

A CRIANÇA REFUGIADA DESACOMPANHADA OU SEPARADA: UMA ANÁLISE DO PANORAMA CONTEMPORÂNEO E DOS ASPECTOS DA PRÁTICA BRASILEIRA

THE UNACCOMPANIED OR SEPARATE REFUGEE CHILD: AN ANALYSIS OF THE CONTEMPORARY LANDSCAPE AND ASPECTS OF BRAZILIAN PRACTICE

Tais Vella Cruz^{*}

Tatyana Scheila Friedrich^{**}

RESUMO

A Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) reconhece a criança como sujeito de direito. As garantias da Convenção também alcançam a criança desacompanhada ou separada, inserida no fluxo migratório e de refugiados, sendo dever dos Estados zelar pela sua efetiva proteção sobretudo quando estiver nessa condição. Contudo, os Estados têm se recusado a dar o devido respaldo e reconhecimento das solicitações para obtenção do *status* de refugiado quando crianças se encontram desacompanhadas ou separadas, contradizendo todo o sistema de direitos infantojuvenis até então consolidado. Desse modo, por meio do método lógico-dedutivo e do emprego das técnicas de pesquisa documental e bibliográfica, tem-se como objetivo compreender a problemática que envolve o tratamento das crianças desacompanhadas ou separadas, com enfoque na prática brasileira e em recente resolução normativa conjunta, que demonstrará que, embora a política de acolhimento demande inúmeros ajustes, as autoridades têm caminhado no sentido de enfrentar a questão de maneira coerente.

Palavras-chave: Fluxos migratórios. Criança e adolescente. Desacompanhados e separados. Resolução conjunta.

ABSTRACT

The Convention on the Rights of the Child (1989) recognizes child as subjects of rights. The Convention's guarantees also extend to the unaccompanied or separated child, inserted in the migratory and refugee flow, and it is the duty of States to ensure their effective protection, especially when they are in this condition. However, States have refused to give adequate support and recognition of refugee status when they are unaccompanied or separated, contradicting the consolidated system of child rights. Thus, through the method of deductive logic and the use of documentary and bibliographic research techniques, the objective is to understand the problem that involves the treatment of unaccompanied or separated children, with a focus on Brazilian practice. A recent joint normative, issued in Brazil, demonstrates that, although the host policy calls for numerous adjustments, the authorities have been struggling to address the issue in a coherent way.

Keywords: Migratory flows. Child and teenager. Unattended and separated. Joint resolution.

^{*} Possui graduação em direito pela UEPG (2017). Atualmente é mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. E-mail: tais_vella@hotmail.com

^{**} Possui graduação em Direito pela UFPR (1996), Aperfeiçoamento pela City University (UK/1998), Mestrado (2002) e Doutorado (2005) pela Universidade Federal do Paraná, Pós-doutorado na Fordham University, NY (2015). Atualmente é professora Associada II da Universidade Federal do Paraná. E-mail: tatyanafriedrich@yahoo.com

15 de julho de 1944

[...]

Qualquer pessoa que afirme que os mais velhos passam por dificuldades no Anexo não percebe que o problema tem um impacto muito maior sobre nós. Somos muito jovens para enfrentar esses problemas, mas eles vivem nos afligindo até que, finalmente, somos forçados a imaginar uma solução, embora na maior parte das vezes nossas soluções desmorem diante dos fatos. Numa época assim tudo fica difícil; ideais, sonhos e esperanças crescem em nós, e depois são esmagados pela dura realidade.

(FRANK, Otto H., PRESSLER, Mirjam. O diário de Anne Frank. 60. ed. Rio de Janeiro: Record, 2016. p. 337).

INTRODUÇÃO

A migração de crianças e adolescentes deve ser compreendida como um fenômeno contemporâneo, capaz de produzir mudanças e modelar o mundo (MARTUSCELLI, 2017, p.80). Tanto ocorre que, em 2015, de acordo com o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR, 51% das 21,3 milhões de solicitações de refúgio registradas no mundo, foram feitas por crianças e adolescentes. Do número de solicitações de asilo registradas naquele ano, 98.400 foram feitas por crianças e adolescentes desacompanhados ou separados (ACNUR, 2015). Por sua vez, o Fundo das Nações Unidas para a Infância - UNICEF, apurou que no ano de 2016, 1 em cada 70 crianças vivia fora do país em que nasceu (UNICEF, 2016).

Mesmo sendo clara a tendência de intensificação da migração e refúgio por crianças e adolescentes nos próximos anos, a comunidade internacional aparenta ainda não estar atenta à urgência de pensar em soluções adequadas para atender a essa demanda, principalmente quando as questões envolvem a criança desacompanhada ou separada.

Com o Brasil não ocorre de maneira diferente, de modo que ao se depararem com as demandas envolvendo crianças refugiadas desacompanhadas ou separadas, as autoridades competentes respondem com ações que colocam em dúvida os princípios defendidos e reconhecidos pelo próprio país, no que tange a proteção e realização dos direitos infantojuvenis, pelo que é pertinente analisar algumas das questões

que envolvem esse problema e quais as medidas que tem sido buscadas, na prática brasileira, para proteger os interesses das crianças e adolescentes que chegam ao país na condição referida.

Para tanto, no intuito de compreender a problemática que envolve o tratamento da criança e do adolescente desacompanhados ou separados, sobretudo no Brasil, pretende-se apresentar no primeiro tópico breves perspectivas sobre o direito da criança no cenário global contemporâneo, mais precisamente, sobre a criança refugiada, relacionando algumas das normativas internacionais de maior relevância. O segundo tópico irá dedicar-se à delimitação de quem é a criança e o adolescente desacompanhado ou separado, a partir da concepção da Organização das Nações Unidas. Na sequência, o terceiro ponto irá apresentar alguns problemas verificados na prática brasileira relacionados à criança e ao adolescente desacompanhados ou separados, para, por fim, permitir a análise de nova resolução normativa brasileira, que trata precisamente do público infanto-juvenil que enfrenta a problemática apresentada no trabalho.

A CRIANÇA E O ADOLESCENTE REFUGIADOS NO MUNDO CONTEMPORÂNEO: UMA PERSPECTIVA SOBRE SEUS DIREITOS

A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 é descrita como o auge de todo o processo de reconhecimento da infância e dos direitos que lhes são correlatos. Aprovada pela Comissão de Direitos Humanos, no Conselho Econômico e Social (ECOSOC) e na Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, representa marco emancipatório dos direitos da criança, que inova sobretudo por reconhecer a elas todos os direitos e liberdades dispostos na Declaração dos Direitos Humanos de 1948, até então destinados, ao menos de maneira expressa, somente aos adultos (ROSEMBERG; MARIANO. 2010, p. 699).

Após anos de debates e tentativas dos Estados para estabelecer um tratado de caráter mundial sobre os direitos da criança, enfim o documento foi aprovado e se constituiu como instrumento de caráter mandatário na comunidade internacional, dotado de 59 artigos que, de acordo com o ideal de direitos humanos, tratam de direitos civis e políticos, econômicos,

sociais e culturais, além daqueles ditos especiais de proteção (ROSEMBERG; MARIANO. 2010, p. 711).

Quanto a esse último aspecto, Rosemberg e Mariano (2010, p. 711) fazem importante reflexão, justamente em relação a aparente tensão existente entre os direitos da criança e do adolescente reconhecidos pela Convenção, a qual trouxe ao lado dos direitos especiais de proteção os chamados direitos de liberdade. A tensão decorre do fato de que os direitos civis se constituem como aqueles necessários para a garantia da liberdade individual, englobando liberdades como a de opinião, expressão, consciência, religião, reunião, associação e respeito à vida privada. Também chamados de direitos negativos, asseguram a proteção dos indivíduos diante do poder do Estado, de maneira que ao reconhecer tais direitos às crianças e adolescentes, a Convenção confere estatuto jurídico próprio à criança e ao adolescente, demonstrando seu egresso da tutela para o *status* de sujeito de direito, possibilitando, sobretudo, pleitear sem ser representada por um tutor legal.

Doutro lado, há o reconhecimento dos direitos de proteção ou direitos de crédito, devidos agora em razão da especificidade de ser criança (ROSEMBERG; MARIANO. 2010, p. 711), muito relacionados à visão predominante da criança como um ser ainda não desenvolvido, em processo de desenvolvimento, que precisa de proteção, alimentação, disciplina, educação, dentre outros cuidados, que as fazem merecedoras da chamada proteção especial (MARTUSCELLI, 2013, p. 111), dicotomia esta que pode ser verificada em diversos campos envolvendo a aplicação dos direitos *infantojuvenis*, como será exposto adiante.

No entanto, é certa a imponência da Convenção de 1989 em todo o cenário que envolve os direitos da criança e do adolescente, vez que, além de ser o instrumento de direitos humanos mais ratificado no mundo, é o grande responsável pelo estabelecimento de quatro princípios fundamentais, norteadores das normas que envolvem os direitos da infância, sendo eles a não discriminação ou universalidade, presente no artigo 2º; prioridade para o melhor interesse da criança, apresentado no artigo 3º; direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento, conforme artigo 6º e por fim, respeito pelas opiniões da criança, consolidado no artigo 12 (BRASIL, 1990).

Os direitos reconhecidos por esse instrumento assistem a criança e o adolescente em toda e quaisquer

situações em que estes se encontrarem, como nas hipóteses relacionadas à migração e refúgio. Nesse aspecto, especialmente no que diz respeito à criança refugiada, importante destacar que a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, já aliada ao seu Protocolo facultativo de 1967 definem refugiado como indivíduo que possui: “[...] um fundado temor de perseguição em seu país, advindo de atores estatais ou não estatais, com base nas cinco categorias citadas: raça, religião, nacionalidade, filiação a grupo social, opinião política” (BENEDETTI; FRIEDRICH, 2016, p. 70). O referido documento não menciona expressamente a criança e adolescente, contudo, não há que se falar na diferenciação de direitos entre crianças e adultos, principalmente em razão de que a Convenção de 1989, como exposto anteriormente, confere à criança e ao adolescente o *status* de sujeito de direito, desfrutando de todas as garantias reconhecidas aos adultos.

Para além disso, a Convenção de 1989 especifica no seu artigo 22 que os Estados Parte da Convenção deverão adotar medidas pertinentes para propiciar que a criança que tente ou obtenha a situação de refugiada, sozinha ou acompanhada, receba sempre a proteção humanitária adequada, possibilitando que usufrua dos direitos enunciados na própria Convenção, como também nos demais instrumentos de proteção aos direitos humanos, inclusive aqueles que tratem do refúgio de maneira geral.

Em que pese tais direitos reconhecidos, inegável a problemática ainda enfrentada no cenário internacional no que concerne à efetiva proteção da criança e do adolescente refugiados. Martuscelli salienta que a questão tem início na própria definição de criança adotada pela Convenção de 1989, pois engloba pessoas com níveis de desenvolvimento, maturidade e experiência diferenciados, de tal maneira que uma criança de 07 anos, por exemplo, lidará de modo diferente de um adolescente de 15 com o fenômeno migratório experimentado por elas (MARTUSCELLI, 2017, p. 80).

O artigo 12 da Convenção busca lidar com essa diferenciação necessária, dispondo que os Estados deverão considerar as opiniões expostas pelas crianças, em função da idade e maturidade apresentada por elas, sem desconsiderar, no entanto, que se tratam de sujeitos que merecem a proteção especial dos Estados e da comunidade internacional como um todo: “Decorre daí a primeira contradição que é entender a criança como portadora de direito e objeto de proteção ao mesmo

tempo” MARTUSCELLI, 2017, p. 80). Trata-se então do problema dicotômico mencionado anteriormente.

Além desse, a migração por crianças e adolescentes, na qual se insere a questão do refúgio, envolve outros dilemas, como a visibilidade enquanto sujeitos distintos dos adultos. Via de regra, criança é concebida como a negação da ideia de adulto, ator racional capaz de decidir no âmbito público. Há ainda a necessidade de estudar as crianças como atores ativos no âmbito das Relações Internacionais como um todo, de modo que a concepção de infância compartilhada no mundo ainda precisa ser construída, de forma a ultrapassar a exclusão evidenciada de que a criança só é capaz de participar, influenciar ou atuar nos espaços públicos quando existente a figura de um adulto (MARTUSCELLI, 2010, p. 110).

Porém, como trata Juffer, a visibilidade não é necessariamente a solução para o impasse, vez que ainda dependerá da representação que será feita da criança pelos Estados (JUFFER *apud* MASTURCELLI, 2017, p. 82). Por isso, propõe representá-los como sujeitos que precisam da presença de adultos, mas sem desconsiderar que são capazes de expressar suas experiências e também decidir a partir delas:

How might a child's manner of articulating his experiences be incorporated into the immigration and political asylum process such that full consideration is given to his or her claim for protection? This is a question, I argue, best explored through a notion of the child as a precarious subject, one in need of adult assistance yet also capable of expressing his or her experiences and, within certain conditions, able to make decisions based on those expressions (JUFFER, 2016, p. 96)¹.

Desse modo, em que pese a existência de normativas internacionais bastante delineadas a respeito dos direitos das crianças e adolescentes refugiados no mundo contemporâneo, imperioso refletir quanto à consecução deles, especialmente quando verificado que novos fenômenos passam a ser observados, como a migração e refúgio por crianças e adolescentes desacompanhados ou separados.

¹ Tradução livre: Como a maneira da criança articular suas experiências pode ser incorporada ao processo de migração e asilo político, de modo a considerar de maneira total a sua reivindicação de proteção? Esta é uma questão, eu argumento, melhor explorada através de uma noção da criança como um sujeito de direito precário, que necessita da assistência adulta, mas também é capaz de expressar suas experiências e, dentro de certas condições, capaz de tomar decisões baseadas nessas condições.

QUEM É A CRIANÇA E O ADOLESCENTE DESACOMPANHADO OU SEPARADO?

O Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança formulou conceito para identificar e distinguir a criança desacompanhada ou separada. O propósito de tal medida é, sobretudo, permitir compreender a nova demanda que exsurge nos fluxos migratórios contemporâneos (MARTUSCELLI, 2017, p. 79), além de permitir aos Estados, após a correta identificação, promover medidas adequadas para a proteção dos direitos daqueles que se encontrem em tais situações.

Assim, para tratar dessas questões, cabe pontuar que a criança desacompanhada é qualquer indivíduo menor de 18 anos que se encontra separada de seus genitores e que não está sob a supervisão de nenhum outro adulto, que por lei ou costume, seja o responsável por ele. Por sua vez, a criança separada será a pessoa menor de 18 anos que está separada de seus genitores ou prévios responsáveis legais, mas não de outros parentes, sendo que ainda está acompanhado por algum membro adulto de sua família ou ainda um amigo do seu meio familiar (MARTUSCELLI, 2017, p. 79).

O que se observa dos diversos fluxos migratórios, e de maneira mais específica aqueles compostos por solicitantes de refúgio, é que crianças e adolescentes encontram-se em situações de risco e maiores violações de direitos que aquelas enfrentadas pelos adultos. De modo geral, crianças e adolescentes que vivem a migração ou refúgio têm de lidar com diversas restrições a seus direitos, sendo indivíduos extremamente vulneráveis em questões ligadas ao tráfico, abuso, violência sexual e exploração nas mais diversas formas (ABRAMOVICH; CERNEDAS; MORLACHETTI, 2010, p. 6).

Contudo, em um contexto onde a movimentação de crianças, na condição de migrantes ou refugiadas, desacompanhadas ou separadas é cada vez maior, a atenção direcionada à problemática das crianças ainda é pequena e na maioria das vezes, sequer ocorre distinção nas estatísticas no que concerne as crianças que migram acompanhadas de suas famílias ou de forma independente (ABRAMOVICH; CERNEDAS; MORLACHETTI, 2010, p. 6).

Em que pese a preocupação em definir e conceituar tais situações, verifica-se que, de fato, trata-se apenas do início do problema a ser resolvido, vez que a invisibilidade que cerca as questões da criança no cenário das migrações é uma constante que se propaga de diversas formas. Como apontam Abramovich, Cernedas e Morlachetti (2010, p. 6):

Similarly, the majority of literature on migration has focused on adults and rarely have migrant children's own perspectives been heard. Consequently, **inadequate assumptions have been made about child migrants' lives**. The fundamental problem they face is their invisibility or the general absence of a child perspective within migration laws and policies, which results in the **deprivation of their rights (in countries of origin, transit and destination), discrimination and even exploitation**². (grifo nosso)

Essa invisibilidade aliada à pouca ou nenhuma experiência dos países para lidar com demandas relacionadas a esse público faz com que os Estados, ao desempenhar seu papel de receptor, acabem por intentar práticas que violam dispositivos da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, negando atuação e respaldo devidos, em flagrante contradição com o princípio do melhor interesse. Essa lacuna dentre os estudos que tratam, em geral, da temática migrações desperta às discussões quanto a ações de determinados Estados, como é o caso do Brasil.

O IMPASSE NA PRÁTICA BRASILEIRA: A PROTEÇÃO INTEGRAL X DILEMA DA CAPACIDADE

Os direitos da criança e do adolescente no Brasil são guiados pelos valores de proteção da dignidade humana enaltecidos com a Constituição da República de 1988, a qual, reconhece-os como sujeitos de direito merecedores da proteção integral por parte do Estado, da família, da comunidade e de toda sociedade (AMIN, 2015, p. 49).

Essa disposição constitucional serviu de base para a publicação do Estatuto da Criança e do

Adolescente (ECA), a Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, complexo e completo instrumento legislativo que consolida a concepção de criança para além de uma compreensão da pessoa como objeto de proteção. A criança e o adolescente passam a ser sujeitos de direitos no ordenamento jurídico brasileiro. O ECA apresenta ao país a doutrina da proteção integral, estabelecendo-se como o grande marco legislativo dos direitos infantojuvenis no Brasil. Grande passo é dado com o abandono da doutrina da situação irregular e nesse aspecto, Amin (2010, p. 51) destaca:

Em seu lugar implanta-se a Doutrina da Proteção Integral, com caráter de política pública. Crianças e adolescentes deixam de ser objeto de proteção assistencial e passam a titulares de direitos subjetivos. [...]

Trata-se de um novo modelo, universal, democrático e participativo, no qual família, sociedade e Estado são partícipes e cogestores do sistema de garantias que não se restringe à infância e juventude pobres, protagonistas da doutrina da situação irregular, mas sim a todas as crianças e adolescentes, pobres ou ricos, lesados em seus direitos fundamentais de pessoas em desenvolvimento.

Portanto, a universalidade de acesso aos direitos fundamentais à toda e qualquer criança e adolescente é o grande cerne das disposições do Estatuto, que tem por essência proteger tais sujeitos e dar oportunidade ao seu pleno desenvolvimento, sem, contudo, desconsiderar seus anseios e capacidade de expressão.

A partir dessa noção de universalidade e do realce dos princípios reconhecidos internacionalmente na prática brasileira, Martuscelli observa que o ECA garante que nenhuma criança sofrerá negligência, discriminação, violência, crueldade e opressão, conforme acentua o artigo 5º do instrumento legal e lembra também a disposição do artigo 16 que garante à criança e ao adolescente a liberdade de movimento, opinião, expressão, crença e culto religioso, bem como participação na vida familiar e comunitária sem discriminação, além da participação política e a busca de asilo. A partir disso, afirma que, com base na interpretação dada à Lei do Refúgio (Lei nº 9.474/1997) aliada ao Estatuto da Criança e do Adolescente, é possível afirmar que, assim como qualquer outra, a criança refugiada tem todos os seus direitos reconhecidos, assegurados e protegidos no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive o direito de participação (MARTUSCELLI, 2014, p. 282).

² Tradução livre: Da mesma forma, a maioria da literatura sobre migração se concentra em adultos e raramente as perspectivas das crianças migrantes são ouvidas. Conseqüentemente, suposições inadequadas foram feitas sobre a vida dos migrantes infantis. O problema fundamental que enfrentam é sua visibilidade ou ausência geral de uma perspectiva infantil dentro das leis e políticas de migração, o que resulta na privação de seus direitos (nos países de origem, trânsito e destino), discriminação e até exploração.

Outra disposição do ECA que merece atenção é a do artigo 141 que trata do acesso à justiça para a criança e o adolescente. Determina o dispositivo que é garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer um de seus órgãos. Na sequência, dispõe o artigo 142, o qual deve ser interpretado a partir da leitura do Código Civil vigente, que os menores de dezesseis anos serão representados e os maiores de 16 e menores de 18 assistidos por seus pais, tutores ou curadores, da forma que estabelece a legislação civil e processual civil brasileiras³.

Assim, em que pese estabelecer que o acesso à justiça e demais autoridades é um direito fundamental da criança e do adolescente, a própria legislação especial ressalva que, embora sujeitos de direitos, não poderão postular e demandar sozinhos, sendo necessária a presença de um adulto que os represente ou assista, conforme a situação. A legislação especial então remete-se ao Código Civil e ao Código de Processo Civil para delimitar a chamada capacidade da criança e do adolescente.

Silvio Venosa distingue a chamada capacidade de direito da capacidade de fato, expondo que a primeira é inerente a todo e qualquer ser humano. A capacidade de direito não depende de aptidões, qualidades e requisitos. Por outro lado, a capacidade de fato é a aptidão que um indivíduo tem para exercer por si mesmo os atos da vida civil e exigirá certos requisitos, sem os quais o indivíduo será considerado incapaz. A incapacidade então pode ser absoluta ou relativa, sendo que a absoluta impede o exercício de qualquer ato da vida civil e impõe que outra pessoa os faça por ela, ao passo que a relativa permite o exercício de alguns atos (VENOSA, 2013, p. 7).

O Código Civil trata a criança e o adolescente menor de 16 anos como absolutamente incapazes, detentores apenas da chamada capacidade de direito. Destaca Venosa que a fixação etária da maioridade é uma questão de política legislativa de cada

ordenamento jurídico, de modo que não há identidade no direito comparado. Fato é que, com base na concepção de capacidade adotada pelo legislador no Código Civil, a criança e o adolescente não podem, por si mesmos, praticar atos da vida civil, devendo ser representados por mãe, pai ou tutor, conforme o caso concreto (VENOSA, 2013, p. 8).

Na mesma toada, o Código de Processo Civil irá abordar a temática ao tratar dos sujeitos do processo e da capacidade processual, dispondo no artigo 71 que a criança e o adolescente incapazes serão representados ou assistidos em juízo por seus pais, tutor ou curador. Nas hipóteses em que o incapaz não tiver seu representante legal, também não se admite a atuação por si mesmo, dispondo o artigo 72, inciso I, que o juiz nomeará curador especial para o incapaz que não tiver representante ou se os interesses destes colidirem com o daquele. Nesse aspecto, esclarece Medina (2016, p. 159): “A capacidade processual, pressuposto da validade do processo, é a aptidão para praticar os atos processuais independentemente de assistência e representação, pessoalmente ou por pessoas apontadas pela lei.”

Se a criança e o adolescente não podem demandar em juízo ou recorrer às autoridades sem a presença de um responsável ou tutor, o que ocorre com as crianças e adolescentes refugiados desacompanhados ou separados à luz do ordenamento jurídico brasileiro?

O embate com a questão da capacidade civil desses sujeitos demonstrou-se como dificuldade burocrática demasiadamente incoerente no procedimento de solicitação de refúgio por crianças e adolescentes no Brasil e confrontando-se a todo tempo com normativas internacionais para a proteção dos direitos humanos, chegou a culminar na impossibilidade de formalização do pedido por crianças e adolescentes desacompanhados ou separados (SEVERO, 2015, p. 11).

Como ainda apresenta Severo (2015, p. 11), com a intensificação do fluxo migratório e o aumento de pessoas que buscam refúgio no Brasil, a demanda por crianças e adolescentes que migram para o país acompanhados de pessoas que não são seus representantes legais ou até mesmo desacompanhados passou a fazer parte do cotidiano das autoridades locais que, destoando dos princípios que conduzem o direito da criança e do adolescente, apresentaram soluções pouco condizentes com as normativas de direitos humanos que tratam dos refugiados e especialmente, da criança.

Estudo realizado por Furquim apresenta dois casos emblemáticos que demonstram a complexidade

³ Importante destacar que a redação da Lei 8.069 de 1990 é anterior à vigência do Código Civil de 2002. Por isso, dispõe o artigo 142 que a assistência ocorrerá aos maiores de dezesseis e menores de vinte e um. No entanto, nos termos do artigo 4º do Código Civil vigente, a assistência ocorre dos dezesseis aos dezoito anos de idade. A seguir, a íntegra do artigo: Art. 142. Os menores de dezesseis anos serão representados e os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da legislação civil ou processual. Parágrafo único. A autoridade judiciária dará curador especial à criança ou adolescente, sempre que os interesses destes colidirem com os de seus pais ou responsável, ou quando carecer de representação ou assistência legal ainda que eventual.

do tema e expõem a grande questão em debate. O primeiro deles é o do adolescente desacompanhado Khosrov Mohamed Saber, de 16 anos de idade. O adolescente, nascido no Afeganistão, fugiu para o Brasil após ter sua família perseguida e morta pelo regime Talibã. No entanto, ao chegar ao país foi informado pela autoridade da Polícia Federal que, para dar início ao procedimento para solicitação de refúgio, seria necessário apresentar seu termo de guarda, pois era adolescente e estava desacompanhado. Por meio da Defensoria Pública da União do Estado de São Paulo, impetrou-se o mandado de segurança de autos nº 0017878-58.2014.403.6100, tendo como autoridade coatora o Delegado de Polícia Federal de Controle de Imigração, argumentando sobre a inviabilidade de apresentar termo de guarda, ante a morosidade do procedimento que poderia durar até 03 anos na justiça estadual, e alegando que a capacidade civil plena não é requisito exigido pelo Estatuto do Refugiado (FURQUIM, 2016, p. 71).

Contudo, o pedido liminar foi indeferido, tendo o juízo fundamentado sua decisão nos artigos 7º e 8º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, defendendo que a questão da capacidade teria que ser resolvida pela lei da residência do impetrante, de modo que, uma vez tendo declarado residência em São Paulo, aplicar-se-iam as normas nacionais quanto à capacidade civil. Ainda, invocou o artigo 1.734 do Código Civil para fundamentar a necessidade de nomeação de tutor para o adolescente e sua inclusão em programa de colocação familiar, bem como salientou que a morosidade e longa tramitação do termo de guarda perante a justiça estadual não passavam de suposições. A sentença confirmou tais argumentos e negou a segurança pleiteada (FURQUIM, 2016, p. 72).

O segundo caso trata dos irmãos Tony e Jéssica, naturais da República Democrática do Congo (RDC), que ingressaram no país acompanhados da tia Marlene no início de 2014, que já exercia o cuidado das crianças em razão do desaparecimento dos pais na RDC. Devido à situação de conflito armado interno vivenciada no país de origem, a família buscou refúgio no Brasil. No entanto, somente a tia Marlene teve a solicitação de refúgio recepcionada pela Polícia Federal, sendo que o pleito das crianças foi negado, sob argumento de que não poderiam solicitar o refúgio por si mesmas e que a guarda de fato exercida pela tia deveria ser regulamentada perante a Justiça

Estadual para então formalizar o pedido de refúgio (FURQUIM, 2016, p. 72).

Novamente, a Defensoria Pública da União impetrou mandado de segurança contra autoridade do Delegado de Polícia Federal, no entanto, o pedido liminar também foi indeferido, sob o fundamento de que tanto a Lei 9.474/1997 como o ECA exigem demonstração da dependência econômica para que seja possível estender a condição de refugiado de um integrante aos demais do grupo familiar, o que naquele caso, segundo a magistrada, não havia sido demonstrado. Ainda, invocou o parecer consultivo nº 21/2014 (assunto a ser tratado adiante) para salientar a necessidade de designar um tutor legal, pelo que entendeu ao final pela impossibilidade de dar início ao procedimento administrativo para solicitação de refúgio pelas crianças sem antes ocorrer a nomeação adequada de tutor legal perante a Justiça Estadual (FURQUIM, 2016, p. 74).

O minucioso estudo dos julgados revela verdadeira barreira que vinha sendo construída na prática brasileira no tratamento às solicitações de refúgio realizadas pelas crianças e adolescentes desacompanhadas ou separadas. A exigência da capacidade civil plena ou a presença de tutor judicialmente nomeado passou a representar verdadeira mitigação do instituto do refúgio sob seu viés protetivo, contrariando princípios basilares do instituto, como o *non-refoulement* - aquele que determina aos países a não devolução dos refugiados e que também impõe o reconhecimento da validade da permanência temporária do solicitante no país, que o possibilite o exercício de direitos fundamentais enquanto sua solicitação não é apreciada em definitivo (SEVERO, 2015, p. 44).

Severo (2015, p. 44) também pontua a gravidade da prática brasileira e as consequências da burocratização no momento da solicitação à crianças e adolescentes refugiados:

Com isso, sem acesso ao procedimento de solicitação de refúgio, a criança ou o adolescente permanece indocumentado no país, tolhido do exercício de seus direitos fundamentais e sociais, como educação e trabalho, e assim relegado à marginalidade e à vulnerabilidade social.

Vale ressaltar que além de contrariar normativas internacionais já existentes, como a Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989, que expressamente dispõe sobre a possibilidade da solicitação de refúgio

por crianças desacompanhadas ou separadas, a prática brasileira vinha delineando-se contrariamente ao Parecer Consultivo nº 21/2014, emitido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por solicitação da Argentina, Paraguai, Uruguai e Brasil, que trata justamente dos direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional.

O parecer consultivo da Corte destacou a importância dos Estados alinharem suas políticas de acolhimento aos princípios da proteção integral e melhor interesse da criança, de forma a não adotar postura lesiva e que possa ser utilizada de forma punitiva contra essas crianças. Além disso, impõe observar o contexto e situação na qual se insere a criança, se está desacompanhada ou separada, sendo que, nessas condições cabe aos Estados assumir sua posição de garante com maior cuidado e responsabilidade. Firma no item 170 do parecer:

170. Em suma, a Corte entende que as crianças migrantes e, em particular aqueles em situação migratória irregular que se encontram em uma **situação de maior vulnerabilidade, requerem do Estado receptor uma atuação especificamente orientada à proteção prioritária de seus direitos, que deve ser definida segundo as circunstâncias particulares de cada caso concreto**, isto é, se se encontram com sua família, separados ou desacompanhados, e **atendendo o seu interesse superior**. Para tanto, os Estados, em cumprimento de suas obrigações internacionais na matéria, **devem elaborar e incorporar em seu ordenamento interno um conjunto de medidas não privativas de liberdade a serem ordenadas e aplicadas enquanto se desenvolvem os processos migratórios** visando, de forma prioritária, à proteção integral dos direitos da criança, de acordo com as características descritas, com estrito respeito de seus direitos humanos e ao princípio de legalidade (CORTE..., 2014 - grifo nosso).

Cabe lembrar que o Brasil é signatário da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, não cabendo-lhe postura inadequada como registrado anteriormente. É justamente nesse sentido a reflexão de Abramovich (2010, p. 5), sobre a necessidade de pensar em instrumentos legais que de fato protejam e não impliquem em mais restrições de direitos civis, sociais e políticos à criança e ao adolescente:

Clearly, greater efforts are needed to ensure that laws and policies protect the rights of children

affected by migration by enhancing access to benefits of migration and minimizing its negative effects. Despite the fact that international human rights standards are widely accepted, and more importantly, the Convention on the Rights of the Child has been almost universally ratified, child and adolescent migrants are victims of a wide range of constraints to their civil, political, economic, social, and cultural rights⁴.

Desse modo, a resposta apresentada pelas autoridades brasileiras à questão da criança refugiada desacompanhada ou separada, pautada pelo afastamento da possibilidade de solicitação do refúgio pela ausência da capacidade plena ou representante legal merece ser repensada e ajustada aos parâmetros fixados pela análise da Corte, bem como pelos princípios já exaustivamente expostos e conhecidos que norteiam os direitos da criança e do adolescente.

A RESOLUÇÃO CONJUNTA DO CONANDA, CONARE, CNIG E DPU E A PROTEÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA OU ADOLESCENTE REFUGIADO DESACOMPANHADO OU SEPARADO NO BRASIL

Como exposto, o debate acerca da capacidade ou da representação legal é insuficiente para pôr fim à toda problemática que envolve a questão das solicitações de refúgio das crianças e adolescentes desacompanhados ou separados. No intento de modificar as práticas anteriores, bem como atender aos princípios que determinam a proteção da criança, alguns órgãos e instituições com atribuições ligadas à infância se uniram para emissão de uma resolução conjunta, incumbida de estabelecer procedimentos de identificação preliminar, atenção e proteção para criança e adolescente desacompanhados ou separados, além de dar outras providências.

A resolução conjunta, datada de 09 de agosto de 2017, firmada entre o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), Comitê

⁴Tradução livre: Claramente, são necessários maiores esforços para assegurar que as leis e políticas protejam os direitos das crianças afetadas pela migração, melhorando o acesso aos benefícios da migração e minimizando seus efeitos negativos. Apesar do fato de que os padrões internacionais de direitos humanos são amplamente aceitos e, mais importante, a Convenção sobre os Direitos da Criança foi quase universalmente ratificada, as crianças e adolescentes migrantes são vítimas de uma ampla gama de restrições a seus direitos civis, políticos, econômicos e direitos sociais e culturais.

Nacional para Refugiados (CONARE), Conselho Nacional de Imigração (CNIg) e a Defensoria Pública da União (DPU), estabelece como razões básicas: a) a proteção integral conferida à criança e ao adolescente pelas disposições da Constituição de 1988 em seus artigos 227, 228 e 229; b) os princípios da Convenção Sobre os Direitos da Criança de 1989; c) a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 bem como a Lei 9.474/1997; d) os princípios estabelecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente; e) o comentário geral nº 06 de 01/09/2005 do Comitê dos Direitos da Criança e do Adolescente, que estabelece o tratamento das crianças desacompanhadas e separadas fora de seu país de origem e, por fim, f) a situação de vulnerabilidade a que são expostas as crianças e adolescentes desacompanhados ou separados que buscam a proteção internacional (BRASIL, 2017).

A fim de remediar o problema anteriormente identificado, a Resolução se divide em cinco capítulos: capítulo I, das disposições gerais; capítulo II, dos princípios e garantias; capítulo III, da identificação no controle migratório e do ingresso em território nacional; capítulo IV, da entrevista individual e análise da proteção e capítulo V, das disposições finais. O primeiro deles se dedica a definir quem é a criança e adolescente desacompanhada e separada, filiando-se aos termos apresentados no início do trabalho, portanto, a mesma definição firmada pelo Comitê sobre os Direitos da Criança.

Na sequência, o capítulo II se dedica a descrever os princípios que regerão a política de atendimento, pontuando que a política deverá ser aplicada integralmente, sem qualquer discriminação a toda criança e adolescente de outra nacionalidade ou apátrida, em ponto de fronteira brasileiro. Esse capítulo dispõe ainda sobre a prioridade na tramitação dos processos que envolvem crianças e adolescentes nessas situações, bem como que será levado em conta o melhor interesse da criança para a tomada de qualquer decisão por parte das autoridades competentes. Prevê também sobre a proibição da retirada compulsória, bem como a vedação à criminalização em razão da condição de migrante, além do acesso ao seu procedimento de solicitação.

Ao tratar da identificação e ingresso no território nacional, o capítulo III traz importantes considerações sobre os cuidados que devem ser dispensados no trato com a criança e o adolescente nessas condições.

O artigo 8º determina à autoridade a identificação imediata do solicitante e o artigo 9º os procedimentos a serem adotados pela autoridade que receber a criança ou adolescente com indícios de estar separado ou desacompanhado, dispondo que deverá proceder o registro da ocorrência, realizar a sua identificação biográfica e biométrica, seguidos do registro de entrada no controle migratório e comunicação da Defensoria Pública da União, bem como notificação do Conselho Tutelar e o Juízo e Promotoria da Infância e Juventude.

Os parágrafos que compõem o artigo 9º determinam que o procedimento seja conduzido respeitando as peculiaridades do solicitante, bem como preserve laços familiares e de afinidade existentes, inclusive entre as próprias crianças e adolescentes, especialmente no processo de acolhimento institucional e familiar se eventualmente se fizerem necessários. Além disso, o Conselho tutelar poderá ser acionado, nos casos de urgência, para auxiliar a autoridade de fronteira para a tomadas das medidas protetivas necessárias.

O capítulo IV, por sua vez, trata da entrevista individual e análise da proteção, de modo que, aqui, parece superar a discussão da capacidade registrada anteriormente. Veja-se que, a resolução prevê que, após os encaminhamentos iniciais, o integrante da Defensoria Pública da União deverá dar início a entrevista para a solicitação do refúgio, analisando todas as peculiaridades do caso apresentado pela criança e será, de fato, o responsável pela regularização da situação migratória do interessado, vez que lhe caberá preencher os formulários que acompanham a resolução e ainda acompanha-lo nos procedimentos subsequentes à entrevista inicial. Caberá ao defensor responsável ainda preencher o “formulário para análise de proteção” e indicar com o seu preenchimento a possibilidade de retorno à convivência familiar da criança ou adolescente, aplicação da medida de proteção por reunião familiar, proteção como vítima do tráfico de pessoas ou ainda outra medida de regularização migratória, conforme legislação vigente.

Por fim, o capítulo V dispõe que os órgãos e entidades que firmaram a resolução conjunta deverão promulgar regramento específico para tratar das situações envolvendo a criança e adolescente desacompanhados ou separados, conforme suas respectivas áreas de atuação.

Verifica-se que, por diversas vezes, ao longo de seu texto, a resolução faz menção à sua aplicabilidade

nas áreas de fronteira nacional, bem como menciona a entidade receptora como a “autoridade de fronteira”. Nesse aspecto cabe reflexão quanto à aplicabilidade e extensão dos efeitos da resolução normativa, vez que parece restringir seus efeitos e procedimentos às áreas de fronteira. No entanto, em que pese a utilização desses termos, entende-se incorreto estabelecer um critério de delimitação territorial para aplicabilidade da resolução. Sobretudo em razão de que, conforme demonstrado, casos envolvendo crianças e adolescentes desacompanhados ou separados não se restringem a esses locais.

Ademais, o artigo 16 da resolução dispõe que o Defensor Público da União terá competência também para apresentar pedidos de regulamentação migratória ou ainda solicitação de documentos e atos para a proteção da criança e do adolescente que se encontrem em território de jurisdição brasileira, aplicando-se, nesses casos, as disposições da resolução. A partir disso, interpreta-se, de fato que, apesar da aparente delimitação territorial imposta anteriormente, não existem impedimentos para a aplicação da resolução em outros locais que não aqueles fronteiriços.

Desse modo, verifica-se que não subsiste o argumento da ausência de capacidade ou representante legal para impedir que a criança ou adolescente desacompanhados ou separados inicie o procedimento para obtenção do *status* de refugiada. A Defensoria Pública da União assume, com isso, importante papel e relevância no trato do direito da criança e adolescente em situação de migração.

Em que pese tenha evoluído, a questão não está superada. A aplicação da resolução, por si só, dará margem para novas discussões, sem desconsiderar a necessidade de eventuais modificações e ajustes. No entanto, o que deve restar consignado é que a proteção das crianças em movimento não deve mais ser ignorada e desconsiderada pelos Estados. As ações devem ser articuladas com a devida atenção que a questão exige, cabendo a adequação das respostas às vulnerabilidades das crianças e adolescentes (ABRAMOVICH; CERNADAS; MORLACHETTI, 2010, p. 5).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A migração por crianças e adolescentes já não é um fenômeno isolado. Consequências das tendências globais, como a crescente urbanização e mudanças

climáticas, além dos inúmeros conflitos armados que forçam o deslocamento de milhares de pessoas, situações indicativas de que a migração infantil aumentará consideravelmente nas próximas décadas (ABRAMOVICH; CERNADAS; MORLACHETTI, 2010, p. 6).

Tal dado não deveria soar tão preocupante, afinal, após longas décadas a criança e o adolescente enfim passaram a ser reconhecidos como sujeitos de direitos, tendo a observância de seu melhor interesse imposta aos Estados por meio da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989. Normativa esta que, inclusive, menciona a situação da criança refugiada e lhe confere igual consideração de respeito à sua integridade e proteção de interesses.

Contudo, a migração por crianças e adolescentes, mais especificamente na condição de refugiadas parece ainda ser vista com ressalvas pelos Estados, que acabam por responder de maneira inadequada às solicitações feitas por tais indivíduos. Essa inadequação pode ser percebida nos casos brasileiros apresentados, em que a capacidade para exercício dos atos da vida civil, aliada à figura do tutor ou representante legal passaram a ser apontados como impeditivos para o aceite da solicitação de refúgio por crianças e adolescentes desacompanhados ou separados.

Após a emissão do parecer consultivo 21/2014, da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a emissão da resolução conjunta do CONANDA, CONARE, CNIg e DPU, o país parece ter dado passo à frente no que concerne essa discussão. Isso em razão de que passa a ser prevista a atuação conjunta do órgão de recepção com outros atores, como a própria Defensoria Pública da União e o Conselho Tutelar, no intento de conferir maior proteção e preservação dos direitos da criança e do adolescente solicitante.

Contudo, a resolução deve ser vista apenas como o primeiro passo para superar o desafio apontado. Não se deve negar que arestas ainda terão de ser aparadas, como no caso da delimitação territorial e maior envolvimento de outros órgãos que também possuem atribuições ligadas à infância, como o Ministério Público. Ademais, subsiste a necessidade de fortalecimento de políticas públicas específicas, pensadas para as necessidades da criança e do adolescente migrante, sem desconsiderar integração e ampliação da rede de atendimento prevista no Estatuto

da Criança e do Adolescente também para os cuidados com a criança migrante e refugiada.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; CERNADAS, Pablo Ceriani; MORLACHETTI, Alejandro. *Migration, children and human rights: challenges & opportunities*. New York: UNICEF, 2010.

AMIN, Andrea Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Decreto n. 99.710 de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, nov. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990/1994/d99710.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017

_____. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 10 maio 2018.

_____. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em: 10 maio 2018.

_____. Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm> Acesso em: 10 maio 2018.

_____. Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania. Resolução conjunta n. 1, de 09 de agosto de 2017. Estabelece procedimentos de identificação preliminar, atenção e proteção para a criança e adolescente desacompanhados ou separados e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, ago. 2017. Disponível em: <[file:///C:/Users/Admin/Downloads/CNIG%20CONARE%20DPU%20CONANDA_assinada%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Admin/Downloads/CNIG%20CONARE%20DPU%20CONANDA_assinada%20(1).pdf)> Acesso em: 10 maio 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer consultivo OC-21/14 de 19 de agosto de 2014*. Solicitado pela República Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e República Oriental do Uruguai. Direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional. São José, Costa Rica, ago. 2014. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf> Acesso em: 10 maio 2018.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila; BENEDETTI, Andrea Regina de Moraes. A visibilidade dos invisíveis e os princípios de proteção aos refugiados: notas sobre acontecimentos recentes. In: GEDIEL, José Antonio Peres; GODOY, Gabriel Gualano de. *Refúgio e Hospitalidade*. Curitiba: Kairós. 2016. p. 67-85.

FURQUIM, Angélica. *A criança refugiada desacompanhada ou separada: non refoulement, melhor interesse da criança e a inversão do caráter protetivo na prática brasileira*. 2016, 88 f. Monografia (Curso de Bacharelado em Direito) Universidade Federal do Paraná, 2016.

JUFFER, Jane. Can the children speak?: Precarious subjects at the US-Mexico border. *Feminist Formations*, v. 28, n. 1, Spring 2016.

MARTUSCELLI, Patrícia Nabuco. A proteção brasileira para crianças refugiadas e suas consequências. *REMHU – Revista Interdisciplinar Mobilidade Humana*. Brasília, ano XXI, n.42, jan./jul. 2014, p. 281-285.

_____. Crianças desacompanhadas na América Latina: reflexões iniciais sobre a situação na América Central. *Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos*. Bauru, v.5, n.1, jan./jun. 2017, p. 77-96.

_____. O lugar das crianças nas relações internacionais: considerações sobre novos atores e a difusão de poder. *Revista de Estudos Internacionais (REI)*, vol. 4, I, 2013, p. 100-117.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 4 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016.

ROSEMBERG, Fúlvia; MARIANO, Carmem Lúcia Sussel. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança: Debates e tensões. *Cadernos de Pesquisa*, v.40, n.141, set./dez. 2010, p.693-728.

SEVERO, Fabiana Galera. *O procedimento de solicitação de refúgio no Brasil à luz da proteção internacional dos Direitos Humanos*. In: Revista da Defensoria Pública da União, Brasília, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil interpretado*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013.