

## VOTO FUNDAMENTADO DO JUIZ A. A. CANÇADO TRINDADE

1. Ao votar a favor da adoção da presente Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso das *Crianças Yean e Bosico versus República Dominicana*, com a qual estou basicamente de acordo, vejo-me na obrigação de agregar, no presente Voto Fundamentado, algumas breves reflexões pessoais sobre o tema central do *cas d'espèce*, porquanto esta é a primeira vez em sua história que a Corte Interamericana se pronuncia, na resolução de um caso contencioso, sobre o direito à nacionalidade de acordo com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Permito-me, pois, abordar no presente Voto três pontos centrais, - aos quais atribuo particular relevância, - da matéria em questão, a saber: a) os avanços normativos em matéria de nacionalidade e a preocupante persistência das causas da apatridia; b) a reação do Direito à alarmante diversificação das manifestações da apatridia; e c) o amplo alcance dos deveres gerais de proteção (artigos 1(1) e 2º) da Convenção Americana.

### I. Os avanços Normativos em Matéria de Nacionalidade e a Preocupante Persistência das Causas da Apatridia

2. Ao longo das três últimas décadas, vim afirmando que não existe matéria que, por sua intrínseca natureza, pertença ao domínio reservado do Estado, ou à sua competência nacional exclusiva. O *locus classicus* para o exame da questão continua residindo no célebre *obiter dictum* da antiga Corte Permanente de Justiça Internacional em seu Parecer Consultivo sobre os *Decretos de Nacionalidade na Tunísia e no Marrocos* (1923), segundo o qual a determinação de se um assunto recai unicamente ou não na jurisdição de um Estado é uma questão relativa, que depende do desenvolvimento das relações internacionais.<sup>1</sup> Em realidade, este desenvolvimento, em matéria do direito à nacionalidade, efetivamente subtraiu a matéria da competência nacional exclusiva e a alçou há muito tempo ao plano da ordem jurídica internacional.

3. Definitivamente, o tema da nacionalidade não pode ser considerado através da simples ótica da pura discricionariedade estatal, pois sobre ele incidem princípios gerais do Direito Internacional, bem como deveres que emanam diretamente do Direito Internacional, como, *v.g.*, o dever de proteção. Encontram-se, pois, a meu juízo, inteiramente superadas certas construções em matéria de nacionalidade (original ou adquirida) da doutrina tradicional e estatocêntrica, tais como, *v.g.*, a da possibilidade estatal ilimitada, a da vontade estatal exclusiva, a do interesse único do Estado, bem como a teoria contratualista (uma variante do voluntarismo). Para esta superação contribuíram decisivamente o aparecimento e o impacto do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

4. Ainda no plano do direito interno, a aquisição de nacionalidade é uma questão de *ordre public*, que condiciona e regulamenta as relações entre os indivíduos e o Estado, mediante o reconhecimento e a observância de direitos e deveres recíprocos. A atribuição de nacionalidade, matéria de ordem pública, tem sempre presentes, no plano do direito interno, princípios e deveres emanados do Direito Internacional, como testemunho da interação ou interpenetração dos ordenamentos jurídicos nacional e internacional.

5. Há mais de um quarto de século antes da adoção da Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia (1961), afirmou-se (ainda que em atenção apenas à necessidade de avanços no Direito Internacional convencional e deixando de tomar em conta também o Direito

---

<sup>1</sup> A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2002, pp. 413 e 475; e cf., para um estudo geral, A.A. Cançado Trindade, "The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organisations", 25 *International and Comparative Law Quarterly* - Londres (1976) pp. 713-765.

Internacional geral) que era urgente abordar o problema dos apátridas (tanto os sempre destituídos de nacionalidade como os que a tinham e a perderam) tendo presente que a própria organização da comunidade internacional pressupunha que a condição normal de todos os indivíduos era ter uma nacionalidade, e que a apatridia representava, portanto, uma anomalia com consequências desastrosas para os que se encontravam nesta situação.<sup>2</sup>

6. Ao fim e ao cabo, o Direito Internacional, o *jus gentium*, desde os escritos de seus "fundadores", foi concebido como inclusivo não apenas dos Estados mas também dos indivíduos (titulares de direitos e portadores de obrigações emanados diretamente do *direito de gentes*), e já no Direito Internacional clássico o regime da nacionalidade passou a reger-se pelos princípios básicos do *jus soli* e do *jus sanguinis*<sup>3</sup> (às vezes combinados de vários modos, sem excluir-se um ao outro). Este regime passou a proporcionar aos indivíduos um importante meio para proteger os direitos que lhes são inerentes, ao menos no âmbito do direito interno; trata-se de direitos de cada indivíduo (que é o *dominus litis* ao buscar sua proteção) e não do Estado, cuja *raison d'être* encontra-se em certos princípios básicos, como o da inviolabilidade da pessoa humana.<sup>4</sup>

7. Entretanto, com o passar do tempo, tornou-se evidente que o regime de nacionalidade nem sempre era suficiente a fim de proteger todas e quaisquer circunstâncias (como demonstrado, *v.g.*, pela situação dos apátridas). Ao longo da segunda metade do século XX, e até a presente data, o Direito Internacional dos Direitos Humanos buscou remediar essa insuficiência ou lacuna, ao *desnacionalizar* a proteção (e incluir assim todo os seres humanos, inclusive os apátridas): como sinalizei há mais de duas décadas, a nacionalidade deixou aqui de ser o *vinculum juris* (distintamente da proteção diplomática), o qual passa a ser constituído pela *condição de vítima* das alegadas violações de direitos (no contexto fundamentalmente distinto da proteção internacional dos direitos humanos).<sup>5</sup>

8. O direito à nacionalidade é, efetivamente, um direito inerente à pessoa humana, consagrado como direito inderrogável de acordo com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigos 20 e 27), como ressaltado na presente Sentença (par. 136). Encontra-se, também, protegido no Pacto sobre Direitos Cívicos e Políticos de Nações Unidas de 1966 (artigo 24(3)), na Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança de 1989 (artigo 7º), e na Convenção sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migratórios e de Seus familiares de 1990 (artigo 29), e também está consagrado nas Declarações Universal (artigo 15) e Americana (artigo 19) de Direitos Humanos de 1948. Igualmente, a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas (1954) e a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia (1961) parecem retomar ainda maior relevância em nossos dias, dada a preocupante persistência das causas de perda de nacionalidade e de apatridia.

9. A primeira destas Convenções, de 1954, buscou precisamente proteger os apátridas, sem que com isso pretenda figurar como substituto para a atribuição e aquisição de nacionalidade. A segunda destas Convenções, de 1961, busca precisamente a atribuição e

---

<sup>2</sup> Advertiu-se, também, para a tendência perversa (daquela época) de desnacionalização e desnaturalização (inclusive como pena), violatória aos "princípios fundamentais da organização da comunidade internacional", e para a necessidade de enfrentar a apatridia mediante a supressão de suas próprias causas; J.-P.-A. François, "Le problème des apatrides", 53 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de Haye* (1935) pp. 371-372.

<sup>3</sup> *Ibid.*, pp. 315 e 288.

<sup>4</sup> *Ibid.*, pp. 316 e 318. e, para um estudo geral subsequente, *cf.*, *v. g.*, P. Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, London, Stevens, 1956, pp. 3ss.

<sup>5</sup> A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, University Press, 1983, pp. 16-17, 19-20, 33, 35-36, 301 e 311-312.

aquisição ou a retenção de nacionalidade, para reduzir ou evitar a apatridia; esta Convenção incorpora princípios gerais do Direito Internacional sobre a matéria, que serviram de fonte de inspiração tanto para novos instrumentos internacionais (como a Convenção Europeia sobre Nacionalidade de 1997) como para novas legislações nacionais em matéria de nacionalidade. Ao determinar, *v.g.*, em seu artigo 1(1), que "todo Estado Contratante concederá sua nacionalidade à pessoa nascida em seu território que de outro modo seria apátrida", a referida Convenção de 1961 enuncia, a meu juízo, um daqueles princípios gerais, que é de Direito Internacional tanto convencional como geral.

## II. A Reação do Direito à Alarmante Diversificação das Manifestações da Apatridia

10. Apesar dos avanços normativos nesse domínio, lamentavelmente persistem as causas de apatridia, talvez agravadas em nossos dias, na medida em que se mostram às vezes misturadas com os deslocamentos de população da atualidade (próprios do mundo assim chamado "globalizado" e, certamente, brutalizado em que vivemos). Entre as causas de apatridia, figuram hoje em dia situações e práticas como as reveladas no presente caso das *Crianças Yean e Bosico versus República Dominicana* (no qual as crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico, cujas mães são dominicanas e cujos pais são haitianos, foram privadas de nacionalidade e permaneceram apátridas por mais de quatro anos e quatro meses), além de outras causas, como conflitos de leis em matéria de nacionalidade, leis sobre o matrimônio (particularmente em relação à mulher casada), situação de crianças não registradas e abandonados, práticas administrativas discriminatórias, entre outras.<sup>6</sup>

11. A persistência das causas de apatridia conforma um quadro preocupante, porquanto a posse de nacionalidade figura como um pré-requisito básico para o exercício de outros direitos individuais, como, *v.g.*, os direitos políticos, o direito de acesso à educação e aos cuidados de saúde, entre tantos outros. Hoje em dia, aos apátridas *de jure* se somam os apátridas *de facto*, *i.e.*, os incapazes de demonstrar sua nacionalidade, e os desprovidos de uma nacionalidade efetiva (para os efeitos de proteção). Os apátridas *de facto* - que muitas vezes têm seus documentos de registro confiscados ou destruídos pelos que os controlam e exploram - se multiplicam atualmente, com a barbárie contemporânea do tráfico "invisível" de seres humanos (sobretudo de crianças e de mulheres) em escala mundial.<sup>7</sup> Essa é uma tragédia contemporânea de amplas proporções.

12. Em realidade, a proteção internacional dos direitos humanos (imperativa) e a proteção diplomática (discricionária), operando de formas e em contextos fundamentalmente distintos, continuam coexistindo em nossos dias, mitigando assim a extrema vulnerabilidade de numerosas pessoas. A proteção diplomática está condicionada pela nacionalidade (efetiva) como *vinculum juris*, enquanto a proteção internacional dos direitos humanos realça a obrigação geral dos Estados Partes em tratados de direitos humanos como a Convenção Americana, de respeitar e assegurar o respeito dos direitos protegidos, em benefício de todos os indivíduos sob suas respectivas jurisdições, *independentemente do vínculo de nacionalidade*.

13. A este respeito, a presente Sentença da Corte constitui uma oportuna advertência para a proibição, - tendo presentes os deveres gerais dos Estados Partes na Convenção Americana estipulados nos artigos 1(1) e 2º da mesma, - de práticas administrativas e medidas

---

<sup>6</sup> *V.g.*, transferências de território (em casos, *v.g.*, de dissolução ou sucessão de Estados, e de alterações fronteiriças), perda de nacionalidade por desnacionalização, perda de nacionalidade por renúncia sem prévia aquisição de outra nacionalidade.

<sup>7</sup> *Cf.*, *v.g.*, R. Piotrowicz, "Victims of Trafficking and *De Facto* Statelessness", 21 *Refugee Survey Quarterly* - UNHCR/Geneva (2002) pp. 50-59.

legislativas discriminatórias em matéria de nacionalidade (a começar por sua atribuição e aquisição - pars. 141-142). A Sentença tem o cuidado de ressaltar a condição de crianças de Dilcia Yean e Violeta Bosico, a qual agravou sua vulnerabilidade, comprometendo o desenvolvimento de sua personalidade, além de ter impossibilitado a proteção especial devida a seus direitos (par. 167); a este respeito, a Corte acertadamente resgatou o importante legado de seu próprio Parecer Consultivo nº 17 (sobre a *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, 2002) quanto à intangibilidade da titularidade de direitos inalienáveis, que lhes são inerentes (par. 177).

14. No presente caso das *Crianças Yean e Bosico*, a Corte concluiu que a violação ao direito à nacionalidade e dos direitos da criança acarretou, igualmente, a lesão aos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, ao nome e à igualdade perante a lei, sob a Convenção Americana (pars. 174-175, 179-180 e 186-187). Significativamente, a Corte, na mesma linha de raciocínio lúcido - à altura dos desafios de nosso tempo - inaugurado em seu Parecer Consultivo nº 18, sobre a *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados* (2003), de transcendência histórica, ponderou, esta vez no marco de um caso contencioso, que

"(...) o dever de respeitar e garantir o princípio da igualdade perante a lei e de não discriminação é independente do *status* migratório de uma pessoa em um Estado. Isto é, os Estados têm a obrigação de garantir este princípio fundamental a seus cidadãos e a toda pessoa estrangeira que se encontre em seu território, sem discriminação alguma em razão de sua estadia regular ou irregular, sua nacionalidade, raça, gênero ou qualquer outra causa.

De acordo com o indicado, (...) a Corte considera que:

- a) O *status* migratório de uma pessoa não pode ser condição para a concessão da nacionalidade por parte do Estado, já que sua qualidade migratória não pode constituir, de nenhuma forma, uma justificativa para privá-la do direito à nacionalidade nem do gozo e exercício de seus direitos;
- b) O *status* migratório de uma pessoa não se transmite a seus filhos; e
- c) A condição do nascimento no território do Estado é a única a ser demonstrada para a aquisição da nacionalidade, no que se refere a pessoas que não teriam direito a outra nacionalidade, se não adquirem a do Estado onde nasceram" (pars. 155-156).

### **III. O Amplo Alcance dos Deveres Gerais de Proteção (Artigos 1(1) e 2º) da Convenção Americana**

15. Assim, o dever de respeitar e assegurar o respeito aos direitos protegidos (artigo 1(1) da Convenção Americana) reveste-se de caráter contínuo e permanente; se todas as medidas positivas de garantia não são tomadas pelo Estado, novas vítimas podem surgir, gerando *per se* (em função da própria inação estatal) violações adicionais, sem que seja necessário relacioná-las aos direitos originalmente violados. Meu entendimento discrepa, pois, inteiramente do argumento segundo o qual não poderia ocorrer uma violação ao artigo 1(1) da Convenção não acompanhada de uma violação paralela e concomitante de algum dos direitos protegidos pela mesma.

16. Este argumento, para mim inaceitável, corresponde a uma visão restritiva, atomizada e desagregadora de um dever geral de garantia sob a Convenção como um todo. Equivaleria – permitindo-me a metáfora - a ver apenas a árvore mais próxima, perdendo de vista a floresta que a circunda. Minha hermenêutica do artigo 1(1) - bem como do artigo 2 - da Convenção é e sempre foi de muito mais amplitude, e certamente agregadora, maximizando a proteção sob a

Convenção. A expus com clareza, no seio desta Corte, há mais de oito anos, em meu Voto Dissidente no caso *Caballero Delgado e Santana versus Colômbia* (Reparações, Sentença de 29.01.1997), e permito-me aqui recapitulá-la resumidamente, como última linha de reflexão do presente Voto Fundamentado.

17. Ao destacar, naquele Voto Dissidente, o "amplo alcance" do dever geral dos Estados estipulado no artigo 1(1) da Convenção Americana, sinalizei que o cumprimento deste dever requer uma série de providências dos Estados Partes na Convenção

"No sentido de capacitar os indivíduos sob sua jurisdição ao exercício pleno de todos os direitos protegidos. Tais providências incluem a adoção de medidas legislativas e administrativas, no sentido de eliminar obstáculos ou lacunas e aperfeiçoar as condições de exercício dos direitos protegidos" (par. 3).

Desse modo, - acrescentei, - negar o "amplo alcance" do artigo 1(1) da Convenção significaria privá-la de seus efeitos, porque o artigo 1(1) "alcança todos os direitos" por ela protegidos (par. 4).

18. Em seguida, no mesmo Voto Dissidente no caso *Caballero Delgado e Santana*, busquei demonstrar que as duas obrigações gerais incluídas na Convenção Americana - artigos 1(1) e 2º - mostram-se "inexoravelmente interligadas" e me referi a situações hipotéticas para ilustrá-lo (par. 9). Mais adiante, acrescentei:

"Em meu entendimento, ainda que se afirme que não houve violação ao artigo 2 da Convenção, a constatação do descumprimento da obrigação geral do artigo 1.1 é *per se* suficiente para determinar ao Estado Parte a tomada de providências, inclusive de caráter legislativo, a fim de *garantir* a todas as pessoas sob sua jurisdição o pleno exercício de todos os direitos protegidos pela Convenção Americana" (par. 19).

19. Pouco depois surgiram casos nos quais a própria Corte Interamericana se posicionou a respeito. No caso dos *Cinco Pensionistas versus Peru* (Sentença de 28.02.2003), a Corte concluiu que o Estado demandado havia cometido uma violação autônoma do dever geral consagrado no artigo 2 da Convenção (de harmonização do direito interno com a normativa convencional), em conexão com o dever geral do artigo 1(1) da mesma (pars. 164-168). Anteriormente, na mesma linha de pensamento, no caso *Castillo Petruzzi e outros versus Peru* (Sentença de 30.05.1999), a Corte determinou, em separado, a ocorrência de uma violação aos artigos 1(1) e 2 da Convenção (pars. 204-208). Também no caso *Baena Ricardo e outros versus Panamá* (Sentença de 02.02.2001), a Corte determinou o descumprimento, por parte do Estado demandado, das obrigações gerais dos artigos 1(1) e (2) da Convenção, ao qual dedicou um capítulo inteiro (n. XIII) da Sentença (pars. 176-184).

20. A este respeito, no memorável caso *Suárez Rosero versus Equador* (Sentença de 12.11.1997), a Corte, pela primeira vez em sua história, determinou expressamente que uma norma de direito interno (do Código Penal equatoriano) violava *per se* o artigo 2 da Convenção Americana, "*independentemente de que tenha sido aplicada no presente caso*" (pars. 93-99, esp. par. 98). A mencionada Sentença da Corte no caso *Suárez Rosero* significativamente dedicou também um capítulo inteiro (n. XIV) ao estabelecimento da violação autônoma do dever geral do artigo 2 da Convenção Americana.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Pouco depois (em 24.12.1997), a Corte Suprema do Equador decidiu declarar a inconstitucionalidade da norma em questão; esta foi a primeira vez que uma disposição de direito interno (de exceção) foi prontamente modificada em consequência de uma decisão da Corte Interamericana.

21. De acordo com esta mesma orientação, no caso *Hilaire, Constantine e Benjamin e outros versus Trinidad e Tobago* (Mérito, Sentença de 21.06.2002), a Corte, invocando o princípio *jura novit curia*, considerou que o Estado demandado havia incorrido em uma violação autônoma ao artigo 2 da Convenção Americana, pela simples existência de sua "Lei de Delitos contra a Pessoa", *independentemente de sua aplicação* (pars. 110-118). Enfim, no presente caso das *Crianças Yean e Bosico versus República Dominicana*, a Corte, ao decidir sobre as reparações na Sentença que acaba de adotar, sublinhou o amplo alcance dos deveres gerais dos artigos 2º e 1(1) da Convenção, ao considerar que

"(...) A República Dominicana deve adotar em seu direito interno, dentro de um prazo razoável, de acordo com o artigo 2 da Convenção Americana, as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter que sejam necessárias para regulamentar o procedimento e os requisitos exigidos para adquirir a nacionalidade dominicana, mediante o registro tardio de nascimento. Este procedimento deve ser simples, acessível e razoável, em consideração de que, de outra forma, os solicitantes poderiam permanecer na condição de apátridas. Ademais, deve existir um recurso efetivo para os casos em que seja negado o requerimento.

(...) O Estado, ao determinar os requisitos para o registro tardio de nascimento, deverá tomar em conta a situação especialmente vulnerável das crianças dominicanas de ascendência haitiana. Os requisitos exigidos não devem constituir um obstáculo para obter a nacionalidade dominicana e devem ser apenas aqueles indispensáveis para estabelecer que o nascimento ocorreu na República Dominicana. (...) Além disso, os requisitos devem estar claramente determinados, ser uniformes e não deixar sua aplicação sujeita à discricionariedade dos funcionários do Estado, garantindo assim a segurança jurídica das pessoas que recorram a este procedimento e para efetiva garantia dos direitos consagrados na Convenção Americana, de acordo com o artigo 1.1 da Convenção.

Ademais, o Estado deve tomar as medidas necessárias e permanentes que facilitem o registro antecipado e oportuno dos menores, independentemente de sua ascendência ou origem, com o propósito de reduzir o número de pessoas que recorram ao trâmite de registro tardio de nascimento" (pars. 239-241).

22. A Corte, em suma, preservou na presente Sentença os padrões de proteção consagrados em sua *jurisprudence constante*. Utilizou-se da valiosa contribuição de seu Parecer Consultivo nº 18, sobre a *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados* (2003), bem como do relevante legado de seu Parecer Consultivo nº 17 (sobre a *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, 2002); relacionou os direitos violados entre si (direito à nacionalidade e direitos da criança, direitos ao nome e ao reconhecimento da personalidade jurídica e à igualdade perante a lei, e direito à integridade pessoal),<sup>9</sup> em lugar de tratá-los de modo indevidamente compartimentalizado;<sup>10</sup> e sublinhou o amplo alcance dos deveres gerais dos artigos 1(1) e 2 da Convenção Americana. Daria-me muita pena se, no futuro (*tempus fugit*), a Corte se afastasse dessa jurisprudência, que é aquela que maximiza a proteção dos direitos humanos de acordo com a Convenção Americana.

---

<sup>9</sup> No caso concreto, este último, em relação aos familiares.

<sup>10</sup> Em meu recente Voto Fundamentado no caso *Acosta Calderón versus Equador* (Sentença de 24.06.2005), permiti-me reiterar meu entendimento de sempre, no sentido de que "a melhor hermenêutica em matéria de proteção dos direitos humanos é a que relaciona os direitos protegidos entre si, indivisíveis como são, - e não a que busca inadequadamente desagregá-los um do outro, fragilizando indevidamente as bases de proteção" (par. 16).

Antônio Augusto Cançado Trindade  
Juiz

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário