

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-INTERNACIONAIS



**A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS
REFUGIADAS**

Lidiana Figuerêdo Martins Pinheiro
Aluna n.º: 20232

MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-INTERNACIONAIS

2014/2015

LIDIANA FIGUERÊDO MARTINS PINHEIRO

**A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS
REFUGIADAS**

Trabalho de monografia apresentado, sob regência do Professor Doutor Rui Guerra da Fonseca, pela aluna Lidiana Figuerêdo Martins Pinheiro, como requisito de avaliação do Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

**Lisboa
2016**

AGRADECIMENTO

“O entusiasmo é a maior força da alma. Conserva-o e nunca te faltará poder para conseguires o que desejas.” – Napoleon Hill, escritor estadunidense influente na área de realização pessoal.

Antes de tudo, expresso aqui os meus agradecimentos sinceros a Deus, por iluminar com a Sua ternura o meu caminho, por estender-me as Suas mãos nos momentos tempestuosos, por conceder-me a oportunidade da vida e poder contemplá-lo ao nascer de cada dia. O grande pregador Charles Spurgeon declarou uma vez: “Nenhuma língua toca as profundezas de minha natureza como a Palavra de Deus, e nenhuma outra produz calma tão profunda dentro do meu espírito. Prefiro-a a todas as forças da natureza, pois a Palavra de Deus é a fonte de todo o poder do universo. Suaviza minha memória, ilumina minha esperança, estimula minha imaginação, dirige meu juízo, comanda minha vontade e anima meu coração.”

Ainda, mostro a minha gratidão, aos meus pais, Idalgo Freire Martins e Liduina Crisálida Figuerêdo Martins, por receber-me com o mais profundo amor, pela paciência ao acompanhar os meus primeiros passos e guiar-me quando autônoma, por lutar pela minha felicidade e pelo meu futuro e, ainda, por motivar-me pelo brilho dos seus olhares. Amo-os muito.

Além disso, agradeço eternamente e incondicionalmente aos meus filhos, Idalgo Freire Martins Neto e Miguel Figuerêdo Rebelo Cabral, pelas suas almas puras e nobres que me foram presenteadas por Deus, pela lealdade e o respeito, pelo caráter que conquistaram e pela bondade que atraíram. Obrigada, por apoiarem as minhas escolhas, acreditarem nos meus sonhos e me perdoarem quando sou humanamente imperfeita. Também, obrigada por transformar simples instantes em momentos inesquecíveis e por me dar a força para lutar ao amanhecer.

Ademais, sou grata *in memoriam* dos meus avós paternos, João Freire Rocha e Francisca Freire Martins, e maternos, Exedito Figuerêdo Homem e sua esposa Maria Dayse Rocha Figuerêdo, pelos ensinamentos que me proporcionaram, pela ternura, a compreensão, os cuidados, as preocupações e pelas histórias de

recomeços e esperanças que me inspiram a não desistir dos meus sonhos e desejos. Assim como sou grata à minha família e amigos: minhas irmãs, Francisca Mônica Figuerêdo Martins e Kariana Figuerêdo Martins; meus tios e tias, em especial Eliane Freire Martins, Fátima Maria Rocha Figuerêdo, Dulce Maria Rocha Figuerêdo, e amigos, Bispa Izabel Cristina Costa e seu esposo Apóstolo Haroldo Matos Costa, Pastor Carlos Dório Silvério Abdon e sua esposa Pastora Aparecida Maria Abdon, Vera Lúcia dos Santos Lyra e Maria Inês da Silva Souza.

Obrigada, também, ao meu amor e conselheiro, José Manuel Abreu Rebelo Cabral, que acompanhou-me e ajudou-me em toda a minha jornada, que concedeu-me a oportunidade de vivenciar essa etapa maravilhosa e que sempre acreditou com fervor no meu potencial. Amo-o muito.

Outrossim, obrigada ao meu orientador, Professor Doutor Rui Guerra da Fonseca, pela sua competência ao me acompanhar com muita dedicação e respeito e pelo seu profissionalismo, sempre ético e sério.

Dessa maneira, agradeço por todo apoio que recebi ao decorrer do meu mestrado e da minha tese, sobretudo em relação ao tema, já que me alegra ao saber que, atualmente, existem sim, embora tímidos, direitos e amparos às crianças, em especial às refugiadas com, primeiramente, a Declaração dos Direitos das Crianças, proclamada no final da década de cinquenta, e, depois, com a Convenção Sobre os Direitos das Crianças, considerada uma vitória e uma data histórica, muito diferente da situação anterior, quando os adultos tinham o domínio sobre a vida e a morte das crianças e elas não podiam ser ouvidas e defendidas, mesmo quando sofriam abusos físicos e mentais.

Às crianças, muito obrigada!

LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÓNIMOS¹

ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CPR – Conselho Português para os Refugiados

ECOSOC – Conselho Económico e Social

EM – Estado-Membro

EXCOM – Comitê Executivo do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados

GNR – Guarda Nacional Republicana

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OMS – Organização Mundial de Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

PM – Polícia Marítima

PSP – Polícia de Segurança Pública

SEF – Serviço de Estrangeiros e Fronteira

UE – União Europeia

UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância

ob.cit – obra citada

p. – página

pp. – páginas

ipsis litteris – pelas mesmas letras, literalmente

¹ O trabalho foi redigido conforme as regras do Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa (1990) que entrou em vigor em 2006. Quanto às palavras das quais o referido Acordo permite uma dupla grafia, será adotada a terminologia brasileira. Ressalte-se, ainda, que apesar do cuidado e rigor colocados na elaboração da presente obra, devem os diplomas legais dela constantes ser sempre objeto de confirmação com as publicações oficiais.

RESUMO

Inicia-se o estudo sobre “*A Proteção Internacional dos Direitos das Crianças Refugiadas*”, propondo-se, nestas páginas, encontrar o que almejou Machado de Assis, em seu discurso de 7 de Dezembro de 1897, pronunciando na sessão de encerramento dos trabalhos: “*Passai aos vossos sucessores o pensamento e a vontade iniciais, para que eles os transmitam aos seus, e a vossa obra seja contada entre as sólidas e brilhantes páginas da nossa vida brasileira*”.² A proteção internacional dos refugiados se opera mediante uma estrutura de direitos individuais e responsabilidade estatal que deriva da mesma base filosófica que a proteção internacional dos Direitos Humanos. O Direito Internacional dos Direitos Humanos é a fonte dos princípios de proteção dos refugiados. A própria condição de refugiado aponta à violação de direitos humanos básicos, consagrados na Declaração Universal de 1948 e tem estreita relação com o direito de solicitar asilo e dele gozar, previsto no artigo 14.º da Declaração. As crianças refugiadas são, assim, titulares de direitos humanos que devem ser respeitados em todo momento, circunstância e lugar. A Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de 1993 reconhece que violações flagrantes de direitos humanos, particularmente aquelas que representam complexos fatores que levam ao deslocamento de pessoas. A Convenção de Genebra de 1951 não está sozinha ao reconhecer o pertencimento a um grupo social como fator de discriminação que pode levar a tratamentos arbitrários e repressivos. Nesse mesmo sentido o artigo 2.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 impede a discriminação em razão da “origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição”; esta proibição aparece também nos artigos 2.º e 26.º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966. Em 1948, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, primeiro instrumento internacional que consagra, não só direitos civis e políticos, como de natureza económica, social e cultural, de que são titulares as crianças. A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 representou o grande marco na história da infância, ao reconhecer a criança como sujeito autónomo de direitos, e em particular, as crianças refugiadas que podem solicitar um pedido de proteção internacional em seu nome com fundamento no art. 13 (6) da Lei n.º 27/2008. Neste ínterim, tentar-se-á aprofundar o tema *sub examine*, analisando, inicialmente, a natureza conceitual de refugiado na Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, além de outros textos jurídico-formais e o início da construção histórica, como também o renomado princípio do *non-refoulement*. Nos capítulos seguintes, salientam-se a evolução histórica do reconhecimento da infância, bem como o princípio do superior interesse da criança e a consolidação normativa da matéria na ordem jurídica portuguesa e brasileira. Ao final, elucida-se a proteção da criança refugiada à luz da Lei n.º 27 de 30 de Junho de 2008 (alterada pela Lei n.º 26/2014) e a compreensão e o alcance jurisprudencial da matéria na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-chaves: Direitos Humanos. Proteção Internacional. Refugiados. Crianças refugiadas. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

² Ver, Discursos académicos Tomo III, 2007. 1.241 páginas. Obra disponível em: <http://www.academia.org.br/publicacoes/discursos-academicos-tomo-iii-2007-1241-pp>. Acesso em: 25.01.2016.

ABSTRACT

Begins the study on "The International Protection of the Rights of Refugee Children", proposing in these pages, find what they craved Machado de Assis, in his speech of December 7, 1897, pronouncing on the work closing session: "Go ye to your successors thought and initial will, so that they transmit them to your, and your work is counted among the solid and glossy pages of our Brazilian life." The international protection of refugees operates through a rights framework individual and state responsibility that derives from the same philosophical basis for the international protection of human rights. International human rights law is the source of refugee protection principles. The own refugee status points to the violation of basic human rights enshrined in the Universal Declaration of 1948 and is closely related to the right to seek asylum and enjoy it, provided for in Article 14 of the Declaration. Refugee children are thus human rights which must be respected at all times, circumstance and place. The World Conference on Human Rights 1993 recognizes that gross violations of human rights, particularly those that represent complex factors leading to displacement of people. The Geneva Convention of 1951 is not alone in recognizing the membership of a social group as a discrimination factor that may lead to arbitrary and repressive treatment. In the same way Article 2 of the Universal Declaration of Human Rights of 1948 prevents discrimination on grounds of "national or social origin, property, birth or other status"; this prohibition also appears in Articles 2 and 26 of the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966. In 1948, the United Nations General Assembly adopted the Universal Declaration of Human Rights, the first international instrument that establishes not only civil and political rights, and economic, social and cultural nature, they hold children. The Convention on the 1990 Child Rights represented a landmark in the history of childhood, recognizing the child as an autonomous subject of rights, and in particular refugee children who may request an application for international protection on his behalf based on art. 13 (6) of Law n.º 27/2008. In the meantime, try to will deepen the sub theme examine, analyze, initially, the conceptual nature of refugee in the Geneva Convention Relating to the Status of Refugees of 1951, and other legal and formal texts and the beginning of the historical building, as also renowned principle of *non-refoulement*. In the following chapters, they point out the historical evolution of childhood recognition, and the principle of the best interests of the child and normative consolidation of matter in the Portuguese and Brazilian law. Finally, child protection to elucidates refugee in the light of Law n.º 27 of June 30, 2008 (as amended by Law n.º 26/2014) and understanding and jurisprudential scope of the matter in the Inter-American Court of Human Rights Humans.

Keywords: Human Rights. International protection. Refugees. Refugee children. Inter-American Court of Human Rights.

INTRODUÇÃO

O trabalho tem como título, *A Proteção Internacional dos Direitos das Crianças Refugiadas*, no qual tem sido objeto de aprofundamento, reformulação e desenvolvimento, sem a pretensão de esgotar a temática, nem mesmo no concernente ao enfoque específico ora adotado. A proteção dos refugiados é matéria assente na Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, sendo, posteriormente, o texto da Convenção de 1951 revisto e aumentado pelo Protocolo de 1967.

A Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, redigida no seguimento de uma recomendação formulada pela Comissão dos Direitos Humanos, consagra princípios reguladores do tratamento dos refugiados. O Capítulo I, artigo 1, inciso A, parágrafo 2, aduz “que, em consequência de acontecimentos ocorridos antes de 1 de Janeiro de 1951, e receando, com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a protecção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar.” Eis, o conceito de refugiado formulado pela Convenção de Genebra de 1951.

O preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos enuncia as razões que justificam a constituição da mesma, no qual reza os ideais e objetivos comuns dos realizadores do texto, neste sentido o Direito Internacional através de seus institutos e diplomas legais tem tentado avançar na proteção dos direitos de todos os refugiados e membros de suas famílias.

Ressalte-se que tratando-se de um tema sobre Crianças Refugiadas, não deveria ter sido difícil escrever esta tese de mestrado, portanto a primeira dificuldade, encontrada, fundamenta-se no fato de que esta tese versa sobre um território que as Faculdades de Direito sempre esquecem, o Direito das Crianças, em especial as crianças refugiadas. Registra-se, as palavras de Guilherme de Oliveira,

ao preconizar que “o Conselheiro Armando Leandro costumava assinalar durante as primeiras edições, dizendo: Pela primeira vez os menores entraram para a Universidade!³”. A produção científica suficiente à volta desses temas tardou a aparecer, apesar de alguns textos que já existem.

Nesta dissertação de mestrado, sob o viés da correlação entre o Direito Internacional e a proteção dos Direitos das Crianças Refugiadas, tentar-se-á abordar a temática proposta, destacando-se no primeiro capítulo o estudo pormenorizado da natureza conceitual de refugiado, em conformidade com a Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, além dos conceitos proclamados no Protocolo de 1967, propondo-se fazer um estudo minucioso de outras Convenções e Declarações, formalmente consagrados em textos jurídico-formais, relativos aos refugiados. Alberga-se neste capítulo, ainda, os fundamentos jurídico-históricos, dando ênfase as etapas do processo de construção histórica, desde à Idade Média a Moderna, como também o início histórico da consolidação normativa, conteúdo que será aprofundado no Capítulo 1.

Neste diapasão, verifica-se que o conceito do vocábulo refugiado é objeto de questionamentos em face da insurgência de novos desafios, provocando uma profunda revisão da importância do estudo da condição de refugiado na ordem jurídica internacional.

Salienta-se, ainda, no Capítulo 1, o estudo acerca do direito do asilo que aparece formalmente consagrado em textos jurídico-formais, encontrando-se inserido na temática da Declaração Universal dos Direitos do Homem. A Constituição da República Portuguesa de 1976 o consagra, no artigo 22.^o, no Título de Princípios Gerais de Direitos Fundamentais a par da previsão do Estatuto do Refugiado. Ao discorrer sobre o tema, registre-se o quadro informativo do tratamento da matéria na ordem jurídica portuguesa. No mesmo capítulo, analisam-se as primeiras definições e lições jurídicas do consagrado princípio do *non-refoulement*.

³ GUERRA, Paulo e outro. Extraído da Nota de Apresentação (da 1.^a edição) da obra *A Criança e a Família – uma questão de Direito(s). Visão prática dos principais institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens*. 2 ed. (atualizada). Coimbra Editora. pp. 7-8. Na citação, mantiveram-se as palavras do autor.

Debatem-se, no segundo capítulo, os Direitos das Crianças Refugiadas, no qual se tentará fazer um estudo pormenorizado da evolução histórica do reconhecimento da infância e sua natureza conceitual, além do estudo da consolidação normativa acerca da matéria na ordem jurídica portuguesa e brasileira. No Capítulo 2 (2.3), com o objetivo de iniciar o estudo sobre a proteção internacional dos Direitos da Criança Refugiada, considera-se de suma importância conhecer e compreender os principais elementos normativos que constituem a base estruturante do sistema de justiça da família, das crianças e dos jovens, dando ênfase ao estudo das crianças refugiadas.

Disserta-se, ainda, no segundo capítulo, os princípios fundamentais emergentes dos instrumentos internacionais juridicamente relevantes sobre o tema, constituindo o marco inicial para uma adequada concretização judiciária do direito da família, em especial as crianças.

O terceiro capítulo intitula-se “A Proteção Internacional dos Direitos das Crianças Refugiadas”, analisando-se o conceito de “proteção” da pessoa do refugiado em Direito Internacional, em especial da criança refugiada, no qual tenta-se fazer uma abordagem interdisciplinar dos problemas, questionando, assim, em simultâneo, as fronteiras entre os vários ramos do direito e a separação entre o jurídico e o social, baseadas no princípio basilar da solidariedade internacional.

Mencionam-se, ainda, no terceiro capítulo, as distinções entre os vocábulos proteção legal e assistência humanitária em Direito Internacional. Analisam-se as competências do Comité dos Direitos da Criança à luz do artigo 43.º da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990, além do estudo das Funções do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados na proteção das crianças refugiadas.

No Capítulo 3 estuda-se a Lei n.º 27 de 30 de Junho de 2008, alterada pela Lei n.º 26/2014, discorrendo sobre os principais entendimentos doutrinários acerca da interpretação dos artigos e das indicações e dos contributos daqueles que, com coordenadas científicas diferentes desvendam áreas confiantes como esta. Insta salientar que, no Capítulo 3, examinará a compreensão e o alcance jurisprudencial

da Corte Interamericana dos Direitos Humanos no caso Família Pacheco Tineo vs. Bolívia.

A metodologia pode ser caracterizada como um processo dinâmico que suporta alterações que vão ao encontro dos objetivos da pesquisa e ao seu enriquecimento. Assim, durante o processo de pesquisa, o investigador deve estar preparado para lidar com as mutações que vão surgindo, no sentido de reorganizar o seu caminho para alcançar as respostas para a problemática em estudo. Conforme, as palavras mestras de, Vicente Faleiros a metodologia “(...) *é a reflexão crítica do seu próprio caminhar, dando-se conta das alternativas possíveis e dos argumentos e contra-argumentos que foram usados para seguir determinada direção. Isto significa que a metodologia é um processo constante de construção. Não se decide uma metodologia de uma vez por todas, e nas pesquisas concretas há revisão do projeto e retomada do caminho, talvez para se recomeçar tudo outra vez*⁴.”

Em decorrência da especificidade da problemática apresentada, a metodologia que se adotou nesta investigação foi a qualitativa, no qual permite uma análise aprofundada do objeto de estudo, assegurando uma melhor compreensão e explicação dos factos observados. Esta metodologia apoia-se no estudo de casos e desenvolve processos de análise de conteúdo, em que a informação recolhida tem componentes subjetivas associadas em valores, atitudes, motivações e condutas.

Almeja-se compreender e interpretar as expressões e percepções dos elementos envolvidos nos processos em investigação, bem como o modo como atuam nas situações concretas. Para a recolha de dados de forma a poder responder à questão em análise, e tendo como propósito alcançar os objetivos delineados no âmbito da pesquisa, optou-se pela pesquisa bibliográfica cujos resultados foram objeto de análise e reflexão.

⁴ FALEIROS, Vicente. 2007, pp. 176-177.

Em suma, a metodologia utilizada na monografia terá por base um estado descritivo-analítico, desenvolvido através de pesquisa, que, segundo Núbia Bastos⁵ (2008), assim define: I. Quanto ao tipo: Bibliográfica: mediante explicações embasadas em trabalhos publicados sob a forma de livros, revistas, artigos, enfim, publicações especializadas, impressa escrita e dados oficiais publicados na internet, que abordam direta ou indiretamente o tema em análise; II. Quanto à utilização e abordagem dos resultados: Pura, à medida que terá como único fim a ampliação dos conhecimentos. Qualitativa, buscando apreciar a realidade do tema no ordenamento jurídico pátrio; III. Quanto aos objetivos: Descritiva, posto que buscará descrever, explicar, classificar, esclarecer o problema apresentado. Exploratória, uma vez que objetiva aprimorar as ideias por meio de informações sobre o tema em foco.

Por fim, o estudo pautou-se no recurso da pesquisa bibliográfica, abrangendo estudos doutrinários dos principais autores que discorrem sobre o tema abordado, assim como em pesquisa documental, envolvendo consultas à revistas científicas e a recursos disponibilizados pela Internet.

⁵ BASTOS, Núbia M. Garcia. Introdução à metodologia do trabalho acadêmico. 5 ed. Fortaleza: Nacional, 2008.

Capítulo 1

Refugiados: terminologia e enquadramento jurídico

Sumário: 1. Refugiados: terminologia e enquadramento jurídico. 1.1. Natureza conceitual de refugiados na Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. 1.2. Natureza conceitual de refugiados no Protocolo de 1967. 1.3. Natureza conceitual de refugiados em outros textos internacionais e regionais. 1.4. O conceito de refugiados no âmbito da Organização das Nações Unidas. 1.5. Os fundamentos jurídico-históricos. 1.5.1. As etapas do processo de construção histórica. 1.5.1.1. Desde à Idade Média a Moderna. 1.5.1.2. Início histórico da consolidação normativa. 1.6. Asilo, Refúgio e deslocamentos internos: definições e contexto jurídico. 1.6.1. O princípio do *non-refoulement*: limite jurídico à saída compulsória do refugiado.

“O homem pode perder todos os chamados direitos do homem, sem perder a qualidade essencial de homem, sua dignidade humana. Só a perda da própria comunidade é que o expulsa da humanidade⁶.” (Hannah Arendt)

⁶ ARENDT, Hannah. Origens do totalitarismo. São Paulo: Cia das Letras, 1989. p. 331.

1 REFUGIADOS: terminologia e enquadramento jurídico

Inicialmente, há que mencionar que “no Direito Internacional dos Direitos Humanos, como nos demais ramos do Direito em geral, há que se precaver contra os riscos do reducionismo de definições; estas, pela dinâmica da realidade dos fatos e com o passar do tempo, tendem a se mostrar incompletas⁷.” Há, pois, que afastar a pretensão do “definitivo”, reconhecendo-se a mutabilidade do Direito no processo histórico, no qual “o direito, sustenta Savigny, vive na vida prática e nos costumes, como expressão direta da consciência jurídica popular⁸.”

Neste íterim, verifica-se que para os operadores do Direito e estudiosos da matéria o conceito do vocábulo refugiado é, atualmente, objeto de questionamentos em face da insurgência de novos desafios. Aludido *modus* de agir provoca uma profunda revisão da importância do estudo da condição de refugiado na ordem jurídica internacional.

É oportuno, portanto, estabelecer a fixação de critérios para a conceituação jurídica do vocábulo refugiado no âmbito das Ciências Jurídico-Internacionais com o objetivo de identificá-lo na norma legal e reconhecê-lo como titular de direitos e deveres das bases jurídicas do Estatuto dos Refugiados, como também são decisivos para caracterizar as obrigações contratuais ou convencionais dos Estados que são signatários desses instrumentos internacionais. A este respeito, a escolha do sumário do Capítulo 1 sublinha a importância do tema, no qual tentar-se-á, inicialmente, apresentar a natureza conceitual de refugiados na Convenção de Genebra de 1951, no Protocolo de 1967, nos textos internacionais e regionais, além da proposta do conceito no âmbito das Nações Unidas para, somente depois, fazer o leitor da literatura jurídica compreender os fundamentos jurídico-históricos que culminaram na elaboração conceitual do vocábulo “refugiado”. Tentar-se-á

⁷ Redação *ipsis litteris* de A.A. Cançado Trindade. Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI. pp. 412 e seguintes. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>. Acesso em: 22.01.2016. Ressalte-se que o estudo pautou-se no recurso da pesquisa bibliográfica, abrangendo estudos doutrinários dos principais autores que discorrem sobre o tema abordado, assim como em pesquisa documental, envolvendo consultas à jurisprudência e a recursos disponibilizados pela *Internet*. Nesta resenha seguimos de perto o texto de Cançado Trindade *ob.cit.*

⁸ Citação de DEL VECCHIO, Giorgio. Lições de filosofia do direito. 5 ed., Armênio Amado, Coimbra, 1979, p. 159. Na obra citada, o autor menciona as palavras de Savigny.

“reconstruir” a história do refugiado, a partir da compreensão inicial da palavra “refugiado” para, em pó, entender as etapas do processo histórico que levaram ao conceito atual de refugiados.

Note-se, no decorrer do trabalho, contudo, que os Estados não signatários da Convenção de 1951 ou do Protocolo de 1967 devem buscar amparo legal no Estatuto do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, além de outras Resoluções da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas ou, mesmo, de outros organismos internacionais.

Ante este tema complexo, nunca é demais estudar a evolução jurídico-histórica da palavra “refugiado”, “desde o início da proteção internacional até a criação da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967 para, desta maneira, evidenciar o “desgaste” sofrido com a evolução dos tempos do termo refugiado e a necessidade impreterível de se fazer da Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 um instrumento vivente⁹.” A este respeito, expuseremos aqui algumas das questões que, com maior relevo, sublinham a importância do tema e estiveram, por isso, entre as razões determinantes da nossa escolha.

1.1 Natureza conceitual de refugiados na Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951

Consoante assertiva de José Fischel de Andrade, “o fenômeno de o indivíduo restar perseguido no interior da própria comunidade é tão antigo quanto a própria humanidade¹⁰.” As origens da conceituação e do reconhecimento da condição de refugiado podem ser encontradas na Grécia antiga (em Roma), mas somente no

⁹ Breve evolução histórica da proteção jurídica internacional da pessoa do refugiado (evolução do termo refugiado). Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra. Márcia Mieko Morikawa. Deslocados internos: entre a soberania do Estado e a proteção internacional dos Direitos do Homem. Uma crítica ao sistema internacional de proteção dos refugiados, 2006. Coimbra Editora. STVDIA IURIDICA 87. João Carlos Loureiro (Redactor Delegado). pp. 25-37.

¹⁰ ANDRADE, José Fischel de. Direito internacional dos refugiados: evolução histórica (1921- 1952). Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 3.

século XX que o marco jurídico de proteção ao refugiado passou a ser estruturado e adaptado a uma situação universal¹¹.

Cumprе salientar que vários instrumentos internacionais estabelecem e definem os princípios básicos que norteiam o tratamento dos refugiados. As definições de refugiados, antes da Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, “basearam-se em critérios distintos para delimitar os contornos do conceito de refugiado. Este processo ocorreu no marco das soluções *ad hoc* adotadas pela comunidade internacional a fim de responder aos anseios da crise humanitária¹².”

Os refugiados eram conceituados, durante o período histórico de 1920 até 1935, de maneira bastante convencional e casuística com esteio em um critério destinado a um grupo específico. Os primeiros instrumentos jurídicos de proteção às minorias adotou este critério, principalmente na Europa¹³.

Com à Primeira Guerra Mundial (1914-1918), a Liga das Nações e, posteriormente, da Organização das Nações Unidas, celebrou vários tratados com os países vencidos objetivando a proteção adequada de minorias nacionais. Terminada a guerra, Tratados foram ratificados com a Polônia, o Estado Servo-croata-esloveno, a Albânia e a Bulgária, entre outros instrumentos contendo a proteção de minorias étnicas, linguísticas e religiosas¹⁴.

Verifica-se que “no período posterior à Primeira Guerra Mundial, o Direito Internacional encontrava-se sensivelmente modificado. Havia um grande fluxo de adultos e crianças que fugiam de seu país de origem. Ressalte-se que o conceito de

¹¹ Ver, PAULA, Vera Cecília Abagge de. e PRONER, Carol. Convergência e complementaridade entre as vertentes de proteção internacional dos direitos humanos. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, nº. 48, pp. 219-241, 2008.

¹² Palavras citadas por CARNEIRO, Wellington Pereira*. Direitos humanos e refugiados / César Augusto S. da Silva (organizador.). Dourados: Ed. UFGD, 2012. 144 p.: *il.* *Wellington Pereira Carneiro é Mestre em Direito Internacional Público pela Universidade de Moscou *Drujby Narodov* e Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de Oxford, Inglaterra.

¹³ Cfr. *Idem, ibidem*.

¹⁴ Lições de CARNEIRO, Wellington Pereira. Direitos humanos e refugiados/ César Augusto S. da Silva (organizador.). Dourados: Ed. UFGD, 2012, p. 14. Consultar, também, J. REHMAN. *The weakness in the international protection of minority rights (The Hague: Kluwer Law International, 2000)*, p. 40, on Department for Continuing Education Syllabus and Reading List, Unit B.

refugiados foi formulado *a posteriori*, dos Impérios Russo e Turco-Otomano, em direção à Europa Central e Ocidental e também à Ásia¹⁵.” Destaque-se, ainda, antes da Primeira Guerra Mundial, a Guerra dos Balcãs de 1912, a qual se deveu basicamente a disputas territoriais, que provocou a movimentação massiva de minorias étnicas, tais como búlgaros da Romênia, Sérvia e Grécia, gregos da Bulgária e da Turquia¹⁶.

Assim, com o aumento de pessoas deslocadas para fora de seus países, e, por conseguinte, com as implicações econômicas, políticas e jurídicas daí decorrentes, acentuou-se a imperiosa necessidade de um tratamento jurídico mais específico e adequado às novas contingências. Neste desenvolvimento histórico, a problemática ultrapassava fronteiras nacionais e o âmbito de jurisdição exclusiva dos Estados nacionais exigindo a articulação de um esforço internacional e conjunto para a solução do problema de proporções internacionais.

O autor Fischel de Andrade relata, com preocupação, “a situação das pessoas deslocadas no período pós Primeira Guerra, pois o problema tornou-se, ainda mais, delicado em razão do desemprego generalizado, da propagação dos ideais nacionalistas e das políticas restritivas de imigração¹⁷.”

O “trauma da guerra provocou um repensar sobre a própria natureza humana e sobre as bases institucionais da sociedade internacional de então, criando ambiente propício para o desenvolvimento do paradigma Idealista, embora a Primeira Guerra não tenha sido o único acontecimento impulsionador destas mudanças¹⁸.” Em linhas gerais, “podem-se compreender como bases do Idealismo, inspirador da Liga das Nações, e também da Organização das Nações Unidas, a crença no Direito como instrumento de garantia de relações internas e externas pacíficas, na democracia como ambiente de pleno desenvolvimento individual e coletivo, e no livre-comércio como elemento pacificador e aproximador dos países. É

¹⁵ FISCHEL DE ANDRADE, 1996, p. 20.

¹⁶ *Ibidem*. p. 21.

¹⁷ *Ibidem*. p. 22.

¹⁸ Devem-se tomar em conta, dentre tantos outros acontecimentos relevantes, todas as guerras anteriores, bem como as políticas belicistas implementadas pelos Estados nos períodos anteriores.

cerne, portanto, do Idealismo, a autêntica crença de que o sistema internacional é passível de transformação rumo à pacificação e à justiça¹⁹.”

Neste contexto de reafirmação da crença na possibilidade de paz e justiça que a Liga nas Nações tratou de tecer soluções acerca dos refugiados. Vislumbra-se que, diante da ausência de qualquer proteção jurídica e estatuto próprio, os refugiados estavam, totalmente, à margem da sociedade nacional e também da internacional, daí a imperiosa necessidade de uma solução para a nova realidade, esforço a que se lançou a Liga das Nações. Contudo, como defende Fischel de Andrade, “embora a organização tenha tido o mérito de iniciar um tratamento institucional para o drama dos refugiados, ela empreendeu seus esforços de maneira, somente, empírica, não abrangendo as estruturas políticas e também jurídicas inerentes à questão²⁰”. Neste diapasão, observa-se que a Liga das Nações não procurou desenvolver uma terminologia oficial de quem pudesse ser denominado “refugiado”, tratando de oferecer somente proteção aos grupos sociais forçosamente deslocados de seus países de modo casuístico e pontual, isto é, a grupos específicos de refugiados.

Quanto a esta questão incidental, “a falta de uma estrutura político-jurídica plena e eficaz para a solução da questão dos refugiados justifica-se pelo fato de, à época, a organização almejar o universalismo, vale dizer, a Liga pretendia reunir todos os países que desejassem a ela se vincular, não restringindo seu âmbito de atuação à determinada região do mundo, tampouco à determinada competência específica. Mas antes, a Liga ansiava materializar esforços Idealistas de institucionalização da sociedade internacional. Assim, em pretendo o universalismo, a Liga das Nações não teria condições de subsistir em sendo hostil aos seus Estados-membros, o que se daria no caso de a Liga oferecer proteção contumaz aos nacionais destes países, que, anteriormente, negaram-lhes aludida proteção²¹.”

Partindo da premissa de um tratamento casuístico e pontual, a Liga entendia uma qualificação coletiva para os refugiados, quer dizer, eles eram

¹⁹ SALDANHA, Eduardo. Teoria das relações internacionais. Curitiba: Juruá, 2006, p. 69.

²⁰ FISCHEL DE ANDRADE, 1996, p. 23.

²¹ FISCHEL DE ANDRADE, 1996, p. 24.

abordados a partir do pertencimento a um grupo étnico, religioso, racial e outros²². Isto é, o refugiado não era considerado na sua esfera individual/íntima, mas apenas enquanto membro de um grupo social. Até porque a estrutura institucional da Liga das Nações era, pode-se concluir, bastante frágil e incipiente, dado que se constituía da primeira tentativa de uma organização internacional deste porte universal.

Assim, os Estados, reunidos sob a égide da Liga das Nações, criaram alguns organismos, que almejavam contornar o drama de grupos específicos de refugiados. Neste ínterim, surgiu, em 1921, o Alto Comissariado para os Refugiados Russos, que cuidava dos assuntos políticos da Revolução Bolchevique de 1917. O grande mérito deste Organismo humanitário, nas saudosas lições de Fischel de Andrade, foi marcar a “aceitação internacional da responsabilidade pelos civis deslocados²³, não se podendo olvidar, também, seu papel na definição da situação jurídica dos refugiados e na prestação de atividades de assistência e socorro²⁴.”

Registra-se, também, o tratamento da Liga das Nações aos refugiados armênios. Nos anos de 1915 e 1923, deu-se o que historiadores denominam de “primeiro genocídio do século XX²⁵”, com a morte de cerca de 1,5 milhão de armênios, por turcos²⁶, o que representou a “primeira moderna de eliminar toda uma população²⁷”. Ao fazer uma releitura do processo histórico, verifica-se que a perseguição gerou um intenso fluxo migratório de armênios para outros países.

A elaboração de um conceito jurídico torna-se, neste momento, necessária e pertinente para proteger a pessoa humana quando esta já não tem ou não pode obter, *de jure* ou *de facto*, a proteção por parte de seu Estado, “guardião” primeiro de seus direitos humanos²⁸.

²² *Ibidem*. FISCHEL. p. 29.

²³ *Ibidem*. Fischel...p. 40.

²⁴ JUBILUT, Liliana Lyra. O direito internacional dos refugiados e a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Método, 2007. p. 75.

²⁵ *Idem*. JUBILUT, *ob.cit.*

²⁶ ARMÊNIA-BRASIL. Genocídio armênio. Disponível em: <http://www.armenia.brasil.nom.br/genocidio.htm>. Acesso em 14.08.2015.

²⁷ HOBSBAWM, 1995, p. 57.

²⁸ Neste sentido, Walter Kälin. *Refugees and civil wars...*, *op.cit.*, p. 448. Vide, também, HOBSBAWM, Eric. A Era dos Extremos: o breve século XX. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. Neste livro, o historiador inglês “expõe as mazelas desse período, descrevendo a catástrofe das imensas mortandades e o retrocesso político da época, fazendo uma pergunta: como foi possível tamanho

No contexto da primeira fase da evolução do vocábulo “refugiado”, uma segunda observável tentativa de conceituar a terminologia “refugiado” ocorreu, em 1933, na Convenção Relativa ao Estatuto Internacional dos Refugiados de 1933 (Convenção de 33). A adoção deste documento pela Liga das Nações (hoje, Organização das Nações Unidas) deu-se devido à necessidade de criar um instrumento internacional convencional, com força jurídica vinculante, objetivando assegurar em definitivo a proteção jurídica dos refugiados. Assim, cabe-nos transcrever o artigo 1 da Convenção de 33²⁹:

A presente Convenção é aplicável aos refugiados russos, armênios e assimilados, tal como definido pelos Ajustes de 12 de Maio de 1926 e de 30 de Junho de 1928, sujeito às modificações ou ampliações que cada Estado-contratante pode introduzir nesta definição no momento da assinatura ou da adesão.

A inovação trazida, por este documento, foi a introdução da expressão “refugiados assimilados”, utilizada em sentido mais amplo que no Acordo de 1928 celebrado na Conferência Intergovernamental realizada em Genebra de 28 a 30 de Junho. Esclarece-se que este Acordo só vigeu entre a França e a Bélgica³⁰.

Num breve contexto histórico, na fase de transição, na Alemanha de 1933, a política do *III Reich* de eliminação do elemento judaico de sua sociedade provocou o êxodo de milhões de adultos e crianças. “A dimensão do problema levou às autoridades a criarem outro organismo: o Alto Comissariado para Refugiados provenientes da Alemanha. Com a Lei de *Nürnberg* de 1935 e a dificuldade encontrada pelos refugiados da Alemanha em deixar seu país, foi concluído o Ajuste Provisório Relativo ao Estatuto dos Refugiados Provenientes da Alemanha (Ajuste

horror, mesmo após a consolidação da forte influência libertária que a Revolução Francesa imprimiu na Europa e que resultou, por exemplo, na Revolução Russa de 1917, de caráter progressista.”

²⁹ Breve evolução histórica da proteção jurídica internacional da pessoa do refugiado (evolução do termo refugiado). Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra. Márcia Mieko Morikawa. Deslocados internos: entre a soberania do Estado e a proteção internacional dos Direitos do Homem. p. 31 e seguintes. “Inserindo-se nesta fase, foi também criado o escritório de Nansen (1931), que herdou e deu continuidade ao trabalho iniciado por Nansen em 1921”. O escritório, órgão autônomo, mas dependente do Conselho de Liga, adotou o nome de Nansen, demonstrando que as linhas principais do trabalho por ele iniciado, e tão bem desempenhado, seriam preservadas. Cfr. José H. Fischel de Andrade. O Direito Internacional dos Refugiados..., *op.cit.*, pp. 68-74.

³⁰ Cf. José H. Fischel de Andrade...pp. 62-65.

de 1936)³¹”. A solução, mais uma vez, reflete-se na definição de “refugiado” assinalada por este documento em seu artigo 1:

Para o propósito do presente Ajuste, o termo “refugiado proveniente da Alemanha” deve ser aplicado a qualquer pessoa que habitava aquele país, que não possui nenhuma outra nacionalidade além da nacionalidade alemã, e a cujo respeito foi estabelecido que de direito ou de facto não há o gozo da proteção do governo do *Reich*.

O critério adotado, entre os anos de 1935 e 1939, foi a perspectiva social, pois o objeto a ser tutelado, neste momento, é a pessoa humana independente de qualquer terminologia, mas que haviam sido afetadas por um evento político ou social. Este critério representou um avanço no sentido de possibilitar a proteção a todos que haviam *de facto*, e não apenas *de jure*, perdido a proteção de seu Estado de origem³².

O “estabelecimento deste critério foi inegavelmente influenciado pela ascensão do nazismo na Alemanha em 1933, que imediatamente desencadeou perseguições massivas, baseadas em critérios políticos (comunistas, sociais democratas e sindicalistas) e étnicos. Paulatinamente, o nazismo estabeleceu um sistema de intolerâncias e violências, em que opositores, líderes, homossexuais, artistas, cientistas e não arianos, em suma, foram implacavelmente perseguidos e exterminados. A proteção internacional respondeu à extensão do fenômeno persecutório³³.”

A Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951³⁴, redigida no seguimento de uma recomendação formulada pela Comissão dos Direitos Humanos, inaugura um marco histórico no estabelecimento de princípios

³¹ Breve evolução histórica da proteção jurídica internacional da pessoa do refugiado (evolução do termo refugiado). Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra. Márcia Mieko Morikawa. Deslocados internos: entre a soberania do Estado e a proteção internacional dos Direitos do Homem. Uma crítica ao sistema internacional de proteção dos refugiados, 2006. Coimbra Editora. STVDIA IVRIDICA 87. João Carlos Loureiro (Redactor Delegado). pp. 25-37.

³² Vide a obra citada de SILVA, César Augusto S.; Direitos humanos e refugiados. Dourados: Ed. UFGD, 2012.

³³ Direitos humanos e refugiados / César Augusto S. da Silva (organizador.). Dourados: Ed. UFGD, 2012. 144 p.: il.

³⁴ Redação *ipsis litteris* do Capítulo I, artigo 1, inciso A, da Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. Disponível em: <http://www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/Lisboa/conv-genebra-1951.htm>. Acesso em: 28.05.2016.

reguladores do tratamento dos refugiados. O Capítulo I, artigo 1, inciso A, parágrafo 2, apresenta a definição para o termo refugiado:

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

(1) Que tenha sido considerada refugiada em aplicação dos arranjos de 12 de Maio de 1926 e de 30 de Junho de 1928, ou em aplicação das Convenções de 28 de Outubro de 1933 e de 10 de Fevereiro de 1938 e do Protocolo de 14 de Setembro de 1939, ou ainda em aplicação da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados.

As decisões de não elegibilidade tomadas pela Organização Internacional dos Refugiados enquanto durar o seu mandato não obstam a que se conceda a qualidade de refugiado a pessoas que preencham as condições previstas no § (2) da presente secção;

(2) Que, em consequência de acontecimentos ocorridos antes de 1 de Janeiro de 1951, e receando, com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a protecção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar.

No caso de uma pessoa que tenha mais de uma nacionalidade, a expressão «do país de que tem nacionalidade» refere-se a cada um dos países de que essa pessoa tem a nacionalidade. Não será considerada privada da protecção do país de que tem a nacionalidade qualquer pessoa que, sem razão válida, fundada num receio justificado, não tenha pedido a protecção de um dos países de que tem a nacionalidade.

Da precisão dessa reminiscência, depreende-se que o refugiado é aquele que, em virtude das razões elencadas acima, sofre, de maneira individual, uma perseguição. A doutrina afirma que a pessoa sofre uma perseguição quando sua vida ou sua liberdade está sendo ameaçada.

Assim, “perseguição é ordinariamente uma ameaça à vida ou à liberdade individual. Sob certas circunstâncias, a discriminação ou a negação de direitos básicos podem constituir perseguição. (...) Para que um indivíduo tenha direito à proteção na condição de refugiado, a perseguição em questão deve ser fundada em razões de raça, religião, nacionalidade, filiação a determinado grupo social ou opinião política³⁵.”

³⁵ Referência à definição encontrada por RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. Atualidade do Direito Internacional dos refugiados. In: CANÇADO TRINDADE, A.A. A incorporação das normas internacionais de proteção dos Direitos Humanos no Direito brasileiro. San José: IIDH, ACNUR, CIVC, CUE, 1996, p. 120. Ver, ainda, *The rights of aliens and refugees, Illinois: Southern Illinois University Press*, 1990, pp. 46-47.

A característica fundamental que diferencia a definição do conceito de refugiado na Convenção de Genebra de 1951 dos critérios anteriores é que “a Convenção individualiza o refugiado, e o critério se centra na pessoa do refugiado. Aqui o refugiado é um ser concreto que tem uma raça professa, uma crença religiosa, tem uma nacionalidade, pertence a um grupo social ou sustenta determinadas opiniões políticas e, exatamente por isso, é perseguido ou teve negada a proteção de seu Estado de origem, ou este Estado não pôde e não pode protegê-lo³⁶.”

Convém assinalar que, caso as razões determinantes desta perseguição sejam raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, esta pessoa é considerada um refugiado, conforme previsto na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. A Lei n.º 27/2008, de 30 de Junho, que dispõe sobre a concessão de asilo e protecção subsidiária aduz, no artigo 2º, n, que “motivos da perseguição” são os que fundamentam o receio fundado de o requerente ser perseguido, que devem ser apreciados tendo em conta as noções de raça, religião, nacionalidade, grupo e opinião política³⁷.

³⁶ CARNEIRO, Wellington Pereira. A Declaração de Cartagena de 1984 e os desafios da proteção internacional dos refugiados, 20 anos depois. pp. 17-18. O autor afirma, ainda, que “a grande novidade que foi de uma originalidade que permanece como exemplo único até hoje no direito internacional é que transforma o temor numa categoria jurídica, já que a perseguição não necessita ser efetiva, mas a ameaça real e o temor já justificam a proteção internacional daquela pessoa. Este critério é absolutamente coerente com a proteção da pessoa humana, da preservação de direitos fundamentais, já que não atua sobre dano senão preservando a pessoa de sofrer violação de seus direitos fundamentais. Tal critério vem sendo universalizado no arcabouço da preservação dos direitos humanos fundamentais, onde em geral os mecanismos jurídicos são acionados por violações desses direitos, tendo carácter reparatório. Pois se tratamos de direitos fundamentais, cabe sobretudo a proteção, cabe evitar as violações e não atuar sobre o dano, quase sempre irreparável do direito fundamental da pessoa humana.”

³⁷ Referência à Lei n.º 27/2008, artigo 2º, no qual menciona as definições raça, religião, nacionalidade, grupo e opinião política. Neste íterim, “raça inclui, nomeadamente, considerações associadas à cor, à ascendência ou à pertença a determinado grupo étnico; religião, que abrange, designadamente, o facto de se ter convicções teístas, não teístas e ateias, a participação ou a abstenção de participação em cerimónias de culto privadas ou públicas, quer a título individual, quer em conjunto com outras pessoas, noutros atos religiosos ou expressões de convicções, ou formas de comportamento pessoal ou comunitário fundadas em credos religiosos ou por estes impostas; nacionalidade, que não se limita à cidadania ou à sua ausência, mas abrange também, designadamente, a pertença a um grupo determinado pela sua identidade cultural, étnica ou linguística, pelas suas origens geográficas ou políticas comuns ou pela sua relação com a população de outro Estado; grupo, um grupo social específico nos casos concretos em que: os membros desse grupo partilham de uma característica inata ou de uma história comum que não pode ser alterada, ou partilham de uma característica ou crença considerada tão fundamental para a identidade ou consciência dos membros do grupo que não se pode exigir que a ela renunciem; e esse grupo tenha uma identidade distinta no país em questão, porque é encarado como diferente pela sociedade que o rodeia e opinião política, que inclui, designadamente, o facto de se possuir uma opinião, ideia ou ideal

A doutrinadora Patricia Tuitt, em suas lições, cita que “de acordo com os requisitos exigidos pela definição de refugiado da Convenção de 1951, o refugiado tem que provar (o ônus da prova, princípio geral do Direito, cabe ao refugiado), um a um, que em virtude de sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas receia com razão ser perseguido. É, portanto, a limitação “personalizada” do refugiado³⁸.” A Convenção de 1951 estipula, ainda, uma limitação temporal³⁹, haja vista estabelecer a data limite de 1 de Janeiro de 1951 e limitação geográfica⁴⁰, conforme consubstanciado no artigo 1(3).

A Convenção de 1951 regulamenta que “cada refugiado tem, para com o país em que se encontra, deveres que incluem, em especial, a obrigação de acatar as leis e regulamentos e, ainda, as medidas para a manutenção da ordem pública” com esteio no artigo 2, porém o rol enumerativo dos deveres está ligado aos Estados,

em matéria relacionada com os potenciais agentes da perseguição às suas políticas ou métodos, quer essa opinião, ideia ou ideal sejam ou não manifestados por atos do requerente.” Salienta-se que o artigo mencionado contém as alterações da Lei n.º 26/2014, de 5 de Maio.

³⁸ Para a problemática deste tema *vide* Patricia Tuitt, *op.cit.*, pp. 42-45, 63-66, 80-104. Manteve-se, na citação, as palavras da autora.

³⁹ AGUIAR, Renan. Lei 9.474/97: cláusulas de inclusão e exclusão. *In*: ARAÚJO, Nádya de. O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira. pp. 211-231, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 215 aduz que: “Esta limitação temporal havia sido fixada para reduzir a responsabilidade dos Estados em relação a refugiados. Assim, os Estados circunscreviam suas obrigações apenas às pessoas refugiadas da Segunda Guerra Mundial e àquelas que poderiam vir a sê-lo, posteriormente, na sequência de acontecimentos já ocorridos.” A maioria dos Estados não queria, portanto, assumir obrigações com relação a refugiados que surgissem no futuro, cujo número e origem eram desconhecidos. Nesse sentido, José Fischel afirma que “esse posicionamento indica que os atores tinham consciência de que a questão dos refugiados é de natureza contínua, e que, portanto, novos fluxos envolvendo a comunidade internacional, voltariam a surgir. A maioria dos Estados não queria, contudo, se responsabilizar pela proteção desses novos refugiados.” FISCHEL DE ANDRADE, José Henrique. Guerra Fria e Refugiados: Da Gênese Política do ACNUR e da Convenção de 1951. *In*: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coordenadores.). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. pp. 771-807. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 777.

⁴⁰ Cf. Liliana Jubilut “a existência dessa limitação geográfica é decorrência da pressão dos Estados europeus que se sentiam prejudicados com a enorme massa de refugiados em seus territórios, e que queriam que houvesse uma redistribuição desse contingente. O atendimento dessa reivindicação seria, todavia, impossível caso se incluísse refugiados provenientes de outras localidades, sobretudo de países em desenvolvimento e subdesenvolvidos.” JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito Internacional dos Refugiados e a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: Método, 2007, p. 84. “Importante destacar que, quando da discussão para a elaboração da Convenção de 1951, a Grã-Bretanha adotou posicionamento diverso da maioria dos países europeus os quais defendiam a reserva geográfica; os britânicos, ao contrário, consideravam que era importantíssimo que uma convenção negociada sob os auspícios da ONU brindasse garantias mínimas para todos os refugiados, independentemente de sua origem geográfica.” ANDRADE, José Henrique Fischel de. Guerra Fria e Refugiados: Da Gênese Política do ACNUR e da Convenção de 1951. *In*: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coordenadores.). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. pp. 771-807. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 778.

que devem observar e aplicar a Convenção sem discriminação quanto à raça, religião ou país de origem, conforme assevera o artigo 3 do mesmo preceito legal⁴¹.

Os Estados contratantes possuem o dever humanitário de conceder aos refugiados nos seus territórios um tratamento tão favorável como o concedido aos nacionais no que diz respeito à liberdade de praticar a sua religião e no que se refere à liberdade de instrução religiosa dos seus filhos. A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 frisa que os Estados Contratantes concederão a todos os refugiados a propriedade mobiliária e imobiliária nos mesmos termos dos estrangeiros em geral, além da propriedade intelectual e industrial, os direitos de associação e de ação, além dos direitos relacionados a exercício de profissão (nos mesmos termos que os garantidos aos nacionais)⁴², além dos direitos ligados ao bem-estar, como auxílio administrativo, liberdade de circulação, documentos de identidade, documentos de viagem. Deverão, também, receber o tratamento nacional quanto a encargos fiscais e transferência de haveres.

É oportuno ressaltar que refugiados em situação irregular no país de acolhimento não serão discriminados e a expulsão de qualquer refugiado só pode ocorrer em função de segurança nacional ou ordem pública, ainda assim, “nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçados em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas” (redação do artigo 33 da Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951). Trata-se do princípio do *non refoulement*⁴³.

⁴¹ SCHAITZA, Letticia de Pauli e Friedrich, Tatyana S. A. Tutela Internacional da Criança Refugiada. Anais do V Seminário Nacional Sociologia & Política 14, 15 e 16 de maio de 2014, Curitiba – PR. pp. 3-18. Texto disponível em: http://www.humanas.ufpr.br/portal/seminariosociologiapolitica/files/2014/08/24307_1397436645.pdf. Acesso em: 21.02.2016. Deve-se registrar que, para o desenvolvimento textual do parágrafo e das linhas seguintes, seguiu-se de perto os ensinamentos das autoras pela importância da matéria e credibilidade na investigação científica apontada.

⁴² Artigo 13 da Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951.

⁴³ SCHAITZA, Letticia de Pauli e Friedrich, Tatyana S. A Tutela Internacional da Criança Refugiada. Anais do V Seminário Nacional Sociologia & Política 14, 15 e 16 de maio de 2014, Curitiba – PR. pp. 3-18. Texto disponível em: http://www.humanas.ufpr.br/portal/seminariosociologiapolitica/files/2014/08/24307_1397436645.pdf. Acesso em: 21.02.2016.

A redação do artigo 31, da Convenção de 1951, prevê que “os Estados Contratantes não aplicarão sanções penais, devido a entrada ou estada irregulares, aos refugiados que, chegando directamente do território onde a sua vida ou liberdade estavam ameaçadas no sentido previsto pelo artigo 1, entrem ou se encontrem nos seus territórios sem autorização, desde que se apresentem sem demora às autoridades e lhes exponham razões consideradas válidas para a sua entrada ou presença irregulares e não aplicarão às deslocações desses refugiados outras restrições além das necessárias; essas restrições só se aplicarão enquanto se aguarde a regularização do estatuto desses refugiados no país de acolhida ou que os refugiados obtenham entrada em outro país. Para esta admissão, os Estados Contratantes concederão a esses refugiados um prazo razoável e todas as facilidades necessárias⁴⁴.”

A Convenção de 1951 impõe obrigações aos Estados perante o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), estabelecendo no artigo 35 o seguinte⁴⁵:

“1. Os Estados Contratantes obrigam-se a cooperar com o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, ou com qualquer outra instituição das Nações Unidas que lhe suceda, no exercício das suas funções, e em particular a facilitar a sua missão de vigilância da aplicação das disposições desta Convenção; 2. A fim de permitir ao Alto-Comissariado, ou qualquer outra instituição das Nações Unidas que lhe suceda, apresentar relatórios aos órgãos competentes das Nações Unidas, os Estados Contratantes obrigam-se a dar-lhes na forma apropriada as informações e os dados estatísticos pedidos acerca: (a) Do estatuto dos refugiados; (b) Da aplicação desta Convenção, e (c) Das leis, regulamentos e decretos que estejam ou entrem em vigor no que se refere aos refugiados.”

O temor da pessoa humana em ser perseguida agrega uma considerável dose de subjetividade e varia de indivíduo para indivíduo. No exame do caso concreto é necessário e imprescindível haver um nexo de causalidade entre o estado psicológico da pessoa e o fato jurídico (caso concreto). De acordo com essa

⁴⁴ Redação *ipsis litteris* do artigo 31 da Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. Disponível em: <http://www.cidadevirtual.pt/acnur/refworld/refworld/legal/instrume/asylum/conv-0.html>. Acesso em: 20.10.2015.

⁴⁵ Redação *ipsis litteris* do artigo 35 da Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. Disponível em: <http://www.cidadevirtual.pt/acnur/refworld/refworld/legal/instrume/asylum/conv-0.html>. Acesso em: 20.10.2015.

interpretação subjetiva de refugiado prevista na Convenção de 1951, uma pessoa é individualmente perseguida se o agente da perseguição intencionava diretamente a sua pessoa em razão de sua raça, nacionalidade, religião, filiação a determinado grupo social ou convicção política⁴⁶.

Vislumbra-se que a concretização da perseguição depende do fato do perseguidor estar, ele próprio motivado a perseguir em razão dos elementos ora citados. O conceito de refugiado, mencionado na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, representa um processo moroso e dispendioso, dificultando a proteção quando o fluxo de refugiados é massivo e exige uma solução rápida, não sendo, portanto, viável uma avaliação individual⁴⁷. Salienta-se que mencionado conceito foi omissivo quanto as pessoas que fogem em grupo, cuja perseguição é induzida coletivamente.

Conforme salienta Renan Aguiar, “quando o fluxo de refugiados é massivo e exige uma solução rápida, não sendo possível uma abordagem individual, os Estados procuram, em situações de emergências, adotar outras medidas. Pode-se citar o exemplo da África que, na década de 60, recorreu a um conceito mais flexível de refugiado, baseando-se nas condições objetivas do país de origem⁴⁸.” Neste ínterim, o grupo de pessoas refugiadas em larga escala foi considerada refugiada diante da Convenção de 1951 e os casos individuais foram denominados como refugiados *prima facie*. Ressalte-se que esta forma de qualificação é, frequentemente, utilizada em situações de extrema urgência em fluxos massivos, no qual não há como proceder à limitação individual⁴⁹.

As crianças refugiadas não são abordadas, especificamente, nesta Convenção já que, na época do seu surgimento, a *quaestio iuris* das crianças ainda não era considerada importante. Assim, devido à falta de disposições especiais

⁴⁶ JUBILUT, Liliana Lyra**. O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro. São Paulo: Método, 2007. 240 páginas. **Professora e pesquisadora na Faculdade de Direito do Sul de Minas. Doutora e Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; LLM pela *New York University School of Law*.

⁴⁷ Vide Renan Aguiar, Lei n.º 9.474/97, *op.cit.*, pp. 217-225.

⁴⁸ Renan Aguiar, *ibidem*, pp. 217-225.

⁴⁹ MORIKAWA, Márcia Mieko. Deslocamentos internos: entre a soberania do Estado e a proteção internacional dos direitos do homem. Uma crítica ao sistema internacional de proteção dos refugiados. Coimbra Editora, 2006. pp. 43-44.

sobre menores refugiados na Convenção de 1951, a determinação do Estatuto de Refugiado de Menores torna-se uma tarefa árdua e contínua, sendo bastante utilizada a definição de refugiado nela contida, que se aplica a todos os indivíduos independentemente de sua faixa etária.

Apesar da fragilidade da delimitação conceitual, esta tem sido a designação de refugiado mais usada e universalmente aceita, havendo, no entanto, quem defenda que tal definição tem alguns conceitos abertos que devem ser preenchidos através da experiência humana dos casos concretos, até porque estão sempre a emergir novos grupos de refugiados, surgindo assim o conceito de “refugiados *de facto*”, que apesar de não ter uma existência formal, é utilizado em vários Estados, referindo-se a pessoas cuja situação não se encontra abrangida pela definição da Convenção de 1951, mas que precisam de proteção internacional.

Assim, para uma melhor compreensão, refugiados *de facto* “são aquelas pessoas que deixam o seu país por motivos de uma agressão externa, dominação estrangeira, conflitos armados de carácter internacional ou civil, graves distúrbios e tensões na ordem interna do país de origem, dentre outros exemplos. Os refugiados *de facto* são, portanto, aquelas pessoas que não se enquadram nos critérios de elegibilidade ao estatuto de refugiado exigidos pelo art. 1.A(2) da Convenção de 51 (...). São por isso classificados como refugiados “não-estatutários” (*non-status refugee*) ou refugiados *de facto*⁵⁰. Reconhece-se que o termo carece de uma definição mais precisa e de uma normatização jurídica dos direitos relacionados ao refugiado *de facto*.

Diante de tais considerações, tentar-se-á, nesta dissertação, adotar outro conceito para refugiado, no qual deve-se salientar que a definição contida na Convenção de 1951 é, atualmente, a mais utilizada pelos Estados signatários e pela

⁵⁰ MORIKAWA, *ibidem*, pp. 46-49. A autora *in* Patrícia Tuit, aduz que: “não são poucas as críticas suscitadas pela doutrina a respeito desta denominação encontrada para se definir o grande número de pessoas que não podem se beneficiar do estatuto de refugiado da Convenção de 51. Com efeito, a mera classificação de refugiado *de facto* encontrada pelos doutrinadores do Direito Internacional para tentar enquadrar essas pessoas em algum tipo de proteção mais específica, em muito pouco ajuda. Na verdade, o que ocorre na maioria dos casos é que essas pessoas, quando recebem ajuda, recebem-na, geralmente, de um Estado legalmente desinteressado e que o faz por um gesto puramente humanitário.” pp. 46-47.

comunidade jurídica internacional. Resta, portanto, provado a importância da Convenção de 1951 para o Direito Internacional.

Ex positis, numa primeira análise conclusiva defende-se que “definições jurídicas particularizadas e organismos criados, temporária e especificamente, para determinados grupos de refugiados mostraram-se incapazes de lidar com um fenômeno que, como um todo, não fosse temporário. Esse caráter não-temporário da problemática dos refugiados é corroborado pela inserção e manutenção deste tema na “agenda internacional” desde a época da Liga das Nações. Ou seja, um mandato institucional restrito e uma definição específica a um determinado tipo de refugiado podem ser eficientes durante um certo espaço de tempo; contudo, a dinâmica das relações internacionais contemporâneas tem provado que flexibilidade, no que respeita às soluções vislumbradas para os refugiados, faz-se sempre mister e constitui-se em penhor de sucesso em negociações tais, cujo “objeto” de transação é o homem em sua aventura vital⁵¹.”

A despeito do silêncio da Convenção de 1951 sobre as crianças refugiadas, pode-se, ainda, chegar a conclusão da importância do advento da Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, haja vista que, este documento, confere verdadeiros direitos subjetivos aos refugiados. Cita-se, por exemplo, o direito à educação, à saúde e à integralidade do núcleo familiar. Significou, ainda, um grande avanço jurídico, pois possibilitou a formação de uma estrutura de coordenação dos esforços voltados à solução do drama dos refugiados.

Com tais proposições, vislumbra-se que a problemática dos refugiados, presente ou futura, com jurisdições e gerações distintas, reclama imperiosamente novos mecanismos capazes de alterar os incentivos em favor das crianças refugiadas, objeto de estudo do presente trabalho.

⁵¹ Nesta citação, preservou-se as palavras do autor. Ver, FISCHER DE ANDRADE, José Henrique. Direito Internacional dos Refugiados – Evolução Histórica (1921-1952). Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 183.

1.2 Natureza conceitual de refugiados no Protocolo de 1967

Cumprе salientar que o Protocolo de 1967, adicional à Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, preconiza no artigo I, inciso 2, do Ato das Disposições Gerais o seguinte: “*Para os efeitos do presente Protocolo, o termo refugiado deverá, excepto em relação à aplicação do parágrafo 3 deste artigo, significar qualquer pessoa que caiba na definição do artigo 1, como se fossem omitidas as palavras como resultado de acontecimentos ocorridos antes de 1 de Janeiro de 1951 ... e as palavras «... como resultado de tais acontecimentos», no artigo 1-A (2)*”⁵².

O Protocolo de 1967, em vigor no dia 04 de Outubro de 1967, veio eliminar a limitação temporal e geográfica da Convenção de 1951. No novo diploma legal, os Estados signatários passaram a desconsiderar a data limite de 1 de Janeiro de 1951, como também a limitação geográfica consubstanciada no artigo 1(3) deste diploma legal. O autor James C. Hathaway afirma que “embora o Protocolo de 1967 tenha atualizado a Convenção de 1951, eliminando a limitação “eurocêntrica”, a “universalização” foi meramente formal e não substancial, pois falhou a avaliar o conteúdo substantivo das definições que abraçaram. Especificamente, mesmo após a “universalização” efetuada pelo Protocolo de 1967, apenas as pessoas cuja migração é motivada por um medo de perseguição em relação aos direitos civis e políticos vêm no âmbito da protecção dos refugiados com base em convenção. (...) Isso significa que a maioria dos refugiados do Terceiro Mundo permanecem de facto excluídos, como o seu voo está mais frequentemente solicitado por desastres naturais, guerra, ou abrangente turbulência política e econômica do que pela “perseguição”, pelo menos como esse termo é entendida no contexto europeu”⁵³.

Ex positis, o doutrinador Paulo Borba Casella, na sua obra intitulada *Refugiados: conceito e extensão*, aduz que “o critério crucial para conceituar um refugiado, em face da Convenção de 1951 ou do Protocolo de 1967, é a existência

⁵² Redação *ipsis litteris* do artigo I, inciso 2, do Ato das Disposições Gerais do Protocolo de 1967. Disponível em: www.fd.uc.pt/CI/CEE/pm/Tratados/.../conv-genebra%20protocolo%201967.htm. Acesso em: 22.09.2015.

⁵³ MORIKAWA, Márcia Mieko. Deslocados internos: entre a soberania do Estado e a protecção internacional dos Direitos do Homem. Uma crítica ao sistema internacional de protecção dos refugiados. Coimbra Editora. 2006. p. 45. Vide HCR, *Les Réfugiés...*, *op. cit.*, pp. 53-56.

do fundado medo de perseguição em virtude de motivos étnicos, religiosos ou políticos⁵⁴.”

Ao fazer um estudo pormenorizado acerca do tema em discussão, percebe-se que há outras Convenções e Declarações, formalmente consagrados em textos jurídico-formais, aplicáveis aos refugiados, “seja por um imperativo de uma maior consciência dos direitos das pessoas seja por um imperativo de solidariedade⁵⁵”. Do exposto, verifica-se a progressiva institucionalização da comunidade internacional, nos quais os refugiados constituem preocupação de não poucas convenções, declarações e outros textos internacionais.

1.3 Natureza conceitual de refugiados em outros textos internacionais e regionais

O artigo 44 da Quarta Convenção de Genebra Relativa à Proteção das Pessoas Civis em Tempo de Guerra, de 1949, refere-se aos refugiados e às pessoas deslocadas. O artigo 73, por sua vez, do Protocolo Adicional de 1967 dispõe de uma proteção legal para os refugiados e os apátridas, conforme vastamente consubstanciado nos Capítulos I e III da Quarta Convenção de Genebra de 1949⁵⁶.

A Convenção relativa ao Estatuto dos Apátridas, de 28 de Setembro de 1954, estabelece que o designativo apátrida “*é a pessoa que não é considerada por nenhum Estado, segundo a sua legislação, como seu nacional.*” Ademais,

⁵⁴ Cfr. CASELLA, Paulo Borba. Refugiados: conceito e extensão. *In*: Nádya de Araújo e Guilherme Assis de Almeida (Coord.). O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 20.

⁵⁵ MIRANDA, Jorge. Direito de asilo e refugiados na ordem jurídica portuguesa. Universidade Católica Editora, Fevereiro de 2016, p. 7.

⁵⁶ Convenção disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-conv-IV-12-08-1949.html>. Acesso em: 04.09.2015. “No momento da assinatura Portugal formulou reservas ao artigo 3.º comum às quatro Convenções de Genebra de 1949, bem como ao artigo 11.º da Convenção IV. A primeira foi retirada, mas a última seria confirmada no momento da ratificação, estando pois em vigor, com a seguinte redacção: [...] o Governo Português apenas aceita [...] o artigo 11.º da Convenção IV com a reserva de que os pedidos feitos pela Potência Detentora a um Estado neutro ou a uma organização humanitária para assumir as funções normalmente desempenhadas pelas Potências Protectoras sejam feitos com o consentimento ou com o acordo do Governo do país do qual as pessoas a ser protegidas são nacionais (Países de origem).”

estabelece os princípios relativos ao tratamento relativo às pessoas apátridas⁵⁷. Ressalte-se que os Estados Partes se comprometeram a conceder aos apátridas normas de tratamento “quase iguais” às dos refugiados, exceto quanto ao direito de associação e de trabalho remunerado, no qual o tratamento dispensado será igual ao dos estrangeiros em geral.

Por fim, a Declaração das Nações Unidas de 1967 dispõe sobre a Concessão de Asilo Territorial elencando um conjunto de princípios fundamentais referentes ao asilo territorial. Afirma-se que a concessão de asilo territorial “*é um acto pacífico e humanitário e que, como tal, não pode ser considerado hostil por qualquer outro Estado*”⁵⁸. Defende-se o princípio humanitário elementar do *non refoulement* (não repulsão) e recordam-se os artigos 13 e 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos⁵⁹, que estabelecem, respectivamente, o direito de abandonar qualquer país e de regressar ao seu país, além do direito de procurar e ser beneficiário do asilo⁶⁰.

A Organização da Unidade Africana – OUA⁶¹ adotou, em 10 de Setembro de 1969, a Convenção da Organização da Unidade Africana que trata dos problemas específicos dos refugiados da África. O artigo 1, n.º 2 da Convenção Africana estabelece que a palavra “refugiado” se aplica, também, “a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública, numa parte ou na totalidade do território do seu país de origem ou do país de que tem a nacionalidade,

⁵⁷ Texto da Convenção disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/3_14/IIIPAG3_14_2.htm. Acesso em: 28.04.2016.

⁵⁸ Ficha Informativa n.º 20. Década das Nações Unidas para a Educação em matéria de Direitos Humanos. 1995/2004. Direitos Humanos e Refugiados. Texto disponível em: www.anur.org. Acesso em: 08.08.2015.

⁵⁹ Os artigos 13 e 14 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (10 de Dezembro de 1948) preconizam, respectivamente, o seguinte: Artigo 13: 1. Toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado. 2. Toda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país. Artigo 14: 1. Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países. 2. Este direito não pode, porém, ser invocado no caso de processo realmente existente por crime de direito comum ou por actividades contrárias aos fins e aos princípios das Nações Unidas.

⁶⁰ Vide Declaração Universal dos Direitos Humanos.

⁶¹ Insta salientar, que “a Organização da Unidade Africana (OUA) reestruturou-se em 2002 passando então a constituir a União Africana. A União Africana, organização internacional de carácter regional, é a base institucional do sistema africano de protecção dos direitos humanos. Destarte, utilizar-se-á a abreviação OUA para se referir à organização existente à época da elaboração da Convenção Relativa aos Aspectos Específicos dos Refugiados Africanos.”

seja forçada a deixar o lugar de residência habitual para procurar refúgio noutra lugar fora do seu país de origem ou da sua nacionalidade⁶².”

A Convenção da Organização da Unidade Africana de 1969 é um complemento da Convenção de 1951 e não uma duplicação. Além da definição alargada do termo “refugiado”, a Convenção da Organização da Unidade Africana traz transparência a questão do asilo (art. II). Contém, também, importantes normas legais sobre o repatriamento voluntário (art. V) e, ainda, sobre a proibição de atividades subversivas por parte dos refugiados (art. III).

A definição adotada pela Convenção da Organização da Unidade Africana de 1969 divide-se em duas partes. A primeira (art. I, 1) repete a definição da Convenção de 1951. A segunda (art. I, 2), por sua vez, inclui causas diversas da Convenção de 1951. O texto da Convenção da Organização da Unidade Africana de 1969 apresenta inovações importantes para a definição de refugiados, pois permite, em seu texto, que as pessoas que foram obrigadas a deixar o seu país por motivos de agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública, numa parte ou na totalidade do território do seu país de origem ou do país de que tem a nacionalidade, possam avocar o Estatuto do Refugiado nos Estados signatários da Convenção da Organização da Unidade Africana, *independentemente de terem ou não receio fundado de perseguição*.

No ano de 1984, a Declaração de Cartagena sobre os Refugiados, lançou as bases jurídicas do tratamento dos refugiados da América Central inspirada na Convenção da Organização da Unidade Africana, nomeadamente o princípio do *non refoulement* (não repulsão), a importância da integração dos refugiados e da realização de esforços com o fim de erradicar as causas do problema dos refugiados.

A definição de “refugiado”, segundo a Declaração de Cartagena, é semelhante à definição da Convenção da OUA, haja vista que inclui “*as pessoas que*

⁶² Vide texto da Convenção da Organização da Unidade Africana de 1969. Texto disponível em: http://www.cidadevirtual.pt/acnur/acn_lisboa/e-oua.html. Acesso em: 13.08.2016.

fugiram do seu país porque a sua vida, segurança ou liberdade foram ameaçadas pela violência generalizada, a agressão externa, os conflitos internos, as violações maciças dos direitos humanos ou outras circunstâncias que perturbaram gravemente a ordem pública” (Capítulo III, n.º 3). A Declaração de Cartagena, por sua vez, não obriga os Estados, não possuindo o caráter de obrigatoriedade. Embora formalmente não vinculativa, a definição de refugiado da Declaração de Cartagena é aplicada por alguns Estados da América Latina, no qual, em alguns casos, foi incorporada ao ordenamento jurídico interno⁶³. Assim, elucida-se a Terceira Parte (Conclusões) da Declaração de Cartagena:

Reiterar que face à experiência adquirida pela afluência em massa de refugiados na América Central, se torna necessário encarar a extensão do conceito de refugiado tendo em conta, no que é pertinente, e de acordo com as características da situação existente na região, o previsto na Convenção da OUA (artigo 1, parágrafo 2) e a doutrina utilizada nos relatórios da Comissão Americana de Direitos Humanos. Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, para além de conter elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere 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. (grifo nosso)

Este conceito, portanto, é formulado a partir dos direitos fundamentais da pessoa humana, no qual se busca proteger o direito inviolável à vida, à segurança e à liberdade. Destaque-se que o direito à vida é inato e, portanto, merece proteção por parte da Declaração de Cartagena.

A Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 desenvolveu os pressupostos jurídicos com fundamento na fonte dos direitos humanos. A Declaração de Cartagena atende à relação (direta ou indireta) com uma base jurídica nas relações de Direito Internacional.

Os enunciados das Convenções e protocolos de Genebra que estabelecem as garantias mínimas nos conflitos armados, internos e interestatais, proíbem de forma tácita o ataque a alvos civis, o recrutamento forçado, as mutilações ou tortura, a tomada de reféns, as execuções extrajudiciais ou tratamentos desumanos e

⁶³ Vide ACNUR, Colectânea de Estudo..., *op.cit.*, Vol. I, p. 29.

degradantes contra pessoas civis ou fora de combate, entre outros elementos elencados no texto normativo.

Plender, em sua obra, afirma que não há consenso quando se trata de definir refugiado, apesar dos Tratados e da prática dos Estados contribuírem para uma melhor compreensão de seu significado. O autor afirma que o refugiado é uma *“pessoa que se encontra fora de seu país de nacionalidade, que esteja procurando ou recebeu asilo num país estrangeiro, como meio de proteção contra perseguição que sofria”*⁶⁴.

Feitas algumas considerações em torno da definição e do conteúdo da noção de refugiado e partindo de tudo que já foi exposto, tentar-se-á adotar o seguinte conceito para refugiado: *“O refugiado é alguém que procura escapar à perseguição ou à ameaça de perseguição política, a uma perseguição ou discriminação étnica, religiosa, cultural, a uma calamidade natural ou tecnológica de grandes proporções, a uma crise alimentar sem paralelo, ou a qualquer outra ameaça à sua vida no país ou no lugar donde vem”*⁶⁵.

Nesta linha argumentativa e, independentemente da opção terminológica, verifica-se que está longe de repousar nos índices dos livros a natureza conceitual de refugiado, sendo de suma importância fazer uma investigação lexicológica⁶⁶ da unidade significativa “refugiado” com a finalidade substancial de facilitar e justificar o auxílio e a proteção, bem como a satisfação dos critérios conceituais viabiliza o exercício pleno dos direitos e benefícios elencados no diploma legal, notadamente na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e o Protocolo de 1967.

⁶⁴ PLENDER, Richard. *International Migration Law*. Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

⁶⁵ ULRICH BECK. *Weltrisikogesellschaft*, 2007, trad. Sociedade de risco mundial, trad., Lisboa, 2015, p. 80.

⁶⁶ “Para a investigação lexicológica, o estudo funcional do vocabulário pode justificar-se tanto frente à lexicologia e semântica tradicionais, como frente à gramática gerativa. Frente à lexicologia e semântica tradicionais, o ponto de vista funcional justifica-se na hierarquia dos feitos que serão investigados. A semântica trata do plano do significado na fala, das variantes, enquanto que a lexicologia trata das invariantes do significado. As variantes do significado podem explicar-se através das invariantes, porém o contrário não é possível. Frente à gramática gerativa, é na autonomia do plano das línguas, e conseqüentemente também, do conteúdo do plano léxico por elas estruturadas dentro da linguagem em geral, que o estudo funcional do vocabulário encontra sua justificativa e razão de ser.” Ver, ABBADE, Celina Márcia de Souza. A lexicologia e a teoria dos campos lexicais. Anais do XV Congresso Nacional de Linguística e Filosofia. Cadernos do CNLF, Vol. XV, Nº 5, t. 2. Rio de Janeiro: CiFEFiL, 2011, pp. 1335-1336.

Aludida preocupação, deve-se ao fato dos Estados estreitarem as hipóteses de reconhecimento da condição de refugiado, haja vista enfrentarem o sério problema dos fluxos migratórios e adotarem medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, asilo e imigração, como também de prevenção e combate à criminalidade.

O Brasil incorpora, a partir de 22 de Julho de 1997, ao seu ordenamento jurídico a Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. A Lei n.º 9.474/97 define os mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 e dá outras providências. A Lei ordinária constitui um verdadeiro marco na trajetória do compromisso do Estado brasileiro com as directrizes normativas estruturantes da matéria. Assim, o artigo 1 do diploma legal assevera o seguinte:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Segundo salienta Milesi e Carlet na sua obra intitulada “Refugiados e Políticas Públicas⁶⁷”:

A aprovação da Lei 9.474/97 representou um marco histórico na legislação de proteção aos direitos humanos e o compromisso do Brasil com o tema e a causa dos refugiados. Sua aprovação foi fruto da soma dos esforços e do trabalho conjunto do ACNUR e da sociedade civil organizada, representada por um conjunto de mais de 40 entidades, dentre elas a Conferencia Nacional dos Bispos do Brasil, a Ordem dos Advogados do Brasil e as Congregações Scalabrinianas. Aspectos que se destacam no citado diploma legal são, entre outros, a ampliação do conceito de refugiado, que passou a incluir as vítimas de violação grave e generalizada dos direitos humanos; a criação do Comitê Nacional para Refugiados (CONARE) – órgão colegiado responsável por analisar e declarar a condição de refugiado; a concessão de documento de trabalho e a abertura à implementação de políticas públicas para a integração dos refugiados.

⁶⁷ MILESI, Rosita; CARLET, Flávia. Refugiados e Políticas Públicas. pp. 85 e 86. In: SILVA, César A. S. (org.). Direitos Humanos e Refugiados. Dourados: Ed. UFGD, 2012.

O artigo 3.º do mesmo diploma legal estipula os indivíduos que não se beneficiarão da condição de refugiado no ordenamento jurídico brasileiro. Neste ínterim, passa-se a transcrever o enunciado que preconiza o seguinte:

Não se beneficiarão da condição de refugiado os indivíduos que:

I - já desfrutem de proteção ou assistência por parte de organismo ou instituição das Nações Unidas que não o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados - ACNUR;

II - sejam residentes no território nacional e tenham direitos e obrigações relacionados com a condição de nacional brasileiro;

III - tenham cometido crime contra a paz, crime de guerra, crime contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas;

IV - sejam considerados culpados de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas.

O Brasil é, ainda, parte dos instrumentos regionais de proteção aos refugiados e apátridas, sendo eles: (1) Declaração de Cartagena sobre Refugiados de 1984; (2) Declaração de San José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas (1994); (3) Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina (2004); (4) Declaração de Brasília sobre a Proteção de Refugiados e Apátridas no Continente Americano (2010) e (5) Declaração de Princípios do Mercosul sobre Proteção Internacional de Refugiados (2012)⁶⁸.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1) e como guias da sua política internacional o consagrado princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4, II), como também a concessão de asilo político (art. 4, X), estabelecendo, ainda, no rol do artigo 5, o direito a tratamento igualitário entre brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, sendo-lhes assegurado todos os direitos proclamados na Carta Magna⁶⁹.

O conceito específico de refugiado, em Portugal, começou a ter maior expressão a partir da Guerra Civil Espanhola. Iniciou-se, no século XX, as primeiras noções de asilo no Estado português. Destaque-se que a Guerra Civil Espanhola fez

⁶⁸ Ver, Avanços e desafios da proteção aos refugiados no Brasil. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/01/UN-Position-Paper-Protection-of-Refugees.pdf>. Acesso em: 31.07.2015.

⁶⁹ Texto disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 17.07.2016.

surgir a mais importante “emigração forçada” que findou culminando numa crise humanitária de contornos devastadores, envolvendo o deslocamento de milhares de pessoas à Portugal. Daí, surgiu a necessidade da criação do Comité Nacional de Refugiados em 1936.

Segundo o historiador Javier Rubio “houve três momentos de exílio massivo de refugiados espanhóis em território português. O primeiro grupo de refugiados entrou em território nacional no final de Julho de 1936, permanecendo a sul da província de Orense, nas margens do rio Minho. O segundo, por sua vez, ocorreu em Agosto, com um grupo composto por mulheres, crianças e idosos que se deslocaram para Barrancos, tendo sido acolhidos essencialmente por famílias barranquenas com as quais possuíam inclusive relações de amizade e de parentesco. Por último, o terceiro deu-se em Agosto e Setembro do mesmo ano, resultando no êxodo de republicanos, provocado pela tomada de Badajoz⁷⁰.”

1.4 O conceito de refugiados no âmbito da Organização das Nações Unidas

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), principal agência humanitária do mundo, inovou, pois ao longo dos últimos 50 (cinquenta) anos, apresentou novos contornos aos elementos do conceito formulado pela Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967. A descrição desse conceito é de suma importância pela relevância da atuação da agência que, conforme seu Estatuto próprio almeja oferecer proteção e assistência aos refugiados, como também encontrar soluções permanentes ao trabalhar com governos locais⁷¹.

O ACNUR é de 14 de Dezembro de 1950 e tem progênie gloriosa na história dos Direitos Humanos. O diplomata italiano Filippo Grandi é o 11^o Alto Comissário

⁷⁰ “Os refugiados de Barrancos.” Texto disponível em: <https://caminhosdamemoria.wordpress.com/2010/04/01/os-refugiados-de-barrancos>. Acesso em: 18.09.2015.

⁷¹ Conforme posição assumida por LOPES, João Victor. A proteção internacional dos Direitos do Refugiado. Curitiba: 2007, p. 21. *Statute of The Office of the United Nations High Commissioner for Refugees: 1. The United Nations High Commissioner for Refugees, acting under the authority of the General Assembly, shall assume the function of providing international protection, under the auspices of the United Nations, to refugees who fall within the scope of the present Statute and of seeking permanent solutions for the problem of refugees by assisting Governments and, subject to the approval of the Governments concerned, private organizations to facilitate the voluntary repatriation of such refugees, or their assimilation within new national communities.*

das Nações Unidas para Refugiados. Ele foi eleito para o cargo em Novembro de 2015, atuando em cooperação internacional há mais de 30 (trinta) anos. Grandi ocupou o cargo de Comissário Geral da Agência da ONU para Refugiados Palestinos (UNRWA) e possui experiência com questões humanitárias, abrangendo as áreas de proteção, gestão de emergências e assuntos políticos. Na literatura formal de seu discurso de posse Grandi afirmou que: *“Acredito, realmente, que as pessoas refugiadas e deslocadas devem e podem ser contempladas com proteção internacional, que o total de apátridas deve ser reduzido e que soluções podem ser encontradas para os deslocamentos forçados”*⁷².

O Estatuto do ACNUR, de 1950, que definiu a agência internacional determina, como núcleo principal, a extensão da competência do Alto Comissariado que, ao longo dos anos, sofreu alterações, em especial pelas resoluções adotadas pela cúpula das Nações Unidas. Do exposto, verifica-se que “o mandato do ACNUR vai muito além da supervisão da Convenção sobre Refugiados⁷³.” O ACNUR tem “a sua competência determinada pelas circunstâncias nas quais se encontram as pessoas que necessitam de proteção internacional, tais como descritas em seu estatuto, e não pelos critérios estabelecidos em tratados ou na lei internacional⁷⁴.”

O ACNUR tem uma responsabilidade especial de supervisionar a aplicação das disposições da Convenção de 1951, que lhe foi atribuída pelo artigo 35⁷⁵. Tal característica distingue o Estatuto dos Refugiados de outros Tratados de Direitos Humanos, haja vista que “somente o direito dos refugiados conta com uma organização internacional designada exclusivamente para supervisionar a implementação do tratado⁷⁶.” Todavia, esta responsabilidade não é exclusiva do ACNUR, mas também dos Estados que ratificaram o Estatuto.

⁷² Fonte: www.acnur.org.

⁷³ HATHAWAY, James C. *Who Should Watch Over Refugee Law?* IARLJ Conference, 2002. p. 23.

⁷⁴ LAUTERPACHT, Sir Elihu; BETHLEHEM, Daniel. *The scope and content of the principle of nonrefoulement: Opinion.* In: Erika Feller (Organização.). *Refugee Protection in International Law.* Cambridge: Cambridge University Press: 2003, p. 94.

⁷⁵ Ver artigo 35 (Cooperação das autoridades nacionais com as Nações Unidas) da Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951. Fonte: www.acnur.org. Acesso em: 14.08.2016.

⁷⁶ HATHAWAY, James C. *Who Should Watch Over Refugee Law?* IARLJ Conference, 2002. p. 25.

A instituição tem demonstrado uma tendência à ampliação de sua competência. O próprio comitê executivo do ACNUR assevera no A/AC.96/799, de 25 de Agosto de 1992, parágrafo 15º, o seguinte: “O exame das necessidades comuns dos vários grupos para os quais o ACNUR é competente esclarece que, sendo a proteção o núcleo de suas atividades, o deslocamento, ligado à necessidade de proteção, constitui a base para determinação da competência do ACNUR para tais grupos⁷⁷.”

O parágrafo 6.º do Estatuto do ACNUR⁷⁸, (ii), estende a competência da agência para “qualquer pessoa que, em consequência de acontecimentos ocorridos antes de 01 de Janeiro de 1951, e receando, com razão, ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade ou opinião política, se encontre fora do país de sua nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio ou por outras razões que não sejam de mera conveniência pessoal, não queira requerer a proteção daquele país; ou quem, não possuindo uma nacionalidade e estando fora do país de residência habitual, não possa ou, em virtude desse receio ou por outras razões que não sejam de mera conveniência pessoal, não queira retornar.” (Redação *ipsis litteris* do art. 6.º do Estatuto do ACNUR).

1.5 Os fundamentos jurídico-históricos

O problema que envolve os refugiados não é algo novo na história das sociedades humanas, haja vista que tais conflitos existem desde o século XV. Com o advento da Segunda Guerra Mundial e o agravamento da situação dos refugiados foram criadas organizações, por parte da comunidade internacional, no sentido de criar regras, normas e procedimentos sobre a temática e problemática dos refugiados.

A Segunda Guerra Mundial impactou decisivamente as populações dos países beligerantes, sobretudo dos países europeus. Devido ao grande número de

⁷⁷ Vide texto disponível em: <http://www.acnur.org/>. Acesso em: 14.08.2016.

⁷⁸ Texto disponível em: <http://www.acnur.org/>. Acesso em: 07.07.2016. “O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) foi criado pela Assembléia Geral da ONU em 14 de dezembro de 1950 para proteger e assistir às vítimas de perseguição, da violência e da intolerância. Desde então, já ajudou mais de 50 milhões de pessoas, ganhou duas vezes o Prêmio Nobel da Paz (1954 e 1981).”

pessoas afetadas pela guerra, os Estados passaram a temer por sua segurança interna, uma vez que era grande o fluxo de pessoas que se deslocavam em busca de melhores condições de vida.

Neste contexto, o trauma vivido pela Segunda Guerra Mundial induziu milhões de pessoas ao deslocamento, propulsionando uma fase distinta no processo histórico do desenvolvimento da definição jurídica da pessoa do refugiado. O presidente dos Estados Unidos da América, Franklin D. Roosevelt propôs duas importantes tarefas, na convocação que fez aos Estados para a Conferência de Evian em Julho de 1938, com o objetivo de tratar da proteção das vítimas do regime nazista. A primeira seria a enumeração das medidas urgentes. A segunda, por sua vez, estabelecer a criação de um organismo permanente para a proteção e assistência dos refugiados. Assim, foi criado o Estatuto do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR)⁷⁹.

Herbert Emerson, Alto-Comissário da Liga para os Refugiados e Comissário do Comitê Intergovernamental, propôs que “(1) *pessoas que ainda não partiram de seu país de origem, mas que devem emigrar em razão de suas opiniões políticas, credos religiosos ou origem racial, e (2) pessoas definidas no item 1 que já partiram de seu país de origem e que ainda não se estabeleceram permanentemente alhures;*” deveriam ser consideradas refugiadas⁸⁰. Esta definição, nas lições de José H. Fischel, apresenta duas inovações importantes. A primeira apresenta uma cláusula de inclusão que menciona os fatores, opiniões políticas, credos religiosos e origem racial como fatores determinantes do refúgio. Por fim, a segunda torna o Comitê Intergovernamental o primeiro órgão internacional capaz de reconhecer como refugiados pessoas que ainda se encontrem em seu país de origem e, portanto, aptos a receber proteção e assistência⁸¹. Ressalte-se que a definição do Comissário do Comitê Intergovernamental não prosperou, motivo pelo qual não a colocamos nos itens anteriores.

⁷⁹ Cfr. José H. Fischel de Andrade, *op.cit.*, pp. 126-135.

⁸⁰ Resolução de 14 de Julho de 1938 (*High Commissioner's Report for 1937-8* [A.25, 1938, XII]). Disponível em www.idproject.org. Acesso em 13.06.15.

⁸¹ Ver, ANDRADE. José H. Fischel de. O Direito Internacional dos Refugiados..., *op.cit.*, p. 127.

Em 1943, almejando solucionar o problema dos deslocados da Segunda Guerra Mundial, foi criada a Administração das Nações Unidas para o Socorro e a Reconstrução, sendo, posteriormente, substituída pela Organização Internacional para os Refugiados, estabelecida em 15 de Dezembro de 1946 pela Resolução 62 (I) da Assembleia Geral. Assim, é imperioso estudar as etapas do processo de construção histórica para que se possa compreender, em toda a sua magnitude, os reais fundamentos que conceberam o Direito Internacional dos Refugiados.

1.5.1 As etapas do processo de construção histórica

Contempla-se que, desde o início da proteção internacional dos refugiados, o designativo “refugiado” tem sofrido importantes modificações. Verifica-se que ao problema dos refugiados junta-se a questão dos deslocados internos, pessoas que são forçadas a deixar seus locais habituais de residência pelos mesmos motivos que os refugiados sem, porém cruzar uma fronteira internacional, consideradas, até pouco tempo, problema interno exclusivo do Estado e, fora, portanto da esfera internacional⁸².

Os deslocamentos internos preocupam, cada vez mais, a comunidade internacional, haja vista que envolvem questões de ingerência e desafiam o conceito tradicional de soberania. É do senso comum, entender que o Estado tem a responsabilidade de assistir e proteger seus nacionais, entretanto, o que ocorre é a impossibilidade do Estado em prestar qualquer tipo de assistência e proteção a essas pessoas. Apesar do problema relativo ao deslocamento forçado de pessoas ter sido um fato real ao longo dos anos, a comunidade internacional deu especial atenção, somente, em 1921, após a Primeira Grande Guerra. A demonstração de solidariedade internacional foi com o movimento em massa dos refugiados russos, fruto da Revolução Russa de 1917, do colapso das frentes anti-bolcheviques na

⁸² Breve evolução histórica da proteção jurídica internacional da pessoa do refugiado (evolução do termo refugiado). Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra. Márcia Mieke Morikawa. Deslocados internos: entre a soberania do Estado e a proteção internacional dos Direitos do Homem. Uma crítica ao sistema internacional de proteção dos refugiados, 2006. Coimbra Editora. STVDIA IURIDICA 87. João Carlos Loureiro (Redactor Delegado). pp. 25-37.

Rússia durante os anos de 1919 e 1920, da grande fome de 1921 e do fim da resistência dos *White Russians* na Sibéria em 1921⁸³.

No ano de 1921, Fridtjof Nansen foi nomeado Primeiro Alto-Comissário para os Refugiados Russos pela Sociedade das Nações. As dificuldades enfrentadas pela Cruz Vermelha, que trabalhava no campo prestando assistência aos refugiados russos, levaram-na a buscar a ajuda e a cooperação da Liga das Nações. O Presidente da Cruz Vermelha, Gustave Ador, organizou, juntamente com a Liga das Nações, uma Conferência, em 16 de Fevereiro de 1921, o que culminou na origem do Alto-Comissário para os Refugiados Russos. Fridtjof Nansen, primeiro Alto-Comissário para os Refugiados Russos, celebrou vários acordos com a Liga das Nações, beneficiando “grupos específicos” de refugiados, entretanto, a conceituação de refugiado, nesses diplomas legais, havia algo em comum, ou seja: a ausência da proteção do Estado de origem do refugiado⁸⁴. Neste diapasão, a ausência de um estatuto jurídico à pessoa do refugiado e a frequente falta de documentos impossibilitavam o exercício dos atos elementares da vida civil, tais como: contrato de trabalho, contrato de casamento e outros.

Diante de tais problemas, os países criavam novas legislações para regularizar a falta de documentação de muitos refugiados russos que vinham em busca de asilo. Assim, foi elaborado o Ajuste Relativo à Expedição de Certificados de Identidade para os Refugiados Russos (Ajuste de 1922), que instituiu o passaporte de Nansen⁸⁵, originalmente criado para os refugiados russos e estendidos aos refugiados armênios pelo Plano Relativo à Expedição dos Certificados de Identidade para os Refugiados Armênios. Em 1926, foi criado o

⁸³ Lembra bem José H. Fischel de Andrade. O Direito Internacional dos Refugiados..., *op.cit.*, p. 20. Breve evolução histórica da proteção jurídica internacional da pessoa do refugiado (evolução do termo refugiado). Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra. Márcia Mieko Morikawa. Deslocados internos: entre a soberania do Estado e a proteção internacional dos Direitos do Homem. Uma crítica ao sistema internacional de proteção dos refugiados, 2006. Coimbra Editora. STVDIA IVRIDICA 87. João Carlos Loureiro (Redactor Delegado). pp. 25-37.

⁸⁴ Cfr. *Idem, ibidem*, pp. 26-29.

⁸⁵ Ressalta-se que “o Passaporte Nansen”, além do mais, devolveu a personalidade jurídica aos refugiados outrora desnacionalizados, visto que lhes garantiu a proteção internacional como autênticos sujeitos de direito, contribuindo para a queda significativa do número de refugiados, o que contribuiu para que o trabalho do Escritório Nansen ganhasse o Prêmio Nobel da Paz em 1923, conforme explana GARCIA, Cristiano Hehr. O direito internacional dos refugiados: história, desenvolvimento, definição e alcance. A busca pela plena efetivação dos direitos humanos no plano internacional e seus reflexos no Brasil. Dissertação (Mestrado em Direito). 147 laudas. Faculdade de Direito de Campos, 2007. p. 76.

Ajuste Relativo à Expedição de Certificados de Identidade para os Refugiados Russos e Armênios e, posteriormente, em 1928, aos refugiados assírios, assírio-caldeus e turcos pelo Ajuste Relativo à Extensão a outras Categorias de Refugiados de certas Medidas tomadas em favor dos Refugiados Russos e Armênios (Ajuste de 1928)⁸⁶. O Escritório Internacional Nansen, órgão descentralizado sob a direção da Liga das Nações, defendia a elaboração de um estatuto jurídico para os refugiados, ideal alcançado com o advento da Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951.

Com a extinção do Escritório Internacional Nansen, criou-se o Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados, em 1938. Tal organismo, contudo, emergiu num período em que a Liga das Nações já se encontrava desprestigiada e acabou por se erodir completamente com a eclosão da Segunda Grande Guerra. De qualquer forma, os esforços da Liga das Nações no trato com os refugiados, embora se reconheçam seus frutos, fracassaram. Os sucessivos fracassos podem ser explicados, por exemplo, pelo baixo número de Estados Partes dos acordos internacionais sobre o tema, tais como: os que originaram o Alto Comissariado para os Refugiados Russos, o Alto Comissariado para Refugiados da Liga das Nações e a Convenção Relativa ao Estatuto Internacional dos Refugiados.

A proliferação excessiva de órgãos que tratavam de grupos específicos de refugiados dificultava a coordenação de esforços para um tratamento sistemático da problemática, já que não havia um organismo que centralizasse as ações referentes. Ademais, coaduna-se que a Liga das Nações possuía uma estrutura bastante sensível às pressões políticas de seus Estados-membros, já que não configurava uma autêntica Federação de Estados autônomos, mas uma associação de Estados soberanos. A Segunda Grande Guerra acentuou, ainda mais, a dramática situação dos refugiados, principalmente, pela ausência de um centro de poder capaz de assegurar um adequado tratamento para a *quaestio*.

Neste momento histórico, a situação caótica de um número cada vez maior de refugiados e a ausência de uma instituição sólida e capaz de gerir o problema, foi

⁸⁶ Cfr. *Idem, ibidem*, pp. 30.

essencial para a criação, por influência de Franklin D. Roosevelt, do Comitê Intergovernamental para Refugiados, órgão à parte da Liga das Nações. Vislumbra-se que cerca de 30 países, inclusive o Brasil, reuniram-se para tentar contornar o drama dos refugiados, especialmente os fugidos da Alemanha nazista. O Comitê reconhecia que não seria possível, naquele momento, a solução definitiva da questão dos refugiados, por isso procurou adotar medidas paliativas, como de reassentamento dos refugiados em territórios seguros⁸⁷, assumindo, em verdade, as funções do Alto Comissariado da Liga das Nações para Refugiados⁸⁸.

Salienta-se, ainda, que o Comitê contribuiu para a posterior elaboração de um autêntico Direito Internacional dos Refugiados, ao chamar a atenção para a necessidade de uma definição oficial do termo “refugiado”, propôs a seguinte definição: “Pessoas que já partiram de seu país de origem ou que devem emigrar em razão de suas opiniões políticas, credos religiosos ou origem racial⁸⁹.” Verifica-se que, “pela primeira vez, formulou-se uma definição objetiva de motivos que pudessem levar à conceituação de refugiados. Afastou-se de uma definição coletiva de refugiado, para passar a considerar este sujeito como um indivíduo e não apenas como membro de um grupo social⁹⁰.”

Assevera-se que “a definição citada reflete o momento histórico em que foi elaborada, qual seja, a Segunda Grande Guerra (1939-1945), que entra na história como o conflito que de forma mais violenta massacró indivíduos por razões étnicas, religiosas e políticas. Além do mais, passo significativo foi dado com o Comitê Intergovernamental para Refugiados, haja vista que tal organismo atuava não apenas no âmbito diplomático, ao coordenar os esforços estatais em prol dos refugiados, mas também no âmbito operacional, ao providenciar assentamentos e assistência material aos refugiados⁹¹.”

⁸⁷ FISCHER DE ANDRADE, *ob.cit.*, 1996, p. 122.

⁸⁸ JUBILUT, 2007, *ob.cit.*, p. 78.

⁸⁹ FISCHER DE ANDRADE, *ob.cit.*, p. 126.

⁹⁰ CUNHA, Ana Paula da. O Direito Internacional dos Refugiados sob o impacto da soberania estatal na contemporaneidade. Curitiba: 2010. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, da Universidade Federal do Paraná. pp. 14-22.

⁹¹ FISCHER DE ANDRADE, *ob.cit.*, p. 129.

Com o fim da Segunda Guerra, difundiu-se o pensamento de que a problemática referente aos refugiados estaria perto de um fim. Não obstante, muitos refugiados recusavam-se a ser repatriados, por temor de que as perseguições continuassem em suas próprias terras. Nesta lógica, mesmo após o conflito, o Comitê Intergovernamental continuou seus trabalhos. De todo o modo, o Comitê enfrentou problemas que foram progressivamente abalando a instituição, como a falta de recursos financeiros, a falta de cooperação de muitos Estados (por temor a represálias nazistas e por crença de que o nazismo seria passageiro) e a ausência de uma política comum dos Estados Partes⁹², até que foi extinto em 1947, um ano após a extinção formal da Liga das Nações.

No ano da extinção do Comitê Intergovernamental para Refugiados, criou-se a Organização Internacional para Refugiados (OIR), já sob os auspícios da Organização das Nações Unidas, tornando-se uma agência centralizada e especializada desta última. O grande entrave para a consolidação deste organismo foi a oposição frontal feita pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, potência à época da Guerra Fria. “Deve-se mencionar que a OIR contribuiu para o alargamento da definição de refugiado em relação àquela elaborada pelo Comitê Intergovernamental. Aquela organização passou a considerar como refugiados também os indivíduos fugidos dos regimes nazista e fascista, bem como aqueles que estavam fora de seus países de origem e impedidos de retornarem a eles, além dos órfãos da guerra que estivessem ausentes de seus países, entre outros, indo além dos motivos raciais, étnicos e religiosos apontados na definição formulada pelo Comitê Intergovernamental. De qualquer forma, a Organização Internacional para Refugiados foi criada para ser temporária; seu prazo de funcionamento expirou em 30 de junho de 1950. Aponta-se que, durante sua existência, a Organização cuidou de cerca de um milhão e seiscentos mil refugiados⁹³.”

⁹² FISCHER DE ANDRADE, *ob. cit.*, 1996, p. 134.

⁹³ CUNHA, Ana Paula da. O Direito Internacional dos Refugiados sob o impacto da soberania estatal na contemporaneidade. Curitiba: 2010. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, da Universidade Federal do Paraná. pp. 14-22. *In*: FISCHER DE ANDRADE, 1996, p. 174.

1.5.1.1 Desde a Idade Média a Moderna

Com o advento do Cristianismo em Roma, modificaram-se as estruturas sociais. Constantino Magno transformara as edificações católicas em lugares de asilo, no qual o conceito geral emergiu da Ordem Beneditina de Cluny, no século X, quando a “Paz de Deus”, durante os conflitos armados, foi invocada para as igrejas e seus habitantes. Neste período, tais indivíduos passaram a gozar de certa imunidade⁹⁴.

Os séculos XIII, XIV e XV foram cenário de um importante acontecimento na Europa, a expulsão compulsória dos judeus de países como a Inglaterra, França, Espanha e Portugal. Ao analisar a expulsão dos judeus que habitavam na Espanha, no século XV, houve o fluxo de trezentos mil moradores rumo à Itália, Turquia e, posteriormente, aos Países Baixos. Em pó, houve a expulsão de quinhentos mil mouriscos que residiam na Espanha⁹⁵.

Com a Reforma no século XVI, houve a decadência do poder eclesiástico, o que fez com que o direito de asilo perdesse a importância conferida na Era Medieval. Recordar-se que na Fase Medieval, instados pela força emanante do liame religioso que conjugava asilo e Igreja, os governantes da Europa, motivados pela filosofia político-universalista, abriram as portas de seus países aos que, pelos motivos variados, buscavam a sua proteção⁹⁶.

A Reforma inaugurou um novo período, ensejando o surgimento de asilados de todos os países europeus. Verifica-se que nesse período histórico pregava-se a

⁹⁴ Insta salientar que o Mosteiro de Cluny foi o mais importante de um sistema de criações do século X, no qual foi parte integrante da reforma monástica com a função precípua de conseguir imunidade às influências locais e retorno a uma observância mais rigorosa da Regra de São Bento, conforme leciona B. Bolton na obra intitulada *A Reforma na Idade Média*, Lisboa, Edições 70, 1983, p. 46. A expressão “Paz de Deus” foi um instrumento eficaz para a manutenção das instituições de paz, notadamente no século XI, conforme nos ensina J. Favier, *Dictionnaire de la France Médiévale*, Paris, Fayard, 1993, pp. 286-287. O movimento “Paz de Deus” ampliou-se com a “Trégua de Deus” em meados do século XI, no qual proibia a guerra alguns dias por semana, ou seja, da quinta à tarde à segunda de manhã e, ainda, em certos períodos do ano, tais como a Páscoa, as semanas que precediam o Natal, cf. H. Franco Jr., *O Feudalismo*, 10 ed., São Paulo: Brasiliense, 1991, p. 54.

⁹⁵ Ver, N. Bentwich, *The League of Nations and Refugees*. 16 *British Year-book of International Law* (1935), p. 114.

⁹⁶ Cf. J.C. Hathaway. *A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law* 31(1) *Harvard International Law Journal* (1990), p. 134.

idéia da liberdade de opção religiosa, a qual se impregnava do elencado princípio da tolerância. Reivindicava-se, também, a liberdade de pensamento e de opinião, no qual, no século seguinte, viria a ser fruto da laicização do Direito Natural a partir de Grotius e do eminente apelo à razão como fundamento consagrador do Direito⁹⁷.

O século XVII foi de suma importância para o desenvolvimento da instituição do asilo⁹⁸, pois, justamente, nesta época que Grotius assegurou que as pessoas expulsas de seus lares possuíam o direito de adquirir residência permanente em outro país, submetendo-se ao direito interno do Estado de acolhimento⁹⁹.

Cumprido destacar que Grotius estabelece uma distinção entre ofensas políticas e ofensas comuns, advogando que o asilo deveria ser concedido tão-somente àqueles que sofressem perseguições políticas ou religiosas. No final do século XVII, o asilo continuou a ser concedido aos fugitivos que cometiam crimes comuns, mas a partir do século XVIII foi havendo, paulatinamente, uma mudança e sendo aceita a tese defendida por Grotius. Assim, as pessoas perseguidas por crimes comuns começaram a ser entregues aos Estados onde os crimes haviam sido cometidos¹⁰⁰.

Ainda no século XVII, a concessão de asilo deixou de ser competência exclusiva da Igreja, pois com a organização dos Estados nacionais, originou-se a laicização do asilo, conteúdo que será aprofundado nas linhas seguintes.

1.5.1.2 Início histórico da consolidação normativa

O instituto jurídico internacional do refúgio surgiu e evoluiu a partir de 1921, no século XX, sob o viés da Liga das Nações e, posteriormente, da Organização das

⁹⁷ Cf. C. Lafer, *op.cit.* nota 9, p. 121.

⁹⁸ Registre-se que Grotius sustenta a tese que o instituto do asilo constitui um direito natural e uma obrigação do Estado, como também um dever humanitário internacional, no qual os Estados que concediam asilo faziam em benefício das *civitas maxima* ou da comunidade de Estados. Ver, J.C. Hathaway, *op.cit.* nota 31, p. 130, e P. Weis, *The United Nations Declaration on Territorial Asylum*, 7(7) *Canadian Yearbook of International Law* (1969), pp. 119 e 140.

⁹⁹ Cf. E. Reut-Nicolussi. *Displaced Persons and International Law*. 73 (II) *Recueil des Cours de la Académie de Droit International* (1948), p. 27.

¹⁰⁰ Cfr. P. Weis, *Recent Developments in the Law of Territorial Asylum*, I (3) *Revue des Droits de l'Homme* (1968), p. 379.

Nações Unidas – ONU¹⁰¹. Em 1943, houve a criação da Administração das Nações Unidas para o Auxílio e Restabelecimento (ANUAR), com a função precípua de prestar auxílio não só aos refugiados, mas a qualquer pessoa que se encontrasse em deslocamento em razão de conflito armado.

Em póis, a ANUAR foi substituída, em 1947, pela Organização Internacional para os Refugiados (OIR), considerado o primeiro organismo internacional a lidar de forma integral, até 1950, com os problemas relacionados ao refúgio. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) preconiza, no artigo 14 (1), que “*toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países*”, sendo, portanto, o primeiro documento internacional a proteger o direito de obtenção de asilo por perseguição¹⁰². Tal como o seu preâmbulo anunciava, a Declaração Universal dos Direitos Humanos exprimia a vontade e o ideal de reconhecer a dignidade da pessoa humana como pedra angular da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Em 1949, a Convenção de Genebra Relativa à Proteção de Pessoas Civis em Tempos de Guerra e o Protocolo Adicional às Convenções de Genebra relativa à Proteção das Vítimas de Conflitos Armados Internacionais dispuseram, respectivamente, nos artigos 44/70 e artigo 73 sobre a proteção dos refugiados em períodos de guerra, o que é, ao mesmo tempo, um apelo desesperado para realizar esta missão urgente, o de proteger o refugiado, incluindo-se, em particular, a criança refugiada que deve ser protegida independentemente de qualquer consideração de raça, nacionalidade ou crença. A ela (criança refugiada) me dedicarei no decorrer deste trabalho.

Surge um novo compromisso que resultou, em 1950, na criação do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), instituição apolítica, humanitária e social que tem o mandato de dirigir e coordenar a ação internacional para proteger e ajudar as pessoas deslocadas em todo o mundo, além de encontrar

¹⁰¹ ANNONI, Danielle; VALDES, Lysian. O Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil. Curitiba: Juruá Editora. p. 112.

¹⁰² Letticia de Pauli Schaitza e Tatyana S. Friedrich. A Tutela Internacional da Criança Refugiada. Anais do V Seminário Nacional Sociologia & Política 14, 15 e 16 de maio de 2014, Curitiba – PR. p. Ver, http://www.humanas.ufpr.br/portal/seminariosociologiapolitica/files/2014/08/24307_1397436645.pdf.

soluções duradouras para quem se vê obrigado a fugir de seus lares, normalmente devido a guerras ou perseguições.

Como já tivemos ensejo de assinalar, em 1951, foi assinado o primeiro acordo regulatório do *status* legal dos refugiados. A Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 consolida prévios instrumentos legais internacionais relativos aos refugiados e regula os direitos dos refugiados no âmbito internacional, sem impor limites para que os Estados possam desenvolver esse tratamento¹⁰³.

A Convenção de 1951 deve ser aplicada, *in totum*, sem discriminação por raça, religião, sexo e país de origem. Na sequência da referida Convenção, está já constituída a definição de refugiado e o consagrado princípio de *non-refoulement* (não-devolução), no qual nenhum país deve expulsar ou devolver (*refouler*) um refugiado, contra a vontade do mesmo, em quaisquer ocasiões, para um território onde haja perseguição. Impõem-se, ainda, providências para a disponibilização de documentos, incluindo documentos de viagem específicos para refugiados na forma de “passaporte”, ao passo que antigos diplomas legais eram aplicados somente a certos grupos.

Em 1966, foi preparado e submetido à Assembleia Geral das Nações Unidas um Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados adicional à Convenção de 1951 e, finalmente, foi assinado em 31 de Janeiro de 1967, no qual entrou em vigor em 4 de Outubro de 1967. A inovação trazida pelo Protocolo de 1967 é que não há uma limitação temporal nem geográfica, porém ambos são os principais instrumentos internacionais estabelecidos para a proteção dos refugiados e seu conteúdo é reconhecido internacionalmente.

A Assembleia Geral tem, frequentemente, convocado os Estados a ratificar esses instrumentos e incorporá-los à sua legislação interna. Esta ação tem em vista, por um lado, uma potencial melhoria no ajustamento das formas de resposta disponíveis às situações reais dos refugiados, das crianças refugiadas e das

¹⁰³ Texto disponível em <http://www.acnur.org/>. O que é a Convenção de 1951? Acesso em: 16.07.2016.

respectivas famílias. A ratificação tem sido recomendada por várias organizações, tais como: o Conselho da União Europeia, a União Africana e a Organização dos Estados Americanos.

A Convenção de 1951 impõe obrigações aos Estados perante o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) no qual o artigo 35 reza o seguinte:

1. Os Estados Contratantes obrigam-se a cooperar com o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, ou com qualquer outra instituição das Nações Unidas que lhe suceda, no exercício das suas funções, e em particular a facilitar a sua missão de vigilância da aplicação das disposições desta Convenção. 2. A fim de permitir ao Alto-Comissariado, ou qualquer outra instituição das Nações Unidas que lhe suceda, apresentar relatórios aos órgãos competentes das Nações Unidas, os Estados Contratantes obrigam-se a dar-lhes na forma apropriada as informações e os dados estatísticos pedidos acerca: (a) Do estatuto dos refugiados; (b) Da aplicação desta Convenção, e (c) Das leis, regulamentos e decretos que estejam ou entrem em vigor no que se refere aos refugiados.

1.6 Asilo, Refúgio e deslocamentos internos: definições e contexto jurídico

O asilo tem a sua origem na Antiguidade clássica, mas, precisamente, na Grécia Antiga. A palavra “asilo”¹⁰⁴ deriva da terminologia grega “a – não” e “sy/ao que significa arrebatado, extrair”. Neste diapasão, asilo significa não-expulsão. Refere-se a um sítio ou local, geralmente religioso, inviolável¹⁰⁵. Em linhas gerais, consiste no instituto pelo qual um Estado fornece imunidade a um indivíduo em face de perseguição sofrida por este em outro Estado¹⁰⁶.

¹⁰⁴ “No Direito Internacional dos Refugiados existem dois termos genéricos para designar a pessoa que deixou sua terra natal em busca de asilo: ASYLUM SEEKER e REFUGEE. Traduzi ASYLUM SEEKER como o buscador de asilo. Este pode estar em duas situações: enquanto mero buscador, deixou seu país de origem e está numa estrangeira em busca de proteção, e como solicitante de refúgio, já iniciou o procedimento jurídico atinente a concessão do Estatuto de Refugiado. Refugiado é aquele a quem foi concedido o estatuto de refugiado.” ARAÚJO, Nádya de. O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Almeida, Guilherme de Assis. A Lei 9.474/97 e a definição ampliada de refugiado: breves considerações. p. 162.

¹⁰⁵ JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro. Disponível em <
http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/O_Direito_Internacional_dos_Refugiados.pdf?view=1>. São Paulo: Método, 2007. Acesso em: 23.02. 2016.

¹⁰⁶ A respeito da palavra “asilo”, cabe uma anotação. Fora da América Latina, termos como *asile* (francês) e *asylum* (inglês) equivalem à concepção latino-americana de refúgio, isto é, o direito protegido pela Convenção de 1951 Relativa ao Estatuto dos Refugiados. Difere, portanto, da concepção latino-americana de asilo, albergado por uma série de outras convenções regionais. A respeito das diferenças entre asilo e refúgio, Para melhor compreensão das diferenças entre asilo e refúgio, cf. SOARES, Guido Fernando Silva. Curso de Direito Internacional Público. V.1. São Paulo:

Na Grécia Antiga o direito de asilo foi utilizado e concedido pelos governos das cidades-estados. Significava a noção de abrigo, direito dos homens perseguidos e que tinham, em virtude da perseguição, suas vidas ameaçadas. Esse direito e seu, respectivo, uso foram muito favorecidos, na Grécia Antiga, pois, para os helenos, a hospitalidade a estrangeiros e peregrinos representava um alto grau de humanidade e cultura, em oposição à barbárie de outros povos que rechaçavam tais práticas¹⁰⁷. Da mesma forma que os egípcios, os gregos, apesar de reconhecerem o direito de asilo, utilizavam o exílio como punição, submetendo o condenado à obrigatoriedade de, como pena, asilar-se em algum local fora dos limites territoriais da respectiva cidade que o condenou. Para alguns historiadores, a opção da pena do exílio foi dada a Sócrates, contudo ele preferiu a morte, ao beber cicuta, do que ter que viver asilado em outro local que não sua terra natal¹⁰⁸.

Na Antiguidade clássica era, bastante, comum as perseguições religiosas e as entradas de pessoas nestes locais eram constantes. Os livros relatam que os responsáveis pela perseguição nada podiam fazer, pois se tratavam de lugares sagrados para os gregos. O respeito, o temor aos templos e divindades fazia dos locais sagrados o refúgio ideal contra violências e perseguições¹⁰⁹. (JUBILUT, 2007).

A história relata que “em Esparta, no ano de 446 a.C., quando Pausânias, rei guerreiro e comandante dos Hoplitas, procurou entrar em acordo com Xerxes, rei dos Persas, inimigo histórico e mortal dos espartanos, foi sentenciado à morte por Esparta pelo crime de traição. O rei guerreiro abrigou-se em um templo à procura de asilo e, assim, tornou-se intocável enquanto neste permanecesse. Com receio de sair e ser executado, Pausânias, embora amparado pelo direito de asilo, morreu de fome lá dentro, ao pé dos altares que o protegiam¹¹⁰.”

Atlas, 2002; PIOVESAN, Flávia. O Direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. ALMEIDA, Guilherme Assis de; ARAÚJO, Nádia. (coordenadores). O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

¹⁰⁷ BALOGH, E. *World Peace and Refugee Problem*. p. 75 (II) *Recueil des Cours de la Académie de Droit International* (1949), p. 375.

¹⁰⁸ STOESSINGER, J. C. *The Refugee and the World Community*. Minneapolis, University of Minnesota Press, 1956, p. 3.

¹⁰⁹ JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro. São Paulo: Método, 2007. 240 páginas.

¹¹⁰ V. BOAVENTURA, Bruno José Ricci. Antígona: a mãe da individualização do Direito. In: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9440>> Acesso em: 05.01.2016.

O início do Período Imperial ou do Principado, em 27 a.C. com a sacração de Otávio como o primeiro Imperador de Roma¹¹¹, coincide com o início da dominação total da Grécia pelos romanos, após o fim da batalha de *Actium*, tornando-se a região, a partir deste momento, então, uma das províncias de Roma. Neste sentido, o asilo, até então uma prática eminentemente costumeira, de natureza religiosa e de origem grega, passou a revestir-se de caráter jurídico-normativo por influência do Direito Romano¹¹².

Assim, com a expansão do Império Romano, o instituto do asilo adquiriu contorno jurídico, e não apenas religioso. Historiadores mencionam que com a queda do Império e o surgimento da Era das Trevas, o asilo volta a ter cunho religioso, se limitando a igrejas e cemitérios. Verifica-se que, com a Reforma Protestante, o asilo possuirá uma aparência mais atual, defendendo o ideal de uma proteção constante da liberdade individual dos seres humanos¹¹³. (JUBILUT, 2007).

Com “a queda do Império Romano do Ocidente, em 476 d.C., em virtude de ininterruptas invasões bárbaras, a Europa continental, até o ano de 1453, presenciou um importante período de sua História: o Período Medieval. Aludido período histórico caracteriza-se pela descentralização política, existência do sistema Feudal, valorização da terra como o maior dos bens materiais, predomínio da Igreja Católica e de seus dogmas e pela dicotômica relação senhor/servo. Com a queda de Roma e, anteriormente, com a publicação do Édito de Milão por Constantino, em 313 d.C., instituindo a religião Católica Apostólica Romana como religião oficial do Estado, o Direito Romano iniciou sua fase de decadência. A estrutura sistêmica, positiva, separada de intromissões de natureza transcendental, praticamente desapareceu no Período Medieval, cedendo lugar a um direito prático, eminentemente oral, regional,

¹¹¹ A lenda conta-nos que a cidade de Roma foi fundada, em 753 a.C., por Rômulo e Remo, dois irmãos gêmeos de origem etrusca. Como Remo teria violado um rito sagrado de seu povo, acabou sendo morto por Rômulo.

¹¹² PEREIRA, Luciana Diniz Durães. O direito internacional dos refugiados: análise crítica do conceito de “refugiado ambiental”. Belo Horizonte, 2009. pp. 46 e seguintes. Manteve-se, na citação, as palavras da autora pela importância da obra.

¹¹³ JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro. São Paulo: Método, 2007. 240 páginas.

costumeiro, altamente influenciado pela religiosidade cristã e baseado, sobretudo, nas relações contratuais feudo-vassaláticas ou relações de séquito¹¹⁴.”

A literatura normativa editada pelo rei Afonso X, de Castela, no século XIII, é, sobretudo, as “*Siete Partidas*”, conjunto de sete blocos legislativos unidos em um documento único e as Disposições da Ordem Beneditina do Mosteiro de Cluny¹¹⁵.

Após todos os esforços em consolidar este instituto, apenas no século XVII, o asilo começou a ser desenvolvido teoricamente, com os estudos de Hugo Grocius, para, no século posterior, ser promulgado um texto constitucional, a Constituição Francesa de 24 de Junho de 1793¹¹⁶. (JUBILUT, 2007).

A Constituição Francesa, de 24 de Junho de 1793, inovou ao mencionar no artigo 120 que “*dá asilo aos estrangeiros exilados de sua pátria por causa da liberdade. Recusa-o aos tiranos.*” À época, a Assembleia Nacional declarou o seguinte: “*em nome da Revolução Francesa, conceder-se-ia fraternidade e socorro a todos os povos que desejassem readquirir sua liberdade, encarregando o Poder Executivo de dar aos generais as ordens necessárias para que se levasse socorro a esses povos e para que se defendesse seus cidadãos quando tivessem sido prejudicados ou, ainda, pudessem sê-lo, por amor à liberdade*”¹¹⁷.”

O texto constitucional francês representa a primeira consolidação normativa quanto à concessão de proteção aos perseguidos. O cenário europeu era composto por ideias revolucionárias de exaltação aos direitos humanos, entretanto, não houve um progressivo desenvolvimento do direito de asilo.

¹¹⁴ PEREIRA, Luciana Diniz Durães. O direito internacional dos refugiados: análise crítica do conceito de “refugiado ambiental”. Belo Horizonte, 2009. p. 46 e seguintes. Manteve-se, na citação, as palavras da autora pela importância da obra. Vide “Um sistema de organização econômica, social e política baseada nos vínculos homem a homem, no qual uma classe de guerreiros especializados – os senhores -, subordinados uns aos outros por uma hierarquia de vínculos de dependência, domina uma massa camponesa que explora a terra e lhes fornece com que viver”. Este é o conceito de Feudalismo de Jaques Le Goff, historiador francês. In Consultar a obra de JÚNIOR, Hilário Franco. A Idade Média, Nascimento do Ocidente. São Paulo: Editora Brasiliense, 2006. Na citação, manteve-se a palavra do autor.

¹¹⁵ Afonso X reinou entre os anos de 1252 a 1284. In: <<http://www.wikipedia.com.br>> Acesso em: 11.04.2015.

¹¹⁶ JUBILUT, Líliliana Lyra. O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro. São Paulo: Método, 2007. 240 páginas.

¹¹⁷ Cf. M. Guetsevitch. *Derecho Constitucional Universal*. Madrid, 1936, *apud* T.B de Maekelt, *op.cit.* nota 2, p. 141.

O instituto do asilo, do qual citou-se, tem aplicação mais constante no Direito Internacional Público da América Latina, em virtude das grandes instabilidades políticas e regimes ditatoriais que assolaram quase a totalidade da região latino-americana. A regulamentação do asilo na América Latina foi se consolidando de forma constante, haja vista a celebração de vários Tratados Internacionais.

O enquadramento legal do asilo na América Latina teve início, em 1889, com o Tratado de Direito Penal de Montevideu e provém de uma longa tradição, conforme consubstanciado nos aludidos documentos: (a) Convenção sobre Asilo (VI Conferência Panamericana, Havana, 1928); (b) Convenção sobre Asilo Político (VII Conferência Internacional Americana, Montevideu, 1933); (c) Declaração dos Direitos e Deveres do Homem sobre asilo territorial (IX Conferência Pan-americana, 1948); (d) Convenção sobre Asilo Político (Montevideu, 1939) e, por último, (e) Convenção sobre Asilo Diplomático (X Conferência Interamericana, Caracas, 1954).

Por ser um instrumento praticamente latino-americano, os países fora dessa região, embora tenham aplicados ou ainda apliquem esse preceito legal no seu ordenamento jurídico, o fazem de maneira escassa. Normalmente, seu uso é para “(...) proteção a criminosos políticos, geralmente sob intensos protestos dos Estados de onde se originavam as perseguições, razão pela qual a maioria dos doutrinadores chega a afirmar que o instituto do asilo é uma prática restrita à América Latina¹¹⁸.” (JUBILUT, 2007).

Tal consideração conclusiva reforça-se, ainda mais, devido ao surgimento de alguns documentos de elevada importância jurídica nas Américas, tais como: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que tratam o instituto do asilo no âmbito dos Direitos Humanos.

Insta salientar que na Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) é estabelecida a obrigação estatal de conceder asilo àqueles que a solicitam, ao contrário da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), documento de

¹¹⁸ JUBILUT. *ob.cit.* pp. 39-40.

âmbito global que estabelece apenas o direito de solicitar e gozar do asilo. A complexidade temática desenvolvida em razão da elaboração da Declaração Universal dos Direitos do Homem, sobretudo em relação à inserção do direito de asilo, fez com que houvesse diversas reuniões de negociação e seis versões até que se chegasse ao texto final.

Remontando o direito de asilo ao artigo 120 da Constituição Francesa de 1793, fórmulas próximas encontram-se hoje em outras Constituições. O Direito de asilo na ordem jurídica portuguesa foi consagrado na Constituição de 1976, no Título de Princípios Gerais de Direitos Fundamentais a par da previsão do Estatuto de Refugiado, elucubrando no artigo 22: *“1. É garantido o direito de asilo aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consequência da sua atividade em favor da democracia, da liberdade social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana. 2. A lei define o estatuto do refugiado político.”*

Uma consideração minuciosa requer, entretanto, a referência à Declaração Universal de 1948, até pela novidade que representou em 1976. Note-se que as circunstâncias políticas anteriores a 1974 e as posteriores levaram a que tanto nas primeiras declarações revolucionárias de 1974, como na Assembleia Constituinte, se tornasse a Declaração Universal dos Direitos do Homem o elemento central de legitimidade e impugnando os direitos fundamentais dos seus valores e princípios.

O artigo 14(1) da Declaração Universal de 1948 afirma que: *“toda pessoa vítima de perseguição tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países.”* Menciona, ainda, no artigo 14(2) que *“este direito não pode ser invocado em caso de perseguição legitimamente motivada por crimes de direito comum ou por atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas.”*

A Declaração Universal de 1948 *“assegura o direito fundamental de toda pessoa de estar livre de qualquer forma de perseguição. Consequentemente, na hipótese de perseguição decorre o direito fundamental de procurar e gozar asilo em outros países. A perseguição a uma pessoa caracteriza grave violação aos direitos*

humanos¹¹⁹.” Os refugiados possuem um regime jurídico internacional específico que deriva, entre outros instrumentos, da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967 e, assim, justifica-se um tratamento normativo especial.

O desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos confere suporte e complemento ao Direito dos Refugiados, oferecendo uma proteção adicional aos refugiados. Neste diapasão, merecem destaque: a Convenção sobre os Direitos da Criança (1990), a previsão do princípio do *non-refoulement* na Convenção contra a Tortura de (1984) e outros instrumentos de proteção dos Direitos Humanos.

Após o advento da Declaração Universal de 1948 é aprovada a Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 que constitui a Carta Magna que define em caráter universal a condição de refugiado¹²⁰.

O direito de asilo aparece formalmente consagrado em textos jurídico-formais, encontrando-se inserido na temática da Declaração Universal dos Direitos do Homem. A Constituição da República Portuguesa de 1976 o consagra no Título de Princípios Gerais de Direitos Fundamentais a par da previsão do Estatuto de Refugiado, prescrevendo no artigo 22, *in verbis*:

1. É garantido o direito de asilo aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consonância da sua actividade em favor da democracia, da liberdade social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana.

Ressalte-se o quadro informativo do tratamento da matéria na ordem jurídica portuguesa: (1). O artigo 33, n.º 8 e 9 da Constituição da República Portuguesa; (2). O artigo 14 da Declaração Universal, com que ele tem de ser interpretado ou integrado; (3). A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 28 de Julho de 1951 e o seu Protocolo Adicional de 16 de Dezembro de 1966; (4). A Declaração

¹¹⁹ PIOVESAN, Flávia. O direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. pp. 27-64.

¹²⁰ A respeito ver Ruiz de Santiago, Jaime. O Direito Internacional dos Refugiados em sua relação com os direitos humanos e em sua evolução histórica. *In* CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana: direitos humanos, direito humanitário, direito dos refugiados. San José, Costa Rica/Brasília. Instituto Interamericano de Direitos Humanos. Comité Internacional da Cruz Vermelha – Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996, p. 266.

sobre o Asilo Territorial, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 17 de Dezembro de 1967 que, embora não seja vinculativa, reflete princípios do Direito Internacional geral ou comum, parte integrante (consoante o artigo 8º, n.º 1, da Constituição) do Direito português; (5). A Convenção sobre a Determinação do Estado Responsável pela Análise de um Pedido de Asilo Apresentado no Estado-membro das Comunidades Europeias e (6). A Lei n.º 27/2008, de 30 de Junho, que preconiza as condições e os procedimentos da concessão de asilo ou proteção subsidiária e os estatutos dos requerentes de asilo, de refugiados e de proteção subsidiária, transpondo para a ordem jurídica interna as Diretivas n.º 2004/83/CE, de 29 de Abril, e 2005/85/CE, de 1 de Dezembro, do Conselho da União Europeia.

Verifica-se que os atos de perseguição suscetíveis de fundamentar o direito de asilo devem constituir, pela sua natureza ou reiteração, grave violação de direitos fundamentais ou situação semelhante, desde os de violência física ou mental, a atos cometidos especificamente em razão do género ou contra menores. Podem ser agentes de perseguição: (a) o Estado; (b) os partidos ou organizações que controlem o Estado ou uma parcela significativa do seu território e (c) os agentes não estatais, se ficar provado que nem o Estado nem esses partidos ou organizações são capazes ou não querem proporcionar proteção contra a perseguição (art. 6).

O doutrinador português Jorge Miranda afirma, em suas lições, que “o direito de asilo é um direito individual, não um direito coletivo ou sequer, salvo casos excepcionais, um direito de exercício coletivo. Ainda que o asilado pertença a uma categoria ou venha com um grupo bem determinado em função de idêntica categoria, será a ele, individualmente, que se dará acolhimento¹²¹”.

Ao direito de asilo, como o qualificam tanto a Constituição portuguesa como a Declaração Universal, corresponde um dever do Estado de verificados os requisitos e decorrido o procedimento previsto na lei e nas convenções internacionais,

¹²¹ Sobre estas categorias de direitos fundamentais, cfr. Manual..., IV, 6ª ed., Coimbra, 2015, págs. 147 e segs. e 150 e 151. Cfr. *ibidem*, pág. 157. Segundo Andreia Sofia Pinto de Oliveira (*op.cit.*, pág. 12) a “substância material” deste direito não é uma esfera particular da vida, mas uma história pessoal; uma história que, por ser marcada pela perseguição de que alguém é vítima, coloca um estrangeiro ou um apátrida numa situação de carência de proteção. Ver, Jorge Miranda. Direito de asilo e refugiados na ordem jurídica portuguesa. Universidade Católica Editora, 2016, pp. 21-27.

conceder o asilo. Este dever impõe que o processo de concessão seja regulado de maneira a não impor ao requerente condições impossíveis ou mesmo inexigíveis, como também impõe, enquanto o processo decorrer e não for tomada uma decisão definitiva, que seja concedido ao que procura asilo a devida proteção, não podendo ser expulso por entrada ilegal no país.

Transcrito dever impõe, ainda, que os requerentes de asilo ou de proteção subsidiária, com carência económica e os membros das suas famílias, obtenham apoio social para alojamento e alimentação (arts. 51 e 56 da Lei n.º 27/2008), assistência médica e medicamentosa (art. 52), acesso ao ensino quanto aos filhos menores (art. 53) e direito ao trabalho (art. 54). O asilado recebe o Estatuto de Refugiado (art. 4) e passa a gozar dos direitos atribuídos aos estrangeiros em geral (art. 15 da Constituição portuguesa), com maiores ou menores adaptações, direitos, liberdades e garantias (art. 33, n.º 1 a 7), além dos direitos sociais. Os Estados contratantes, entretanto, facultarão, sempre que possível, a naturalização dos refugiados (artigo 34, da Constituição da República Portuguesa).

A Lei n.º 15, de 26 de Março de 1998, estabelece um novo regime jurídico-legal em matéria de asilo e de refugiados. O Capítulo I, artigo 1(1), intitulado “Garantia do direito de asilo” assevera o seguinte: “É garantido o direito de asilo aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição em consequência de actividade exercida no Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana.”

O Capítulo I, artigo 1(2), da referida Lei n.º 15/98, aduz que “têm ainda direito à concessão de asilo os estrangeiros e os apátridas que, receando com fundamento ser perseguidos em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou integração em certo grupo social, não possam ou, em virtude desse receio, não queiram voltar ao Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual.” O artigo 1(3) afirma, por sua vez, que “o asilo só pode ser concedido ao estrangeiro que tiver mais de uma nacionalidade quando os motivos referidos nos números anteriores se verifiquem relativamente a todos os Estados de que seja nacional.”

O artigo 6, da Lei n.º 15/98 preconiza, também, o seguinte: 1 – “O refugiado goza dos direitos e está sujeito aos deveres dos estrangeiros residentes em Portugal, na medida em que não contrariem o disposto nesta lei, na Convenção de Genebra de 1951 e no Protocolo de Nova Iorque de 1967, cabendo-lhe, designadamente, a obrigação de acatar as leis e os regulamentos, bem como as providências destinadas à manutenção da ordem pública.” Conforme item 2, do artigo 6, o refugiado tem direito, nos termos da Convenção de Genebra de 1951, a um título de identidade comprovativo da sua qualidade, a atribuir pelo Ministro da Administração Interna segundo modelo estabelecido em Portaria¹²².

Alguns autores entendem que o asilo e o refúgio¹²³ são institutos jurídicos distintos e não se deve falar em formas de proteções abrangidas pelo direito de asilo *lato sensu*. Todavia, essa postura não merece prosperar, pois, consoante Liliana Jubilut, ambos os institutos visam à proteção do ser humano em face de perseguição, geralmente realizada pelo Estado, sendo, portanto, similares em sua essência e, dessa forma, institutos assemelhados¹²⁴.

O Professor Jorge Miranda na obra intitulada “Direito de Asilo e Refugiados: na ordem jurídica portuguesa” aduz, com muita sapiência, que “se, em todas as épocas, o refúgio para ou noutra terra tem sido o último recurso dos perseguidos pelo poder político ou por qualquer outro poder ou dos atingidos por qualquer forma de sofrimento inultrapassável, apenas nos dois últimos séculos e meio, ele aparece (...) sob a forma de direito de asilo¹²⁵.” Esta explanação da matéria muito concisa do

¹²²

Lei disponível em :

http://www.sef.pt/portal/v10/PT/asp/legislacao/legislacao_detalhe.aspx?id_linha=4219.

¹²³ RAMOS, André de Carvalho. Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas. O artigo foi disponibilizado gratuitamente pelo autor no *site*: www.academia.edu/5369119/Asilo_e_Refugio_semelhanças_diferenças_e_perspectivas. Acesso em: 22.12.2015.

¹²⁴ JUBILUT, Liliana Lyra. O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro. São Paulo: Método, 2007. 240 páginas. p. 36. Nesta citação, manteve-se a palavra do autor.

¹²⁵ JORGE MIRANDA. Direito de asilo e refugiados na ordem jurídica portuguesa. Universidade Católica Editora. 2016, pp. 7-8. Vide Philippe de La Chapelle, *La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et le Catholicisme*, Paris, 1967, pp. 128 e segs. e 355 e segs.; Karel Vasak, *As dimensões internacionais dos direitos do homem*, UNESCO, trad., Lisboa, 1983, pp. 199 e segs.; Carlos Fernandes, *Direito Internacional Privado*, I, Lisboa, 1994, pp. 1 e segs.

Professor Doutor Jorge Miranda tem apenas o objetivo de confirmar a avaliação, que endosso plenamente, na esteira de Vital Moreira¹²⁶ e de tantos outros.

A autora Jubilut aduz que a “semelhança da natureza dos institutos pode ser comprovada pela leitura do 4.º parágrafo preambular da Convenção de 51, que, ao estabelecer as regras internacionais sobre o refúgio, menciona o direito de asilo, invocando, assim, este como base para aquele, ao mesmo tempo em que exorta os Estados a praticar a cooperação internacional. Salienta-se que para alguns estudiosos do tema não há distinção entre asilo e refúgio, devendo-se sempre falar em asilo. Tal posicionamento é o encontrado na maioria dos Estados, em especial nos de cultura anglo-saxã, com exceção dos da América Latina, que mantêm a tradição da concessão do asilo combinada com o instituto mais moderno do refúgio, diferenciando, portanto, as duas práticas¹²⁷.”

O refugiado tem, para com o país em que se encontra, deveres que incluem a obrigação de acatar as leis e regulamentos e, ainda, as medidas para a manutenção de ordem pública (artigo 2 da Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951).

Tanto refugiados como deslocados internos constituem grupos forçados a migrar em decorrência da violação de algum ou alguns de seus direitos fundamentais. Sabe-se que, através da instituição de políticas restritivas à imigração, os Estados de acolhimento oferecem uma resistência em abrigar refugiados e impõem exigências formais aos grupos que buscam abrigo além das fronteiras de seu país de origem, gerando um aumento significativo de pessoas que permanecem dentro das fronteiras de seu país.

O cruzamento da fronteira, em alguns casos, constitui a única opção capaz de oferecer um lugar a salvo das ameaças de violações de direitos humanos, por tornar possível uma tutela jurídica de caráter internacional, consagrada pelo instituto do refúgio, que garante alguns benefícios, como o tratamento com dignidade e, em

¹²⁶ Sobre o direito de asilo na doutrina constitucional portuguesa, ver J.J Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4 ed., Coimbra, 2007, p. 595.

¹²⁷ JUBILUT, Liliansa Lyra. *O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007. 240 páginas. p. 36.

especial, o chamado *non-refoulement*, ou o direito de não ser devolvido ao país de onde a ameaça iniciou¹²⁸.

Permanece, no entanto, a necessidade de proteção internacional a grupos perseguidos que encontram dificuldade de recepção em países estrangeiros. Neste contexto, operadores do Direito buscam suprir esta lacuna procurando uma forma de proteção para aludidas pessoas ou grupos a fim de superar a necessidade do cruzamento da fronteira como condição *sine qua non* de proteção internacional.

Em que pese a notável similitude entre os dois institutos, do ponto de vista formal são distintos, para os fins da proteção institucional, todavia, a diferença carece de utilidade. A competência do ACNUR, entidade assistencial dos refugiados, tem sido sistematicamente estendida de modo a estender os esforços aos deslocados internos e a outros grupos de interesse¹²⁹.

Ao fazer um estudo pormenorizado da terminologia e dos primeiros registros da locução asilo, verifica-se o desmembramento normativo do gênero asilo em duas espécies: asilo político¹³⁰ e refúgio.

¹²⁸ GOMES, Gabriel Jamur. A Proteção Internacional dos Deslocados Internos. Curitiba, 2005, p. 82 cf. Monografia de Conclusão de Curso – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

¹²⁹ Verifica-se que conclusão de n.º 75 do comitê executivo do ACNUR exorta a entidade e os Estados à proteção dos deslocados internos. Datada de 1994, entretanto, a conclusão é somente uma dentre muitas que previamente reconheceram a necessidade de proteção desses grupos e estenderam a competência do Alto Comissariado para fazê-lo. É o caso das conclusões de n.ºs 68, 71 e 74, por exemplo.

¹³⁰ “Foi a partir do fim do século passado que teve início o desmembramento normativo do gênero “asilo” em duas espécies: “asilo político” e “refúgio”. No continente americano teve lugar o desenvolvimento de um estatuto jurídico próprio, aplicável pelos países da região aos chamados “asilados políticos”. Cuida-se da única normatização jurídica internacional regional pertinente ao asilo político, em suas modalidades territorial e diplomática. Na ocasião do I Congresso Sul-Americano de Direito Internacional, concluiu-se, em 23 de Janeiro de 1889, o Tratado sobre Direito Penal Internacional que, em seus artigos 15-19, vislumbra o asilo político, relacionando-o, *inter alia*, às regras atinentes à extradição e aos delitos políticos.” Na citação, preservou-se a palavra do autor. Ver, ANDRADE, José H. Fischel. Breve reconstrução histórica da tradição que culminou na proteção internacional dos refugiados. pp. 113-114.

1.6.1 O princípio do *non-refoulement*: limite jurídico à saída compulsória do refugiado

O princípio do *non-refoulement* é um princípio de Direito Internacional dos Refugiados, no qual o solicitante de refúgio não poderá ser encaminhado a um país onde o mesmo possa sofrer, ou já sofre uma perseguição ameaçadora ou violadora de seus direitos fundamentais¹³¹.

O aludido artigo 33 da Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, adotada em 28 de Julho, pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto de Refugiados e Apátridas, enuncia o seguinte:

Proibição de expulsão ou de rechaço: (1) Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas. (2) O benefício da presente disposição não poderá ser, todavia, invocado por um refugiado que por motivos sérios seja considerado um perigo para a segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por crime ou delito particularmente grave, constitui ameaça para a comunidade do referido país.

O léxico “*non-refoulement*” é original do idioma francês, possuindo vários significados. No Direito Internacional, o vocábulo *refoulement* traduz o ato jurídico através do qual um Estado devolve um indivíduo que se encontra sob sua jurisdição a um outro Estado. O termo *refoulement* no Direito Internacional dos Refugiados é compreendido como o gênero abrangente de todas as espécies de institutos jurídicos que visam à saída compulsória do estrangeiro do território nacional¹³².”

¹³¹ ARAÚJO, Nádía de. O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Filho, José Francisco Sieber Luz.* *Non-refoulement*: breves considerações sobre o limite jurídico à saída compulsória do refugiado. pp. 177-209. *Saliente-se que, no desenvolvimento textual, seguiu-se de perto as lições do autor sobre a matéria. Inclusive o conceito do princípio de *non-refoulement* foi elaborado pelo autor, conforme se vê na p. 179.

¹³² ARAÚJO, Nádía de. O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Filho, José Francisco Sieber Luz.* *Non-refoulement*: breves considerações sobre o limite jurídico à saída compulsória do refugiado. pp. 177-209. “Ressalte-se que *refoulement*, em português, significa recondução, mas, na dissertação, adota-se a terminologia francesa. Pode ser definido como um ato administrativo, regulamentado em seu exercício pelas regras de direito internacional, através do qual as autoridades apontadas pelo Estado recusam admissão no território a uma determinada pessoa, fazendo-a inclusive retornar ao país de onde veio. Não deve ser confundido com expulsão, deportação ou extradição. (...) Conforme estudo das Nações Unidas sobre apatridia, citado por Plender, enquanto o *refoulement* (em inglês: “*reconduction*”) traduz-se no “mero ato físico de expelir do território nacional a pessoa que obteve entrada ou ali esteja residindo

A proibição do *refoulement* aplica-se ao solicitante de refúgio assim compreendido pelos instrumentos internacionais. Neste quadro, cabe-nos transcrever os ensinamentos de Francisco Sieber¹³³:

O princípio de *non-refoulement* aplica-se, portanto, diante da solicitação do reconhecimento da condição jurídica de refugiado expressa pelo indivíduo estrangeiro. É o momento da entrada do estrangeiro no território nacional, de maneira que a rejeição do mesmo, ainda que não esteja em território nacional, mas na fronteira ou em territórios internacionais, implica na violação do princípio. Isso posto, imagine-se uma aeronave que, contendo passageiros refugiados encontra-se em espaço aéreo internacional, ou espaço aéreo nacional estrangeiro, e solicita permissão de pouso em aeroporto brasileiro; se manifestada está a intenção de solicitar o refúgio, a negativa da solicitação de pouso em território nacional implica na violação do princípio de *non-refoulement*. O mesmo ocorre com embarcações. (citação *ipsis litteris*).

As primeiras definições e lições jurídicas de *non-refoulement* confundem-se com o surgimento e desenvolvimento do Direito Internacional dos Refugiados, conforme verifica-se no artigo 3º da Convenção Internacional relativa ao Estatuto Internacional do Refugiado de 1933, no qual possuía proibição expressa dos Estados Partes de adotarem medidas políticas como a expulsão ou a não-admissão na fronteira de refugiados¹³⁴.

Coaduna-se que o primeiro registro do princípio do *non-refoulement* inserido no artigo 3º da Convenção Internacional relativa ao Estatuto Internacional do Refugiado de 1933 revela o papel dos Estados nas relações internacionais da época. A matéria das reservas feitas à Convenção de 1933, no que se refere à manutenção da decisão pela expulsão ou não de refugiados pelo Estado, demonstra uma realidade política que só irá encontrar modificações após a Segunda Guerra. Ressalte-se que o texto normativo na ordem jurídica internacional era a seguinte acerca do princípio do *non-refoulement*: 1 – Resolução 8 (1) adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 12 de Fevereiro de 1946; 2 – Resolução 248 (IX), B do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas de 8 de Agosto de 1949 e 3 – Resolução 429 (V) de 14 de Dezembro de 1950. É, portanto, na

irregularmente”. Recomenda-se fazer um estudo minucioso da obra Cavarzere, Thelma Thais. Direito Internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 96.

¹³³ ARAÚJO, Nádía de. O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Filho, José Francisco Sieber Luz. *Non-refoulement*: breves considerações sobre o limite jurídico à saída compulsória do refugiado. p. 181.

¹³⁴ ARAÚJO, Nádía de. (...) pp. 183-184.

Convenção de 1951 que se verifica o consagrado princípio do Direito Internacional dos Refugiados, o princípio do *non-refoulement*¹³⁵.

No Brasil, a Lei n.º 9.474, de 22 de Julho de 1997, definiu os mecanismos de implementação da Convenção de Genebra de 1951 e do Protocolo de 1967. A previsão do princípio de *non-refoulement* na Lei n.º 9.474/97 tratou da proibição da refuta ao refugiado consoante as disposições da lei brasileira. O princípio encontra-se esculpido no § 1º do artigo 7, da Lei n.º 9.474/97, no qual proclama:

O estrangeiro que chegar ao território nacional poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira, a qual lhe proporcionará as informações necessárias quanto ao procedimento cabível. § 1º Em hipótese alguma será efetuada sua deportação para fronteira de território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política.

É indispensável destacar que o legislador consignou que a Lei n.º 9.474/97 deve ser interpretada em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948, e com todo instrumento internacional de proteção de direitos humanos, no qual o Estado brasileiro seja signatário¹³⁶.

Findo os comentários acerca da Lei n.º 9.474, de 22 de Julho de 1997, assevera-se que o princípio do *non-refoulement* encontra aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, podendo-se conceituá-lo como “um impedimento à saída compulsória do estrangeiro que solicita ao Estado onde se encontra o reconhecimento de sua condição jurídica de refugiado, impedimento que permanece desde a solicitação, passando pela decisão do órgão competente ao reconhecimento da referida condição, cessando somente na hipótese do indivíduo ver negada sua vontade em ser reconhecido como refugiado ou cessando tal condição por qualquer outra causa legalmente prevista¹³⁷.” Não é, *in casu*, exagerada a afirmação de que o princípio de *non-refoulement* encontra-se já inserido na legislação pátria, devendo sua observância ser garantida pelo Estado.

¹³⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 187-189.

¹³⁶ ARAÚJO, Nádya de. O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Garcia, Márcio Pereira Pinto. Refugiado: o dever de solidariedade. pp. 152-153.

¹³⁷ FILHO, José Francisco Sieber Luz. *Non-refoulement*: breves considerações sobre o limite jurídico à saída compulsória do refugiado. pp. 196-197.

O refugiado é, portanto, protegido pela vigência do princípio impeditivo de sua saída compulsória, princípio que recai sobre todas as espécies de institutos jurídicos que visam à saída compulsória do estrangeiro, quais sejam, a extradição, a expulsão e a deportação.

A extradição “pode ser definida como sendo o ato por meio do qual um indivíduo é entregue por um Estado a outro, que seja competente a fim de processá-lo e puni-lo¹³⁸” ou, ainda, “o ato pelo qual um Estado entrega um indivíduo acusado de fato delituoso ou já condenado como criminoso, à justiça de outro Estado, competente para julgá-lo e puni-lo¹³⁹.” Uma terceira definição seria que a “extradição é o processo pelo qual um Estado atende ao pedido de outro Estado, remetendo-lhe pessoa processada no país solicitante por crime punido na legislação de ambos os países, não se extraditando, via de regra, nacional do país solicitado¹⁴⁰.” Na opinião de Xavier da Silva Guimarães, “a extradição é forma processual admitida, de colaboração internacional, para fazer com que um infrator da lei penal, refugiado em um país, se apresente ao juízo competente de outro país onde o crime foi cometido¹⁴¹” e, por último, é um “ato pelo qual um Estado faz a entrega, para fins de ser processado ou para a execução de uma pena, de um indivíduo acusado ou reconhecido culpável de uma infração cometida fora de seu território, a outro Estado que o reclama e que é competente para julgá-lo e puni-lo¹⁴²”, constituindo “o meio processual internacional adequado para fazer presente o infrator perante seu juízo criminal”.

O princípio do *non-refoulement* distingue-se, portanto, da expulsão e deportação. “A expulsão distingue-se do *refoulement*, porque aquele se aplica ao estrangeiro que é admitido no país, onde acaba permanecendo por algum tempo, ao passo que o *refoulement* é aplicado ao estrangeiro não admitido e classificado como indesejável, no momento em que tenta cruzar a fronteira. O *refoulement* pode ser,

¹³⁸ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Direito constitucional internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 169.

¹³⁹ ACCIOLY, Hildebrando. Tratado de Direito Internacional Público. Vol. I, Ed. Saraiva, São Paulo, 1968.

¹⁴⁰ DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado. 5 ed. Editora Renovar. Rio de Janeiro, 1997.

¹⁴¹ GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. Medidas compulsórias: a deportação, a expulsão e a extradição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1994.

¹⁴² ARAÚJO, Nádia de. (...), pp. 197-208.

ainda, “definido como um ato administrativo, regulamentado em seu exercício pelas regras de direito internacional, através do qual as autoridades apontadas pelo Estado recusam admissão no território a uma determinada pessoa, fazendo-a inclusive retornar ao país de onde veio. Não deve ser confundido com expulsão, deportação ou extradição¹⁴³”.

A Lei n.º 9.474/97 trata da expulsão no artigo 36 e 37 aduzindo que: “Art. 36: Não será expulso do território nacional o refugiado que esteja regularmente registrado, salvo por motivos de segurança nacional ou de ordem pública. Art. 37: A expulsão de refugiado do território nacional não resultará em sua retirada para país onde sua vida, liberdade ou integridade física possam estar em risco, e apenas será efetivada quando da certeza de sua admissão em país onde não haja riscos de perseguição.”

“A deportação, por sua vez, é medida de saída compulsória que se opera de maneira automática imposta pela autoridade migratória nas hipóteses de entrada ou estada irregular de estrangeiro no território nacional¹⁴⁴.” A “aplicação automática traduz-se na realização da medida pela autoridade migratória que, na fronteira que se encontra, ao deparar-se com qualquer irregularidade devolve o indivíduo ao seu país de origem.” Trata-se da aplicabilidade do *refoulement* por excelência¹⁴⁵.

O princípio de *non-refoulement* visa, essencialmente, evitar a deportação do refugiado. Isto, porque a deportação é sanção administrativa imposta pela autoridade imigratória nas hipóteses de entrada ou estada irregular de estrangeiro no território nacional¹⁴⁶.” Do supra exposto, é de suma importância reafirmar que o princípio do *non-refoulement*, aplicável consoante o direito internacional dos refugiados, encontra aplicabilidade permanente enquanto dure a condição de refugiado reconhecida pelo Estado que exerce a proteção internacional.

¹⁴³ CAVARZERE, Thelma Thais. Direito Internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 97.

¹⁴⁴ GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. Medidas compulsórias: a deportação, a expulsão e a extradição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1994.

¹⁴⁵ CAHALI, Youssef Sahid. Estatuto do estrangeiro. Ed. Saraiva: São Paulo, p. 198.

¹⁴⁶ CAHALI, Youssef Sahid. Estatuto do estrangeiro. Ed. Saraiva: São Paulo, p. 210.

Cumpra ressaltar que, pela Lei n.º 9.474/97, o início da aplicabilidade dar-se-á no momento em que o refugiado expressa a sua vontade em ter esta condição declarada pelos órgãos competentes. Assim, a deportação que pretenda ser posta sobre o indivíduo refugiado, deverá aguardar decisão, motivada e fundamentada pela Lei n.º 9.474/97, do órgão competente acerca da exclusão de sua condição de refugiado¹⁴⁷.

Assevera-se que para o Direito Internacional dos Refugiados, o princípio do *non-refoulement* é o valor mais alto invocável na proteção efetiva dos direitos dos refugiados. Em termos práticos, o *non-refoulement* “consiste na obrigação estatal de não rejeitar um requerente de asilo na fronteira e/ou de não expulsá-lo do seu território para um Estado, seja o de origem ou qualquer outro, onde a sua vida ou liberdade estejam ou possam vir a ser ameaçadas¹⁴⁸.”

A verdadeira proteção conferida pela Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 é centralizada neste princípio (artigo 33), que passou de uma decisão essencialmente moral e voluntária dos Estados Membros para ser uma obrigação legal decorrente do Direito Internacional Consuetudinário¹⁴⁹, adquirindo, assim, natureza *jus cogens*¹⁵⁰. Apesar do artigo 42 (1) afirmar o seu carácter inderrogável e, por consequência, o carácter humanitário da própria Convenção de 1951¹⁵¹, a verdade é que se trata de uma proteção longe de ser absoluta, tendo em conta as exceções presentes no 33 (2) e por, mais uma vez, se encontrar limitada pela dependência entre “a ameaça à vida ou liberdade” e um dos cinco motivos constantes do art. 1 (A) 2¹⁵².

¹⁴⁷ FILHO, José Francisco Sieber Luz. *Non-refoulement: breve considerações sobre o limite jurídico à saída compulsória do refugiado*. pp.177-209.

¹⁴⁸ A Declaração das Nações Unidas sobre o Asilo Territorial, de 14 de Dezembro de 1967 (Resolução n.º 2312 [XXII].), estabeleceu o direito a não rejeição na fronteira (art. 3º). Cfr. GOODWIN-GILL e MCADAM, *ob. cit.*, p. 207.

¹⁴⁹ GOODWIN-GILL, G., *The New Asylum Seekers*, p. 103.

¹⁵⁰ Sobre a natureza *jus cogens* do princípio de *non-refoulement*, enquanto norma peremptória de Direito Internacional e parte do Direito Internacional Consuetudinário, cfr. ALLINS, Jean, *The Jus Cogens Nature of NonRefoulement*, IJRL, vol. 13, 2002, pp. 533-558; DUFFY afirma que o Princípio do *non-refoulement* não adquiriu estatuto peremptório na dimensão do DIR, tendo em conta as exclusões do art. 33 (2) e 1 (F) da Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, *in ob. cit.*, p. 377.

¹⁵¹ LAUTERPACHT e BETHLEHEM, *ob. cit.*, pp. 50-51.

¹⁵² MINK, Júlia, *ob. cit.*, p. 131; UNHCR Handbook, p. 51; JUAN “considera que a Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 exclui aqueles que não preenchem os requisitos exigidos no artigo 1 (A) 2, vendo o artigo 3 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Esta forte interligação leva a uma frágil proteção. De facto, lendo o artigo 1 (A) 2 em conjunto com o artigo 33, poder-se-ia concluir que para haver proteção ao abrigo do último, não só não era suficiente a prova do “fundado receio de perseguição”, pois a ela ter-se-ia de juntar a prova da “ameaça à vida ou liberdade¹⁵³”, como ficariam excluídos aqueles que procuram proteção com base em motivos de perseguição além dos motivos estatutários¹⁵⁴, tornando a proteção concedida por este instrumento viciada e vulnerável. “Cremos que essa não era a intenção dos redatores e que sendo, contraria a finalidade com que a disposição foi criada^{155 156}.”

O princípio do *non-refoulement* encontra-se consubstanciado no § 1 do artigo 7 da Lei n.º 9.474/97¹⁵⁷, considerado o principal instrumento de proteção internacional

como o mecanismo de proteção mais eficaz para essas pessoas e fazendo, assim, uma interpretação restritiva do artigo 33 da Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, *in ob. cit.*, 171-173, 182-183. Acrescente-se que a proteção contra o *refoulement* concedida pela DQ 2011, não é diferente, neste ponto em particular, da regulada pela Convenção de Genebra de 1951, ao estabelecer que os atos de perseguição têm de estar relacionadas com um dos motivos do artigo 1 (A) 2 (art. 9 e 10 DQ 2011). Consequentemente é no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em especial na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (e não no Direito da União Europeia), que a melhor proteção surge.”

¹⁵³ FULLERTON, *ob. cit.*, pp. 100-101.

¹⁵⁴ Nesse sentido, LAMBERT, *The European Convention*, p. 39; LAMBERT, *Protection Against Refoulement*, p. 532-533; JUAN, *ob. cit.*, p. 172-173; FITZPATRICK, *ob. cit.*, pp. 235-236; UNHCR, *The European Convention on Human Rights and the Protection of Refugees, Asylum-Seekers and Displaced Persons, Colloquy organised by the Council of Europe and de United Nations High Commissioner for Refugees*, Strasbourg, 2 and 3 October 1995, vol. 2, 1996, p. 8; FRA, *ob. cit.*, p. 67. Todos estes autores consideram que o artigo 33 Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 exclui as pessoas que não preenchem os requisitos exigidos pela definição de refugiado. Em sentido contrário, GOODWIN-GILL e MCADAM consideram que o PNR se aplica independentemente do requerente preencher a definição de refugiado do artigo 1 A (2) Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, *in ob. cit.*, p. 244.

¹⁵⁵ EINARSEN afirma que, “ao contrário da Convenção de 1951, o artigo 3 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem pode ser invocado por violação ao PNR quer esteja em causa ou não uma ameaça à vida ou liberdade com base em um dos motivos da definição de refugiado”, *in ob. cit.*, p. 368; Cfr. LAUTERPACHT e BETHLEHEM, *ob. cit.*, pp. 123-124 e pp. 136-143; GRAHLMADSEN, A., *Commentary on the Refugee Convention 1951: Articles 2-11,13-37*, UNHCR *Division of International Protection*, 1997, 231-2; WEIS, Paul, *The Refugee Convention, 1951*, Cambridge University Press, vol. 7, 1995, p. 303, pp. 341-343. Estes três autores consideram que a expressão “onde a vida ou liberdade sejam ameaçadas” não está implícito nem um padrão mais exigente nem uma interpretação mais restritiva que a exigida pelo art. 1 Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951.”

¹⁵⁶ Ver a obra de MECA, Maria Espírito Santo Isaac. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem enquanto instrumento de proteção complementar do Direito Internacional dos Refugiados. Universidade Católica Portuguesa do Porto Escola de Direito. Porto, 2014.

¹⁵⁷ A Lei n.º 9.474/97, § 1 do artigo 7 aduz que: “O estrangeiro que chegar ao território nacional poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira, a qual lhe proporcionará as informações necessárias quanto ao procedimento cabível. § 1: Em hipótese alguma será efetuada sua deportação para fronteira de

do refugiado a ser exercida pelo Estado brasileiro. Ressalte-se que o § 2 preconiza que o benefício previsto no § 1, do artigo 7 não poderá ser invocado por refugiado considerado perigoso para a segurança do Brasil. O § 2, do mesmo diploma legal, ensejou inúmeras críticas, pois resultaram do entendimento exacerbado e equívoco que se emprestara às expressões de conteúdo vago e genérico, tais como: segurança nacional, objetivos políticos e interesse público, contempladas na lei ordinária¹⁵⁸.

A aplicabilidade do princípio *non-refoulement* encontra-se ameaçada nas zonas de fronteiras, nos quais as autoridades competentes, enquanto guardiães do princípio, devem revestir-se de caráter humanitário.

território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política.”

¹⁵⁸ ARAÚJO, Nádia....*ob.cit.* pp. 177-209.

Capítulo 2

Os Direitos das Crianças Refugiadas

Sumário: **2.** Os Direitos das Crianças Refugiadas. **2.1.** Criança: evolução histórica do reconhecimento da infância e natureza conceitual. **2.1.1.** Consolidação normativa da matéria na ordem jurídica portuguesa e brasileira. **2.2.** Criança refugiada: noções e novo panorama jurídico internacional. **2.3.** Da Declaração de Genebra à Convenção sobre os Direitos da Criança: uma vitória para as crianças e os seus direitos. **2.4.** A criança refugiada no centro do Direito Internacional dos Direitos Humanos. **2.5.** O princípio do interesse superior da criança aplicado à criança refugiada.

2 OS DIREITOS DAS CRIANÇAS REFUGIADAS

Inicialmente, torna-se necessário esclarecer que, nesta investigação científica, ao adotar a terminologia “criança”, engloba-se a “criança refugiada”, haja vista que, na concepção jurídica, a “criança refugiada” não deixa de ser criança, por sua condição de refugiada.

No trabalho, dar-se-á ênfase a criança que possui o *status* de refugiada, sobretudo acerca de seus direitos e das suas incapacidades derivadas da etnia, do sexo e da nacionalidade, às quais se juntam, as incapacidades derivadas da idade. Salienta-se que apesar do termo “criança refugiada” ser, atualmente, o mais utilizado pelos Estados e pela comunidade jurídica internacional, defendo o uso da expressão “criança na condição de refugiada”, pois esta assume um carácter humano, porém, no decorrer do desenvolvimento textual, manter-se-á o termo constante nos diplomas legais, conforme as publicações oficiais.

O Direito das Crianças, ramo de direito de afirmação recente, revela a preocupação constante do Estado e da sociedade com as crianças e o surgimento, no cenário jurídico, de um novo sujeito de direitos, apagado, durante séculos, pelo carácter abstrato dos conceitos utilizados na ciência jurídica e por sociedades centralizadas nos interesses dos adultos¹⁵⁹.

Clara Sottomayor, a voz mais saliente, dos autores consultados a favor do Direito das Crianças aduz que “a investigação em Direito das Crianças deve iniciar-se com o questionamento da pré-compreensão individual e social de infância, e com a consciencialização das várias experiências de ser criança, acompanhada da

¹⁵⁹ Consultar texto, revisto e aumentado, correspondente à Conferência proferida no I Congresso de Direito das Crianças, 17-18 de Abril de 2008, Escola de Direito do Porto, Universidade Católica Portuguesa, parcialmente publicado *in* Estudo em Homenagem a Rui Epifânio, Coordenação: Armando Leandro, Laborinho Lúcio e Paulo Guerra, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 79-88. SOTTOMAYOR, Maria Clara. Temas de Direito das Crianças, Junho de 2014. Edições Almedina S.A. p. 21. ** Ressalte-se que apesar do cuidado e rigor colocados na elaboração da presente monografia, devem os diplomas legais constantes ser sempre objeto de confirmação com as publicações oficiais e que o estudo pautou-se no recurso da pesquisa bibliográfica, abrangendo estudos doutrinários dos principais autores que discorrem sobre o tema abordado, assim como em pesquisa documental, envolvendo consultas à jurisprudência e a recursos disponibilizados pela *Internet*.** A autora, Maria Clara Sottomayor, é Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça e Doutorada em Direito Civil pela Universidade Católica Portuguesa.

integração dessas experiências na experiência do(a) investigador(a), para que seja possível ultrapassar o auto-centrismo que caracteriza estes debates, normalmente dominados por considerações de senso comum. Ressalta, ainda, em linhas seguintes que “o Direito das Crianças não pode ignorar a visão das crianças como um grupo social discriminado nem desligar o tratamento jurídico das questões que lhe dizem respeito da história do patriarcado, em que as crianças eram vistas como objetos, propriedade do pai e submetidas à sua autoridade, concepção presente ainda hoje, de forma implícita e inconsciente, na mentalidade dominante¹⁶⁰.”

A primeira dificuldade neste novo ramo do Direito é a delimitação conceitual do seu sujeito, no qual cabe uma interpelação: O que é uma criança? ou O que significa ser criança?. A Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1990, no artigo 1, conceitua criança “como todo o ser humano até aos 18 anos de idade.” O Código Civil português, no artigo 122, define menoridade, “como o período de tempo da vida humana que começa no dia do nascimento de um sujeito e termina no dia em que este completa o décimo oitavo ano de vida¹⁶¹.” A norma jurídica tem entendido e defendido que, nesta fase da vida, as crianças precisam de uma proteção para se desenvolverem física, intelectual e emocionalmente, estando a sua autonomia limitada pelo princípio geral da incapacidade de agir, no plano negocial.

O dia 20 de Novembro relembra-nos a promulgação, em 1959, da Declaração dos Direitos da Criança pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Adaptada da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o texto aduz que “todas as crianças são iguais e têm os mesmos direitos, não importa sua cor, raça, sexo, religião, origem social ou nacionalidade.” A Convenção sobre os Direitos da Criança¹⁶², documento ratificado, em 1990, por Portugal^{163 164}, confere uma considerável força política legal, e até mesmo, moral.

¹⁶⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara. p. 18. Na citação, manteve-se as palavras da autora.

¹⁶¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Temas de Direito das Crianças, Junho de 2014. Edições Almedina S.A. pp. 22-26.

¹⁶² É de suma importância analisar a obra de RAMIÃO, Tomé d’Almeida. Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo. Anotada e Comentada. Jurisprudência e Legislação Conexa. 7 ed. (revista e atualizada). Quid Juris Sociedade Editora, 2014. pp. 413-434.

¹⁶³ Aprovada, para ratificação, pela Assembleia da República em 8 de Junho de 1990 e ratificada por Decreto do Presidente da República de 12 de Setembro do mesmo ano. Publicada no Diário da República, I Série, n.º 211, de 12 de Setembro de 1990. Cf. Artigo 8, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa: As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas

A criança, por motivo da sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de uma proteção e cuidados especiais, nomeadamente de proteção jurídica adequada. A Base II da Declaração dos Direitos da Criança de 1959 consagra que “a criança deve beneficiar de proteção especial a fim de se poder desenvolver de maneira sã e normal no plano físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condição de liberdade e dignidade, e, na adopção de leis para este fim, o interesse superior da criança deve ser a consideração determinante¹⁶⁵.” O Preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990 assevera que “a família, elemento natural e fundamental da sociedade, e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias para desempenhar plenamente o seu papel na comunidade.” Vislumbra-se que aludidos instrumentos desencadearam uma atenção especial para as questões da infância, integrando-as no quadro de reflexão sobre os direitos humanos¹⁶⁶.

É imperioso destacar que “a proclamação de direitos ou a sua consagração formal é insuficiente para alterar as condições em que vivem as crianças, a qual exige um compromisso e um investimento dos Estados na criação de condições para o exercício efetivo dos direitos (...). É que nada adianta a “esquizofrenia legislativa” dos Estados, sem a adjudicação de recursos económicos a estas tarefas, nem podemos viver na espera passiva e resignada de uma alteração de mentalidade: todos os dias esta passividade lesa profundamente as crianças e toda a

ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado português.

¹⁶⁴ No seguimento da Convenção de 1989, foram ainda celebrados, sob os auspícios da ONU, dois Protocolos Facultativos à Convenção sobre os Direitos da Criança, um deles relativo à Venda de Criança, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil, adotado em 2000 (aprovado, para ratificação, pela Assembleia da República em 5 de Dezembro de 2002 e ratificado por Decreto do Presidente da República de 5 de Março de 2003, publicado no Diário da República, I Série-A, n.º 54, de 5 de Março de 2003) e o outro Relativo à Participação das Crianças em Conflitos Armados, adotado em 2000 (aprovado, para ratificação, pela Assembleia da República, em 28 de Março de 2003 e ratificado por Decreto do Presidente da República de 28 de Março de 2003, publicado no Diário da República, I Série-A, n.º 74, de 28 de Março de 2003).

¹⁶⁵ GUERRA, Paulo e BOLIEIRO, Helena. A criança e a família – uma questão de Direito(s) visão prática dos principais institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens. 2 ed. Coimbra Editora, 2014. pp. 13-20.

¹⁶⁶ Quanto ao estado das ratificações, quer da Convenção, cf. <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?refererence=9%20de%20Maio%20de%202014>. Cf. Fottrell, Deidre, *One step forward or two steps sideways? Assessing the first decade of the Children's Convention on the Rights of the Child*, in Fottrell, Deidre, ed., *Revisiting Children's Rights, 10 Years of the UN Convention on the Rights of the Child*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, pp. 1-14.

humanidade¹⁶⁷.” Reflito, concluindo, no que diz Pirkei Avot¹⁶⁸ (tradução: Ética dos Pais), “quando compara as ações às raízes das árvores e a sabedoria às suas folhas, indicando que quando sopra o vento das tempestades são as raízes e não as folhas que sustentam a árvore.”

2.1 Criança: evolução histórica do reconhecimento da infância e natureza conceitual

Inicia-se o estudo sobre a *Criança: evolução histórica do reconhecimento da infância e natureza conceitual*, propondo-se, nestas páginas, utilizar o conceito da concepção de Jörn Rüsen¹⁶⁹ às páginas do processo de “reconstrução do passado” da criança dedicadas à Metodologia do Ensino da História, ressaltando que, para a elaboração textual, o estudo pautou-se no recurso da pesquisa doutrinária dos principais autores que discorrem sobre o tema em debate, assim como em pesquisa documental.

As crianças e adolescentes, desde à antiguidade, não eram considerados merecedores de proteção especial. Segundo as palavras mestras de Day¹⁷⁰:

¹⁶⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Temas de Direito das Crianças, Junho de 2014. Edições Almedina S.A. pp. 19-20.

¹⁶⁸ Salienta-se que *Pirkei Avot* (do hebraico אבות פרקי) é um Tratado da Mishná composto de condutas éticas dos rabinos do período mishnáico. *Avot* significa “pais” ou “patriarcas”. *Pirkei* significa “capítulos”, no entanto, é frequentemente traduzido como “Ética”. Extraído do Discurso de posse do Doutor Celso Lafer, quinto ocupante da cadeira 14 da Academia Brasileira de Letras, eleito em 21 de Julho de 2006, na sucessão de Miguel Reale, e recebido em 1º de Dezembro de 2006 pelo acadêmico Venâncio Filho.

¹⁶⁹ O historiador sueco Martin Wiklund tem um excelente estudo introdutório da obra de Rüsen. Cf. WIKLUND, Martin. Além da racionalidade instrumental: sentido histórico e racionalidade na teoria da história de Jörn Rüsen. *In: História da Historiografia*, n.º 1, 2008. www.ichs.ufop.br/rhh. Acesso em: 10.08.2016. O autor Pedro Spinola Pereira Caldas. Teoria e prática da Metodologia da Pesquisa Histórica: Reflexões sobre uma experiência didática. *Revista de Teoria da História*, Ano 1, Número 3, junho/ 2010 Universidade Federal de Goiás ISSN: 2175-5892 pp. 8-19. Verifica-se que “a interpretação histórica se divide em quatro etapas (cf. DROYSEN, 2009, pp. 54-59): (a) pragmática; (b) interpretação das condições; (c) psicológica e (d) interpretação das idéias. A interpretação pragmática remete ao sentido original da palavra grega “*pragma*”, ou seja, objeto. (...) Passa-se daí à segunda etapa, qual seja, a interpretação das condições, ou seja, dos fatores históricos existentes para que tal aspecto objetivo e factual adquira sentido. (...) Daí o terceiro nível: a interpretação psicológica, a tentativa de reconstruir as intenções dos agentes históricos em dadas circunstâncias que dariam, portanto, um sentido empático, baseado nas ações dos homens. (...) Daí a necessidade da etapa final de interpretação, na qual ela se perfaz: a interpretação das idéias, ou seja, o sentido mais profundo que está em curso a partir das ações dos agentes históricos: o sentido ideal ou espiritual.”

¹⁷⁰ Palavras de Day (2003) *apud* BARROS, Nivia Valença (2005). pp. 70-71. Violência intrafamiliar contra criança e adolescente. Trajetória histórica, políticas sociais, práticas e proteção social. Rio de Janeiro, 2005. 248 páginas. Tese de Doutorado, Departamento de Psicologia, Pontifícia Universidade

“No Oriente Antigo, o Código de Hamurábi (1728/1686 a.C.) previa o corte da língua do filho que ousasse dizer aos pais adotivos que eles não eram seus pais, assim como a extração dos olhos do filho adotivo que aspirasse voltar à casa dos pais biológicos (art. 193). Caso um filho batesse no pai, sua mão era decepada (art. 195). Em contrapartida, se um homem livre tivesse relações sexuais com a filha, a pena aplicada ao pai limitava-se a sua expulsão da cidade (art. 154).”

No Direito Romano, a autora Azambuja¹⁷¹ menciona que, desde à antiguidade, são encontrados exemplos de desproteção jurídica à criança, com base nos seguintes fatos:

Em Roma (449 a. C), a Lei das XII Tábuas permitia ao pai matar o filho que nascesse disforme mediante o julgamento de cinco vizinhos (Tábua Quarta, n.º 1), sendo que o pai tinha sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los (Tábua Quarta, n.º 2). Em Roma e na Grécia Antiga a mulher e os filhos não possuíam qualquer direito. O pai, o Chefe da Família, podia castigá-los, condená-los e até excluí-los da família.

Em Esparta, conforme as lições de Tavares, “as crianças eram selecionadas desde cedo pelo porte físico, sendo objeto de Direito Estatal, servindo aos interesses da política na formação de contingentes guerreiros¹⁷².” Os doutrinadores Vannuchi e Oliveira aduzem que na Grécia Antiga, “as crianças que nasciam com alguma deformidade eram sacrificadas. Este fato histórico nos faz lembrar que Herodes, rei da Judéia, mandou executar todas as crianças menores de dois anos que haviam em Belém e em todos os seus contornos, na tentativa de matar Jesus Cristo, conhecido como o rei dos Judeus. Assim, observa-se que neste período, o paganismo reinava e o infante era vítima das mais diversas e cruéis agressões¹⁷³.” Nesta época, José, Maria e Jesus Cristo, o filho de DEUS, experimentaram a situação traumática dos refugiados, pois fugiam da perseguição do rei Herodes que procurava a morte do menino Jesus¹⁷⁴.

Católica do Rio de Janeiro. Disponível em: www.uff.br/maishumana/acervo/publicacoes/teses/viol_intraf1.pdf. Acesso em: 09.08.2015.

¹⁷¹ AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?. Revista Virtual Textos & Contextos, n.º 5, Nov. 2006. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/viewFile/1022/802>>. Acesso em: 17.09.2016. p. 181.

¹⁷² TAVARES, José de Farias. Direito da infância e da Juventude. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

¹⁷³ VANNUCHI, Paulo de Tarso; OLIVEIRA, Carmen Silveira de. (apresentação). Direitos humanos de crianças e adolescentes – 20 anos do Estatuto. Brasília, D.F.: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.

¹⁷⁴ A Bíblia Sagrada. Barueri (São Paulo): Sociedade Bíblica do Brasil. Tradução de João Ferreira de Almeida – Edição Revista e corrigida. 4 ed. 2009. Livro de Mateus 2:13-23, Título: “A fuga para o Egito. A matança dos inocentes”. O Capítulo 2, versículo 13-14, do Livro de Mateus da Bíblia Sagrada aduz o seguinte: *E, tendo-se eles retirado, eis que o anjo do Senhor apareceu a José em sonhos,*

O doutrinador Tavares leciona que, “entre quase todos os povos antigos, tanto do ocidente como do oriente, os filhos durante a menoridade, não eram considerados sujeitos de direito, porém servos da autoridade paterna¹⁷⁵.” Na Idade Média, conforme assevera Alberton (2005), “a partir do momento que uma criança tivesse condições de sobreviver sozinha, ela passava a ser integrada ao mundo dos adultos¹⁷⁶.”

Os primeiros indícios da infância ocorreram no final do século XVI e, sobretudo no século XVII, mas de uma forma bastante tênue e perigosa. A criança pequena estava no centro familiar, sendo-lhe tudo permitido. Contudo, por volta dos sete anos de idade, os pais exigiam da criança uma postura diferenciada, com as responsabilidades e deveres de uma pessoa adulta¹⁷⁷.

Neste diapasão, surgiram, no século XVII, os castigos, a punição física, os espancamentos com chicotes, ferros e paus, com o pretexto de que as crianças precisavam ser afastadas de más influências, como também deveriam ser moldadas conforme o desejo dos adultos.

A história relata que “entre 1730 e 1779, metade das pessoas que morreram em Londres tinha menos de cinco anos de idade¹⁷⁸.” O autor Brugner¹⁷⁹ retrata que “o sentimento pela infância nasce na Europa com as grandes Ordens Religiosas que pregavam a educação separada preparando a criança para a vida adulta.” Verifica-se que, a partir do século XVIII, houve uma significativa evolução acerca do significado de infância, porém, somente no século XIX, a criança passou a ser considerada como indivíduo de investimento afetivo, econômico, educativo e existencial.

dizendo: 13 - Levanta-te, e toma o menino e sua mãe, e foge para o Egito, e demora-te lá até que eu te diga, porque Herodes há de procurar o menino para o matar. 14 – E, levantando-se ele, tomou o menino e sua mãe, de noite, e foi para o Egito.”

¹⁷⁵ TAVARES, José de Farias. Direito da infância e da Juventude. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 46.

¹⁷⁶ ALBERTON, Maria Silveira. Violação da infância: crimes abomináveis: humilham, machucam, torturam e matam! Porto Alegre, RS: AGE, 2005.

¹⁷⁷ *Ibidem*...ALBERTON.

¹⁷⁸ DAY *et al.*, 2003, *apud* BARROS, 2005, p. 71.

¹⁷⁹ Brugner 1996 *apud* BITENCOURT, Luciane Potter. Vitimização Secundária Infanto-Juvenil e Violência Sexual Intrafamiliar: Por uma Política Pública de Redução de Danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 37.

A partir desse momento histórico, “surge a primeira noção de criança como pessoa. Ressalte-se que, o avanço foi incipiente, haja vista que havia resquício de coisificação do infante. Até o final do século XIX [...], a criança foi vista como instrumento de poder e de domínio exclusivo da Igreja. No início do século XX, a medicina, a psiquiatria, o direito e a pedagogia contribuíram para a formação de uma nova mentalidade de atendimento à criança, abrindo espaços para uma concepção de reeducação, baseada não somente nas concepções religiosas, mas também científicas¹⁸⁰.”

No Brasil Colonial, os direitos infantojuvenis não eram assegurados, haja vista que “as primeiras crianças chegadas ao Brasil, mesmo antes de seu descobrimento oficial, vieram na condição de órfãs do Rei, como grumetes ou pajens, com a incumbência de casar com os súditos da Coroa. Nas embarcações, além de “obrigadas a aceitar abusos sexuais de marujos rudes e violentos”, eram deixadas de lado em caso de naufrágio¹⁸¹.” A autora Alberton (*ob.cit.*), acrescenta que “as condições dentro dessas embarcações eram trágicas. Além das crianças serem abusadas sexualmente com a desculpa de que não havia mulheres a bordo, existia ainda a situação das órfãs que viajavam trancafiadas, a fim de que não fossem violentadas”.

Neste ensino histórico, a autora, ainda, comenta que “em meados do século XVI, mais precisamente em 1549, chegou ao Brasil, a Companhia de Jesus que era formada por um grupo de religiosos, cuja tarefa consistia especialmente na evangelização dos habitantes da nova terra, bem como o exercício do papel de defensores da moral e dos bons costumes.” Nesse argumento, Day (*ob.cit.*) afirma “que os religiosos passaram a desempenhar a função de defesa dos direitos infantojuvenis, pois até o início do século XX, todo o amparo a infância brasileira, basicamente foi exercido pela Igreja Católica. Na Idade Contemporânea, houve um avanço na consolidação das políticas e práticas de proteção social para criança e o

¹⁸⁰ DAY *et al.*, 2003 *apud* BARROS, 2005, p. 71. Na obra citada, manteve-se *ipsis litteris* a palavra do autor.

¹⁸¹ DAY *et al.*, 2003 *apud* BARROS, 2005, p. 71. Obra vastamente citada. Ressalte-se que apesar do cuidado e rigor colocados na elaboração da presente obra, devem os diplomas legais e fundamentos históricos ser sempre objeto de confirmação com as publicações oficiais.

adolescente. Assim, tanto no Brasil como no contexto internacional há um salto na promoção dos direitos infantojuvenis¹⁸².”

A criança, na compreensão filosófica, está marcada pelo pensamento de grandes filósofos como Platão e Aristóteles que influenciaram a civilização ocidental. A criança “era um ser irracional, inacabado e imperfeito, no entendimento de Aristóteles, e a relação entre pai e os filhos baseava-se nos princípios do governo monárquico, a autoridade régia.” “Para Aristóteles a faculdade deliberativa das crianças era imperfeita, necessitando estas do pai como guia, com fundamento no binômio ordem e obediência¹⁸³.”

Platão compreende a criança como um ser irracional e irascível. A filosofia política da Idade Moderna, através de Locke, continuou a defender a irracionalidade e a incapacidade das crianças, que se encontram “fora do domínio da lei da razão”, conceituando a infância como um “estado imperfeito”, negando-lhes a capacidade de exercer uma vontade própria, devendo os pais ditar-lhes o que fazer e regular as suas ações durante a menoridade, sem que aceitasse o desenvolvimento gradual da criança e as suas capacidades específicas em cada estágio de desenvolvimento¹⁸⁴.

Rousseau lançou as bases da moderna pedagogia e concebia a criança como um sujeito semelhante ao adulto e rejeita a concepção tradicional da criança como um “adulto em miniatura”, defendendo que a infância tem maneiras de pensar, de ver e de sentir que lhe são próprias¹⁸⁵. O filósofo Kant¹⁸⁶ defende que as crianças têm direitos morais que decorrem do seu direito inato à liberdade, além do direito a serem cuidadas pelos seus pais, faltando-lhes a capacidade para obrigar outrem e o poder para exigir o cumprimento destes deveres. John Rawls aduz que todos os seres humanos, sem exclusão de raças ou grupos, têm capacidade para ser sujeitos

¹⁸² DAY *et al.*, 2003 *apud* BARROS, 2005, p. 71. Na obra citada, manteve-se *ipsis litteris* a palavra do autor.

¹⁸³ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Temas de Direito das Crianças, Junho de 2014. Edições Almedina S.A. pp. 28 e seguintes. Ver, ainda, ARISTÓTELES. Política. Editorial Gredos. S.A. Madrid, 1999, pp. 79-80. Ressalte-se que, em algumas citações, as palavras da autora foram preservadas.

¹⁸⁴ *Ibidem*, pp. 28-29.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 29.

¹⁸⁶ KANT, A metafísica dos costumes. Tradução de José Lamago, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, p. 125.

morais e devem ser tratados em conformidade com o consagrado princípio da justiça¹⁸⁷.

Nestas teorias, as crianças são concebidas como “primitivas morais”, que possuem direitos básicos, mas que não sabem cuidar de si mesmas, devendo ser protegidas da sua falta de racionalidade e vontade, através da atuação de outros (pais e tutores) em seu nome¹⁸⁸.

A compreensão da infância reflete-se hoje, no Código Civil Português, na responsabilidade civil das pessoas obrigadas à vigilância de outrem (art. 491), em virtude de incapacidade natural destas, entre as quais estão incluídas as crianças. No Direito Romano, o “paterfamilias” detinha sobre os filhos menores poderes análogos aos da propriedade sobre as coisas e os escravos, como o direito de vida ou de morte sobre os filhos, o direito de exposição, de venda e de abandono¹⁸⁹.

O pensamento da criança como propriedade dos pais perdurou por longos anos, atravessou o período das grandes navegações e continuou até a Revolução Industrial, época em que o trabalho e a exploração das crianças fez com que se notasse que as crianças possuíam necessidades especiais e aos poucos foi se formando a consciência de que precisavam de cuidados específicos¹⁹⁰.

Menciona-se o “caso Mary Ellen Wilon que foi encontrada, em 1873, acorrentada, subnutrida, com sinais de maus tratos e doente, por uma assistente social da igreja, Etta Wheeler, que ao visitar à família a encontrou nestas condições. Não havia nenhuma lei que regulasse o exercício do poder familiar, então, para conseguir proteção à menina, ela foi comparada aos animais, sob o argumento que, contrapondo-se aos vegetais, a menina pertencia ao reino animal”, conforme leciona Gustavo Mônaco *apud* Geraldine van Bueren *apud* Jacob Dolinger¹⁹¹.

¹⁸⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Temas de Direito das Crianças, Junho de 2014. Edições Almedina S.A., pp. 30-31.

¹⁸⁸ *Ibidem*, pp. 27-32.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 32 *in* CUNHA, Gonçalves. Tratado de Direito Civil. Volume II, Coimbra: 1930, p. 347.

¹⁹⁰ Consultar a obra de FONSECA, Antônio César Lima. Direitos da Criança e do Adolescente. São Paulo: Atlas, 2011. pp. 2-3.

¹⁹¹ Gustavo Mônaco *apud* Geraldine van Bueren *apud* Jacob Dolinger. O Décimo-Quinto Aniversário da Convenção sobre os Direitos da Criança – Contributo para o Aprofundamento e Implementação do

“Mary Ellen era uma menina órfã de mãe, abandonada pelo pai, que sofreu severos maus-tratos na família substituta. O fato causou profunda revolta na comunidade da época que percebeu não haver um local próprio destinado a receber este tipo de denúncia. Em razão disso, o caso da menina Mary Ellen foi interposto na Sociedade para a Prevenção da Crueldade contra os Animais. A criança precisou ser equiparada ao animal para que seu caso pudesse ser examinado pelo tribunal da época¹⁹².”

Nas palavras de Lloyd DeMause, na obra intitulada *The Evolution of Childhood*, “a história da infância é um pesadelo do qual só recentemente começamos a acordar. O padrão violento dos adultos na relação com as crianças não foi registrado pelos historiadores porque a história foi, durante muito tempo, considerada como o registo dos factos públicos e não da vida privada. Apesar de as crianças constituírem cerca de metade da sociedade humana, viveram, ao longo da história e até há pouco tempo, numa condição de silêncio e esquecimento¹⁹³.”

Ao longo da história este poder absoluto tem sido atenuado, por influência do Cristianismo e por razões económico-sociais, porém manteve-se, contudo, no movimento de codificação do século XIX e do século XX, nos Códigos Civis de 1867 e de 1966. O poder paternal era concebido como uma instituição tutelar dos filhos, baseada em direito-deveres de proteção, educação, representação e administração dos bens. Os filhos encontram-se numa posição de subordinação, pois tinham o dever obrigacional de cumprir, durante a menoridade, os preceitos dos pais, em tudo que não fosse ilícito e, ainda, o dever de honrar e respeitar os seus pais. O dever de obediência abrangia áreas tais como: a instrução, a escolha da profissão ou carreira, o internamento em colégio, convento ou seminário¹⁹⁴.

Direito Internacional dos Direitos Humanos. Revista dos Tribunais. Ano 94. Janeiro de 2005. Volume 831. p. 133.

¹⁹² Cf. BARNES, Brenda. Mary Ellen Wilson - *The Child Abuse Case that Changed America*. Yahoovoices. Disponível em: < <http://voices.yahoo.com/mary-ellen-wilson-child-abuse-case-changed-11218204.html>>. Acesso em: 22.04.2016.

¹⁹³ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Temas de Direito das Crianças, Junho de 2014. Edições Almedina S.A. p. 17. Na citação, as palavras da autora foram preservadas *ipsis litteris*.

¹⁹⁴ CUNHA, Gonçalves. Tratado de Direito Civil. Volume II, Coimbra: 1930, p. 347.

Nos séculos XIX e XX, a relação entre os pais e a criança era uma relação hierarquizada que incluía o poder paternal de correção. Os pais poderiam castigar moderadamente os filhos e o pai poderia interpor uma ação no Tribunal competente em face do filho desobediente e indisciplinado, requerendo, o internamento do menor em casa de correção. No domínio do Código Civil de 1867, a população e o legislador acreditavam que não havia educação possível sem severidade, crença que se prolongou para o Código Civil Português de 1966, que continuava a admitir o poder da correção. Esta crença, presente nos dias atuais, conforme é visível nos estudos sobre maus tratos infantis e num inquérito à população realizado “há pouco tempo”, em 2003, pela Organização Mundial contra a Tortura, cujo resultado indica que cerca de 67% (sessenta e sete por cento) da população aceita a licitude dos castigos físicos às crianças. Castigos estes, muitas vezes, consentido por um dos cônjuges ou pelo responsável pela criança. Registra-se que, nas zonas de fronteiras, há ocorrências de maus tratos às crianças refugiadas. Aludida responsabilidade por maus tratos às crianças refugiadas deve, também, ser assumida pelo Estado de origem, pois este é o “guardião” primeiro de seus direitos humanos¹⁹⁵.

Com o advento da Constituição Portuguesa de 1976 e da Reforma de 1977, com o princípio da igualdade de género, a abolição do poder de correção e a concepção de criança como ser em desenvolvimento, titular de direitos fundamentais, o poder paternal passa a ser concebido como um poder funcional¹⁹⁶.

A noção de criança, portanto, caracteriza-se pelo período pelo qual passa o ser humano antes de ser adulto e caracterizado pela distinção biológica, emocional e psicológica entre o adulto e a criança. A infância, nas ciências sociais, tem sido entendida como um processo de desenvolvimento que tem como objetivo a maturidade emocional e mental da pessoa humana¹⁹⁷. A noção mais moderna e

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 369-380. Ver, ainda, ARMANDO, Leandro. A problemática da criança maltratada em Portugal. Aspectos jurídicos e judiciais. Revista do Ministério Público, ano 9º, 1988, n.ºs 35 e 36, pp. 62-63.

¹⁹⁶ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Temas de Direito das Crianças, Junho de 2014. Edições Almedina S.A. pp. 28 e seguintes. Ver, ainda, SOTTOMAYOR, Maria Clara. Existe um poder de correção? A propósito do acórdão do STJ de 05.04.2006. *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 4 – n.º 7, 2007, nota 18, pp. 115-116.

¹⁹⁷ *Ibidem*, pp. 40-41. Vide Jo Bridgeman and Daniel Monk. *Introduction: Reflections on the Relationship Between Feminism and Child Law*, *ob.cit.*, pp. 3,5-6. Eric Heinze. *The Universal Child? in Of Innocence and Autonomy, Children, Sex and Human Rights*, 2000, pp. 6-7.

atual de infância é aquela que a define como um grupo social marginalizado ou excluído, em direção a um movimento de emancipação¹⁹⁸.

Na formulação da proposta, adota-se, o conceito jurídico de “criança”, inspirado na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990, conforme consubstanciado na Parte I, artigo 1, no qual criança “é todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo¹⁹⁹.”

Colaciona-se, portanto, a cronologia dos principais diplomas legais acerca da promoção dos Direitos da Criança:

- 1919 – Criação do Comitê de Proteção da Infância, pela Organização das Nações Unidas;
- 1920 - União Internacional de Auxílio à Criança (Genebra);
- 1923 - Eglantyne Jebb, fundadora da *Save the Children*, elabora com a União Internacional de Auxílio à Criança a Declaração de Genebra sobre os Direitos da Criança, conhecida por Declaração de Genebra;
- 1924 - A Sociedade das Nações adota a Declaração dos Direitos da Criança de Genebra, determinando a necessidade imperiosa de proporcionar à criança uma proteção especial e absoluta de seus direitos. Ressalte-se que pela primeira vez, uma entidade internacional posicionou-se ao proferir Recomendação aos Estados signatários cuidados legislativos próprios, com a função precípua de beneficiar a população infantojuvenil;
- 1927 – IV Congresso Panamericano da Criança, nos quais os países (Argentina, Bolívia, Brasil, Cuba, Chile, Equador, Estados Unidos, Peru, Uruguai e Venezuela) subscrevem a Ata de Fundação do Instituto Interamericano da Criança (IIN - Instituto Interamericano *Del Niño*) que atualmente encontra-se vinculado à Organização dos Estados Americanos – OEA, e estendido à adolescência, destinado a promoção do bem-estar da infância e da maternidade na região;

¹⁹⁸ FIONDA, Julia. *Legal Concepts of Childhood an Introduction*, *ob.cit.*, p. 16.

¹⁹⁹ Dentre a vasta bibliografia dedicada à criança e, para além da doutrina mais recente que consta da bibliografia específica no final do trabalho monográfico, destaque-se: RAMIÃO, Tomé d’Almeida. *Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo. Anotada e Comentada. Jurisprudência e Legislação Conexa*. 7 ed. (revista e atualizada). Quid Juris Sociedade Editora, 2014. p. 415.

- 1946 – O Conselho Econômico e Social das Nações Unidas recomenda a adoção da Declaração de Genebra. Em seguida, um movimento internacional se manifesta a favor da criação do Fundo Internacional de Emergência das Nações Unidas para a Infância – UNICEF;
- 1948 - A Assembleia das Nações Unidas proclama a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Os direitos e liberdades das crianças e adolescentes estão esculpidos no artigo XXV (II), preconizando que a maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais;
- 1959 – Ratifica-se a Declaração dos Direitos da Criança;
- 1969 – Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica. O artigo 19.º estabelece que todas as crianças têm direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer, tanto por parte da sua família, como da sociedade e do Estado;
- 1989 - A Convenção Internacional relativa aos Direitos da Criança é adotada pela Assembleia Geral da ONU e aberta à subscrição e ratificação pelos Estados. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança foi o marco internacional na concepção de proteção social à infância e adolescência e que deu as bases para a Doutrina da proteção integral, que fundamentou o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) na legislação brasileira (ECA Lei n.º 8.069, de 13 de Julho de 1990);
- 1990 – É celebrada a Cúpula Mundial de Presidentes em favor da infância, onde se aprova o Plano de Ação para o decênio 1990-2000, o qual serve de marco de referência para os Planos Nacionais de Ação para cada Estado parte da Convenção;
- 1996 – Elaboração do texto contendo as Regras Mínimas das Nações Unidas para a proteção dos Jovens Privados de Liberdade e o Tratado da União Europeia sobre a exploração sexual de crianças.

Salienta-se que as questões pertinentes à proteção e à garantia dos direitos da criança é tema de discussões e debates no cenário jurídico, haja vista que até a consolidação dos direitos fundamentais, as crianças e os adolescentes passaram por diversos sacrifícios, pagando inclusive com suas vidas.

2.1.1 Consolidação normativa da matéria na ordem jurídica portuguesa e brasileira

O Direito das Crianças desenvolve-se numa área que não é exclusiva de direito público nem de direito privado. Situa-se, portanto, numa área de interpenetração entre o direito e o social, entre o direito e a psicologia, constituindo um ramo do direito em formação. O Direito das Crianças engloba as normas de todos os ramos de direito que incidem sobre a situação das crianças. Assim, os ramos do direito relevantes são, por exemplo, para além do Direito da Família e do Direito Civil, o Direito Internacional Público e o Direito Comunitário, o Direito Constitucional, o Direito Penal e o Processual Penal, o Direito do Trabalho, o Direito Fiscal e o Direito da Segurança Social²⁰⁰.

Ressalte-se, por ser de grande importância, as normas legais que disciplinam o sujeito do Direito das Crianças na ordem jurídica portuguesa e documentos internacionais: (1) No Direito Constitucional: as normas que consagram os direitos, liberdade e garantias da pessoa humana e os direitos económicos, sociais e culturais, além dos direitos fundamentais, tais como: à vida, à liberdade, à integridade pessoal e ao livre desenvolvimento (artigos 24º, 25º e 26º); art. 69º, n.º 1; arts. 17º e 18º²⁰¹; (2) No Direito Civil: arts. 70º e ss.; arts. 122 e ss.; arts. 1878º, n.º 2; arts. 1885º e 1901º; (3) No Direito Penal e Processual Penal: Estatuto das Crianças Vítima de Crimes Violentos (*vide* crimes sexuais); Protocolo Adicional Facultativo à Convenção dos Direitos das Crianças (art. 8º, n.ºs 1 e 4, al.g); art. 271º, n.ºs 1 e 2 do Código de Processo Penal; (4) Na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990 (arts. 1º e ss; *vide* art. 39º); (5) Na Organização Tutelar de Menores, o Estatuto do Aluno (Lei n.º 30/2002, de 20-12, com as alterações da Lei n.º 3/2008, de 18-01); (6) Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo (Lei n.º 147/99, de 1 de Setembro); (7) Lei Tutelar Educativa (Lei n.º 166/99, de 14 de Setembro) e (8) Lei de Proteção de Testemunhas (Lei n.º 93/99, de 14 de Julho com as alterações subsequentes).

²⁰⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Temas de Direito das Crianças, Junho de 2014. Edições Almedina S.A. pp. 45 e seguintes.

²⁰¹ MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. IV, Coimbra, 2000, p. 151.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 16 de Julho de 1934²⁰², no Título IV, artigo 138 aduz o seguinte acerca da infância:

Art 138 - Incumbe à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos das leis respectivas:

- a) assegurar amparo aos desvalidos, criando serviços especializados e animando os serviços sociais, cuja orientação procurarão coordenar;
- b) estimular a educação eugênica;
- c) amparar a maternidade e a infância;
- d) socorrer as famílias de prole numerosa;
- e) proteger a juventude contra toda exploração, bem como contra o abandono físico, moral e intelectual;
- f) adotar medidas legislativas e administrativas tendentes a restringir a moralidade e a morbidade infantis; e de higiene social, que impeçam a propagação das doenças transmissíveis;
- g) cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais. (grifo nosso).

A Constituição da República de 1934, conforme Alberton, “foi o primeiro documento a referir-se, mesmo que de uma forma muito tímida, à defesa e à proteção dos direitos de todas as crianças e adolescentes²⁰³.”

O art. 16, inc. XXVII, da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de Novembro de 1937, refere-se a competência da União para legislar sobre as matérias concernentes à defesa e proteção da saúde e da criança. O art. 127, do mesmo texto constitucional, menciona que a infância e a juventude são objetos de cuidado e de garantias especiais por parte do Estado²⁰⁴.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 24 de Janeiro de 1967, determina que fosse instituída por lei a assistência à maternidade, à infância e à adolescência, segundo reza o art. 167, § 4º do Título IV que trata “Da Família, da Educação e da Cultura²⁰⁵.” A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²⁰⁶ apresentou um maior enfoque à proteção e garantias à criança e ao adolescente, ampliando essa responsabilidade à família, à sociedade e ao Estado,

²⁰² BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de Julho de 1934. Texto disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 10.08.2016.

²⁰³ ALBERTON, Maria Silveira. Violação da infância: crimes abomináveis: humilham, machucam, torturam e matam! Porto Alegre, RS: AGE, 2005. p. 58.

²⁰⁴ BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 10 de Novembro de 1937. Texto disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 10.08.2016.

²⁰⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 15 de Março de 1967. Texto disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 10.08.2016.

²⁰⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de Outubro de 1988. Texto disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 10.08.2016.

declarando a proteção integral a toda a população infantojuvenil, conforme se encontra transcrito no *caput* do artigo 227. Além disso, no § 4º do mesmo dispositivo legal estabelece-se normas punitivas na forma da Lei acerca do abuso, violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

No Brasil, a Lei n.º 8.069, de 13 de Julho de 1990, dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Para a norma brasileira, “considera-se criança, (...), a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.” (Título I, art. 2, Lei n.º 8.069/90)²⁰⁷. Ressalte-se que o Brasil é um país signatário da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990 e adota, também, o conceito de criança formulado pela Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990.

Conforme a autora Alberton (*ob.cit*), com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, as crianças e adolescentes passaram a ser reconhecidos como “sujeitos de Direitos” de “prioridade absoluta”. Os direitos fundamentais tais como: o direito à vida, o direito à saúde, o direito à convivência familiar e comunitária encontram-se consubstanciados nos artigos 4º, 5º, 7º e no *caput* do artigo 19 do ECA²⁰⁸.

²⁰⁷ BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de Julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Texto disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 01.06.2016.

²⁰⁸ BRASIL. Lei n.º 8.069, de 13 de Julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. “Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas; d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais. Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência. Art. 19, *caput*: É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.” (Redação do art. 19, *caput*, dada pela Lei n.º 13.257 de 2016.)

Não obstante os múltiplos instrumentos internacionais produzidos, quer no âmbito da União Europeia, quer para além das suas fronteiras, certo é que ao sistema existente são ainda apontadas muitas insuficiências que importa superar.

A autonomia do Direito das Crianças, como disciplina jurídica, “abrange o estudo de todas as relações sociais em que a criança ocupa posição de sujeito ou de objeto de políticas sociais de proteção e de promoção dos seus direitos.” O Direito das Crianças, nas palavras de Sottomayor, “para além de uma importância prática, tem, também, uma importância simbólica, na promoção do valor e da dignidade humana das crianças, como pessoas, na mentalidade dos futuros profissionais do direito, e na criação de uma nova cultura da infância nos Tribunais²⁰⁹”.

2.2 Criança refugiada: noções e novo panorama jurídico internacional

As crianças refugiadas representam, atualmente, mais da metade da população de refugiados em todo o mundo, o que é extremamente alarmante, haja vista que, a maioria delas, além de serem menores e, como tal, estarem mais expostas a todo o tipo de perigos, pode vir a ser também crianças separadas, ou seja, são crianças que se encontram separadas dos seus progenitores, como também de qualquer pessoa responsável por elas.

Conforme, amplamente, explanado no Capítulo 1 deste trabalho científico, a Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 apresenta um conceito jurídico para o designativo “refugiado”. Cabe-nos lembrar que, para os fins da Convenção de 1951, o termo refugiado aplicar-se-á a qualquer pessoa “que, em consequência de acontecimentos ocorridos antes de 1 de Janeiro de 1951, e receando, com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de quem tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a protecção daquele país.” (grifo nosso).

²⁰⁹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Temas de Direito das Crianças, Junho de 2014. Edições Almedina S.A. pp. 63-64.

É natural pensar que há, no mesmo dispositivo legal, um conceito para “criança refugiada”. No entanto, ao consultar este diploma, verifica-se que não existem dispositivos sobre o reconhecimento da condição de refugiado a menores, o que nos leva a conclusão final que a Convenção enquadra, as crianças refugiadas, em um dos grupos capitulados na definição de refugiado, mas especificamente a parte da definição que aduz: (...) pertença a determinado grupo social (...) que compreende, entre outros, as mulheres, crianças, vítimas ou potenciais vítima de tráfico, crianças e mulheres vítimas de violência doméstica, crianças vítimas de exploração sexual²¹⁰.

Há correntes doutrinárias que têm enquadrado “crianças e mulheres refugiadas numa mesma categoria, quando se trata de debater os problemas da população refugiada, que assim é, já que se trata do grupo mais vulnerável e desvantajoso²¹¹.” Há, por sua vez, outras teses que defendem exatamente o oposto, preconizando que crianças e mulheres refugiadas devem ser tidas como grupos completamente distintos, já que se trata de situações totalmente díspares²¹².

Cumprе salientar que a Convenção de Genebra de 1951, apesar de não estabelecer a distinção jurídica entre adultos e crianças, pressupõe que tais vocábulos possuem tratamento idêntico no âmbito da aplicação do texto normativo. A Convenção de 1951 não contém nenhuma parte voltada especificamente para a proteção das crianças refugiadas. Percebe-se que as crianças são, um grupo que, apesar de mais vulnerável, não tem uma proteção legal específica ao nível da Convenção de 1951²¹³.

Devido a este fato, tem-se assistido a uma crescente manifestação de incentivo à criação de mecanismos de proteção às crianças. Menciona-se, por exemplo, as “Directrizes para pedidos de asilo de crianças” do Departamento de

²¹⁰ SANTOS, Ana Carolina Carvalho dos. Crianças refugiadas: o princípio do melhor interesse da criança. pp. 16-17.

²¹¹ Há mesmo autores que usam o termo “mulheres-crianças” (*women-children*) como sendo apenas uma única palavra, já que define o maior e mais vulnerável grupo de refugiados. Cf. JACQUELINE BHABHA, “*Demography and rights: women, children and access to asylum*”, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 16, n.º. 2, 2004, Oxford University Press, p. 227.

²¹² *Idem* pp. 227-243.

²¹³ SANTOS, Ana Carolina Carvalho dos. Crianças refugiadas: o princípio do melhor interesse da criança. pp. 19 e seguintes.

Justiça dos Estados Unidos da América²¹⁴, criadas para ajudar os Gabinetes de Asilo nos processos de asilo das crianças, objetivando assegurar uma maior proteção aos direitos da criança, inclusive as refugiadas.

A definição da Convenção de 1951 engloba, ainda, o conceito de “crianças e adolescentes separados²¹⁵” que, na definição do ACNUR “são crianças com idade inferior a 18 anos que se encontram fora do seu país de origem, separadas de ambos os pais ou de quem delas cuida habitualmente²¹⁶.”

Salienta-se que o Programa Crianças Separadas na Europa usa a palavra “separadas” em vez de “não-acompanhas”, porque aquela define melhor o problema fundamental que essas crianças enfrentam. Nomeadamente, não beneficiam dos cuidados e da proteção dos seus pais ou de um tutor legal e, em consequência disso, sofrem social e psicologicamente por força dessa separação. Embora algumas crianças separadas pareçam estar “acompanhadas” quando chegam à Europa, os adultos que as acompanham não estão necessariamente capacitados ou aptos para assumirem a responsabilidade de as terem a seu cargo, conforme verbera o item 2(3) do Programa Crianças Separadas na Europa²¹⁷.

É imperioso assinalar que a criança refugiada não é obrigatoriamente criança separada. A criança separada pressupõe uma condição que pode ser temporária ou definitiva. A criança refugiada pode estar separada de seus pais ou de quem delas cuida habitualmente por um determinado tempo, como também aludida separação pode ter um caráter definitivo. Cite-se, por exemplo, a morte dos pais no momento de cruzar a fronteira.

As crianças separadas são, especialmente, vulneráveis e correm o eminente risco de negligência, violência, recrutamento militar, agressão sexual e outros

²¹⁴ Cf. *Guidelines for children's asylum claims*. Disponível em: http://cgrs.uchastings.edu/documents/legal/gender_guidelines/DHS_INS_children_guidelines.pdf.

²¹⁵ Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990, arts. 1 e 22; Convenção de Haia para a Protecção das Crianças, de 1996, art. 6; Linhas de Orientação do ACNUR, § 3.1, ECRE § 8 & 11; Resoluções da UE sobre Menores Não Acompanhados, art. 1(1).

²¹⁶ Documento disponível em: http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/publicacoes/cse1.html. Acesso em: 18.02.2016.

²¹⁷ Documento disponível em: http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/publicacoes/cse1.html. Acesso em: 15.02.2016.

abusos. Os programas de ajuda devem ter, como alvo essencial, a prestação de assistência às famílias de modo a prevenir a separação. Assim, é fulcral que se identifiquem estas crianças, o mais rapidamente possível, para que tenham o acompanhamento de que necessitam, e também por ser urgente, *in casu*, começar de imediato a busca dos pais ou outros familiares²¹⁸. Acentua-se, ainda, a importância da noção do superior interesse da criança, conceito este que, cada vez mais, vai se densificando. Não ignora-se, contudo, que os direitos e necessidades das crianças, refugiadas ou não, são diferentes dos direitos dos adultos e mulheres.

Reconhece-se que as crianças, mulheres, refugiados, migrantes, afrodescentes, entre outras categorias vulneráveis, precisam obter uma resposta específica e diferenciada, os quais devem ser protegidos consoante as suas especificidades e peculiaridades de sua condição social²¹⁹.

No tocante esclarece-se que a vulnerabilidade significa: “*a qualidade ou estado do que é ou se encontra vulnerável*”, a qual permeia a condição da criança refugiada, contribuindo assim para que os requerentes da condição de refugiado sejam susceptíveis de terem seus direitos reduzidos. Etimologicamente, “vulnerável” vem do latim *vulnus-neris* que significa ferida. Trata-se, portanto, da pessoa que “pode ser fisicamente ferida” ou que está sujeita “a ser atacada, derrotada, prejudicada ou ofendida²²⁰.” Prefalado conceito abrange o ser humano em todas as suas dimensões.

Aplicando a definição da locução “vulnerabilidade” à criança refugiada, pode-se inferir que a criança é mais vulnerável enquanto tem mais probabilidade de ser “ferida” em suas dimensões constitutivas, sobretudo em relação à integridade psicofísica da criança refugiada²²¹.

²¹⁸ SANTOS, Ana Carolina Carvalho dos. Crianças refugiadas: o princípio do melhor interesse da criança. pp. 17 e seguintes.

²¹⁹ HADDAD, Sérgio. GRACIANO, Mariângela. A educação entre os direitos humanos. Campinas: SP: Autores associados; São Paulo: Ação Educativa, 2006 – (Coleção educação contemporânea). p. 24.

²²⁰ LUSSI, Carmem e outro. Vulnerabilidade social em contexto...Disponível em: www.google.com. Acesso em 20.01.2016.

²²¹ BUSTAMANTE, A. Jorge. *La vulnerabilidad de los migrantes internacionales como sujetos de derechos humanos*. Revista Inter-fórum, n.º 107, a. 3, (2002), p. 3. Disponível em http://www.revistainterforum.com/espanol/pdfes/jorge_5Fbustamante_5Fvulner_5Fesp.pdf. Acesso

Em Março de 2014, foi divulgado pelo ACNUR o relatório “*Children on the Run*”²²², “responsável por analisar o resultado do sentimento de insegurança no desenvolvimento de crianças que, em razão da violência e abusos perpetrados em suas comunidades e em suas próprias casas, cruzam fronteiras internacionais em busca de segurança pessoal. A partir de entrevistas com mais de 400 (quatrocentas) crianças desacompanhadas de El Salvador, Guatemala, Honduras e México, que fugiram em direção aos EUA e permanecem sob a custódia norte-americana, o relatório recomendou aos governos que adotem atitudes para manter suas crianças seguras contra abusos de direitos humanos, violência e crime, assegurando-as o direito ao asilo e a outras formas de proteção internacional. Logo, uma vez que sua personalidade está em construção e forma-se de acordo com as experiências diárias. Recomenda-se, ainda, que a vida das crianças refugiadas deve se aproximar ao máximo da normalidade, se possível, tentar-se-á promover a manutenção da unidade familiar, responsável por agregar alta-estima, segurança e identidade à criança, bem como a participação da criança como sujeito de direito capaz de expressar seus sentimentos e desejos”²²³.

Já o autor Carneiro²²⁴, comungando com o mesmo entendimento, afirma o seguinte:

A unidade da família é um princípio da proteção internacional da pessoa e consta da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Muito frequentemente, perseguições e violências que provocam o refúgio dispersam ou dizimam parcialmente as famílias. Promover sua reunificação representa um profundo conteúdo humanitário, além de servir como base de proteção natural e mútuo apoio entre os membros do grupo familiar, considerando não apenas a dependência estritamente econômica mas um universo mais amplo da interdependência emocional e afetiva dos grupos familiares, o que é fundamental para seu bem-estar.

em 27.06.2015. A referência a este autor foi colocada na nota de rodapé, pois o mesmo conceitua o designativo “vulnerabilidade”.

²²² AGÊNCIA da ONU recorre às Américas para manter crianças em fuga seguras da violência. 2014. Disponível em: <http://www.onu.org.br/agencia-da-onu-recorre-as-americas-para-manter-criancas-em-fuga-seguras-da-violencia/>.

²²³ CARNEIRO, Wellington. A Declaração de Cartagena de 1984 e os desafios da proteção internacional dos refugiados, 20 anos depois. p. 19. In: SILVA, César A. S. (org.). Direitos Humanos e Refugiados. Dourados: Ed. UFGD, 2012. p. 27. Disponível em: http://www.humanas.ufpr.br/portal/seminariosociologiapolitica/files/2014/08/24307_1397436645.pdf. Acesso em: 24.01.2016.

²²⁴ *Idem, ibidem*, p. 19.

Crianças refugiadas partilham da necessidade de continuidade cultural e linguística. Manifestações como músicas tradicionais, dança e arte proporcionam a conservação de sua identidade e de seus valores. Além disso, foi demonstrado que o fato das crianças poderem brincar, mesmo que em meio a situações de crise, contribui para o seu restabelecimento psicológico e para superar as experiências traumáticas. O direito a brincar tem valor de contribuição especial em um contexto de crise²²⁵.

Ademais, “pode-se conviver com a negligência das mães com seus bebês, durante e após a gestação; por isso se faz necessário a implementação das Comissões das Crianças e das Mulheres. Os efeitos desses abusos são muito delicados, variando entre depressão, apatia, delinquência, agressividade, perturbações mentais, uso de drogas, infanticídio e, até mesmo, o suicídio. Diante de situações de queimaduras e acidentes, deficiência de vitaminas, insalubridade, recrutamento para grupos armados, exploração econômica e sexual, trabalhos forçados, tortura, adoção irregular, discriminação, negligência, abandono e tráfico internacional, o plano internacional reconhece que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais, sobretudo em situações de emergência e, portanto, necessita de maior proteção²²⁶.”

Ressalte-se que nas zonas de fronteiras, as crianças refugiadas, por sua incapacidade psíquica e por vivenciar uma situação de especial vulnerabilidade, são vítimas de crimes sexuais. A criminalidade sexual contra crianças permite demonstrar a expressão de uma cultura sexual patriarcal, assente na desigualdade entre o homem e a mulher, na relação hierárquica entre o adulto e a criança, além da visão da criança como um objeto.

²²⁵ BUREAU *International des Droits des Enfants, Les enfants et les conflits armés. Un guide en matière de droit international humanitaire et de droit international des droits de la personne. Montréal, 2010. p. 62.* Disponível em: Acesso em: 1.12.2015. O Bureau *international des droits des enfants* (IBCR) é uma organização não governamental, estabelecida em Montreal desde sua criação em 1994, que tem o intuito de contribuir ao respeito e à promoção dos direitos da criança, a partir das disposições da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990.

²²⁶ SCHAITZA, Letícia de Pauli e FRIEDRICH, Tatyana S. “A Tutela Internacional da Criança Refugiada.” Anais do V Seminário Nacional Sociologia & Política. 14, 15 e 16 de maio de 2014, Curitiba – PR. pp. 14 e seguintes. No desenvolvimento textual, seguiu-se de perto o entendimento das autoras.

A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990 consagra nos artigos 34 e 39, respectivamente, o direito da criança à proteção contra todas as formas de exploração e de violências sexuais e o direito à recuperação física e psicológica, além da reinserção social da criança vítima de qualquer forma de negligência, exploração ou sevícias, de tortura ou de qualquer outra pena ou tratamento cruéis, desumanos, degradantes ou de conflito armado. Tais direitos das crianças, em especial as refugiadas, criam a obrigação aos Estados de tomarem medidas adequadas para que a criança seja efetivamente protegida e garantidos os seus direitos²²⁷.

Com o propósito de melhorar os objetivos previstos na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990, os Estados Parte celebraram um Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990 relativo à venda de crianças, prostituição e pornografia infantis. Contudo, “as alterações de direito positivo têm-se revelado insuficientes. Para se obter uma harmonização do direito penal europeu e uma efetiva proteção das vítimas, é necessário uma ciência penal europeia que reflita e teorize sobre o impacto dessas mudanças, e uma unidade teleológico-funcional entre política criminal, dogmática jurídico-penal e criminologia/penologia²²⁸.”

Salienta-se que, em tempos de crise, as crianças podem entrar em conflito direto com a lei de diversas maneiras. Cite-se o exemplo das crianças que tentam fugir e atravessar uma fronteira, podendo ser interceptadas por agentes de imigração ou forças de segurança, mortas ou detidas irregularmente indefinidamente²²⁹. Verifica-se que muitas crianças refugiadas desaparecem e, na maioria dos casos, não são mais encontradas pelas autoridades competentes.

In casu, os Estados devem assegurar ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança. As crianças, inclusive as refugiadas, são o futuro. Elas

²²⁷ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Temas de Direito das Crianças, Junho de 2014. Edições Almedina S.A. pp. 262 e seguintes.

²²⁸ PINTO, Inês Horta. A harmonização dos sistemas de sanções penais na União Europeia. Coimbra Editora. Coimbra, 2013. p. 365. Na citação, preservou-se a palavra do autor.

²²⁹ BUREAU *International des Droits des Enfants, Les enfants et les conflits armés. Un guide en matière de droit international humanitaire et de droit international des droits de la personne. Montréal*, 2010. p. 61. Disponível em: . Acesso em: 1.12. 2015.

precisam de proteção e estímulos para atingir seus potenciais; porém, estimativas revelam que, em Estados frágeis, menos da metade das crianças refugiadas tem acesso à serviços de educação, direito humano universal vital para o desenvolvimento infantil. A impossibilidade de frequentar a escola e a ausência de uma rotina contribuem para a instabilidade e insegurança dos menores²³⁰.

É assente o facto de as crianças refugiadas se encontrarem em desvantagem em relação aos refugiados adultos no que toca à obtenção do estatuto de refugiado. Há autores que “defendem que isto se deve à não inclusão da perseguição específica a crianças na interpretação do termo “perseguição” presente na definição de refugiado da Convenção de 1951²³¹ e também ao facto da adopção de procedimentos de asilo, por parte dos Estados, não levarem em conta as especificidades próprias das crianças, sabendo-se que, quando se trata de crianças acompanhadas, o procedimento de asilo que lhes assiste é como que secundário face ao procedimento dos adultos que as acompanham, não se tomando as crianças como actores políticos que têm os seus próprios direitos no âmbito do asilo²³².”

A Declaração de Boa Prática do Programa Crianças Separadas na Europa visa, essencialmente, “proporcionar uma enunciação clara da política e da prática requeridas para implementação e protecção dos direitos das crianças separadas na Europa. A Declaração inspira-se principalmente na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e em mais dois documentos: 1 – “Linhas de Orientação do ACNUR sobre Políticas e Procedimentos ao Lidar com Crianças Não Acompanhadas à Procura de Asilo”, de Fevereiro de 1997, aqui referidas como “Orientações do ACNUR” e 2 – “Posição sobre Crianças Refugiadas do *European Council on Refugees and Exiles*”, de Novembro de 1996, aqui referidas como “ECRE”²³³.”

²³⁰ BUREAU *International des Droits des Enfants, Les enfants et les conflits armés. Un guide en matière de droit international humanitaire et de droit international des droits de la personne. Montréal, 2010. p. 58. Disponível em: . Acesso em: 1.12.2015.*

²³¹ Cf. JACQUELINE BHABHA *Demography and rights...*, *op. cit.*, pp. 228 e seguintes.

²³² *Idem*, pp. 232-233.

²³³ Texto extraído, *ipsis litteris*, do Programa Crianças Separadas na Europa.

A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990, por sua vez, traz expressa menção a criança refugiada, conforme preceitua o artigo 22, n.º 1, *ipsis litteris*:

1 – Os Estados Partes tomam as medidas necessárias para que a criança que requeira o estatuto de refugiado ou que seja considerado refugiado, de harmonia com as normas e processos de direito internacional ou nacional aplicáveis, quer se encontre só, quer acompanhada de seus pais ou de qualquer outra pessoa, beneficie de adequada proteção e assistência humanitária, de forma a permitir o gozo dos direitos reconhecidos pela presente Convenção e outros instrumentos internacionais relativos aos direitos do homem ou de caráter humanitário, de que os referidos Estados sejam Partes.

Os Direitos das Crianças consagrados pela Convenção e subdivididos em três categorias (direitos de provisão, direitos de proteção e direitos de participação) são direitos extra-constitucionais, com a mesma força dos direitos, liberdades e garantias previstos na Constituição Portuguesa (arts. 16.º, 17.º e 18.º)²³⁴.

2.3 Da Declaração de Genebra à Convenção sobre os Direitos da Criança: uma vitória para as crianças e os seus Direitos

Com o objetivo principal de iniciar o estudo sobre a proteção internacional dos Direitos da criança refugiada, considera-se de suma importância conhecer e compreender os princípios fundamentais emergentes dos instrumentos internacionais juridicamente relevantes sobre o tema, constituindo o primeiro passo para uma adequada concretização judiciária do direito da família, em especial as crianças.

Neste trabalho académico, tentar-se-á centrar as atenções nos principais elementos normativos que constituem a base estruturante do sistema de justiça da família, das crianças e dos jovens, dando ênfase ao estudo das crianças refugiadas. Considerando que importa preparar plenamente a criança para viver uma vida individual na sociedade e ser educada no espírito dos ideais proclamados na Carta

²³⁴ Vide Marta Santos Pais. A Convenção dos Direitos da Criança (quadro inspirador de uma política global para a infância), Documentação e Direito Comparado, n.ºs 55-56, p. 212; Gustavo Ferraz de Campos Mónico, A Declaração Universal dos Direitos da Criança e seus Sucedâneos Internacionais (Tentativa de Sistematização), Universidade de Coimbra, 2004, pp. 102 e ss.

das Nações Unidas e, em particular, num espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade²³⁵.

Numa análise do conteúdo histórico²³⁶, pode-se começar por afirmar que a preocupação pelo direito da infância no quadro das instâncias internacionais se limitou, até a primeira metade do século XX, a um conjunto de declarações de carácter não vinculativo, que assentavam no fato das crianças, seres frágeis e em total dependência dos adultos, a todos os níveis, necessitarem de uma proteção e cuidados especiais.

Compulsando-se os livros acerca do tema, regista-se que o primeiro instrumento normativo internacional que traz uma referência expressa a “direitos da criança” remonta a 1924²³⁷, data em que a Assembleia da Sociedade das Nações adotou a Declaração dos Direitos da Criança. Neste documento, conhecido como a “Declaração de Genebra”, afirma-se que “a criança deve ser protegida independentemente de qualquer consideração de raça, nacionalidade ou crença, devendo ser auxiliada, respeitando-se a integridade da família e deve ser colocada em condições de se desenvolver de maneira normal, quer material, quer moral, quer espiritualmente.”

Em 1946, após a Segunda Guerra Mundial, criou-se o Fundo de Emergência das Nações Unidas para Crianças (UNICEF), atribuindo-lhe, em 1953, carácter de auxílio e amparo permanente, fundando-se o Fundo das Nações Unidas para a

²³⁵ “Tendo presente que a necessidade de garantir uma proteção especial à criança foi enunciada pela Declaração de Genebra de 1924 sobre os Direitos da Criança e pela Declaração dos Direitos da Criança adotada pelas Nações Unidas em 1959, e foi reconhecida pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (nomeadamente nos artigos 23 e 24), pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais (nomeadamente o artigo 10) e pelos estatutos e instrumentos pertinentes das agências especializadas e organizações internacionais que se dedicam ao bem-estar da criança.” (Convenção sobre os Direitos da Criança).

²³⁶ Insta salientar que, nesta resenha, segue-se de perto o texto de Albuquerque, Catarina. As Nações Unidas, a Convenção e o Comité, Documentação e Direito Comparado, Lisboa, n.º 83/84, Nov. 2001, pp. 21-54 e a obra de GUERRA, Paulo e outro. A criança e a família: uma questão de direito(s). 2 ed. Coimbra Editora: Julho de 2014, pp. 13-20. Neste texto, seguiu-se de perto as palavras do autor.

²³⁷ ALBUQUERQUE, Catarina. Direitos Humanos | Órgãos das Nações Unidas de Controlo da Aplicação dos Tratados em Matéria de Direitos Humanos: Os Direitos da Criança: as Nações Unidas, a Convenção e o Comité. Gabinete de documentação e direito comparado. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/orgaosonu-estudos-ca-dc.html>>.

Infância, cujo propósito principal é promover a defesa dos direitos da criança, oferecer soluções as suas carências elementares e contribuir para o seu desenvolvimento integral²³⁸.

A Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem que constituiu o primeiro instrumento internacional que consagra, não só direitos civis e políticos, mas os de natureza económica, social e cultural, cujos titulares dessa declaração são todos os seres humanos, incluindo-se as crianças refugiadas ou não. Empós, foi promulgada, em 20 de Novembro de 1959, na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, a Declaração dos Direitos da Criança.

O artigo 25, n.º 2 da Declaração dos Direitos da Criança, de 1959, preceitua de forma lapidar que a “maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimónio, gozam da mesma protecção social²³⁹.”

Assente na afirmação de que “a criança, por motivo da sua falta de maturidade física e intelectual, tem necessidade de uma protecção e cuidados especiais, nomeadamente de protecção jurídica adequada, tanto antes, como após o nascimento.” Faz-se necessário recordar, que a Base II desta Declaração consagra que “a criança deve beneficiar de protecção especial a fim de poder desenvolver de maneira sã e normal no plano físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade e, na adoção de leis para este fim, o interesse superior da criança deve ser a consideração determinante²⁴⁰.”

²³⁸ SCHAITZA, Letticia de Pauli e Friedrich, Tatyana S. A Tutela Internacional da Criança Refugiada. Anais do V Seminário Nacional Sociologia & Política. 14, 15 e 16 de maio de 2014, Curitiba – PR.

²³⁹ Ver Declaração dos Direitos da Criança de 1959.

²⁴⁰ Recordando as disposições da Declaração sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Aplicáveis a Protecção e Bem-Estar das Crianças, com Especial Referência à Adoção e Colocação Familiar nos Planos Nacional e Internacional (Resolução n.º 41/85 da Assembleia Geral, de 3 de dezembro de 1986), o Conjunto de Regras Mínimas das Nações Unidas relativas à Administração da Justiça para Menores (Regras de Beijing) (Resolução n.º 40/33 da Assembleia Geral, de 29 de novembro de 1985) e a Declaração sobre Protecção de Mulheres e Crianças em Situação de Emergência ou de Conflito Armado [Resolução n.º 3318 (XXIX) da Assembleia Geral, de 14 de dezembro de 1974].

Em 1959, o Conselho Econômico e Social (ECOSOC), através de uma solicitação da Assembleia Geral da ONU, fundou o Comité Executivo do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (EXCOM), responsável por adotar Conclusões e Decisões a respeito de temas propostos pelo Alto Comissariado. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (16 de Dezembro de 1966) prevê, por sua vez, que toda criança terá direitos, sem discriminação, às medidas de proteção que sua condição lhe impõe, diante de sua família, da sociedade e do Estado, incluindo o direito de ser registrada imediatamente após seu nascimento, de receber um nome e adquirir uma nacionalidade (art. 24).

Assevera-se que, em 1987, o Comité Executivo, no documento EXCOM n.º 47, tratou das crianças refugiadas, reconhecendo, em seu texto, que elas “constituem aproximadamente metade da população refugiada mundial e que a situação em que vivem dá origem, muitas vezes, a dificuldades particulares em termos de protecção e assistência e coloca problemas no que se refere à adopção de soluções duradouras²⁴¹.”

Paralelamente, publicou-se, em 1988, a pedido do Comité Executivo, o “Guia sobre Crianças Refugiadas”, sendo, posteriormente, atualizado em 1993 e 1994 com o Título o “Guia sobre Protecção e Cuidados com Crianças Refugiadas”, de inspiração na Convenção dos Direitos da Criança e na experiência acumulada até então.

Neste documento, regulamenta-se a estrutura dos programas adotados, através da descrição do treinamento de pessoal do ACNUR em casos de situações de risco. O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, com a função precípua de lutar contra a impunidade dos responsáveis por crimes de guerra, crimes de genocídio e crimes contra a humanidade, é responsável pela inclusão de crimes de especial relevância em matéria de protecção dos direitos da criança, tais como violência sexual, prostituição forçada e recrutamento de crianças.

²⁴¹ Documento disponível em: file:///C:/Users/Lidiana/Downloads/EXCOM_No._47_XXXVIII.pdf. Acesso em: 14.02.2016.

Ademais, a ONU adotou, em 1996, a Declaração e Plano de Estocolmo contra a exploração sexual da criança e, em 2000, o Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados e o Protocolo Facultativo relativo à Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil. Apesar de tais convenções e tratados, a comunidade internacional vem adotando parâmetros de tratamento e procedimentos em prol da proteção das crianças e adolescentes, como a resolução “*A world fit for children*”²⁴² (2002), que prevê dez princípios e objetivos para reforçar o compromisso da comunidade internacional face à proteção das crianças, dentre eles destacam-se:

(1) Colocar as crianças em primeiro lugar; (2) erradicar a pobreza: investir em crianças; (3) não discriminar crianças; (4) cuidar de todas as crianças; (5) educar todas as crianças; (6) proteger as crianças de maus-tratos e exploração; (7) proteger crianças de conflitos; (8) combater AIDS/HIV; (9) escutar as crianças e garantir a sua participação e (10) proteger a Terra para as crianças.

No Estado brasileiro, a partir da influência da Declaração dos Direitos da Criança de 1959 e da doutrina da proteção integral, a Constituição da República Federativa de 1988 dispõe que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”, com fulcro no artigo 227 da Carta Fundamental. O artigo 203 do texto constitucional de 1988 reconhece a assistência social a todos que dela necessitarem, tendo em vista a proteção da família e da infância e o amparo às crianças e adolescentes²⁴³.

Em 20 de Novembro de 1989 foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas a Convenção Sobre os Direitos da Criança, através da Resolução de 44/25, assinada, posteriormente, em 26 de Janeiro de 1990 em Nova Iorque. Salienta-se,

²⁴² *A world fit for children*. Resolution adopted by the General Assembly. 2002. Disponível em: http://www.unicef.org/specialsession/docs_new/documents/A-RES-S27-2E.pdf.

²⁴³ SCHAITZA, Letticia de Pauli e FRIEDRICH, Tatyana S. A Tutela Internacional da Criança Refugiada. Anais do V Seminário Nacional Sociologia & Política. 14, 15 e 16 de maio de 2014, Curitiba – PR. pp. 10 e seguintes. No desenvolvimento textual, seguiu-se de perto o entendimento das autoras.

com muito louvor, que Portugal foi um dos primeiros países a ratificar a Convenção Sobre os Direitos da Criança em 1990. A Convenção da Criança de 1990 representou o grande marco na história da infância, ao delinear novos traços na concepção dos direitos da criança, introduzindo o reconhecimento jurídico da criança como sujeito autónomo de direitos, ao mesmo passo que destacou a importância da família para o seu bem-estar e desenvolvimento harmonioso²⁴⁴.

A Convenção representa o começo de uma nova fase, sendo o “(...) primeiro instrumento de direito internacional a conceder força jurídica internacional aos direitos da criança²⁴⁵”. Este instrumento é a expressão “(...) *más significativa del movimiento de protección de los derechos del niño* (...)”²⁴⁶ que ocorreu no século XX. O século XX foi palco de discussão sobre os direitos da criança, período em que os holofotes passaram a estar centrados nos direitos especialmente homologados para a população infantil.

Houve uma merecedora atenção para os problemas relacionados com o seu universo e o desejo de extensão e concretização dos seus direitos em qualquer parte do mundo. Com a aprovação da Convenção dos Direitos da Criança pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1989, esta passa a ser considerada detentora independente de direitos²⁴⁷.

É a partir dessa aprovação que o tom paternalista inerente às declarações de 1924 e de 1959 é substituído pela responsabilidade do Estado e dos pais para com o desenvolvimento da criança. A criança deixa de ser “objeto de proteção” e passa a ser “sujeito de direitos”. A Convenção é o tratado que tem o maior número de ratificações, de entre os tratados sobre os direitos humanos, e “(...) implicou um conjunto de alterações importantes para o grupo social da infância, nomeadamente

²⁴⁴ SCHAITZA, Leticia de Pauli e Friedrich, Tatyana S. A Tutela Internacional da Criança Refugiada. Anais do V Seminário Nacional Sociologia & Política. 14, 15 e 16 de maio de 2014, Curitiba – PR. pp. 10 e seguintes. No desenvolvimento textual, seguiu-se de perto o entendimento das autoras.

²⁴⁵ ALBUQUERQUE, Catarina (2000). “As Nações Unidas, a Convenção e o Comité”. In Documentação e Direito Comparado, n.ºs 83/84.

²⁴⁶ BRUÑOL, Miguel Cillero (s/d). *El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. Página consultada a 30 de Setembro de 2015. BRUÑOL, Miguel Cillero (s/d). *Infancia, Autonomía y Derechos: Una Cuestión de Principios*. Página consultada a 30 de Setembro de 2015.

²⁴⁷ FOTTRELL, Deirdre (1999). “Direitos da Criança”. In HEGARTY, Angela e LEONARD, Siobhan. *Direitos do Homem – Uma Agenda Para o Século XXI*. Lisboa. Instituto Piaget. pp. 213-227.

a substituição da concepção tradicional de protecção pelo conceito de participação, reconhecendo às crianças direitos semelhantes aos dos adultos²⁴⁸.”

Como instrumento jurídico, a Convenção altera a noção de criança e é responsável pela discussão acerca da sua vida e do seu desenvolvimento, tornando-a num imperativo jurídico e moral para os Estados Partes. Aída Campos afirma que o “(...) *imperativo válido tanto en tiempos de paz como de guerra, de bonanza como de recesión, en condiciones normales y en situaciones de emergencia*”²⁴⁹.”

A adoção da Convenção, de 1990, encerrou um processo que tinha tido início com os trabalhos preparatórios para o Ano Internacional da Criança, tendo sido com efeito no ano de 1979 que se iniciou o debate sobre um projeto de Convenção submetido pelo Governo polaco. Contudo não era a primeira vez que a comunidade internacional se preocupava com as crianças, já que em 1924 a Sociedade das Nações e em 1959 a Organização das Nações Unidas adotaram Declarações sobre os direitos da criança. Foram, também, incorporadas disposições visando expressamente as crianças em diversos instrumentos em matéria de direitos humanos ou de direito humanitário. Diversos Estados, entretanto, almejavam a elaboração de um texto autónomo, no qual fossem enunciados minuciosamente os direitos da criança. Aludido texto legal deveria ter força obrigatória à luz do direito internacional²⁵⁰.

²⁴⁸ TOMÁS, Catarina (2007). “Convenção dos Direitos da Criança: Reflexões Críticas”. *In* Infância e Juventude. n.º 4. pp. 121-145.

²⁴⁹ CAMPOS, Aída Elia Fernández de los (1999). “*La Convención de los Derechos del Niño*”. *In* Reflexión Política. Universidad Autónoma de Bucaramanga. Colómbia. Ano 1. n.º 2.

²⁵⁰ Ficha Informativa/ Rev. I, n.º 10. Década das Nações Unidas para a Educação em matéria de Direitos Humanos 1995/2004. Direitos Humanos. Os Direitos da Criança. Nações Unidas. p. 3. Ressalte-se que: “a colecção Fichas Informativas sobre Direitos Humanos é publicada pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Delegação das Nações Unidas em Genebra. Trata de temas seleccionados de direitos humanos que são actualmente objecto de atenção ou apresentam particular interesse. As Fichas Informativas sobre Direitos Humanos pretendem contribuir para que cada vez mais pessoas compreendam da melhor forma os direitos humanos fundamentais, o trabalho realizado pelas Nações Unidas para os promover e proteger e os mecanismos internacionais disponíveis para os tornar efectivos. As Fichas Informativas sobre Direitos Humanos são distribuídas gratuitamente no mundo inteiro. A sua reprodução em outros idiomas para além das línguas oficiais das Nações Unidas é encorajada, desde que não sejam feitas quaisquer alterações de conteúdo e que a organização responsável pela reprodução dê conhecimento da mesma ao Alto Comissariado das Nações Unidas em Genebra e mencione devidamente a fonte do material.” Na citação, foram preservadas as palavras *ipsis litteris* do autor e na elaboração do texto seguiu-se de perto as lições do autor. Recomendo, ainda, a leitura pela grandiosidade da obra.

Tal preocupação justifica-se pelas graves injustiças que as crianças eram vítimas, como também de elevadas taxas de mortalidade infantil, cuidados de saúde deficientes e reduzidas hipóteses de acesso a uma instrução elementar. Acrescenta-se, a esses fatos, os casos de crianças maltratadas e exploradas para fins de prostituição ou para a prática de trabalhos perigosos, de crianças presas ou colocadas em situações difíceis e de crianças refugiadas ou vítimas de conflitos armados. Verifica-se que para a elaboração da Convenção participaram dos debates iniciais os representantes de organismos e instituições especializadas das Nações Unidas, entre os quais se encontravam o Alto Comissariado para os Refugiados (ACNUR), a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) e a Organização Mundial de Saúde (OMS), além de um certo número de organizações não-governamentais²⁵¹.

Em 1990, é promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069), documento reconhecido internacionalmente como modelo por consagrar a criança e o adolescente como sujeitos de direito cuja condição peculiar de desenvolvimento é de prioridade absoluta. Com efeito, os instrumentos jurídicos nacionais e internacionais de proteção aos direitos humanos têm um importante papel porquanto, a partir da Teoria da Proteção integral, reconhecem e asseguram as crianças, por um lado, direito à proteção especial e, por outro, participação ativa e disposição de direitos civis, enquanto sujeitos de direito²⁵².

Nesse contexto, princípios como a vinculação à teoria da proteção integral, a universalização, o caráter jurídico-garantista, o interesse superior da criança, a prioridade absoluta e a humanização no atendimento orientam a hermenêutica jurídica em prol da proteção às crianças. Contudo, ainda, é embrionária a proteção jurídica singular à criança refugiada²⁵³.

Os principais instrumentos de proteção aos refugiados na esfera internacional e no ordenamento jurídico brasileiro são, respectivamente, a Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e a Lei n.º 9.747/97. Todavia, tais

²⁵¹ *Idem* (Ficha informativa...), p. 4.

²⁵² SCHAITZA, Letticia de Pauli e outro. A Tutela Internacional...pp. 10 e seguintes.

²⁵³ SCHAITZA, Letticia de Pauli e outro. A Tutela Internacional...pp. 10 e seguintes.

documentos não dispõem especificamente sobre a especialidade da condição da criança. Aliás, no ordenamento pátrio brasileiro, há lacuna na garantia de documentos aos solicitantes de refúgio, uma vez que prevê apenas o direito à cédula de identidade comprobatória de condição jurídica, carteira de trabalho e documento de viagem ao refugiado (art. 6 da Lei n.º 9.747/97).

A família, como se pode ler no Preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990, é “elemento natural e fundamental da sociedade, e meio natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias para desempenhar plenamente o seu papel na comunidade²⁵⁴.” Reconhecendo que “a criança, para o desenvolvimento harmonioso da sua personalidade, deve crescer num ambiente familiar, em clima de felicidade, amor e compreensão.”

A diferença entre a Convenção sobre os Direitos da Criança (1990) e a Declaração dos Direitos da Criança (1959) está no fato da primeira tornar os Estados que nela são Partes responsáveis juridicamente pela concretização dos direitos da criança e por todas as ações que adotem em relação às crianças. A Declaração dos Direitos da Criança de 1959, por sua vez, impõe obrigações de natureza moral que se reconduziam a princípios de conduta para as nações²⁵⁵.

A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990 desencadeou o inegável mérito de mobilizar uma atenção, à escala universal, para as questões da infância, integrando-as no quadro de reflexão sobre os direitos humanos. O conteúdo normativo da Convenção enfatiza quatro princípios gerais assinados pelo Comité dos Direitos da Criança da ONU e destinam-se a auxiliar a interpretação da Convenção. Com efeito, cabe-nos transcrever os quatro princípios fundamentais²⁵⁶:

²⁵⁴ RAMIÃO, Tomé d'Almeida (Juiz Auxiliar no Tribunal da Relação). Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo. Anotada e Comentada. Jurisprudência e Legislação Conexa. 7 ed. (revista e atualizada). Quid Juris Sociedade Editora, 2014. p. 413.

²⁵⁵ GUERRA, Paulo e outro. A criança e a família: uma questão de direito(s). 2 ed. Coimbra Editora: Julho de 2014, p.15. Devo salientar que, em alguns momentos, preservou-se a palavra do autor.

²⁵⁶ Cfr. *Committee on the Rights of the Child. Fact Sheet* n.º 10 (Rev.1), *The Rights of the Child*. pp. 2-3. Disponível em: www.ohchr.org. Cfr., ainda, ALBUQUERQUE, Catarina, *op.cit.*, pp.34-35 e, da mesma autora, Os direitos da criança em Portugal e no Mundo Globalizado – O princípio do interesse superior da criança, *in* Direitos das Crianças, *Ius Gentium Conimbrigae*, Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra Editora: 2004, pp. 40-41.

(1). **Princípio da não discriminação**, consagrado no artigo 2 da Convenção de 1990; (2). **Princípio do interesse superior da criança**, plasmado no artigo 3 da Convenção de 1990; (3). **Princípio de que a criança tem direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento**, estabelecido no artigo 6.º da Convenção de 1990 e (4). **Princípio do respeito pelas opiniões da criança**, reconhecido pelo artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990.

O primeiro princípio esculpido no artigo 2 da Convenção de 1990 ressalta que os Estados Partes se comprometem a respeitar e a garantir os direitos da criança firmados na Convenção, preconizando o seguinte: “a todas as crianças que se encontrem na sua jurisdição, sem discriminação alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou outra da criança, de seus pais ou representantes legais, ou da sua origem nacional, étnica ou social, fortuna, incapacidade, nascimento ou de qualquer outra situação.” Do supra exposto, conclui-se que este enunciado aplica-se a todas as crianças, inclusive as refugiadas devem ter o mesmo direito que todas as outras crianças.

O segundo, princípio do interesse superior da criança (art. 3), deverá constituir a consideração primacial a ter em conta em “todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos.”

O consagrado princípio de que a criança tem direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento protege não só o direito à vida, como também à sobrevivência e ao desenvolvimento, nos quais os últimos devem ser assegurados na “máxima medida possível” a fim de que contemple uma dimensão qualitativa para além da saúde física da criança, o seu desenvolvimento mental, emocional, cognitivo, social e cultural. O designativo “desenvolvimento” deve ser interpretado de maneira ampla, tendo em vista que é visada não unicamente a saúde física, mas também o desenvolvimento mental, emocional, cognitivo, social e cultural da criança.

O último princípio é o do respeito pelas opiniões da criança vastamente consubstanciado no artigo 12, no qual retrata que “a criança é titular de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que a ela respeitem e de as suas

opiniões serem devidamente tomadas em consideração, de acordo com a sua idade e maturidade”, sendo-lhe assegurada a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos. Assevera-se que deve haver uma especial atenção à forma como se ouve a criança, opinando-se no sentido de a mesma dever ser ouvida, sobretudo, nos processos de asilo.

Ao voltar um pouco no tempo, mais precisamente, no tempo de Maimônides, um talmudista medieval, pode-se perceber que ele enumerava nove categorias de pessoas em cujo depoimento não se podia confiar: aos cegos, as mulheres, os escravos, os alienados, os surdos, os maldosos, os seres desprezíveis, os parentes e os menores. Renan já deixou registrado, em suas lições, que “o maior erro da Justiça está em acreditar nos depoimentos das crianças²⁵⁷.”

A criação do Comité dos Direitos da Criança, art. 43.º da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990, reforça a aplicação de um determinado instrumento das Nações Unidas em matéria de direitos humanos pelos Estados signatários da Convenção. O Comité dos Direitos da Criança, atualmente, possui três sessões anuais, cada uma com a duração de quatro semanas, sendo a última semana sempre reservada à preparação da sessão seguinte. O Comité é apoiado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos em Genebra sendo composto por 18 peritos de alta autoridade moral e de reconhecida competência no domínio abrangido pela Convenção (art. 43, n.º 2). O artigo 44.º da Convenção de 1990 reza que os Estados Partes comprometem-se a submeter regularmente relatórios ao Comité sobre as medidas adotadas para aplicarem a Convenção e sobre os progressos alcançados na realização dos direitos da criança nos seus territórios²⁵⁸.

²⁵⁷ Cfr. PESSOA, Alberto. A prova testemunhal: estudo da psicologia judiciária. 3 ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1931. Nesta obra são citadas as afirmações transcritas de Renan. Ver, ainda, GUERRA, Paulo e outro. A criança e a família: uma questão de direito(s). 2 ed. (atualizada) Julho 2014. Coimbra Editora.

²⁵⁸ Ficha Informativa/ Rev. I, n.º 10. Década das Nações Unidas para a Educação em matéria de Direitos Humanos 1995/2004. Direitos Humanos. Os Direitos da Criança. Nações Unidas. pp. 10-11. Salienta-se que: “No início de 1991 foram convocados os representantes dos Estados Partes na Convenção com vista a elegerem os primeiros membros do Comité dos Direitos da Criança que consiste no órgão que encarregue de controlar a sua aplicação. Foram apresentadas cerca de quarenta candidaturas para dez lugares, sendo os peritos então eleitos, entre os quais se encontravam seis mulheres, oriundos dos Barbados, Brasil, Burkina Faso, Egípto, Filipinas, Peru, Portugal, Suécia, ex-União Soviética e Zimbábwe. A sua experiência profissional cobria áreas tão

Os primeiros relatórios devem ser submetidos dois anos após a ratificação da Convenção ou a adesão à mesma, devendo os seguintes relatórios ser apresentados com intervalos de cinco anos. Em Outubro de 1991, quando da sua primeira sessão, o Comité adotou diretivas para ajudar os Estados Partes na apresentação e redação dos relatórios iniciais. O Comité recomenda aos governos que elaborem os relatórios em conformidade com estas diretivas, as quais sublinham a importância dos relatórios indicarem os fatores e dificuldades com os quais o Estado se depara na aplicação da Convenção. Neste diapasão, o Comité solicita aos Estados que se dediquem acerca dos problemas existentes e que sejam autocríticos. O Comité solicita, ainda, aos Estados que especifiquem as principais prioridades e objetivos para o futuro e convoca os Estados a anexarem aos seus relatórios textos legislativos e dados estatísticos pertinentes. Quanto à elaboração da metodologia científica de trabalho, o Comité insistiu na importância de encetar um diálogo construtivo com os representantes governamentais. A este fim humanitário asseverou buscar colaborar de forma estreita com os órgãos e instituições especializadas competentes das Nações Unidas, bem como com outros organismos interessados, nomeadamente as organizações não governamentais²⁵⁹.

O Comité, nas atribuições de suas funções, recomendou, em Janeiro de 1993, à Assembleia Geral que solicitasse ao Secretário-Geral a realização de um estudo sobre a proteção das crianças em situação de conflitos armados. Este pedido foi fruto de um debate geral acerca do tema, que teve a duração de um dia, organizado em 1992 pelo Comité e para o qual foram convidados a participar órgãos das Nações Unidas e organizações não governamentais.

Assim, debates relativos a exploração económica de crianças, os direitos da criança no meio familiar, os direitos das crianças refugiadas e a justiça de menores foram igualmente alvo de debates gerais. Os debates que se centram sobre um tema realizam-se uma vez por ano, podendo dar origem a um pedido de realização

vastas como os direitos humanos, o direito internacional, a justiça de menores, passando igualmente pelos assuntos sociais, medicina, jornalismo, administração e actividades no seio de organizações não governamentais." Destaque-se que a perita portuguesa, membro do Comité dos Direitos da Criança até 1996, foi a Doutora Marta Santos Pais, assessora do Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria-Geral da República e negociadora do texto da Convenção sobre os Direitos da Criança. p. 10. Na citação, manteve-se a palavra do autor.

²⁵⁹ *Ibidem*, pp. 10 e seguintes.

de estudos sobre a matéria, como também servir de base a um trabalho de interpretação dos artigos da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990.

Verifica-se que o Comité dos Direitos da Criança recebe informações por parte dos mecanismos instituídos pela Comissão dos Direitos do Homem para a investigação da problemática ligada aos direitos humanos num determinado país ou relacionados com questões específicas. O Relator Especial se encarrega de examinar, com profundidade, temas como a questão da tortura ou, por exemplo, as questões relativas à venda de crianças, prostituição e pornografia infantil, sendo, neste contexto, um parceiro privilegiado do Comité.

A Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1990 assume um importante papel na construção do conteúdo jurídico-normativo relativo à infância e reveste um relevo decisivo enquanto instrumento interpretativo das disposições da Constituição portuguesa e da lei ordinária que consagram os direitos da criança²⁶⁰, reconhecendo que em todos os países do mundo há crianças que vivem em condições desumanas e que importa assegurar uma atenção especial a tais crianças.

Convém frisar que quando se trata de matérias pertinentes à criança, jovem e família, a Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990 é frequentemente convocada na interpretação das normas da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)²⁶¹, constituindo-se um contributo para uma densificação de conceitos centrada na criança.

2.4 A criança refugiada no centro do Direito Internacional dos Direitos Humanos

A proteção da criança contra todas as formas de dominação ou do poder arbitrário é da essência do Direito Internacional dos Direitos Humanos. A

²⁶⁰ Cf. LEANDRO, Armando Gomes. Família do Futuro? Futuro da Criança..., Infância e Juventude. Lisboa. Instituto de Reinserção Social. Jan/Mar. 1997,1, p.12.

²⁶¹ Cf. KILKELLY, Ursula. *The impact of the Convention on the case-law of the European Court of Human Rights*, in Fottrell, Deidre, ed., *Revisiting Children's Rights, 10 Years of the UN Convention on the Rights of the Child*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, pp. 87-100. Deve-se salientar que a interpretação e aplicação da Convenção Europeia a matérias relativas à criança tem sido muito enriquecida com o recurso aos princípios e normas consagrados na Convenção da Criança de 1990.

centralidade da “criança refugiada” no universo conceitual do Direito Internacional dos Direitos Humanos, pouco analisada pela doutrina jurídica contemporânea até o presente momento, é tema de suma importância e acarreta consequências práticas, porquanto é na proteção estendida às crianças refugiadas que este alcança sua plenitude, porém a proteção não se esgota no amparo estendido às crianças já vitimadas²⁶².

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, por sua própria existência, protege os seres humanos também por meio do direito preventivo. O alcance de seu *corpus juris* deve ser, pois, apreciado também sob esse prisma. Os números de pessoas protegidas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos são mais amplos do que se possa *prima facie* pressupor, mas mesmo nas circunstâncias em que a função preventiva normativa não se mostre plena e eficaz, as reações às violações aos direitos das crianças refugiadas são prontas e firmes, certamente muito mais do que o eram no passado.

A criança no centro do Direito Internacional dos Direitos Humanos se torna, porém, notória, quando são acionados os mecanismos internacionais, não só de prevenção, mas também de salvaguarda e reparação, em benefício das crianças refugiadas vítimas de violações dos direitos humanos.

Trindade Cançado compreende que o “Direito Internacional dos Direitos Humanos como o *corpus juris* de salvaguarda do ser humano, conformado, no plano substantivo, por normas, princípios e conceitos elaborados e definidos em tratados e convenções, e resoluções de organismos internacionais, consagrando direitos e

²⁶² Deve-se esclarecer que, no desenvolvimento textual, segue-se de perto o texto do notável autor TRINDADE, Antônio Augusto Cançado*. Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI**. p. 24 e seguintes. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>. Acesso em: 20.01.2016. *Ph.D. (Cambridge, Prêmio Yorke) em Direito Internacional; Juiz e Ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Professor Titular da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco; Ex-Consultor Jurídico do Itamaraty (1985-1990); Membro Titular do *Institut de Droit International*; Membro do *Curatorium* da Academia de Direito Internacional da Haia; Membro das Academias Mineira e Brasileira de Letras Jurídicas. **Trabalho de pesquisa apresentado pelo Autor, em um primeiro momento, nas Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty, na forma de conferência de encerramento por ele ministrada em Brasília, em 09.11.2005, e, em um segundo momento, em forma final e definitiva, em forma de três conferências proferidas pelo Autor no XXXIII Curso de Direito Internacional Organizado pela Comissão Jurídica Interamericana da OEA, no Rio de Janeiro, em 18 e 21-22 de agosto de 2006.

garantias que têm por propósito comum a proteção do ser humano em todas e quaisquer circunstâncias, sobretudo em suas relações com o poder público, e, no plano processual, por mecanismos de proteção dotados de base convencional ou extraconvencional, que operam, essencialmente, mediante os sistemas de petições, relatórios e investigações, nos planos tanto global como regional²⁶³ é dotado de autonomia e especificidade própria.”

O Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados, juntamente com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, convergem na realização do propósito comum de proteger o ser humano em tempos de paz, assim como de conflitos armados, em seu próprio país assim como em todas as áreas da atividade humana e em todos e quaisquer acontecimentos. O Direito Internacional dos Direitos Humanos tem-se norteado por princípios básicos, inspiradores de toda sua evolução, entre eles destacam-se os consagrados princípios da universalidade, da integralidade e da indivisibilidade dos direitos protegidos, inerentes à pessoa humana e por conseguinte anteriores e superiores ao Estado e demais formas de organização político-social, como também o princípio da complementaridade dos sistemas e mecanismos de proteção. Neste universo conceitual, e por força do disposto nos tratados de direitos humanos, os ordenamentos jurídicos internacional e interno mostram-se em constante interação no propósito comum de salvaguardar os direitos das crianças, prevalecendo a norma de origem internacional ou interna que em cada caso melhor proteja o ser humano²⁶⁴.

As atrocidades, ocorridas ao longo do século XX, geraram um número estarrecedor e historicamente sem precedentes de vítimas, entre elas as crianças. Convém destacar que os atuais conflitos não são os únicos que tem vitimado milhares e milhares de seres humanos no último século. Um estudo recente estima em 170 (cento e setenta) milhões o total de “vítimas civis” de regimes políticos

²⁶³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>. p. 6. Acesso em: 20.01.2016. Preservou-se a palavra do autor.

²⁶⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>. p. 413. Acesso em: 20.01.2016.

durante o século XX, um quarto dos quais tendo sido vítimas de genocídios²⁶⁵, incluindo-se as crianças.

Ex positis, as reações a tais violações dos direitos da criança refugiada e a mobilização para enfrentar os novos desafios são em nossos dias imediatos. Isto deve-se à evolução da consciência jurídica universal para a necessidade imperiosa de assegurar a proteção plena da criança em todas e quaisquer circunstâncias. É de se esperar que a doutrina do século XXI dedique a este ponto consideravelmente mais atenção que a prestada pela doutrina jurídica ao longo de todo o século passado. Há, definitivamente, que dedicar maior atenção à questão básica dos fundamentos e validade do Direito Internacional dos Refugiados.

Às sucessivas atrocidades que, ao longo do século XX, vitimaram milhões e milhões de crianças, em uma escala até então desconhecida na história da humanidade, se insurgiu com vigor a consciência jurídica universal, como fonte material de todo o Direito, restituindo ao ser humano a sua condição de sujeito do direito tanto interno como internacional, e destinatário final de todas as normas jurídicas, de origem tanto nacional como internacional²⁶⁶.

Surge daí “a emergência das considerações superiores de *ordre public*, refletidas, no plano normativo, nas concepções das normas imperativas do direito internacional geral (o *jus cogens*), e dos direitos fundamentais inderrogáveis, e no plano processual, na concepção das obrigações *erga omnes* de proteção (devidas à comunidade internacional como um todo). Mediante aludida evolução se beneficiam os seres humanos, e se enriquece e justifica o Direito Internacional, desvencilhando-se das amarras do estatismo e, de certo modo, reencontrando-se com o verdadeiro direito das gentes, que, em seus primórdios, inspirou sua formação e desenvolvimento históricos. Há que dar seguimento à evolução auspiciosa da

²⁶⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>. p. 6. Acesso em: 20.01.2016. Preservou-se a palavra do autor. p. 25 e seguintes.

²⁶⁶ Cfr. *Idem, ibidem*. p. 6. Na citação, preservaram-se as palavras do autor.

consagração das normas de *jus cogens* e obrigações *erga omnes* de proteção, buscando assegurar sua plena aplicação²⁶⁷.”

Em suma, como se depreende de minhas considerações anteriores, as crianças refugiadas, deslocadas, apátridas, como bem assevera o juiz Cançado Trindade, em seu voto Concordante no Parecer n.º 17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança, “são aspectos do cotidiano da tragédia contemporânea de um mundo aparentemente sem futuro. Não vejo como evitar este prognóstico sombrio de que, um mundo que se descuida de suas crianças, que destrói o encanto de sua infância dentro delas, que põe um fim prematuro a sua inocência, e que as submete a toda sorte de privações e humilhações, efetivamente não tem futuro. (...) De modo geral, é ao início e ao final do tempo existencial que se experimenta maior vulnerabilidade, frente à proximidade do desconhecido (o nascimento e a primeira infância, a velhice e a morte). Todo meio social deve, assim, estar atento à condição humana. O meio social que se descuida de suas crianças não tem futuro. O meio social que se descuida de seus idosos não tem passado. E contar tão só com o presente fugaz não é mais do que uma mera ilusão. (...) Todos vivemos no tempo. Cada um vive em seu tempo, que deve ser respeitado pelos demais. Importa que cada um viva em seu tempo, em harmonia com o tempo dos demais. A criança vive no minuto, o adolescente vive no dia, e o ser adulto, já “impregnado de história²⁶⁸”, vive na época; os que já partiram, vivem na memória dos que ficam e na eternidade. Cada um vive em seu tempo, mas todos os seres humanos são iguais em direitos²⁶⁹.”

Constatam-se que os avanços logrados pelos esforços e sofrimentos das gerações passadas, inclusive os avanços que eram considerados como uma conquista definitiva da civilização, como o direito de asilo, passam hoje por um

²⁶⁷ Cf. A.A. Cançado Trindade. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium - General Course on Public International Law - Part I*, p. 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005) pp. 31-439; A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium - General Course on Public International Law - Part II*, p. 317 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005) pp. 19-312.

²⁶⁸ Na caracterização de Bertrand Russell, *A Última Oportunidade do Homem*, Lisboa, Guimarães Ed., 2001, p. 205.

²⁶⁹ Vide A.A. Cançado Trindade. Caso das Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade. Os Direitos da Criança e do Adolescente na Jurisprudência da Corte em Matéria. Texto disponível em: www.corteidh.or.cr/docs/medidas/votos/febem_vse_02_cancado.do. Acesso em: 26.04.2016.

perigoso processo de erosão²⁷⁰, como o revelam os mais de 80 (oitenta) milhões de refugiados²⁷¹ e deslocados internos em diferentes espaços geográficos²⁷². A consolidação e expansão do Direito Internacional dos Direitos Humanos, nas palavras de Trindade Cançado, “revelam-nos o novo *ethos* de nossos tempos: o do primado emergente e espero definitivo da razão de humanidade sobre a razão de Estado²⁷³.”

2.5 O princípio do interesse superior da criança aplicado à criança refugiada

O princípio do interesse superior da criança, alçado a princípio fundamental na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990, tem sua origem “no instituto do *parens patriae* que, na Inglaterra do século XIV, já se aplicava para a proteção dos indivíduos que eram tidos como incapazes, além da proteção de suas propriedades caso as possuíssem. A responsabilidade era, inicialmente, da Coroa, mas, posteriormente, foi delegada ao Chanceler²⁷⁴.”

O instituto do *parens patriae* é definido, conforme Griffith, como “a autoridade herdada pelo Estado para atuar como guardião de um indivíduo com uma limitação

²⁷⁰ Cf. A.A. Cançado Trindade, Desafios e conquistas ...*ob. cit.* p. 424, *in e.g.*, F. Crépeau, *Droit d'asile - De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 17-353. Como observa o autor, “*depuis 1951, avec le développement du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme, on avait pu croire que la communauté internationale se dirigeait vers une conception plus 'humanitaire' de la protection des réfugiés, vers une prise en compte plus poussée des besoins des individus réfugiés et vers une limitation croissante des prérogatives étatiques que pourraient contrecarrer la protection des réfugiés, en somme vers la proclamation d'un 'droit d'asile' dépassant le simple droit de l'asile actuel*” (p. 306). Lamentavelmente, com o incremento dos fluxos migratórios contemporâneos, a noção de asilo volta a ser entendida de modo restritivo e a partir do prisma da soberania estatal: a decisão de conceder ou não o asilo passa a ser efetuada em função dos “*objectifs de blocage des flux d'immigration indésirable*” (p. 311). - Para outro estudo recente a respeito, cf. Ph. Ségur, *La crise du droit d'asile*, Paris, PUF, 1998, pp. 5-174.

²⁷¹ Para um debate recente, cf. J. Allain, “*The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement*”, p. 13 *International Journal of Refugee Law* (2002) pp. 533-558.

²⁷² Daí as necessidades crescentes de proteção dos refugiados, dos deslocados e migrantes, neste início do século XXI, o que requer uma solidariedade em escala mundial; S. Ogata, *Challenges...*, *op.cit.*, supra n.º (49), pp. 7-9; S. Ogata, *Los Retos...*, *op.cit.*, supra n. (49), p. 11.

²⁷³ Cf. A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium - General Course on Public International Law - Part I*, 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005) pp. 31-439; A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium - General Course on Public International Law - Part II*, p. 317. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005) pp. 19-312.

²⁷⁴ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família. 1 ed. Minas Gerais: Editora e Livraria Del Rey, 2009. pp. 128-140.

jurídica²⁷⁵”, portanto, o Estado inglês, através do seu representante legal, assume o dever de “proteger todas as crianças, assim como os loucos e débeis, ou seja, todas as pessoas que não possuíam discernimento para administrar os próprios interesses²⁷⁶”.

As Cortes de Chancelaria inglesas, no século XVIII, estabeleceram a distinção das atribuições do instituto do *parens patriae* de proteção à infância das de proteção aos loucos e débeis. Griffith apresenta dois importantes julgados de 1763, do Direito consuetudinário inglês, como os marcos iniciais da primazia do interesse superior da criança. Em 1836, no séc. XIX, o princípio da primazia do interesse superior da criança produz efeitos jurídicos no Direito inglês, conforme leciona Griffith (1991)²⁷⁷:

[...], referindo-se às origens históricas do referido instituto, reporta-se ao caso *Finlay v. Finlay*, julgado pelo Juiz CARDOZO, em que ficou ressaltado que, ao exercitar o *parens patriae*, a preocupação não deveria ser a controvérsia entre as partes adversas e nem mesmo tentar compor a diferença entre elas. “O bem-estar da criança deveria se sobrepor aos direitos de cada um dos pais”. [...]. Somente em 1836, porém, este princípio tornou-se efetivo na Inglaterra. (GRIFFITH, 1991 *apud* PEREIRA, 2008, p. 2)

A Declaração de Genebra, de 1924, foi a precursora quanto à necessidade, internacionalmente, de se elaborar políticas e legislação específica referente aos cuidados relativos à criança. Os doutrinadores Steiner e Alston lecionam, por sua vez, o seguinte²⁷⁸:

A primeira menção a “direitos da criança” como tais em um texto reconhecido internacionalmente data de 1924, quando a Assembleia da Liga das Nações aprovou uma resolução endossando a Declaração dos Direitos da Criança, promulgada no ano anterior pelo Conselho da Organização Não Governamental “*Save the children International Union*”. Em 1959, a Assembleia Geral das Nações Unidas promulgava a Declaração dos Direitos da Criança, cujo texto iria impulsionar a elaboração da Convenção.

²⁷⁵ GRIFFITH, 1991 *apud* PEREIRA, Tânia da Silva. O Princípio do “melhor interesse da criança”: da teoria à prática. Consulta em: 26.02.2015. www.gontijo.familia.adv.br/2008/artigos_pdf/tania_da_silva_pereira/melhorinteresse.pdf. p. 2 e seguintes.

²⁷⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. O Princípio do “melhor interesse da criança”: da teoria à prática. Consulta em: 26.03.2015. www.gontijo.familia.adv.br/2008/artigos_pdf/tania_da_silva_pereira/melhorinteresse.pdf. p. 2 e seguintes.

²⁷⁷ Cf. *Idem, ibidem*.

²⁷⁸ STEINER e ALSTON, 2000 *apud* PIOVESAN, 2009, p. 282.

A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990, mais importante literatura jurídica, reconheceu a criança como sujeito autónomo de direito, como também titular de direitos humanos fundamentais, quais sejam: os direitos comuns a todo o ser humano e os direitos específicos inerentes às suas necessidades enquanto criança²⁷⁹.

A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990 erigiu, como critério das decisões judiciais e administrativas que afetam a vida da criança, o consagrado princípio do interesse superior da criança a ser adotado pelas instituições dos Estados Membros. Aludido princípio encontra-se na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990 com a seguinte redação:

1. Todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança. 2. Os Estados Partes comprometem-se a garantir à criança a proteção e os cuidados necessários ao seu bem-estar, tendo em conta os direitos e deveres dos pais, representantes legais ou outras pessoas que a tenham legalmente a seu cargo e, para este efeito, tomam todas as medidas legislativas e administrativas adequadas. 3. Os Estados-Partes garantem que o funcionamento de instituições, serviços e estabelecimentos que têm crianças a seu cargo e asseguram que a sua proteção seja conforme às normas fixadas pelas autoridades competentes, nomeadamente nos domínios da segurança e saúde, relativamente ao número e qualificação do seu pessoal, bem como quanto à existência de uma adequada fiscalização.

A noção de pessoa humana como um ser em relação aos outros traz novas perspectivas ao pensamento jurídico com reflexos na noção basilar de “interesse da criança”. “Este conceito possui um caráter apelativo e um valor retórico, aparentemente consensual. Na prática processual, assume contornos distintos consoante a mentalidade e a sensibilidade do juiz²⁸⁰. O “interesse da criança” constitui um conceito vago e genérico utilizado pelo legislador, por permitir ao juiz alguma discricionariedade, bom senso e alguma criatividade, cujo conteúdo deve ser apurado no exame do caso concreto²⁸¹.

²⁷⁹ AURORA FONSECA, A Convenção dos Direitos da Criança e a legislação portuguesa, *Civitas*, pp. 8-9.

²⁸⁰ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Temas de Direito das Crianças, Junho de 2014. Edições Almedina S.A. pp. 313 e seguintes.

²⁸¹ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio. 2 ed. pp. 36-37.

O interesse superior da criança, como conceito indeterminado, permite abrir a porta às convicções pessoais e aos preconceitos dos juízes, gerando um fenómeno de discricionariedade judicial *versus* democratização da função judiciária. Apreciações divergentes sobre a natureza conceitual de interesse da criança põem em causa a segurança jurídica e o direito à igualdade, valor essencial do Estado de Direito, que exige tratamento idêntico de situações semelhantes.

Todavia, aludido princípio só pode definir-se através de uma perspetiva sistemática e interdisciplinar, mas que nunca pode deixar de ponderar o grau de desenvolvimento sócio psicológico da criança, já que o processo de desenvolvimento é uma sucessão de estágios, com características e necessidades próprias²⁸².

Uma das características, constantes na alínea i), art. 84, do reconhecimento do superior interesse da criança é o seu direito de ser ouvido e a ser tida em consideração a sua opinião, conferindo-lhe a possibilidade de participar nas decisões que lhe dizem respeito, com a sua autonomia e identidades próprias. Constituem bens e interesses da criança refugiada a vida, a sobrevivência, a integridade física e psíquica e a liberdade física e ideológica.

O Direito da Criança tem evoluído, sendo a tendência moderna a de abandonar a ideia negativa de incapacidade de exercício para a substituir pela capacidade natural da criança, conforme a sua capacidade para atos relacionados com sua vida pessoal e afetiva. O novo panorama jurídico concebe a criança refugiada como sujeito de direitos. Os Tribunais devem adaptar-se a este novo panorama e proteger a criança refugiada, sendo esta a única forma de atenderem ao seu superior interesse. Destaque-se que uma criança refugiada é uma pessoa com a mesma dignidade e direitos dos adultos²⁸³.

²⁸² ALMIRO, Rodrigues. Interesse do menor, contributo para uma definição. Revista Infância e Juventude, n.º 1, 1985, pp. 18-19.

²⁸³ SOTTOMAYOR, Maria Clara. Temas de Direito das Crianças, Junho de 2014. Edições Almedina S.A. pp. 346 e seguintes.

Capítulo 3

A Proteção Internacional dos Direitos das Crianças Refugiadas

Sumário: 3. A Proteção Internacional dos Direitos das crianças refugiadas. **3.1.** A Proteção Internacional dos Direitos Humanos dos Refugiados. **3.2.** Competências do Comité dos Direitos da Criança à luz do artigo 43 da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990: em especial à criança refugiada. **3.3.** Funções do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados na proteção das crianças refugiadas. **3.4.** A Lei n.º 27 de 30 de Junho de 2008 (alterada pela Lei n.º 26/2014): competência, composição e disposições processuais. **3.4.1.** Natureza conceitual de refugiado na Lei n.º 27/2008. **3.4.2.** Fase de postulação e probatória. **3.4.3** Fase de instrução (art. 28 da Lei n.º 27/2008). **3.4.4.** Fase decisória (art. 29 da Lei n.º 27/2008). **3.4.5.** Fase de procedimento especial de determinação do Estado responsável pela análise do pedido de proteção internacional. **3.4.6.** Perda do direito de proteção internacional à luz do artigo 41 da Lei n.º 27/2008. **3.5.** Compreensão e alcance jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos. **3.5.1.** Introdução da causa e objeto da controvérsia: caso Família Pacheco Tineo vs. Bolívia. **3.5.1.1.** Os Direitos das Crianças: caso Família Pacheco Tineo vs. Bolívia. **3.5.1.2.** Sentença: caso Família Pacheco Tineo vs. Bolívia.

3 A Proteção Internacional dos Direitos das Crianças Refugiadas

Com o objetivo de iniciar o estudo sobre a Proteção Internacional dos Direitos da Criança Refugiada, considera-se de suma importância analisar o conceito de “proteção” da pessoa do refugiado em Direito Internacional, em especial da criança refugiada. Tentar-se-á demonstrar que, a ausência da proteção por parte do Estado de origem deve ser interpretada, pela comunidade internacional, como a ausência da proteção dos direitos humanos para, ao final deste capítulo, propor soluções consideradas viáveis para se proporcionar uma proteção mais fiel à idéia da salvaguarda dos Direitos do Homem ao refugiado.

No decorrer dos últimos anos, verifica-se, através dos meios de comunicação, o deslocamento forçado de milhares de pessoas (maioria crianças e adolescentes) e a ineficácia do Estado de origem em protegê-las. A doutrina explica o “descaso” do Estado de origem defendendo duas teses. A primeira tese aduz que em muitos casos, o Estado de origem é o agente provocador do deslocamento forçado e o “perseguidor” da pessoa humana, assim quem persegue não quer proteger. A segunda, por sua vez, aduz que os países “assolados” pela crise financeira mundial encontram-se tão desestabilizados política, social e econômica que não reúnem condições para proteger seus nacionais²⁸⁴. Diante de aludida situação, a comunidade internacional tem reagido proporcionando assistência e proteção aos refugiados, através de alguns órgãos internacionais existentes.

A pessoa do refugiado sempre esteve ligada à figura do estrangeiro. O Direito Internacional não concede o Estatuto de Refugiado para nacionais, nem, tão pouco, excepcionalmente. Neste ínterim, para receber a proteção do Direito Internacional dos Refugiados sob a égide da Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, o indivíduo precisa necessariamente cruzar a fronteira de seu

²⁸⁴ MORIKAWA, Márcio Mieko. Deslocados internos: Entre a soberania do Estado e a proteção internacional dos Direitos do Homem. Uma crítica ao sistema internacional de proteção dos refugiados. Capítulo 6 intitulado O significado de “proteção” em Direito Internacional dos Refugiados. p. 219.

país. Assim, conforme estipula a Convenção de 1951, o deslocamento transnacional é uma condição *sine qua non* para que uma pessoa tenha o *status* de refugiado²⁸⁵.

O artigo 7(1), da Convenção de 1951, aduz que o refugiado possui uma condição igual a de um estrangeiro. O refugiado, em território do país de acolhimento, estará *sub protectione* da soberania deste Estado. O refugiado fica numa posição abaixo dos nacionais que gozam de plenos direitos e deveres da vida civil. Quanto aos estrangeiros do país de acolhimento, o refugiado tem uma posição inferior, haja vista que os estrangeiros encontram-se sob a proteção, nacional e diplomática, do seu país de origem. Os refugiados, por sua vez, não gozam da proteção diplomática do seu país. O estrangeiro, por exemplo, goza do direito de ir e vir, ou seja: de retornar ao seu país sem quaisquer impedimentos e o faz quando bem desejar. O refugiado fica privado deste direito constitucional²⁸⁶. Soma-se a isto a falta de documentos que impedem o gozo de certos direitos.

Compulsando-se os livros acerca do tema, verifica-se que a ausência da proteção do país de residência foi interpretada, num primeiro momento, como a ausência da proteção diplomática. É possível, portanto, identificar duas teorias: 1 – a ausência da proteção diplomática diferencia o refugiado de outros estrangeiros no país de refúgio; 2 – a ausência da proteção diplomática seria suficiente para a concessão do asilo²⁸⁷.

A interpretação da proteção diplomática, produto da filosofia legal e política dos séculos XVIII, XIX e início do século XX, “é mais um direito do Estado do que um direito do cidadão. Proteção diplomática internacional é um direito do Estado, que lhe é concedida pelo direito internacional consuetudinário, para intervir em nome dos seus nacionais, se os seus direitos são violados por outro Estado, a fim de obter reparação²⁸⁸.”

²⁸⁵ MORIKAWA, Márcio Mieko. Deslocados internos: Entre a soberania do Estado e a proteção internacional dos Direitos do Homem. Uma crítica ao sistema internacional de proteção dos refugiados. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Parte V - O Futuro da proteção dos Refugiados em Direito Internacional. p. 221.

²⁸⁶ *Idem*. pp. 221-227.

²⁸⁷ Cfr. Niraj Nathwani, *The purpose of asylum*, p. 357.

²⁸⁸ NAATHWANI, Niraj. *The purpose of asylum*, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 12, n.º 13, 2000, pp. 354-379.

Discorda-se, neste trabalho, da interpretação formulada por alguns doutrinadores ao significado do termo “proteção” conferida aos refugiados, como sendo aquela atribuída na ausência da proteção diplomática. Tentar-se-á defender o argumento, proposto nesta dissertação, que é a ausência da proteção dos direitos e liberdades fundamentais por parte do Estado de residência e não a ausência da proteção diplomática que faz necessária a proteção internacional²⁸⁹.

O conceito atual de proteção internacional “resulta de uma evolução e implica um conjunto de respostas institucionais e jurídicas. A proteção dos refugiados e a busca de soluções duradouras para os seus problemas são as duas funções principais do Alto Comissariado para os Refugiados²⁹⁰.” “No início histórico da proteção internacional, os maiores protagonistas foram o estrangeiro e a ausência da proteção do Estado nacional e estes sempre estiveram ligados aos refugiados. A este elemento negativo, a inércia do Estado em relação aos nacionais, há um outro positivo, exigido para o reconhecimento da condição de refugiado, a extraterritorialidade; requisito exigido no plano formal para requerer a proteção internacional²⁹¹.”

O designativo “proteção” em Direito Internacional dos Direitos do Homem significa a proteção concedida ao indivíduo ou grupo de indivíduos, através de mecanismos criados pela comunidade internacional. Aludida proteção possui fundamento legal em tratados, convenções, no Direito costumeiro e nos princípios gerais de Direito.

O mais importante na proteção não é a institucionalização jurídica da “fuga” (do cruzamento da fronteira) e de como lidar com o indivíduo quando em território

²⁸⁹ É de suma importância analisar a obra de Joanne van Selm-Thorburn, *Refugee Protection in Europe – Lessons of Yugoslav Crisis, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers*, 1998, pp. 43-56.

²⁹⁰ Consultar Ficha Informativa n.º 20. Direitos Humanos e refugiados. Nações Unidas. Texto disponível em: [Textos%20refugiados/Ficha_Informativa_20.pd](#). Acesso em: 25.12.2015.

²⁹¹ “Este foi, inclusive, o ponto de partida da discussão para a criação e adoção de um sistema para a proteção dos refugiados, quando da elaboração da Convenção de 51. A Comissão de Direitos Humanos da ONU, em sua segunda sessão, em 1948, expressou a sua preocupação da seguinte maneira: “*early consideration be given by the United Nations to the legal status of persons who do not enjoy the protection of any government, in particular pending the acquisition of nationality as regards their legal and social protection and their documentation.*” Apud Antônio Fortin, *The meaning of protection in the refugee definition in International Journal of Refugee Law*, vol. 12, n.º 4, 2000, p. 559.

estrangeiro, mas, sim, a promoção de uma sociedade civil estável na observância dos direitos humanos para se preservar a dignidade do ser humano²⁹².

É importante suscitar e fomentar a discussão acerca do tema, compreendendo que, “o sistema de proteção internacional dos refugiados, deve ser entendido como um mecanismo eficaz na proteção e assistência às pessoas vítimas não só da perseguição política, mas, principalmente, das violações maciças e sistemáticas dos direitos humanos em sua totalidade, sejam elas originadas por conflitos armados internacionais ou internos, atos de violência generalizada e por agentes estatais ou não-estatais²⁹³.” Assim, a ausência da proteção nacional torna a proteção internacional necessária e pertinente a qualquer momento, principalmente quando o destinatário desta proteção é a criança refugiada, tão esquecida pela legislação internacional.

A proteção legal e a assistência humanitária são palavras distintas em Direito Internacional²⁹⁴. A proteção, em Direito Internacional, “sugere a proteção concedida ao indivíduo ou grupo de indivíduos, através de mecanismos criados pela comunidade internacional.” A assistência “consiste em oferecer os meios básicos para as pessoas necessitadas, desde mantimentos, vestimentas e até assistência médica hospitalar, educacional, social e econômica²⁹⁵.”

A assistência visa, portanto, garantir a vida e a segurança da pessoa humana. Em Direito Internacional dos Refugiados são palavras correlacionadas, com uma linha de separação estreita²⁹⁶. Grahl-Madsen mencionava, com a fascinação inextinguível de sua palavra, que: “A área cinzenta entre a assistência e proteção torna-se evidente no contexto de uma situação de refugiados típica, envolvendo a prestação de cuidados e sustento em um campo de refugiados. Esses cuidados

²⁹² James C. Hathaway, *Reconceiving refugee law...* p. 23.

²⁹³ Joanne van Selm-Thorburn, *Refugee Protection in Europe – Lessons of Yugoslav Crisis, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers*, 1998, p. 41.

²⁹⁴ Vide Nicholas Morris, *Refugees: facing crisis in the 1990s – A personal view from within UNHCR, in IJRL, Special issue, September 1990*, pp. 38-57.

²⁹⁵ MORIKAWA, Márcio Mieko. Deslocados internos: Entre a soberania do Estado e a proteção internacional dos Direitos do Homem. Uma crítica ao sistema internacional de proteção dos refugiados. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Parte V - O Futuro da proteção dos Refugiados em Direito Internacional. pp. 235 e seguintes. Na citação, manteve-se a palavra do autor.

²⁹⁶ *Idem* p. 235, in Cfr. Atle Grahl-Madsen, pp. 323-324.

constitui claramente assistência, uma vez que envolve um ato bilateral entre a agência prestadora e o refugiado²⁹⁷.”

3.1 A Proteção Internacional dos Direitos Humanos dos Refugiados

O Direito Internacional dos Direitos Humanos possui uma hermenêutica própria, e seus métodos de interpretação evidenciam sua autonomia e especificidade, sem com isto apartar-se dos cânones de interpretação consagrados no direito dos tratados²⁹⁸. Desse modo, o Direito Internacional dos Direitos Humanos contribui a desenvolver a aptidão do ordenamento jurídico internacional para reger relações jurídicas de natureza diversa.

Ademais, “ao ter por objetivo último a proteção do ser humano em todas e quaisquer circunstâncias, seu corpus normativo abarca também, *lato sensu*, o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados; juntamente com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, estas três vertentes²⁹⁹ convergem na realização do propósito comum de proteger o ser humano em tempos de paz assim como de conflitos armados, em seu próprio país assim como alhures, em suma, em todas as áreas da atividade humana e em todas e quaisquer circunstâncias³⁰⁰.”

É imperioso que a temática dos refugiados seja enfrentada sob a ótica da perspectiva dos direitos humanos. Reconhece-se a inter-relação entre o problema dos refugiados, a partir de suas causas principais e os direitos humanos. Desse modo, os direitos humanos devem ser respeitados antes mesmo do processo de solicitação de asilo. Nesse sentido, a conclusão n.º 56 de 1989 adotada pelo

²⁹⁷ Citação de Atle Grahl-Madsen. *The Status of Refugees in International Law (Refugee Character)*, vol. I, A.W. Sijthoff-Leyden, 1966. pp. 323-324.

²⁹⁸ Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1999, capítulo XI, pp. 23-200.

²⁹⁹ Cf. A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario - Aproximaciones y Convergencias*, Ginebra, CICV, [2000], pp. 1-66; A.A. Cançado Trindade, “*Aproximaciones y Convergencias Revisitadas: Diez Años de Interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados, y el Derecho Internacional Humanitario (De Cartagena/1984 a San José/1994 y México/2004)*”, in *Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984-2004)*, 1a. ed., San José de Costa Rica/México, ACNUR, 2005, pp. 139-191.

³⁰⁰ Cf. A.A. Cançado Trindade. *Desafios e conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI*, p.

ACNUR aduz que “há uma relação direta entre a observância das normas de direitos humanos, os movimentos de refugiados e os problemas da proteção”.

Neste íterim, o encontro entre direitos humanos e refúgio realiza-se, nas palavras de Flávia Piovesan, em quatro momentos fundamentais, uma vez que os refugiados devem ter seus direitos fundamentais respeitados antes, durante e depois do processo de solicitação de asilo. O primeiro momento é o anterior ao refúgio, no qual a ameaça de violação ou a efetiva violação a direitos fundamentais resultam na busca de asilo³⁰¹.

Afirma-se, ainda, que a violação e colapso do Estado de Direito, a violência, os conflitos internos e a étnica constituem as causas principais que levam a solicitação de refúgio. Nesta fase, o respeito aos direitos universais, consubstanciados na Declaração de 1948, é de extrema importância nesta fase preliminar³⁰².

O segundo momento ocorre quando a pessoa é obrigada a abandonar seu país de origem, devido a perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, por pertencer a um determinado grupo social, ou mesmo por opiniões políticas. As crianças ao deixarem seu país de origem na busca de proteção aos seus direitos humanos são, geralmente, expostos a violações de direitos humanos não apenas no país de origem, mas também no país de acolhimento³⁰³.

O terceiro momento, nas palavras de Flávia Piovesan, é o período do asilo, no qual os direitos das crianças refugiadas devem ser protegidos pelo país que os acolheu. Dentre os direitos protegidos, merece destaque o direito do *non-refoulement*, esculpido no artigo 33 da Convenção de 1951, quando afirma que “nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas em virtude de sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo

³⁰¹ PIOVESAN, Flávia. O Direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. ARAÚJO, Nádida de; e Guilherme Assis de Almeida (coordenadores) O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. pp. 27-64. Seguiu-se de perto a linha de pensamento da autora.

³⁰² *Idem*, PIOVESAN...O Direito de asilo...pp. 27-64.

³⁰³ *Idem*, PIOVESAN...O Direito de asilo...pp. 27-64.

grupo social ou opiniões políticas³⁰⁴.” Merece destaque o princípio da unidade da família que deve inspirar o Direito dos Refugiados, conforme a Declaração Universal de 1948.

O quarto momento é aquele no qual existe a solução quanto ao problema dos refugiados. A autora Flávia Piovesan destaca as soluções duráveis, ou seja: a repatriação voluntária (a repatriação de refugiados ao seu país de origem deve ser caracterizada sempre pelo caráter voluntário do retorno); a integração local e o reassentamento em outros países. A autora aprofunda o tema, especificando que “uma vez que uma solução durável tenha sido alcançada e o refugiado possa retornar ao seu país de origem ou decida viver em outro país, o processo de reintegração no país de origem ou o processo de integração no novo país apresenta uma nova série peculiar de problemas. Nessas circunstâncias, os direitos a seguir enunciados, constantes da Declaração Universal, têm especial significado: a) direito de regressar ao país de origem (art. 13); b) o direito à nacionalidade (art. 15); c) o direito à não-discriminação (art. 2.º); d) o direito à igualdade perante à lei (art. 7.º e arts. 8.º-11); e) direito à participação política (art. 21); f) direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade (art. 22); g) direito ao trabalho (art. 23); h) direito a um padrão de vida digno (art. 25); i) direito a uma ordem social e internacional na qual os direitos e as liberdades universais possam ser realizados (art. 28) e j) deveres para com a comunidade no que tange ao respeito aos direitos de outras pessoas e ao respeito às leis (art. 29)³⁰⁵.”

³⁰⁴ “Esse princípio é reiterado pelo artigo 22, VIII da Convenção Americana de Direitos Humanos (“Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não o de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação em virtude de sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.”) e pelo artigo 3.º da Convenção contra Tortura (“Nenhum Estado Parte procederá a expulsão, devolução ou extradição de uma pessoa a outro Estado quando houver fundadas razões para crer que estaria em perigo de ser submetida à tortura.”). ARAÚJO, Nádía de. (coordenadores). O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. pp. 27-64.

³⁰⁵ PIOVESAN, Flávia. O Direito de asilo e a proteção internacional dos refugiados. ARAÚJO, Nádía de; e Guilherme Assis de Almeida (coordenadores) O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. pp. 48-49. Citação da obra de Flávia Piovesan, no qual manteve-se *ipsis litteris* as palavras da autora.

3.2 Competências do Comité dos Direitos da Criança à luz do artigo 43.º da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990: em especial à criança refugiada

À guisa de introdução, salienta-se que o regime de proteção internacional baseia-se no consagrado princípio da solidariedade internacional. O preâmbulo da Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 traz à memória o problema que envolve os refugiados e preconiza que uma possível solução só será alcançada mediante cooperação internacional. Para além da Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, do Protocolo de 1967, dos textos jurídico-formais, referentes aos refugiados, da Declaração dos Direitos da Criança de 1959, do Direito Internacional verifica-se a aplicabilidade da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990 como fonte de proteção à criança refugiada³⁰⁶.

A proteção aos direitos dos refugiados consolidou-se à partir da vigência da Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, somada às disposições de seu Protocolo Adicional de 1967 com esteio nos consagrados princípios da solidariedade humana, da cooperação e da ajuda humanitária. A proteção aos refugiados encontra amparo jurídico no instituto do refúgio previsto nesta Convenção.

A Parte II, do artigo 43, n.º 1, da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990 institui um Comité dos Direitos da Criança, sendo composto de 18 (dezoito) peritos de alta autoridade moral e de reconhecida competência no domínio abrangido pela presente Convenção. Os membros do Comité são eleitos por escrutínio secreto de entre uma lista de candidatos designados pelos Estados

³⁰⁶ Cite-se por exemplo, a Convenção da Organização da Unidade Africana que regula os aspectos próprios dos problemas dos refugiados na África, de 10 de Setembro de 1969, 1001, UNTS 45, artigo II.4, Declaração de Cartagena sobre Refugiados, Colóquio sobre a Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá, 22 de Novembro de 1984, Parte II, Par. K, Declaração das Nações Unidas sobre Asilo Territorial, de 14 de Dezembro de 1967, A/RES/2312 (XXII), artigo 2 (2); Resolução do Conselho da UE sobre a divisão de responsabilidades em relação ao acolhimento e estadia, com carácter temporal, de pessoas deslocadas (1995) e a Diretiva do Conselho da UE de 20 de Julho de 2001 relativa às normas mínimas para a concessão de proteção temporária em caso de fluxo massivo de pessoas deslocadas e as medidas de fomento de um esforço equitativo entre os Estados membros para acolher essas pessoas e assumir as consequências de sua acolhida.

Partes, porém cada Estado Parte pode designar um perito de entre os seus nacionais³⁰⁷.

A primeira eleição tem lugar nos seis meses seguintes à data da entrada em vigor da presente Convenção e, depois disso, todos os dois anos. O Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas convida, pelo menos quatro meses antes da data de cada eleição, por escrito, os Estados Partes a proporem os seus candidatos num prazo de dois meses. Em seguida, o Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas elabora a lista alfabética dos candidatos apresentados e comunica-a aos Estados Partes da Convenção de 1990.

As eleições realizam-se aquando das reuniões dos Estados Partes convocadas pelo Secretário-Geral para a sede da Organização das Nações Unidas. Nas reuniões, em que o quórum é constituído por dois terços dos Estados Partes, são eleitos para o Comité os candidatos que obtiverem o maior número de votos e a maioria absoluta dos votos dos representantes dos Estados Partes presentes e votantes. (art. 43.º, n.º 5 da Convenção de 1990).

Os membros do Comité são eleitos por um período de quatro anos, no qual são reelegíveis no caso de recandidatura. O mandato de 5 (cinco) dos membros eleitos na primeira eleição termina ao fim de dois anos. O presidente da reunião tira à sorte, imediatamente após a primeira eleição os nomes destes cinco elementos. No caso de morte ou de demissão de um membro do Comité ou, por qualquer outra razão, um membro declarar que não pode exercer funções no seio do Comité, o Estado Parte que havia proposto a sua candidatura designa um outro perito, de entre os seus nacionais, para preencher a vaga até ao termo do mandato, sujeito a aprovação do Comité.

As reuniões do Comité têm lugar na sede da Organização das Nações Unidas ou em qualquer outro lugar conveniente e determinado pelo Comité. O Secretário-

³⁰⁷ O n.º 2, do art. 43.º, da Convenção de 1990, quanto ao número de peritos, foi elevado para 18, de acordo com a alteração efetuada por ocasião da Conferência dos Estados Partes realizada em 12 de Dezembro de 1995, aprovada pela Assembleia Geral na sua 50.ª sessão através da Resolução n.º 50.º/155, de 21 de Dezembro de 1995, alteração essa que foi aprovada, para ratificação, pela Resolução da República n.º 12/98, publicada no D.R. n.º 66/98, Série I-A, de 19 de Março de 1998.

Geral da Organização das Nações Unidas põe à disposição do Comité o pessoal e as instalações necessárias para o pleno desempenho das funções atribuídas pela Convenção de 1990.

3.3 Funções do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados na proteção das crianças refugiadas

A Assembléia Geral das Nações Unidas adotou o Estatuto do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados através da Resolução 428 (V) em 14 de Dezembro de 1950. O Capítulo I - Ato das Disposições Gerais do Estatuto do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados preconiza que “1. O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, atuando sob a autoridade da Assembléia Geral, assumirá a função de proporcionar proteção internacional, sob os auspícios das Nações Unidas, aos refugiados que se enquadrem nas condições previstas no presente Estatuto, e de encontrar soluções permanentes para o problema dos refugiados, prestando assistência aos governos e, com o consentimento de tais governos, prestando assistência também a organizações privadas, a fim de facilitar a repatriação voluntária de tais refugiados ou a sua integração no seio de novas comunidades nacionais.”

O responsável pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) “é denominado Alto Comissario que trabalha diretamente vinculado ao Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas³⁰⁸”. Pela leitura e ao fazer uma interpretação do artigo 98 da Carta das Nações, percebe-se que o Secretário-Geral é o principal funcionário administrativo da Organização e, porque não mencionar, as

³⁰⁸ Ao fazer um estudo pormenorizado acerca do Secretário-Geral da ONU, percebe-se que este vem adquirindo papel de destaque no cenário internacional desde o início da segunda metade da década de 50 do século XX, em que o Secretário-Geral Dag Hammarskjöld apresentou destacado desempenho na estruturação da UNEF – *United Nations Emergency Force* no Suez, através de mandato da Assembleia Geral. De qualquer maneira, o Secretário-Geral das Nações Unidas é alguém que compreende os problemas humanitários e, por se tratar de um funcionário internacional, traz consigo uma carga de influência, dignidade, autoridade e poder de modo a assegurar uma boa gestão baseados nos consensos sobre valores, justiça e desenvolvimento, cujas prioridades, enquanto Secretário-Geral, deverá ser a busca da revitalização das Nações Unidas através de um programa de reforma, também como o reforço do papel tradicional da Organização no desenvolvimento e na manutenção da paz e segurança internacionais, o encorajamento e defesa dos direitos humanos, do Estado de Direito e dos valores universais da igualdade, tolerância e dignidade humana afirmados na Carta.

ilustres lições do Professor Doutor Baptista³⁰⁹, no qual aduz que o Secretário-Geral constitui o órgão principal das Nações Unidas que mais tem visto a sua importância crescer (...). Estes desenvolvimentos têm algum amparo na Carta. Por algum motivo esta coloca o secretariado entre os órgãos principais das Nações Unidas (artigo 7, n. 1), conferindo ao seu dirigente um papel de muito maior importância no plano internacional.

O Comitê Executivo do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (EXCOM, na sigla em inglês) é um órgão subsidiário da Assembleia Geral das Nações Unidas, criado em 1958 pelo ECOSOC, por meio de uma solicitação da Assembleia Geral³¹⁰.

O Comitê é composto por Estados que demonstram especial interesse na questão dos refugiados, ainda que não sejam membros do ACNUR, e tem como função emitir diretivas para a atuação do ACNUR no que diz respeito ao seu planejamento, administração e efetiva atuação³¹¹. O Estatuto do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados preconiza que o trabalho do ACNUR é de caráter humanitário, social e estritamente apolítico. O ACNUR trata das questões legais e diplomáticas dos refugiados, além das questões relativas à assistência material e as principais funções desempenhadas pelo órgão são: providenciar proteção internacional para os refugiados e encontrar soluções permanentes para essa problemática³¹².

No trabalho de proteção internacional o ACNUR atua na promoção da adoção de padrões internacionais de tratamento dos refugiados e na efetiva implementação

³⁰⁹ BAPTISTA, Eduardo Correia. O poder público bélico em direito internacional: o uso da força pelas nações unidas em especial. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

³¹⁰ Estabelecido pela Resolução 565 (XIX) de 1955 do Conselho Econômico e Social.

³¹¹ O Comitê tem como funções principais assessorar o Alto Comissariado no exercício de suas funções de acordo com o Estatuto da agência e revisar anualmente o uso dos fundos à disposição do Alto Comissariado e dos programas propostos ou que já estão em execução. O ExCom adota “conclusões” – principalmente em temas de proteção apresentados pelo Alto Comissariado que, apesar de não serem vinculantes, auxiliam na interpretação da Convenção de 1951 – e “decisões” – revisão do uso de fundos e programas. ACNUR. O Comitê Executivo (ExCom). Disponível em: www.acnur.org. Acesso em 23 de Junho de 2015.

³¹² Em virtude da atuação em benefício dos refugiados, o ACNUR promove igualmente os propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas: manutenção da paz e segurança internacionais; desenvolvimento de relações amistosas entre as nações; e encorajamento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais.

desses padrões em áreas tais como: emprego, educação, moradia e liberdade de circulação. O ACNUR trabalha com garantias contra o retorno forçado para um Estado no qual o refugiado possa ter razões para temer uma perseguição³¹³.

Com relação à busca de soluções permanentes, o ACNUR atua com três vertentes. A primeira vertente consiste na repatriação, que consiste na volta voluntária do refugiado para o seu país de origem e/ou residência habitual após o fim dos motivos que originaram a sua fuga³¹⁴, entretanto, quando a repatriação não é uma solução possível o ACNUR trabalha com a segunda vertente que é a integração local, ajudando-o na adaptação do refugiado à sociedade do Estado que concedeu o refúgio e o acolheu³¹⁵; outra vertente utilizada pelo ACNUR é o reassentamento, que consiste na transferência do refugiado para um segundo Estado de acolhida quando no primeiro Estado ainda existam riscos para o refugiado ou problemas de adaptação. Cumpre asseverar que o ACNUR trabalha não somente no âmbito da proteção dos refugiados, mas também com a prevenção, atuando para eliminar as causas do êxodo dos refugiados, prevenindo a recorrência de situações que gerem novos fluxos migratórios. Nesse sentido, o ACNUR apoia as iniciativas nacionais e internacionais que visam melhorar as condições nos países de origem,

³¹³ GILBERT, Geoff. *Rights, Legitimate Expectations, Needs and Responsibilities: UNHCR and the New World Order. International Journal of Refugee Law*. Vol. 10; pp. 350-388. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 355.

³¹⁴ “Atualmente a repatriação é vista como a solução ideal para a problemática dos refugiados porque é a única solução que não priva o indivíduo de sua origem. Importante destacar que o ACNUR trabalha apenas com a repatriação voluntária, ou seja, o indivíduo resguarda o seu direito de permanecer no Estado de acolhida e de não ser devolvido ao seu país de origem contra a sua vontade. Ademais, é preciso esclarecer para os refugiados que o seu retorno implica na cessação da condição de refugiado perdendo, conseqüentemente, a proteção internacional. O ACNUR apenas autorizará o retorno do refugiado para o seu país de origem após realizar estudos objetivos sobre a situação desse país e verificar que o refugiado não corre mais nenhum tipo de risco à sua vida e/ou liberdade; verificada a possibilidade de retorno, o ACNUR disponibiliza fundos para auxiliar na viagem de volta ao país de origem.” *In*: SOARES, Carina de Oliveira. *O Direito Internacional dos Refugiados e o ordenamento jurídico brasileiro: análise da efetividade da proteção nacional*.

³¹⁵ “No que diz respeito ao objetivo principal desse trabalho, que é a efetividade da proteção aos refugiados, cumpre destacar que é uma preocupação constante do ACNUR a efetivação dos direitos mínimos dos refugiados, uma vez que tem sido verificado por este órgão diversas violações aos direitos humanos desses indivíduos; para tanto, o ACNUR atua tanto na fase de reconhecimento do *status* de refugiado quanto na fase de integração dos refugiados na sociedade de acolhida.” *In*: SOARES, Carina de Oliveira. *O Direito Internacional dos Refugiados e o ordenamento jurídico brasileiro: análise da efetividade da proteção nacional*.

reforçando a segurança das pessoas que possam sentir-se compelidas a buscar segurança em outros lugares³¹⁶.

O ACNUR possui a função precípua de fiscalizar a aplicação da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967 pelos países signatários, evitando interpretações restritivas ou aplicações inadequadas que causem prejuízos à proteção internacional³¹⁷. O ACNUR desenvolve seu trabalho juntamente com organizações não governamentais, através de acordos de parcerias³¹⁸, e com outros órgãos da ONU que estão direta ou indiretamente envolvidos com a problemática dos refugiados como, por exemplo, a Organização Mundial da Saúde (OMS), a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), o Fundo das Nações Unidas para Crianças (UNICEF) e o Programa das

³¹⁶ GILBERT, Geoff. Rights, *Legitimate Expectations, Needs and Responsibilities: UNHCR and the New World Order. International Journal of Refugee Law*. Vol. 10; pp. 350-388. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 355.

³¹⁷ ACNUR. Manual de Procedimentos e Critérios a Aplicar para Determinar o Estatuto de Refugiado – de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados. Genebra. 1992, p. 14.

³¹⁸ “O ACNUR trabalha tanto com as questões legais e diplomáticas dos refugiados, quanto com as questões relativas à assistência material. Os custos que recaem sobre a ONU são apenas aqueles que dizem respeito às primeiras questões (legais e diplomáticas). Com relação à assistência material, o ACNUR deve buscar apoio através de contribuições voluntárias. Diante dessa situação e como forma de efetivar a proteção aos refugiados, é possível extrair, através da interpretação dos artigos 1º, 8º, 10º e 20 do Estatuto do ACNUR, a competência desse órgão para celebrar acordos com organizações não-governamentais; essa disposição estatutária representa uma delegação, feita pela ONU, da sua capacidade de celebrar tratados, aos órgãos que cria (nessa situação o órgão é o ACNUR): Art. 1.º: “1. O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, atuando sob a autoridade da Assembléia Geral, assumirá a função de proporcionar proteção internacional, sob os auspícios das Nações Unidas, aos refugiados que se enquadrem nas condições previstas no presente Estatuto, e de encontrar soluções permanentes para o problema dos refugiados, prestando assistência aos governos e, com o consentimento de tais governos, prestando assistência também a organizações privadas, a fim de facilitar a repatriação voluntária de tais refugiados ou a sua integração no seio de novas comunidades nacionais.” (grifos). Art. 8: “O Alto Comissariado assegurará a proteção de todos os refugiados que estiverem sob seu mandato das seguintes formas: a) Promovendo a conclusão e ratificação de convenções internacionais para proteção dos refugiados, velando pela sua aplicação e propondo alterações aos mesmos; b) Promovendo, mediante acordos especiais com os governos, a execução de todas as medidas destinadas a melhorar a situação dos refugiados e a reduzir o número de pessoas que requerem proteção; (...) h) Estabelecendo contato, da forma que julgar mais conveniente, com as organizações privadas que se ocupem de questões de refugiados (...)” (grifos) Art. 10: “O Alto Comissariado administrará quaisquer fundos, públicos ou privados, que receba para assistência aos refugiados, podendo distribuí-los a organismos privados – e, se apropriado, a organismos públicos - que considere mais aptos para administrar tal assistência.” Art.20: “O escritório do Alto Comissariado será financiado pelo orçamento das Nações Unidas. Salvo decisão posterior em contrário, por parte da Assembléia Geral, nenhum encargo, para além das despesas administrativas referentes ao funcionamento do escritório do Alto Comissariado será imputado ao orçamento das Nações Unidas e todas as outras despesas referentes à atividade do Alto Comissariado serão financiadas por meio de contribuições voluntárias.” (grifos). *In*: SOARES, Carina de Oliveira. O Direito Internacional dos Refugiados e o ordenamento jurídico brasileiro: análise da efetividade da proteção nacional.

Nações Unidas sobre Meio Ambiente. Entre as iniciativas atuais do ACNUR no que diz respeito à proteção internacional dos refugiados, faz-se necessário destacar a “*Convention Plus*” que é uma ferramenta que tem como objetivo adaptar a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 às novas necessidades e desafios enfrentados pelo Direito Internacional dos Refugiados como forma de garantir a efetividade da proteção³¹⁹.

Destaque-se que o ACNUR atende não somente aos refugiados. Diante do caráter humanitário do trabalho realizado pelo ACNUR e do aumento do número de pessoas em situação de emergência que não se enquadravam no conceito de refugiado apresentado pela Convenção de 1951 ou pelo Protocolo de 1967 e que por isso não recebiam nenhum tipo de proteção internacional, o mandato original do ACNUR foi ampliado³²⁰ e esse órgão passou também a atender pessoas que fogem de um conflito ou de acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública (refugiados ao abrigo da Convenção Africana e da Declaração de Cartagena), pessoas deslocadas internamente, os apátridas, os refugiados ambientais³²¹ e os migrantes econômicos³²². Ressalte-se que essa ampliação do mandato do ACNUR não torna tais pessoas refugiadas nos termos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967 não estando, portanto, os Estados signatários desses instrumentos internacionais vinculados à ampliação do mandato do ACNUR.

³¹⁹ “De acordo com o ACNUR a “*Convention Plus*” consiste em um esforço internacional iniciado e coordenado pelo ACNUR com o objetivo de melhorar mundialmente a proteção aos refugiados e facilitar resoluções dos problemas dos refugiados por meio de acordos especiais multilaterais. A *Convention Plus* trabalha com três estratégias principais: o uso estratégico do reassentamento como uma ferramenta de proteção, o enfoque mais efetivo no auxílio ao desenvolvimento e a clarificação das responsabilidades dos Estados em caso de movimento irregular secundário. UNHCR/ACNUR. *Convention Plus*.” Disponível em: www.unhcr.org. Acesso em 23.10.2015. *In*: SOARES, Carina de Oliveira. O Direito Internacional dos Refugiados e o ordenamento jurídico brasileiro: análise da efetividade da proteção nacional.

³²⁰ “A competência para expandir o mandato do ACNUR é da Assembleia Geral da ONU, através de resoluções; a expansão pode ser temporal (duração do mandato) e material (pessoas abrangidas).” *In*: SOARES, Carina de Oliveira. O Direito Internacional dos Refugiados e o ordenamento jurídico brasileiro: análise da efetividade da proteção nacional.

³²¹ Mais de 02 (dois) milhões de pessoas afetadas por desastres naturais se beneficiaram de intervenções feitas pelo ACNUR em 2010. Cf. A CNUR. Relatório Tendências Globais 2010. Disponível em: <http://www.acnur.org>. Acesso: 20 de junho de 2015.

³²² “Ao analisar a aplicação do refúgio o próximo tópico definirá cada um desses grupos de pessoas que, como será visto, embora recebam proteção do ACNUR, não se enquadram no conceito de refugiado da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967.” *In*: SOARES, Carina de Oliveira. O Direito Internacional dos Refugiados e o ordenamento jurídico brasileiro: análise da efetividade da proteção nacional.

O disposto nos tratados internacionais elaborados para a proteção dos refugiados é que vinculam os Estados deles signatários. O Estatuto do ACNUR, por sua vez, e as resoluções da Assembleia Geral da ONU conceituam as responsabilidades e funções do próprio ACNUR. Após o advento do Direito Internacional dos Refugiados e da proteção internacional conferida a essas pessoas, resta ainda analisar, de forma mais pormenorizada, quem são os sujeitos dessa proteção, ou seja, quem pode ser considerado como refugiado.

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, instituto apolítico, humanitário e social assevera no Capítulo II – Funções do Alto Comissariado, n.º 6, A (i) e (ii), conceitua as pessoas incluídas no Estatuto:

A. (i) Qualquer pessoa que tenha sido considerada refugiada em aplicação dos Acordos de 12 de Maio de 1926 e de 30 de Junho de 1928, ou em aplicação das Convenções de 28 de Outubro de 1933 e de 10 de Fevereiro de 1938, do Protocolo de 14 de Setembro de 1939, ou ainda em aplicação da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados. (ii) Qualquer pessoa que, em consequência de acontecimentos ocorridos antes de 01 de Janeiro de 1951, e receando, com razão, ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade ou opinião política, se encontre fora do país de sua nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio ou por outras razões que não sejam de mera conveniência pessoal, não queira requerer a proteção daquele país; ou quem, não possuindo uma nacionalidade e estando fora do país de residência habitual, não possa ou, em virtude desse receio ou por outras razões que não sejam de mera conveniência pessoal, não queira retornar.

A competência do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados deixará de ser aplicável a qualquer pessoa abrangida pelas disposições da seção A, acima, se:

a) Ela tiver voluntariamente voltado a receber a proteção do país de sua nacionalidade; ou b) Tendo perdido a nacionalidade, a tiver readquirido voluntariamente; ou c) Adquiriu nova nacionalidade e goza da proteção do país de sua nova nacionalidade; ou d) Voltou a fixar-se no país que deixara ou fora do qual tinha ficado com receio de ser perseguida; ou e) Tendo deixado de existir as circunstâncias em consequência das quais lhe foi reconhecido o *status* de refugiado, já não puder invocar outras razões que não sejam de mera conveniência pessoal para continuar a recusar a proteção do país de sua nacionalidade. Razões de caráter puramente económico não podem ser invocadas; ou f) Sendo uma pessoa sem nacionalidade e uma vez que as circunstâncias em consequência das quais lhe foi reconhecido o *status* de refugiado tenham deixado de existir, estando em condições de voltar ao país de residência habitual, já não puder invocar outras razões que não sejam de mera conveniência pessoal para continuar a recusar o regresso a esse país. B. Qualquer outra pessoa que estiver fora do país de que tem a nacionalidade ou, se não tem nacionalidade, fora do

país onde tinha a sua residência habitual porque receia ou receava com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade ou opiniões políticas e que não pode ou, em virtude desse receio, não quer pedir a proteção do governo do país da sua nacionalidade ou, se não tem nacionalidade, não quer voltar ao país onde tinha a sua residência habitual.

Originalmente, o trabalho do Escritório do Alto Comissariado estava voltado, essencialmente, à realização do conteúdo da Convenção de 1951. O Escritório do Alto Comissariado elaborou, em 1979, o “Manual sobre Procedimentos e Critérios para a Determinação do *Status* de Refugiado” com a finalidade de ajudar os Estados Partes a chegar a um consenso acerca da determinação jurídica do “*status*” de refugiado.

Para além da proteção aos refugiados, o Escritório do Alto Comissariado inclui “todas as pessoas que, estando submetidas a agressão externa, ocupação, dominação estrangeira ou eventos que perturbem seriamente a ordem pública em parte ou no todo de seu país de origem ou nacionalidade, sejam compelidas a deixar o país de residência habitual para refugiar-se em outro lugar fora dali³²³.”

Quanto a competência do Escritório do Alto Comissariado, este organismo deve promover Convenções Internacionais que tornem exequíveis a proteção legal dos refugiados, em especial às crianças refugiadas. No exercício das suas funções, o Escritório do Alto Comissariado propõe governos a aceitá-los e quanto, aos encargos de “assistência”, deve providenciar o auxílio emergencial aos refugiados com hipossuficiência parcial ou total. O escritório do Alto Comissariado tem sede em Genebra na Suíça.

O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados assegurará a proteção de todos os refugiados que estiverem sob seu mandato das seguintes formas (art. 8.º do Estatuto do ACNUR):

a) Promovendo a conclusão e ratificação de convenções internacionais para proteção dos refugiados, velando pela sua aplicação e propondo alterações aos mesmos;

³²³ CAVARZERE, Thelma Thais. Direito internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 111.

- b) Promovendo, mediante acordos especiais com os governos, a execução de todas as medidas destinadas a melhorar a situação dos refugiados e a reduzir o número de pessoas que requerem proteção;
- c) Apoiando esforços governamentais e privados para fomentar a repatriação voluntária dos refugiados ou a sua integração no seio das novas comunidades nacionais;
- d) Promovendo a admissão de refugiados, sem excluir os mais desamparados, nos territórios dos Estados;
- e) Esforçando-se para obter autorização aos refugiados para transferir seus recursos, especialmente os necessários ao seu reassentamento;
- f) Obtendo dos governos informação acerca do número e da situação dos refugiados que se encontrem em seus territórios e sobre as leis e regulamentos que lhes dizem respeito;
- g) Mantendo-se em contato estreito com os governos e organizações inter-governamentais envolvidas (*Vide* Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral de 10 de dezembro de 1948);
- h) Estabelecendo contato, da forma que julgar mais conveniente, com as organizações privadas que se ocupem de questões de refugiados;
- i) Facilitando a coordenação de esforços das organizações privadas que se ocupem do bem estar social dos refugiados.

3.4 A Lei n.º 27 de 30 de Junho de 2008 (alterada pela Lei n.º 26/2014): competência, composição e disposições processuais³²⁴.

A Lei n.º 27/2008³²⁵ estabelece, em todo o território português, as condições e procedimentos de concessão de asilo ou protecção subsidiária e os estatutos de

³²⁴ Devo registrar que para a elaboração textual, utilizaram-se várias referências aos artigos da Lei n.º 27 de 30 de Junho de 2008 (alterada pela Lei n.º 26/2014). Em algumas linhas escritas, faz-se menção a redação *ipsis litteris* do artigo da transcrita Lei. Sublinha-se que devem os diplomas legais dela constantes ser sempre objeto de confirmação com as publicações oficiais.

³²⁵ Saliente que, o Capítulo I, das Disposições gerais, artigo 1º, menciona o Objeto da Lei n.º 27/2008 aduzindo que “a presente lei estabelece as condições e procedimentos de concessão de asilo ou proteção subsidiária e os estatutos de requerente de asilo, de refugiado e de proteção subsidiária, transpondo para a ordem jurídica interna as seguintes diretivas comunitárias: a) Diretiva n.º 2004/83/CE, do Conselho, de 29 de abril, que estabelece normas mínimas relativas às condições a preencher por nacionais de países terceiros ou apátridas para poderem beneficiar do estatuto de refugiado ou de pessoa que, por outros motivos, necessite de proteção internacional, bem como relativas ao respetivo estatuto e ao conteúdo da proteção concedida; b) Diretiva n.º 2005/85/CE, do

requerente de asilo, de refugiado e de protecção subsidiária, transpondo para a ordem jurídica interna as Directivas n.ºs 2004/83/CE do Conselho, de 29 de Abril, e 2005/85/CE do Conselho, de 1 de Dezembro.

De acordo com o seu objeto, a Lei n.º 27/2008 “estabelece as condições e procedimentos de concessão de asilo ou protecção subsidiária e os estatutos de requerente de asilo, de refugiado e de protecção subsidiária.” (Redação *ipsis litteris* do artigo 1º). Pretende-se uma efetiva promoção e protecção dos direitos dos refugiados, com reconhecimento legal e constitucional.

Destaque-se que os preceitos da Lei n.º 27/2008³²⁶ são interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950), a Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951) e o Protocolo Adicional (1967).

3.4.1 Natureza conceitual de refugiado na Lei n.º 27/2008

A natureza conceitual de refugiado é questão tormentosa na literatura jurídica. Ressalte-se que, para tal compreensão, é de suma importância conceituar, inicialmente o designativo refugiado à luz da Lei n.º 27/2008. Inicialmente, a Lei n.º 27/2008 traz à tona a natureza conceitual de “menor”, como também de “menores

Conselho, de 1 de dezembro, relativa a normas mínimas aplicáveis ao procedimento de concessão e perda do estatuto de refugiado; c) Diretiva n.º 2011/95/UE, do Conselho, de 13 de dezembro, que estabelece normas relativas às condições a preencher pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para poderem beneficiar de protecção internacional, a um estatuto uniforme para refugiados ou pessoas elegíveis para protecção subsidiária e ao conteúdo da protecção concedida; d) Diretiva n.º 2013/32/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho, relativa a procedimentos comuns de concessão e retirada do estatuto de protecção internacional; e) Diretiva n.º 2013/33/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho, que estabelece normas em matéria de acolhimento dos requerentes de protecção internacional. 2. Simultaneamente, procede-se à consolidação no direito nacional da transposição da Diretiva n.º 2003/9/CE, do Conselho, de 27 de janeiro, efetuada pela Lei n.º 20/2006, de 23 de junho, que estabelece as normas mínimas em matéria de acolhimento de requerentes de asilo nos Estados membros.” Redação *ipsis litteris* do artigo 1º da Lei n.º 27/2008, de 30 de Junho.

³²⁶ Insta salientar que a Lei n.º 26/2014 procede à primeira alteração à Lei n.º 27/2008, de 30 de Junho, que estabelece as condições e procedimentos de concessão de asilo ou protecção subsidiária e os estatutos de requerente de asilo, de refugiado e de protecção subsidiária, transpondo as Directivas n.ºs 2011/95/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro, 2013/32/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho, e 2013/33/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho. A Lei n.º 26/2014 altera os artigos 1.º, 2.º, 5.º a 7.º, 9.º a 30.º, 32.º, 33.º, 35.º a 44.º, 47.º, 49.º, 54.º, 55.º, 59.º a 63.º, 66.º a 68.º, 73.º, 77.º a 79.º, 81.º e 85.º da Lei n.º 27/2008, de 30 de Junho.

não acompanhados”. Nesta esteira, tentar-se-á seguir a ordem de conceituação designada pela referida lei.

O artigo 2.º da Lei n.º 27/2008 apresenta-nos as definições, elencando um rol enumerativo de definições, dentre eles, a definição de “menor”, “refugiado” e outros que serão conceituados ao longo do desenvolvimento textual. A definição de “menor”, para os efeitos da Lei n.º 27/2008, encontra-se no artigo 2.º(l), no qual “menor” é o “nacional de um país terceiro ou apátrida com menos de 18 anos de idade.” Há, ainda, no artigo 2.º(m), a menção à “menores não acompanhados”, conceituados, pela lei, como “quaisquer pessoas nacionais de países terceiros ou apátridas com idade inferior a 18 (dezoito) anos que entrem em território nacional não acompanhadas por um adulto que, por força da lei ou do costume, se responsabilize por elas, enquanto não são efetivamente tomadas a cargo por esta pessoa, ou que tenham sido abandonados após a entrada em território nacional.”

O refugiado, de acordo com o conceito trazido pela Lei n.º 27/2008, encontra-se esculpido no artigo 2.º(ac), aduzindo que refugiado é “o estrangeiro ou apátrida que, receando com razão ser perseguido em consequência de atividade exercida no Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana ou em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, convicções políticas ou pertença a determinado grupo social, se encontre fora do país de que é nacional e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção desse país ou o apátrida que, estando fora do país em que tinha a sua residência habitual, pelas mesmas razões, não possa ou, em virtude do referido receio, a ele não queira voltar, e aos quais não se aplique o disposto no artigo 9.º”

Os atos de perseguição, para os efeitos da Lei n.º 27/2008, podem, nomeadamente, assumir as seguintes formas esculpidas no artigo 5.º(2):

2. Os atos de perseguição referidos no número anterior podem, nomeadamente, assumir as seguintes formas: a) Atos de violência física ou mental, inclusive de natureza sexual; b) Medidas legais, administrativas, policiais ou judiciais, quando forem discriminatórias ou aplicadas de forma discriminatória; c) Ações judiciais ou sanções desproporcionadas ou discriminatórias; d) Recusa de acesso a recurso judicial que se traduza em

sanção desproporcionada ou discriminatória; e) Ações judiciais ou sanções por recusa de cumprir o serviço militar numa situação de conflito na qual o cumprimento do serviço militar implicasse a prática de crime ou ato suscetível de provocar a exclusão do estatuto de refugiado, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 9.º; f) Atos cometidos especificamente em razão do género ou contra menores. 3. As informações necessárias para a tomada de decisões sobre o estatuto de proteção internacional não podem ser obtidas de tal forma que os agentes de perseguição fiquem informados sobre o facto de o estatuto estar a ser considerado ou que coloque em perigo a integridade física do requerente ou da sua família em Portugal ou no Estado de origem.

Os motivos de perseguição, em conformidade com a lei, devem ser apreciados tendo em conta as noções de: (1) Raça, que inclui, nomeadamente, considerações associadas à cor, à ascendência ou à pertença a determinado grupo étnico; (2) Religião, que abrange, designadamente, o facto de se ter convicções teístas, não teístas e ateias, a participação ou a abstenção de participação em cerimónias de culto privadas ou públicas, quer a título individual, quer em conjunto com outras pessoas, noutros atos religiosos ou expressões de convicções, ou formas de comportamento pessoal ou comunitário fundadas em credos religiosos ou por estes impostas; (3) Nacionalidade, que não se limita à cidadania ou à sua ausência, mas abrange também, designadamente, a pertença a um grupo determinado pela sua identidade cultural, étnica ou linguística, pelas suas origens geográficas ou políticas comuns ou pela sua relação com a população de outro Estado; (4) Grupo, um grupo social específico nos casos concretos em que os membros desse grupo partilham de uma característica inata ou de uma história comum que não pode ser alterada, ou partilham de uma característica ou crença considerada tão fundamental para a identidade ou consciência dos membros do grupo que não se pode exigir que a ela renunciem; e esse grupo tenha uma identidade distinta no país em questão, porque é encarado como diferente pela sociedade que o rodeia e (5) Opinião política, que inclui, designadamente, o facto de se possuir uma opinião, ideia ou ideal em matéria relacionada com os potenciais agentes da perseguição às suas políticas ou métodos, quer essa opinião, ideia ou ideal sejam ou não manifestados por atos do requerente.

3.4.2 Fase de postulação e probatória

A Lei n.º 27/2008 estabelece que o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras – SEF³²⁷, tutelado pelo Ministério da Administração Interna, é a autoridade policial portuguesa competente pela entrada, permanência e saída de estrangeiros do território nacional. O Gabinete de Asilo e Refugiados do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras é o gabinete responsável pela organização e instrução dos processos de asilo. Compete, ao Ministro da Administração Interna, a decisão sobre a concessão do Estatuto do Refugiado e de proteção subsidiária. O Conselho Português para os Refugiados – CPR é a organização não-governamental com responsabilidade no acolhimento e apoio dos requerentes de asilo em Portugal.

1 - Quanto ao pedido de asilo ao abrigo da Lei n.º 27/2008: o Gabinete de Asilo e Refugiados analisa se o pedido formulado é elegível para o Estatuto de Refugiado. O artigo 3.º preconiza os beneficiários de proteção internacional. Assim, transcreva-se *ipsis litteris* aludido artigo:

1. É garantido o direito de asilo aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consequência de atividade exercida no Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana.
2. Têm ainda direito à concessão de asilo os estrangeiros e os apátridas que, receando com fundamento ser perseguidos em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou integração em certo grupo social, não possam ou, por esse receio, não queiram voltar ao Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual.
3. O asilo só pode ser concedido ao estrangeiro que tiver mais de uma nacionalidade quando os motivos de perseguição referidos nos números anteriores se verificarem relativamente a todos os Estados de que seja nacional.

³²⁷ “O Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF) é um serviço de segurança, dependendo do Ministério da Administração Interna, com autonomia administrativa e que se integra no quadro da política de segurança interna do país. Os objetivos deste Serviço visam controlar a circulação de pessoas nas fronteiras, a permanência e atividades de estrangeiros em território nacional, bem como estudar, promover, coordenar e executar as medidas e ações relacionadas com aquelas atividades e com os movimentos migratórios. Quando e onde nasceu este Serviço, como se foi formando, como foi crescendo, tendo sempre em vista o cumprimento cabal da missão de que se achava incumbido, será a “*framework*” sobre que assenta o presente esboço histórico. (...) Enquanto órgão de polícia criminal, o SEF atua no processo, nos termos da lei processual penal, sob a direção e em dependência funcional da autoridade judiciária competente, realizando as ações determinadas e os atos delegados pela referida autoridade.” Citação extraída do *site* do SEF: www.sef.pt. com a finalidade de facilitar, para o leitor, a compreensão do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras.

A concessão do direito de asilo confere ao beneficiado o estatuto de refugiado, conforme verbera o artigo 4º do mesmo diploma legal. O Gabinete de Asilo e Refugiados, também, analisará se o pedido formulado é elegível para solicitar a proteção subsidiária. *Vide* artigo 7 da Lei n.º 27/2008:

1. É concedida autorização de residência por proteção subsidiária aos estrangeiros e aos apátridas a quem não sejam aplicáveis as disposições do artigo 3.º e que sejam impedidos ou se sintam impossibilitados de regressar ao país da sua nacionalidade ou da sua residência habitual, quer atendendo à sistemática violação dos direitos humanos que aí se verifique, quer por correrem o risco de sofrer ofensa grave.
2. Para efeitos do número anterior, considera-se ofensa grave, nomeadamente:
 - a) A pena de morte ou execução;
 - b) A tortura ou pena ou tratamento desumano ou degradante do requerente no seu País de origem; ou
 - c) A ameaça grave contra a vida ou a integridade física do requerente, resultante de violência indiscriminada em situações de conflito armado internacional ou interno ou de violação generalizada e indiscriminada de direitos humanos.
3. É correspondentemente aplicável o disposto no artigo anterior.

Ressalte-se que o artigo 7(1) da Lei n.º 27/2008 foi alterado pela Lei n.º 26/2014. A antiga redação era a seguinte: “É concedida autorização de residência por razões humanitárias aos estrangeiros e aos apátridas a quem não sejam aplicáveis as disposições do artigo 3.º e que sejam impedidos ou se sintam impossibilitados de regressar ao país da sua nacionalidade ou da sua residência habitual, quer atendendo à sistemática violação dos direitos humanos que aí se verifique, quer por correrem o risco de sofrer ofensa grave.”

O estrangeiro ou apátrida que pretenda pedir asilo em Portugal deve fazê-lo sem demora e procurar as seguintes autoridades policiais: 1. Serviço de Estrangeiros e Fronteiras – SEF em território nacional ou nos postos de fronteira (aérea ou marítima); 2. Polícia de Segurança Pública – PSP; 3. Guarda Nacional Republicana – GNR; 4 – Polícia Marítima – PM ou outra. Salienta-se que o pedido formulado pode ser apresentado por escrito ou oralmente, neste último caso terá que ser lavrado auto, conforme consubstanciado no artigo 13(1) da Lei n.º 27/2008. Qualquer autoridade policial que receba o pedido deve remeter ao SEF no prazo de quarenta e oito horas (art. 13[2]).

O SEF deverá proceder ao registo do pedido de proteção internacional no prazo de três dias úteis, contados a partir da apresentação do mesmo (art. 13[7]). Decorrido o prazo legal, é entregue ao requerente declaração comprovativa de apresentação do pedido de proteção internacional que, atesta, simultaneamente, que o seu titular está autorizado a permanecer em território nacional até ulterior decisão com fulcro no artigo 14(1) da Lei n.º 27/2008.

Após o recebimento do documento, pela autoridade policial, o SEF informa imediatamente o representante do ACNUR e o Conselho Português para os Refugiados (CPR), enquanto organização não governamental que atue em seu nome da apresentação do pedido de proteção internacional, podendo estes contactar o requerente logo após a receção de tal comunicação com o objetivo de o informar sobre o respetivo procedimento, bem como sobre a sua possível intervenção no mesmo, a qual depende de consentimento do requerente.

O requerente de asilo pode solicitar, até à decisão do pedido de proteção internacional, a sua extensão aos membros da família que o acompanhem, quer sejam menores ou maiores, devendo, neste caso, o pedido ser precedido de consentimento prévio expresso das pessoas a cargo, sob pena de inadmissibilidade. Antes de ser solicitado o consentimento prévio, os membros da família devem ser informados, em privado, das consequências processuais relevantes da apresentação de um pedido em seu nome e do direito que lhes assiste de apresentar um pedido de proteção internacional separado (art. 13, n.ºs 3, 4 e 5). A criança refugiada pode apresentar um pedido em seu nome, com fundamento no artigo 13(6) da Lei n.º 27/2008.

São, portanto, requisitos previstos no artigo 15º para justificar o pedido de proteção internacional que o requerente de asilo apresente os seguintes documentos: (1). Identificação do requerente e dos membros da sua família; (2). Indicação da sua nacionalidade, país ou países e local ou locais de residência anteriores; (3). Indicação de pedidos de proteção internacional anteriores; (4). Relato das circunstâncias ou factos que fundamentam a necessidade de proteção internacional e (5). Permitir a recolha das impressões digitais de todos os dedos, desde que tenha, pelo menos, 14 anos de idade, nos termos previstos no

Regulamento (UE) n.º 603/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho, relativo à criação do sistema “Eurodac” de comparação de impressões digitais.

Assim, o requerente de asilo deverá apresentar os elementos necessários que justifiquem o petítório inicial ao Gabinete de Asilo e Refugiados do SEF e apresentar os documentos de que disponha, referentes a: identidade, nacionalidade, família, residências anteriores, pedidos de asilo anteriores, itinerário, relato das circunstâncias ou fatos que fundamentam o pedido de asilo e outros. Destaque-se que logo que receba o pedido de proteção internacional, o SEF notifica de imediato o requerente para prestar declarações no prazo de dois a cinco dias (art.16 [3]). Após a audição, é elaborado um relatório escrito e o requerente de asilo será notificado e, poderá, no prazo de 5 (cinco) dias, impugnar *in totum* os termos da notificação (art.17 [2]). O relatório é comunicado ao representante do ACNUR e ao CPR enquanto organização não governamental que atue em seu nome, desde que o requerente tenha dado o seu consentimento, para que aquela organização, querendo, se pronuncie no mesmo prazo concedido ao requerente (art.17 [3]).

O Diretor Nacional do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras deverá, no prazo de 30 (trinta) dias, contados a partir da notificação do requerente, proferir decisão fundamentada acerca dos pedidos infundados e inadmissíveis. Aos pedidos fundamentados é proferida decisão de admissibilidade. A decisão de inadmissibilidade é comunicada ao representante do ACNUR ou ao CPR enquanto organização não governamental que atue em seu nome, desde que o requerente tenha dado o seu consentimento (art. 20).

Registre-se que quando o pedido inicial é formulado nos postos de fronteira, o Diretor Nacional do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras deverá proferir decisão no prazo máximo de 7 (sete) dias (art. 24 [4]). O requerente deverá permanecer na zona internacional do porto ou aeroporto aguardando notificação da decisão do Diretor do SEF.

Em caso do deferimento da exordial, no território nacional, o processo transita para a fase de instrução. No posto de fronteira, além do processo transitar para a

fase instrutória será determinada a entrada do requerente de asilo em território nacional. No indeferimento do pleito inicial, em território português, o requerente de asilo deverá deixar o país no prazo de 20 (vinte) dias (art. 21 [2]). No caso de incumprimento, o SEF deverá promover o processo com vista ao seu afastamento coercivo, nos termos da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, alterada pela Lei n.º 29/2012, de 9 de agosto (art. 21). Desta decisão elencada no artigo 21 [2], caberá Recurso junto aos Tribunais Administrativos, no prazo de 8 (oito) dias, com efeito suspensivo (art. 22).

No Posto de Fronteira, a autoridade imigratória determina o regresso do requerente ao ponto onde iniciou a viagem ou, em caso de impossibilidade, ao Estado onde foi emitido o documento de viagem ou a outro país seguro. Caberá Recurso interposto no Tribunal Administrativo Competente no prazo de 4 (quatro) dias, com efeito suspensivo (art. 25 [1]). O refugiado tem direito assegurado pela Lei n.º 27/2008 a apoio jurídico prestado pelo Conselho Português para Refugiados, terá direito a intérprete, sempre que necessário; direito a aconselhamento jurídico em todas as fases processuais, através do Conselho Português para os Refugiados; direito a ser informado sobre o estado do seu processo, sempre que o solicite; direito de beneficiar de apoio social para alojamento e alimentação, nos casos de carência econômica e social e acesso ao Serviço Nacional de Saúde.

3.4.3 Fase de instrução (art. 28.º da Lei n.º 27/2008)

A decisão de admissão do pedido para instrução determina a emissão de uma Autorização de Residência Provisória válida por 6 (seis) meses, renovável até decisão final ou, na situação prevista no artigo 31, até expirar o prazo estipulado (art. 27 [1]). A Autorização de Residência Provisória assegura: acesso ao mercado de trabalho, ensino, Serviço Nacional de Saúde e Apoio Jurídico. Após o deferimento da inicial e a admissão do pedido para instrução, o Conselho Português para os Refugiados providencia o acolhimento, às famílias refugiadas em situação de carência, no Centro de Acolhimento para Refugiados. O prazo de instrução é de seis meses, podendo, em casos de especial complexidade, ser prorrogado até nove meses, devendo o requerente ser informado de todos os atos processuais (art. 28 [2]).

No âmbito da instrução dos procedimentos de proteção internacional, o SEF pode, se necessário, solicitar o parecer de peritos sobre questões específicas, nomeadamente de ordem médica ou cultural. Durante a instrução, o representante do ACNUR ou o CPR enquanto organização não governamental que atue em seu nome pode juntar ao processo relatórios ou informações sobre o respetivo país de origem e obter informações sobre o pedido de proteção internacional e sobre o andamento do processo, desde que o requerente tenha dado o seu consentimento.

Em qualquer fase processual, o representante do ACNUR ou o CPR enquanto organização não governamental que atue em seu nome pode apresentar as suas observações ao SEF, no exercício das funções que lhe incumbem por força do artigo 35.º da Convenção de Genebra.

3.4.4 Fase decisória (artigo 29.º da Lei n.º 27/2008)

Finalizada a fase de instrução do processo administrativo, o SEF “elabora proposta fundamentada de concessão ou recusa de proteção internacional. O requerente de asilo é notificado do inteiro teor da proposta, podendo pronunciar-se sobre a mesma no prazo de 10 dias. Após o decurso do prazo a que se refere o artigo 29.º, n.º 2, a proposta devidamente fundamentada é remetida ao Diretor Nacional do SEF, que a apresenta ao membro do Governo responsável pela área da administração interna no prazo de 10 dias. O membro do Governo responsável pela área da administração interna decide no prazo de 8 (oito) dias a contar da data da apresentação da proposta referida no número anterior. O SEF notifica a decisão proferida ao requerente, numa língua que este compreenda ou seja razoável presumir que compreenda, com menção do direito que lhe assiste, e comunica-a ao representante do ACNUR ou ao CPR enquanto organização não governamental que atue em seu nome, desde que o requerente tenha dado o seu consentimento³²⁸.”

Salienta-se que o consentimento é requisito de admissibilidade para a atuação no processo e os representantes do ACNUR e CPR atuam interessados na proteção dos valores humanos, tais como: à vida, à liberdade, à dignidade da

³²⁸ Consultar a redação formulada pelo artigo 29.º da Lei n.º 27/2008. Disponível em: www.pgdlisboa.pt. Acesso em: 12.08.2016.

pessoa humana, o valor da criança como sujeito de direitos, ou seja, a proteção do maior bem jurídico: a vida humana.

A decisão proferida nos termos do artigo anterior é suscetível de impugnação jurisdicional perante os tribunais administrativos, no prazo de 15 dias, no qual produzirá efeito suspensivo (artigo 30.º). No caso de indeferimento do pedido de proteção internacional, o requerente pode permanecer em território nacional durante um período transitório, que não exceda 30 dias (*vide* art. 31.º).

O “requerente de asilo ao qual tenha sido negado o pedido de proteção internacional pode, sem prejuízo do decurso dos prazos previstos para a respetiva impugnação jurisdicional, apresentar um pedido subsequente, sempre que disponha de novos elementos de prova que lhe permitam beneficiar daquele direito ou quando entenda que cessaram os motivos que fundamentaram a decisão de inadmissibilidade ou de recusa do pedido de proteção internacional (*vide* art. 33.º).”

O pedido subsequente é dirigido ao SEF e deve ser instruído com todos os documentos de prova que fundamentam a sua apresentação, podendo o SEF conceder ao requerente um prazo razoável para apresentar novos factos, informações ou elementos de prova. O SEF informa ao representante do ACNUR e o CPR enquanto organização não governamental que atue em seu nome da apresentação de pedido subsequente.

O “SEF procede à apreciação em sede de matéria preliminar do pedido no prazo máximo de 10 dias a contar da sua apresentação ou da data de apresentação dos elementos que, nos termos do n.º 2, tenham sido solicitados ao requerente. Ressalte-se que “quando da apreciação preliminar resultem indícios de que o requerente preenche as condições para beneficiar do direito de proteção internacional, o procedimento segue os termos previstos nos artigos 27.º e seguintes, podendo ser dispensada a realização de diligências de prova já produzidas no processo anterior que aproveitem ao requerente de asilo (*vide* art. 33.º, n.ºs 4 e 5).”

Ao examinar os requisitos formais do processo e, ao final, chegar a conclusão que não foram apresentados novos elementos de prova o Diretor Nacional do SEF profere decisão de inadmissibilidade/indeferimento do pedido autoral, notificando de imediato o requerente, numa língua que este compreenda ou seja razoável presumir que compreenda, dos motivos da decisão atendendo ao resultado da apreciação preliminar, bem como da possibilidade de impugnação jurisdicional, perante os tribunais administrativos, no prazo de quatro dias, com efeito suspensivo (art. 33, n.º 6).

À impugnação jurisdicional referida no artigo 30.º “são aplicáveis a tramitação e os prazos previstos no artigo 110.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, com exceção do disposto no respetivo n.º 3. O recurso jurisdicional das decisões concernentes à impugnação jurisdicional referida no n.º 1 produzirá efeito devolutivo. Quando o requerente se encontre em território nacional, a notificação da decisão a que se refere o art. 33.º, n.º 6 menciona ainda que deve abandonar o país no prazo de 20 dias, ficando sujeito ao regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional após o termo do referido prazo, salvo quando o requerente beneficie já de prazo mais favorável, por força do disposto na presente lei (Sessão IV, intitulado “Pedido subsequente”, art. 33.º)”.

Ao estrangeiro ou apátrida que, após ter sido sujeito a processo de afastamento coercivo ou de expulsão judicial, apresente pedido de proteção internacional são aplicáveis as regras do artigo 33.º - A. O pedido é, portanto, encaminhado ao SEF e deve ser instruído com todos os elementos de prova que fundamentam a sua apresentação (art. 33.º-A, n.º 1).

O SEF “deverá informar ao representante do ACNUR e o CPR enquanto organização não governamental que atue em seu nome, logo que seja apresentado o pedido. Antes de proferida qualquer decisão sobre o pedido, é garantido ao requerente o direito de prestar declarações, ao qual é aplicável o regime previsto no artigo 16.º, e que vale para todos os efeitos como audiência prévia do interessado (art. 33.º-A, n.ºs 3 e 4).”

O SEF “procede à apreciação do pedido nos termos do artigo 18.º, competindo ao diretor nacional daquele serviço proferir decisão no prazo máximo de 10 dias a contar da sua apresentação. O *decisum* proferido pelo diretor nacional do SEF deve ser notificada de imediato ao requerente, bem como a possibilidade de impugnação jurisdicional, perante os tribunais administrativos, no prazo de quatro dias, com efeito suspensivo (art. 33.º-A, n.º 5).”

À impugnação jurisdicional referida no art. 33.º-A, n.º 6, “são aplicáveis a tramitação e os prazos previstos no artigo 110.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, com exceção do disposto no respetivo n.º 3. O recurso jurisdicional das decisões respeitantes à impugnação referida no n.º 6 tem efeito meramente devolutivo (art. 33.º aditado pela Lei n.º 26/2014, de 5 de Maio).”

A Secção VI da Lei n.º 27/2008 disciplina o pedido de reinstalação de refugiados, nos quais “os pedidos de reinstalação de refugiados sob o mandato do ACNUR são apresentados ao membro do Governo responsável pela área da administração interna. O SEF assegura as diligências necessárias à tramitação e decisão dos pedidos no prazo máximo de 60 dias. A organização não governamental designada no âmbito de protocolo estabelecido para o efeito é informada sobre os pedidos apresentados e pode emitir parecer sobre os mesmos, no prazo de 10 dias. O membro do Governo responsável pela área da administração interna decide sobre a aceitação do pedido de reinstalação no prazo de 15 dias contados da apresentação do mesmo pelo SEF. A aceitação do pedido de reinstalação confere aos interessados estatuto idêntico ao previsto no Capítulo VII³²⁹.”

Os “requerentes de proteção internacional não podem ser mantidos em regime de detenção pelo facto de terem requerido proteção.” Estes “apenas podem ser colocados ou mantidos em centro de instalação temporária, por motivos de segurança nacional, ordem pública, saúde pública ou quando exista risco de fuga, com base numa apreciação individual e se não for possível aplicar de forma eficaz outras medidas alternativas menos gravosas (*vide* art. 35.º-A, n.ºs 1 e 2).”

³²⁹ Consultar a íntegra do artigo 35.º da Lei n.º 27/2008. Texto disponível em: www.pgdlisboa.pt. Acesso em: 12.08.2016. Ressalte-se que, nesta citação, utilizou-se a redação do texto normativo.

Os “pedidos de proteção internacional apresentados nos postos de fronteira, a permanência em centro de instalação temporária ou espaço equiparado é comunicada no prazo máximo de 48 horas ao juiz de pequena instância criminal da respetiva área de jurisdição, ou ao tribunal de comarca nas restantes áreas do país, para apreciação nos termos do artigo 35.º-A (consultar o art. 35.º-A, n.º 6).”

A “colocação em centro de instalação temporária ou espaço equiparado a que se refere o art. 35.º-A não pode prolongar-se mais tempo do que o necessário, sem que possa exceder 60 dias, no qual a decisão pode ser reapreciada oficiosamente e ou a pedido do requerente se apresentarem circunstâncias relevantes ou novas informações passíveis de comprometer a legalidade da medida (art.35.º-B, n.º 1).”

Empós, “os requerentes são imediatamente informados por escrito, numa língua que compreendam ou seja razoável presumir que compreendam, dos motivos da sua instalação e dos meios de impugnação jurisdicional que lhes assistem, bem como da possibilidade de beneficiarem de apoio judiciário nos termos da legislação aplicável (art. 35.º-B, n.º 2).”

Os requerentes de asilo poderão, a pedido, contactar com os seus representantes legais, os seus familiares e representantes do ACNUR ou do CPR enquanto organização não governamental que atue em seu nome e de outras organizações que atuem nesta área.

O acesso às instalações dos centros de instalação temporária só pode ser limitado por motivos de segurança, ordem pública ou gestão administrativa, desde que o acesso não seja fortemente limitado nem impossibilitado. Salieta-se que “aos requerentes é fornecida informação sobre as regras em vigor nas instalações em que se encontram, bem como sobre os seus direitos e deveres, numa língua que compreendam ou seja razoável presumir que compreendam”, conforme preconiza o artigo 35.º-B, n.º 5).

Destaque-se que as crianças menores, não acompanhados, beneficiam de alojamento em instituições dotadas de pessoal e instalações que tenham em conta

as necessidades pessoais da sua idade, conforme assevera o art. 35.º-B, n.º 6 da Lei n.º 27/2008.

A Lei n.º 27/2008 alberga, em seu bojo, que “as famílias devem receber alojamento separado que lhes garanta a privacidade necessária e, no caso de requerentes do sexo feminino, deve ser assegurado alojamento separado. Às pessoas vulneráveis deve ser assegurado o acompanhamento regular e apoio adequado, tendo em conta a situação concreta, incluindo o seu estado de saúde. Os requerentes instalados devem ter acesso a espaços ao ar livre (artigo 35.º-B).”

3.4.5 Fase de procedimento especial de determinação do Estado responsável pela análise do pedido de proteção internacional

Assevera-se que quando a responsabilidade pela análise do pedido de proteção internacional pertence a outro Estado membro, de acordo com o Regulamento (UE) n.º 604/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho, o SEF solicita às autoridades competentes a sua tomada ou retoma a cargo.

O Estado requerido ao assumir aludida responsabilidade, o Diretor Nacional do SEF profere, no prazo de cinco dias, decisão nos termos da alínea (a) do n.º 1 do artigo 19.º-A e do artigo 20.º. O requerente é notificado, numa língua que compreenda ou seja razoável presumir que compreenda, e é comunicada ao representante do ACNUR e ao CPR enquanto organização não governamental que atue em seu nome, mediante pedido apresentado, acompanhado do consentimento do requerente.

A notificação prevista no artigo 37, n.º 2 é acompanhada da entrega ao requerente de um salvo-conduto, emitida pelo SEF segundo modelo aprovado por portaria do membro do Governo responsável pela área da administração interna. A “decisão proferida pelo diretor nacional do SEF é suscetível de impugnação jurisdicional perante os tribunais administrativos no prazo de cinco dias, com efeito suspensivo.” (art. 37.º, n.ºs 3 e 4).

No caso de resposta negativa do Estado requerido ao pedido formulado pelo SEF, nos termos do n.º 1, observar-se-á o disposto no Capítulo III da Lei n.º 27/2008. Compete ao SEF assegurar a execução da transferência do requerente de proteção internacional. Insta salientar que o art. 39.º preconiza que “a instrução do procedimento de determinação do Estado responsável pela análise do pedido de proteção internacional suspende, até decisão final, a contagem do prazo previsto no n.º 1 do artigo 20.º e no n.º 4 do artigo 24.º”

O art. 40.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 27/2008 aduz que “compete ao diretor nacional do SEF decidir sobre a aceitação de responsabilidade do Estado português pela análise de pedido de proteção internacional apresentado em outros Estados membros da União Europeia. A decisão prevista neste artigo é proferida no prazo máximo de dois meses a contar da data do recebimento do pedido de aceitação formulado pelo Estado onde se encontra o requerente de proteção internacional ou foi apresentado o pedido.”

3.4.6 Perda do direito de proteção internacional à luz do art. 41.º da Lei n.º 27/2008

O artigo 41.º, referente as “*causas de cessação, revogação, supressão ou recusa de renovação do direito de proteção internacional*”, reza que o direito de asilo cessa quando o estrangeiro ou apátrida:

1 - O direito de asilo cessa quando o estrangeiro ou o apátrida: a) Decida voluntariamente valer-se de novo da proteção do país de que tem nacionalidade; b) Tendo perdido a sua nacionalidade, a recupere voluntariamente; c) Adquirir uma nova nacionalidade e goze da proteção do país cuja nacionalidade adquiriu; d) Regresse voluntariamente ao país que abandonou ou fora do qual permaneceu por receio de ser perseguido; e) Não possa continuar a recusar valer-se da proteção do país de que tem a nacionalidade, por terem deixado de existir as circunstâncias segundo as quais foi reconhecido como refugiado; f) Tratando-se de apátrida, esteja em condições de regressar ao país em que tinha a sua residência habitual, por terem deixado de existir as circunstâncias segundo as quais foi reconhecido como refugiado; g) Renuncie expressamente ao direito de asilo.

Compete ao membro do Governo responsável pela área da administração interna, sob proposta do diretor nacional do SEF, declarar a perda do direito de proteção internacional. A declaração prevista no art. 43.º, n.º 1, deve ser notificada ao requerente, numa língua que compreenda ou seja razoável presumir que

compreenda. O representante do ACNUR ou o CPR enquanto organização não governamental que atue em seu nome são informados da declaração de perda do direito de proteção internacional à luz do artigo 43.º. A decisão proferida ao abrigo do n.º 1 artigo anterior é suscetível de impugnação jurisdicional perante os tribunais administrativos, no prazo de oito dias, com efeito suspensivo.

Quando a perda do direito de proteção internacional determina a abertura de processo tendente ao afastamento coercivo, este obedece ao princípio do *non-refoulement* definido na alínea (a) do n.º 1 do artigo 2.º. Do exposto supra, ninguém será devolvido, afastado, extraditado ou expulso para um país onde seja submetido a torturas ou a tratamentos cruéis ou degradantes.

3.5 Compreensão e alcance jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos

3.5.1 Introdução da causa e objeto da controvérsia: caso *Família Pacheco Tineo vs. Bolívia*

Resumo do caso:

- Caso: **Família Pacheco Tineo vs. Bolívia**
- Órgão Julgador: **Corte Interamericana de Direitos Humanos**
- Sentença proferida em: **25/11/2013**
- Fonte³³⁰: a) http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_esp.pdf
(versão na íntegra)
- b) http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_272_esp.pdf
(versão resumida)
- c) Vídeo da Audiência Pública no caso Família Pacheco Tineo na Corte Interamericana de Direitos Humanos:
<https://www.youtube.com/watch?v=1rUFq92wVdY>.

³³⁰ Consultar, ainda, resumo do caderno processual disponível em: <http://www.cursocei.com/>. Círculo de Estudos pela Internet. Caio Paiva (coordenação), pp. 7-10. Acesso em: 14.06.2016. Defensor Público Federal, titular do 2.º Ofício Criminal da DPU/Manaus, unidade em que é Chefe-Substituto. Membro do GT – Grupo de Trabalho da DPU sobre presos. Especialista em Ciências Criminais. Exerceu o cargo de assessor de juiz de direito (2010-2013). Fundador do CEI (Círculo de Estudos pela Internet.) Editor do site www.oprocesso.com. Seguiu-se a tradução feita pelo autor Caio Paiva do caso Família Pacheco Tineo vs. Bolívia.

Trata-se da expulsão sumária dos membros da família peruana Pacheco Tineo de terras bolivianas, onde haviam ingressado de forma irregular, na qualidade de refugiados, em 19 de Fevereiro de 2001, em razão de perseguição pela ditadura do Governo Fujimori no Peru. No Estado boliviano, a família Pacheco Tineo se apresentou na imigração requerendo, em suma, proteção internacional.

Ressalte-se que a família Pacheco Tineo realizou o pedido de forma amigável e cumpriu os requisitos formais para a concessão do *status* de refugiado aos membros da família peruana. A família Pacheco, por sua vez, foi expulsa da Bolívia de maneira ilegal, no qual foram cometidos atos de violência física e psicológica; e no processo não houve qualquer direito de notificação à assistência consular, nem obediência ao devido processo legal, proteção especial às crianças (*best interest of child*) e possibilidade de recorrer da decisão que indeferiu o pedido inicial.

Ao regressarem ao território peruano, de onde haviam saído em 1995, em razão de dura perseguição política sofrida, o casal Rumaldo Juan Pacheco Osco e Fredesvinda Tineo Godos e seus filhos Frida Edith, Juana Guadalupe e Juan Ricardo Pacheco Tineo, os três menores de idade, acabaram presos. Após ser processada e absolvida, a família Pacheco Tineo denunciou o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 21 de Fevereiro de 2012. A Comissão constatou ter ocorrido uma série de violações aos direitos da família Pacheco, tais como às garantias judiciais de solicitar e receber asilo, à violação do princípio do *non-refoulement*, ao direito à integridade física e psíquica e moral dos membros da família e também à proteção especial às crianças.

Salienta-se que a Corte Interamericana de Direitos Humanos analisou o caso envolvendo o princípio do *non-refoulement* (também conhecido como “princípio da não-devolução” ou “princípio da proibição do rechaço”). Neste diapasão, André de Carvalho Ramos afirma que “o refugiado não poderá ser expulso ou rechaçado para fronteiras de territórios em que sua vida ou liberdade estejam ameaçadas em decorrência de sua raça, religião, nacionalidade, grupo social a que pertença, opiniões políticas, o que consagra o princípio do *non-refoulement* (proibição do rechaço). O princípio da proibição do rechaço, entretanto, não poderá ser invocado se o refugiado for considerado, por motivos sérios, um perigo à segurança do país,

ou se for condenado definitivamente por um crime ou delito particularmente grave, constitua ameaça para a comunidade do país no qual ele se encontra³³¹.” Vale destacar que a entrada de maneira irregular do refugiado em determinado Estado não dá ensejo para que este descumpra o princípio do *non-refoulement*.

3.5.1.1 Os Direitos das Crianças no caso Família Pacheco Tineo vs. Bolívia

A Corte declarou que houve violação ao princípio do respeito pelas opiniões da criança, reconhecido pelo art. 12.º da Convenção sobre os Direitos da Criança, no qual a criança é titular de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que a ela respeitem e de as suas opiniões serem devidamente tomadas em consideração, de acordo com a sua idade e maturidade. Para isso, deve ser assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem.

In casu, as crianças devem desfrutar de garantias processual e probatória para assegurar a proteção jurídica adequada e o interesse superior da criança deve ser a consideração determinante. Registre-se que os princípios fundamentais inseridos na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990, no caso em exame, não foram respeitados pelo Governo Boliviano. Ademais, no processo, pode-se verificar que não foram asseguradas diversas garantias mínimas de natureza processual, mormente o direito ao princípio do *non-refoulement*.

3.5.1.2 Sentença: caso Família Pacheco Tineo vs. Bolívia

A Corte Interamericana proferiu sentença declaratória, declarando, nos autos, a Bolívia responsável internacionalmente por ter violado, principalmente, o direito de requerer e receber asilo de todos os membros da família Pacheco Tineo, consubstanciado no art. 22 (7) da Convenção Americana de Direitos Humanos, como também o direito de não ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação em virtude de sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões

³³¹ RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 170.

políticas (violação do consagrado princípio do *non-refoulement*), esculpido no artigo 22 (8) da Convenção Americana de Direitos Humanos; o direito de proteção da família consagrado no art. 17 da Convenção Americana de Direitos Humanos e, por fim, o direito à proteção especial das crianças consagrado no artigo 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos, em prejuízo de Frida Edith, Juana Guadalupe e Juan Ricardo Pacheco Tineo, todos menores de idade.

Assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos condenou a Bolívia a indenizar a família Pacheco Tineo em danos materiais e morais sofridos em razão do ocorrido; a implementar programas de capacitação permanente para os funcionários da Direção Nacional de Imigração, da Comissão de Refugiados e qualquer outro que tenha contato com imigrantes ou pessoas que pedem asilo ou refúgio; a publicar o resumo oficial da sentença elaborado pela Corte no Diário Oficial boliviano e em veículo de comunicação oficial do Estado boliviano e a informar no prazo de um ano, as medidas que foram adotadas para dar cumprimento à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

CONCLUSÃO

Os refugiados eram definidos, durante o período de 1920 até 1935, de maneira convencional e casuística, destinada a um grupo específico. Vários instrumentos internacionais estabelecem e definem os princípios básicos que norteiam o tratamento dos refugiados, delimitando, aos poucos, os contornos do conceito de refugiados. Este processo ocorreu a fim de responder aos anseios da crise humanitária. A primeira fase da evolução do designativo “refugiado” ocorreu, em 1933, na Convenção Relativa ao Estatuto Internacional dos Refugiados de 1933 (Convenção de 33), cujo objetivo era assegurar em definitivo a proteção jurídica dos refugiados. Ressalte-se que, até a Convenção de 33, não havia nenhum diploma legal dedicado, especificamente, às crianças, em especial as refugiadas.

A Declaração Universal de 1948 inaugura a concepção dos Direitos Humanos. A Declaração assegura o direito fundamental de toda pessoa de estar livre de qualquer forma de perseguição. Na hipótese de perseguição decorre o direito fundamental de procurar e gozar asilo em lugar seguro, além do direito à proteção contra a devolução forçosa ao país em que a perseguição ocorre, assegurando-lhe um mínimo de dignidade ao requerente de asilo.

A Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 inaugura uma data histórica no estabelecimento de princípios reguladores do tratamento dos refugiados. Da definição formulada pela Convenção de 1951 depreende-se que refugiado é aquele que, em virtude das razões elencadas no Capítulo 1, artigo 1, inciso A, parágrafo 2, da Convenção de 1951, sofre, de maneira individual, uma perseguição, ameaçando-lhe a vida ou a sua liberdade. As crianças refugiadas não são abordadas, especificamente, nesta Convenção já que o problema das crianças não era considerado importante.

Do exposto, apesar da fragilidade conceitual da Convenção de 1951, esta designação de refugiado é a mais usada e universalmente aceita pela comunidade jurídica internacional. O Protocolo de 1967, em vigor no dia 04 de Outubro, eliminou a limitação temporal e geográfica da Convenção de 1951. No novo diploma legal, os

Estados signatários passaram a desconsiderar a data limite de 1 de Janeiro de 1951, como também a limitação geográfica elencada no artigo 1(3) desta norma legal. Há, entretanto, outras Convenções e Declarações, formalmente consagrados em textos jurídico-formais relativos aos refugiados.

O Brasil incorpora, a partir de 22 de Julho de 1997, ao seu ordenamento jurídico a Convenção de Genebra de 1951. A Lei n.º 9.474/97 define os mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 e dá outras providências. A aprovação da Lei n.º 9.474/97 representa um marco histórico na legislação de proteção aos direitos humanos e o compromisso do Brasil com o tema e a causa dos refugiados.

O asilo tem sua origem na Antiguidade clássica e consiste, em linhas gerais, no instituto pelo qual um Estado fornece imunidade a um indivíduo em face de perseguição sofrida por este em outro Estado. O asilo adquiriu contorno jurídico com a expansão do Império Romano, deixando, portanto, de lado, o carácter religioso do instituto.

Sublinha-se que a verdadeira proteção conferida pela Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 é centralizada no princípio do *non-refoulement* (art. 33) que “consiste na obrigação estatal de não rejeitar um requerente de asilo na fronteira e/ou de não expulsá-lo do seu território para um Estado, seja o de origem ou qualquer outro, onde a sua vida ou liberdade estejam ou possam vir a ser ameaçadas.”

Registra-se que a Convenção de Genebra de 1951, apesar de não estabelecer a distinção jurídica entre adultos e crianças, pressupõe que aludidos vocábulos possuem tratamento idêntico no âmbito de aplicação do texto normativo. As crianças são, especialmente, vulneráveis e correm o eminente risco de negligência, violência, recrutamento militar, agressão sexual e outros abusos. Acentua-se a importância do alcance jurídico do superior interesse da criança, conceito este que, cada vez mais, vai se densificando.

Torna-se necessário elucidar que a Base II da Declaração dos Direitos da Criança consagra que a criança deve beneficiar de proteção especial a fim de poder desenvolver de maneira sã e normal no plano físico, intelectual, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade e, na adoção de leis para este fim, o interesse superior da criança deve ser a consideração determinante.

O conceito de “proteção” da pessoa do refugiado em Direito Internacional dos Direitos do Homem, em especial a criança refugiada, significa a proteção concedida ao indivíduo ou grupo de indivíduos, através de mecanismos criados pela comunidade internacional.

A proteção aos direitos dos refugiados consolidou-se à partir da vigência da Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, somada às disposições do Protocolo de 1967 com fundamento nos princípios da solidariedade humana, da cooperação e da ajuda humanitária. A Lei n.º 27, de 30 de Junho de 2008, estabelece, em todo território português, as condições e procedimentos de concessão de asilo ou proteção subsidiária e os estatutos de requerente de asilo, de refugiado e de proteção subsidiária.

O Direito da Criança tem evoluído, no qual o novo panorama jurídico concebe a criança refugiada como sujeito de direitos. Os Tribunais devem adaptar-se a este novo panorama e proteger a criança refugiada, sendo esta a única maneira de atenderem ao seu superior interesse.

O Direito e os sistemas jurídicos tenderão a acompanhar as mentalidades, tentando diagnosticar as verdadeiras pulsões de mudança, distingui-las das tendências de moda sem capacidade para provocar alterações legislativas no cenário jurídico atual. Espero ser personagem ativa nessa mudança, enquanto estudante e formadores! Finalizo, citando as nobres palavras de Cleonice Berardinelli, (...) “Descubro que o magistério, para mim, não é apenas o solo de origem, mas também o espaço de realização do desejo. Princípio e fim.”

BIBLIOGRAFIA GERAL

ABBADE, Celina Márcia de Souza. **A lexicologia e a teoria dos campos lexicais**. Anais do XV Congresso Nacional de Linguística e Filosofia. Cadernos do CNLF, Vol. XV, Nº 5, t. 2. Rio de Janeiro: CiFEFiL, 2011.

A Bíblia Sagrada. Barueri (São Paulo): Sociedade Bíblica do Brasil. Tradução de João Ferreira de Almeida – Edição Revista e corrigida. 4 ed. 2009. Livro de Mateus 2:13-23.

A.A. Cançado Trindade. **Caso das Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade**. Os Direitos da Criança e do Adolescente na Jurisprudência da Corte em Matéria.

ACCIOLY, Hildebrando. **Tratado de Direito Internacional Público**. Vol. I, Ed. Saraiva, São Paulo, 1968.

ACNUR. **Manual de Procedimentos e Critérios a Aplicar para Determinar o Estatuto de Refugiado** – de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados. Genebra. 1992.

AGUIAR, Renan. **Lei 9.474/97: cláusulas de inclusão e exclusão**. In: ARAÚJO, Nádya de. O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, de 1951.

ALBERTON, Maria Silveira. **Violação da infância: crimes abomináveis: humilham, machucam, torturam e matam!** Porto Alegre, RS: AGE, 2005.

ALBERTON, Maria Silveira. **Violação da infância: crimes abomináveis: humilham, machucam, torturam e matam!** Porto Alegre, RS: AGE, 2005.

ALBUQUERQUE, Catarina. **As Nações Unidas, a Convenção e o Comité, Documentação e Direito Comparado**, Lisboa, n.º 83/84, Nov. 2001.

ALLINS, Jean, **The Jus Cogens Nature of NonRefoulement**, IJRL, vol. 13, 2002.

_____. **Direitos Humanos | Órgãos das Nações Unidas de Controlo da Aplicação dos Tratados em Matéria de Direitos Humanos: Os Direitos da Criança: as Nações Unidas, a Convenção e o Comité**. Gabinete de documentação e direito comparado. Disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/orgaosonu-estudos-ca-dc.html>>.

_____. **Os direitos da criança em Portugal e no Mundo Globalizado** – O princípio do interesse superior da criança, in *Direitos das Crianças, Ius Gentium Conimbrigae*, Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra Editora: 2004.

ALMIRO, Rodrigues. **Interesse do menor, contributo para uma definição**. Revista Infância e Juventude, n.º 1, 1985.

ANDRADE, José Fischel de. **Direito internacional dos refugiados: evolução histórica (1921- 1952)**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

ANNONI, Danielle; VALDES, Lysian. **O Direito Internacional dos Refugiados e o Brasil**. Curitiba: Juruá Editora.

_____. Guerra Fria e Refugiados: Da Gênese Política do ACNUR e da Convenção de 1951.

ANTÔNIO Fortin, *The meaning of protection in the refugee definition in International Journal of Refugee Law*, vol. 12, n.º 4, 2000.

ARAÚJO, Nádía de. **O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. Almeida, Guilherme de Assis. A Lei 9.474/97 e a definição ampliada de refugiado: breves considerações.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARISTÓTELES. Política. Editorial Gredos. S.A. Madrid, 1999.

ARMANDO, Leandro. **A problemática da criança maltratada em Portugal**. Aspectos jurídicos e judiciais. Revista do Ministério Público, ano 9º, 1988, n.ºs 35 e 36.

ARMÊNIA-BRASIL. **Genocídio armênio**. Disponível em: <http://www.armenia.brasil.nom.br/genocidio.htm>. Acesso em 14.08.2015.

Atle Grahl-Madsen. *The Status of Refugees in International Law (Refugee Character)*, vol. I, A.W. Sijthoff-Leyden, 1966.

AURORA FONSECA, **A Convenção dos Direitos da Criança e a legislação portuguesa**, Civitas.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?**. Revista Virtual Textos & Contextos, n.º 5, Nov. 2006. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/viewFile/1022/802>>.

BALOGH, E. **World Peace and Refugee Problem**. p. 75 (II) *Recueil des Cours de la Académie de Droit International* (1949).

BAPTISTA, Eduardo Correia. **O poder público bélico em direito internacional: o uso da força pelas nações unidas em especial**. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

BARNES, Brenda. Mary Ellen Wilson - **The Child Abuse Case that Changed America**. Yahoovoices. Disponível em: < <http://voices.yahoo.com/mary-ellen-wilson-child-abuse-case-changed-11218204.html>>.

BASTOS, Núbia M. Garcia. **Introdução à metodologia do trabalho acadêmico**. 5 ed. Fortaleza: Nacional, 2008.

BERTRAND, Russell. **A Última Oportunidade do Homem**, Lisboa, Guimarães Ed., 2001.

BITENCOURT, Luciane Potter. **Vitimização Secundária Infanto-Juvenil e Violência Sexual Intrafamiliar: Por uma Política Pública de Redução de Danos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de Julho de 1934**. Texto disponível em: www.planalto.gov.br.

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 10 de Novembro de 1937**. Texto disponível em: www.planalto.gov.br.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 15 de Março de 1967**. Texto disponível em: www.planalto.gov.br.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de Outubro de 1988**. Texto disponível em: www.planalto.gov.br.

_____. **Lei n.º 8.069, de 13 de Julho de 1990, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Texto disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm.

BRUÑOL, Miguel Cillero (s/d). ***El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño***. BRUÑOL, Miguel Cillero (s/d). *Infancia, Autonomía y Derechos: Una Cuestión de Principios*.

BUREAU ***International des Droits des Enfants, Les enfants et les conflits armés. Un guide en matière de droit international humanitaire et de droit international des droits de la personne***. Montréal, 2010.

BUSTAMANTE, A. Jorge. ***La vulnerabilidad de los migrantes internacionales como sujetos de derechos humanos***. Revista Inter-fórum, n.º 107, a. 3, (2002). Disponível em http://www.revistainterforum.com/espanol/pdfes/jorge_5Fbustamante_5Fvulner_5Fes p.pdf.

CALDAS, Pedro Spinola Pereira. **Teoria e prática da Metodologia da Pesquisa Histórica: Reflexões sobre uma experiência didática**. Revista de Teoria da História, Ano 1, Número 3, junho/ 2010 Universidade Federal de Goiás ISSN: 2175-5892.

CAMPOS, Aída Elia Fernández de los (1999). **“La Convención de los Derechos del Niño”**. In Reflexión Política. Universidad Autónoma de Bucaramanga. Colômbia. Ano 1. n.º 2.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana: direitos humanos, direito humanitário, direito dos refugiados**. San José, Costa Rica/Brasília. Instituto Interamericano de Direitos Humanos. Comité Internacional da Cruz Vermelha – Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996.

_____. Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI.

CARNEIRO, Wellington Pereira. **Direitos humanos e refugiados** / César Augusto S. da Silva (organizador.). Dourados: Ed. UFGD, 2012.

_____, Wellington. **A Declaração de Cartagena de 1984 e os desafios da proteção internacional dos refugiados**, 20 anos depois.

_____. **A Declaração de Cartagena de 1984 e os desafios da proteção internacional dos refugiados**, 20 anos depois.

CASELLA, Paulo Borba. **Refugiados: conceito e extensão**. In: Nádia de Araújo e Guilherme Assis de Almeida (Coord.). *O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CAVARZERE, Thelma Thais. **Direito Internacional da pessoa humana: a circulação internacional de pessoas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

CUNHA, Ana Paula da. **O Direito Internacional dos Refugiados sob o impacto da soberania estatal na contemporaneidade**. Curitiba: 2010. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, da Universidade Federal do Paraná.

CUNHA, Gonçalves. **Tratado de Direito Civil**. Volume II, Coimbra: 1930.

Day (2003) *apud* BARROS, Nivia Valença (2005). **Violência intrafamiliar contra criança e adolescente**. Trajetória histórica, políticas sociais, práticas e proteção social. Rio de Janeiro, 2005. 248 páginas. Tese de Doutorado, Departamento de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Disponível em: www.uff.br/maishumana/acervo/publicacoes/teses/viol_intraf1.pdf.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. 5 ed. Armênio Amado, Coimbra, 1979.

DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado**. 5 ed. Editora Renovar. Rio de Janeiro, 1997.

Ficha Informativa/ Rev. I, n.º 10. **Década das Nações Unidas para a Educação em matéria de Direitos Humanos 1995/2004**. Direitos Humanos. Os Direitos da Criança. Nações Unidas.

FILHO, José Francisco Sieber Luz. **Non-refoulement: breves considerações sobre o limite jurídico à saída compulsória do refugiado**.

FIONDA, Julia. *Legal Concepts of Childhood an Introduction*.

FONSECA, Antônio César Lima. **Direitos da Criança e do Adolescente**. São Paulo: Atlas, 2011.

FOTTRELL, Deirdre (1999). “**Direitos da Criança**”. In HEGARTY, Angela e LEONARD, Siobhan. *Direitos do Homem – Uma Agenda Para o Século XXI*. Lisboa. Instituto Piaget.

GARCIA, Cristiano Hehr. **O direito internacional dos refugiados**: história, desenvolvimento, definição e alcance. A busca pela plena efetivação dos direitos humanos no plano internacional e seus reflexos no Brasil. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito de Campos, 2007.

GILBERT, Geoff. **Rights, Legitimate Expectations, Needs and Responsibilities: UNHCR and the New World Order**. *International Journal of Refugee Law*. Vol. 10. Oxford: Oxford University Press, 1998.

GOMES, Gabriel Jamur. **A Proteção Internacional dos Deslocados Internos**. Curitiba, 2005. Monografia de Conclusão de Curso – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

GRAHLMADSEN, A., **Commentary on the Refugee Convention 1951: Articles 2-11,13-37**, *UNHCR Division of International Protection*, 1997, 231-2; WEIS, Paul, *The Refugee Convention, 1951*, Cambridge University Press, vol. 7, 1995.

GUERRA, Paulo e BOLIEIRO, Helena. **A criança e a família** – uma questão de Direito(s) visão prática dos principais institutos do Direito da Família e das Crianças e Jovens. 2 ed. Coimbra Editora, 2014.

GUERRA, Paulo e outro. **A criança e a família: uma questão de direito(s)**. 2 ed. Coimbra Editora: Julho de 2014.

GUETSEVITCH. **Derecho Constitucional Universal**. Madrid, 1936, *apud* T.B de Maekelt.

GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. **Medidas compulsórias**: a deportação, a expulsão e a extradição. Editora Forense. Rio de Janeiro, 1994.

GRIFFITH, 1991 *apud* PEREIRA, Tânia da Silva. **O Princípio do “melhor interesse da criança”**: da teoria à prática. Disponível em: www.gontijo.familia.adv.br/2008/artigos_pdf/tania_da_silva_pereira/melhorinteresse.pdf.

H. FRANCO Júnior. **O Feudalismo**. 10 ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.

HADDAD, Sérgio. GRACIANO, Mariângela. **A educação entre os direitos humanos**. Campinas: SP: Autores associados; São Paulo: Ação Educativa, 2006 – (Coleção educação contemporânea).

HATHAWAY, James C. **Who Should Watch Over Refugee Law?** *IARLJ Conference*, 2002.

HOBSBAWM, Eric. **A Era dos Extremos**: o breve século XX. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

J. FAVIER, *Dictionnaire de la France Médiévale*, Paris, Fayard, 1993.

J. REHMAN. *The weakness in the international protection of minority rights* (The Hague: Kluwer Law International, 2000) on Department for Continuing Education Syllabus and Reading List, Unit B.

J.J Gomes Canotilho e Vital Moreira. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, I, 4 ed., Coimbra, 2007.

JACOB DOLINGER. **O Décimo-Quinto Aniversário da Convenção sobre os Direitos da Criança** – Contributo para o Aprofundamento e Implementação do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Revista dos Tribunais. Ano 94. Janeiro de 2005. Volume 831.

JACQUELINE BHABHA, “*Demography and rights: women, children and access to asylum*”, in *International Journal of Refugee Law*, vol. 16, n.º. 2, 2004, Oxford University Press.

JOANNE VAN Selm-Thorburn. **Refugee Protection in Europe** – Lessons of Yugoslav Crisis, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1998.

JO BRIDGEMAN AND DANIEL MONK. *Introduction: Reflections on the Relationship Between Feminism and Child Law*. Eric Heinze. *The Universal Child? in Of Innocence and Autonomy, Children, Sex and Human Rights*, 2000.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.

JÚNIOR, Hilário Franco. **A Idade Média, Nascimento do Ocidente**. São Paulo: Editora Brasiliense, 2006.

KANT. **A metafísica dos costumes**. Tradução de José Lamago, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005.

KILKELLY, Ursula. *The impact of the Convention on the case-law of the European Court of Human Rights*, in Fottrell, Deidre, ed., *Revisiting Children's Rights, 10 Years of the UN Convention on the Rights of the Child*, The Hague, Kluwer Law International, 2000.

LAMBERT, *The European Convention*; LAMBERT, *Protection Against Refoulement*; JUAN FITZPATRICK. UNHCR, *The European Convention on Human Rights and the Protection of Refugees, Asylum-Seekers and displaced Persons, Colloquy organised by the Council of Europe and de United Nations High Commissioner for Refugees*, Strasbourg, 2 and 3 October 1995, vol. 2, 1996.

LAUTERPACHT, Sir Elihu; BETHLEHEM, Daniel. **The scope and content of the principle of nonrefoulement: Opinion**. In: Erika Feller (Organização.). *Refugee Protection in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press: 2003.

LEANDRO, Armando Gomes. **Família do Futuro?** Futuro da Criança, Infância e Juventude. Lisboa. Instituto de Reinserção Social. Jan/Mar. 1997,1.

LOPES, João Victor. **A proteção internacional dos Direitos do Refugiado.** Curitiba: 2007.

LUSSI, Carmem e outro. **Vulnerabilidade social em contexto...**Disponível em: www.google.com. Acesso em 20.01.2016.

MECA, Maria Espírito Santo Isaac. **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem enquanto instrumento de proteção complementar do Direito Internacional dos Refugiados.** Universidade Católica Portuguesa do Porto Escola de Direito. Porto, 2014.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito constitucional internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

MILESI, Rosita; CARLET, Flávia. **Refugiados e Políticas Públicas.** pp. 85 e 86. In: SILVA, César A. S. (org.). **Direitos Humanos e Refugiados.** Dourados: Ed. UFGD, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Direito de asilo e refugiados na ordem jurídica portuguesa.** Universidade Católica Editora, Fevereiro de 2016.

_____. **Manual de Direito Constitucional.** IV, Coimbra, 2000.

MORIKAWA, Márcia Mieko. **Deslocados internos: entre a soberania do Estado e a proteção internacional dos Direitos do Homem.** Uma crítica ao sistema internacional de proteção dos refugiados, 2006. Coimbra Editora. STVDIA IVRIDICA 87. João Carlos Loureiro (Redactor Delegado).

NICHOLAS MORRIS, **Refugees: facing crisis in the 1990s – A personal view from with in UNHCR,** in IJRL, Special issue, September 1990.

PAIS, Marta Santos. **A Convenção dos Direitos da Criança (quadro inspirador de uma política global para a infância),** Documentação e Direito Comparado, n.ºs 55-56; Gustavo Ferraz de Campos Mónico, **A Declaração Universal dos Direitos da Criança e seus Sucedâneos Internacionais (Tentativa de Sistematização),** Universidade de Coimbra, 2004.

PAULA, Vera Cecília Abagge de. e PRONER, Carol. **Convergência e complementaridade entre as vertentes de proteção internacional dos direitos humanos.** Revista da Faculdade de Direito - UFPR, Curitiba, n.º. 48, 2008.

PEREIRA, Luciana Diniz Durães. **O direito internacional dos refugiados: análise crítica do conceito de “refugiado ambiental”.** Belo Horizonte, 2009.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do Direito de Família.** 1 ed. Minas Gerais: Editora e Livraria Del Rey, 2009.

PESSOA, Alberto. **A prova testemunhal: estudo da psicologia judiciária**. 3 ed. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1931. Nesta obra são citadas as afirmações transcritas de Renan. Ver, ainda, GUERRA, Paulo e outro. *A criança e a família: uma questão de direito(s)*. 2 ed. (atualizada) Julho 2014. Coimbra Editora.

PHILIPPE DE LA CHAPELLE, ***La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et le Catholicisme, Paris, 1967, pp. 128 e segs. e 355 e segs.***; Karel Vasak, *As dimensões internacionais dos direitos do homem*, UNESCO, trad., Lisboa, 1983; Carlos Fernandes, *Direito Internacional Privado, I*, Lisboa, 1994.

PINTO, Inês Horta. **A harmonização dos sistemas de sanções penais na União Europeia**. Coimbra Editora. Coimbra, 2013.

PIOVESAN, Flávia (coordenadores.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. pp. 771-807. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. **O Direito de asilo e a proteção internacional**. In: ALMEIDA, Guilherme de; ARAÚJO, Nádia. *O Direito Internacional dos Refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PLENDER, Richard. ***International Migration Law***. Dordrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

NAATHWANI, Niraj. ***The purpose of asylum, in International Journal of Refugee Law***, vol. 12, n.º 13, 2000.

RAMIÃO, Tomé d'Almeida (Juiz Auxiliar no Tribunal da Relação). **Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo. Anotada e Comentada**. Jurisprudência e Legislação Conexa. 7 ed. (revista e atualizada). Quid Juris Sociedade Editora, 2014.

_____. **Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo**. Anotada e Comentada. Jurisprudência e Legislação Conexa. 7 ed. (revista e atualizada). Quid Juris Sociedade Editora, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. **Asilo e Refúgio: semelhanças, diferenças e perspectivas**. O artigo foi disponibilizado gratuitamente pelo autor no *site*: www.academia.edu/5369119/Asilo_e_Refugio_semelhanças_diferenças_e_perspectivas.

RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. Atualidade do Direito Internacional dos refugiados. In: CANÇADO TRINDADE, A.A. **A incorporação das normas internacionais de proteção dos Direitos Humanos no Direito brasileiro**. San José: IIDH, ACNUR, CIVIC, CUE, 1996.

SALDANHA, Eduardo. **Teoria das relações internacionais**. Curitiba: Juruá, 2006.

SANTOS, Ana Carolina Carvalho dos. **Crianças refugiadas: o princípio do melhor interesse da criança**.

SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia (coordenadores.). **Igualdade, Diferença e Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SCHAITZA, Letticia de Pauli e Friedrich, Tatyana S. **A Tutela Internacional da Criança Refugiada. Anais do V Seminário Nacional Sociologia & Política 14, 15 e 16 de maio de 2014**, Curitiba – PR. Texto disponível em: <http://www.humanas.ufpr.br/portal/seminariosociologiapolitica/files/>.

SILVA, César Augusto S. (org.). **Direitos Humanos e Refugiados**. Dourados: Ed. UFGD, 2012. Disponível em: <http://www.humanas.ufpr.br/portal/seminariosociologiapolitica/files/>.

SILVA, César Augusto S.; **Direitos humanos e refugiados. Dourados**: Ed. UFGD, 2012. Direitos humanos e refugiados / César Augusto S. da Silva (organizador.). Dourados: Ed. UFGD, 2012.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Curso de Direito Internacional Público**. V.1. São Paulo: Atlas, 2002.

SOTTOMAYOR, Maria Clara. **Existe um poder de correção?** A propósito do acórdão do STJ de 05.04.2006. *Lex Familiae*, Revista Portuguesa de Direito da Família, Ano 4 – n.º 7, 2007, nota 18.

_____. **Regulação do Exercício do Poder Paternal nos Casos de Divórcio**. 2 Edição.

_____. **Temas de Direito das Crianças**, Junho de 2014. Edições Almedina S.A.

STOESSINGER, J. C. **The Refugee and the World Community**. Minneapolis, *University of Minnesota Press*, 1956.

TAVARES, José de Farias. **Direito da infância e da Juventude**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TOMÁS, Catarina. **“Convenção dos Direitos da Criança: Reflexões Críticas”**. In *Infância e Juventude*. n.º 4, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Desafios e Conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos no início do século XXI**.

ULRICH BECK. **Weltrisikogesellschaft**, 2007, tradução Sociedade de risco mundial. Lisboa, 2015.

VANNUCHI, Paulo de Tarso; OLIVEIRA, Carmen Silveira de. (apresentação). **Direitos humanos de crianças e adolescentes – 20 anos do Estatuto**. Brasília, D.F.: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.

WIKLUND, Martin. **Além da racionalidade instrumental: sentido histórico e racionalidade na teoria da história de Jörn Rüsen**. In: *História da Historiografia*, n.º 1, 2008. Texto disponível em: www.ichs.ufop.br/rhh.

ÍNDICE GERAL

INTRODUÇÃO'	08
1. REFUGIADOS: terminologia e enquadramento jurídico.....	13
1.1 Natureza conceitual de refugiados na Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951	15
1.2 Natureza conceitual de refugiados no Protocolo de 1967	30
1.3 Natureza conceitual de refugiados em outros textos internacionais e regionais ...	31
1.4 O conceito de refugiados no âmbito das Nações Unidas	38
1.5 Os fundamentos jurídico-históricos	40
1.5.1 As etapas do processo de construção histórica	42
1.5.1.1 Desde à Idade Média a Moderna	47
1.5.1.2 Início histórico da consolidação normativa	48
1.6 Asilo, Refúgio e deslocamentos internos: definições e contexto jurídico	51
1.6.1 O princípio do <i>non-refoulement</i> : limite jurídico à saída compulsória do refugiado	63
2. OS DIREITOS DAS CRIANÇAS REFUGIADAS	71
2.1 Criança: evolução histórica do reconhecimento da infância e natureza conceitual.	75
2.1.1 Consolidação normativa da matéria na ordem jurídica portuguesa e brasileira ...	85
2.2 Criança refugiada: noções e novo panorama jurídico internacional	88
2.3 Da Declaração de Genebra à Convenção sobre os Direitos da Criança: uma vitória para as crianças e os seus Direitos	96
2.4 A criança refugiada no centro do Direito Internacional dos Direitos Humanos.....	108
2.5 O princípio do interesse superior da criança aplicado à criança refugiada	113
3. A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DAS CRIANÇAS REFUGIADAS.....	117
3.1 A Proteção Internacional dos Direitos Humanos dos Refugiados	122
3.2 Competências do Comité dos Direitos da Criança à luz do artigo 43.º da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990: em especial à criança refugiada.	125

3.3 Funções do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados na proteção das crianças refugiadas	127
3.4 A Lei n.º 27 de 30 de Junho de 2008 (alterada pela Lei n.º 26/2014): competência, composição e disposições processuais	134
3.4.1 Natureza conceitual de refugiado na Lei n.º 27/2008.....	135
3.4.2 Fase de postulação e probatória	138
3.4.3 Fase de instrução (art. 28 da Lei n.º 27/2008)	142
3.4.4 Fase decisória (art. 29 da Lei n.º 27/2008).....	143
3.4.5 Fase de procedimento especial de determinação do Estado responsável pela análise do pedido de proteção internacional	148
3.4.6 Perda do direito de proteção internacional à luz do artigo 41 da Lei n.º 27/2008.	149
3.5. Compreensão e alcance jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	150
3.5.1 Introdução da causa e objeto da controvérsia: caso Família Pacheco Tineo vs. Bolívia	150
3.5.1.1 Os Direitos das Crianças no caso Família Pacheco Tineo vs. Bolívia	152
3.5.1.2 Sentença: caso Família Pacheco Tineo vs. Bolívia.....	152
CONCLUSÃO.....	154
BIBLIOGRAFIA GERAL	157