

CABA, 6 de abril de 2011

PEDIDO DE PARECER CONSULTIVO SOBRE CRIANÇAS MIGRANTES PERANTE A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

ÍNDICE

I. Introdução

1. *O Objetivo deste pedido de parecer consultivo.*
2. *A situação de direitos humanos que motiva este pedido.*
3. *Antecedentes institucionais.*

II. Pedido de Parecer Consultivo

1. *Procedimentos para identificar necessidades de proteção internacional e potenciais situações de risco para os direitos de meninos e meninas migrantes.*
2. *Sistema de garantia do devido processo.*
3. *A não detenção de meninos e meninas. Padrões para a aplicação de medidas cautelares em um processo migratório.*
4. *Medidas de proteção de direitos que não implicam restrições à liberdade.*
5. *Obrigações estatais em casos de custódia de meninos e meninas por motivos migratórios.*
6. *Garantias do devido processo perante medidas que impliquem restrições à liberdade pessoal de meninos e meninas por razões migratórias.*
7. *O princípio de não devolução em relação aos meninos e meninas migrantes.*
8. *Procedimentos de proteção para o reconhecimento da condição de refugiados.*
9. *Direito à vida familiar dos meninos e meninas em casos de decidir-se pela expulsão dos pais.*

III. Conclusões

I. Introdução

1. *Objetivo do parecer consultivo.*

Esta Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos em recentes pronunciamentos afirmou o princípio de que não se deve dar um tratamento criminoso às situações de irregularidade migratória e tampouco impor-se sanções de privação da liberdade como conseqüência do descumprimento das normas migratórias. Também esta Corte Interamericana restringiu substancialmente a possibilidade de aplicar medidas de privação da liberdade, com fins cautelares, nos processos migratórios, e definiu com clareza uma série de garantias do devido processo aplicáveis a estes processos.

Além disso, em vários precedentes jurisprudenciais e em exercício de sua competência consultiva, esta Corte definiu o alcance do dever de proteção especial dos meninos, meninas e adolescentes do artigo 19 da Convenção Americana sobre Derechos Humanos, bem como um elenco básico de garantias do devido processo e regras de razoabilidade que devem reger a legislação, as políticas públicas e as práticas estatais que envolvam o exercício de direitos da infância (a partir de agora se utilizará meninos e meninas ou meninos/as indistintamente para fazer referência a todas as pessoas menores de 18 anos de idade).

Os países signatários entendem que mais além dos importantes avanços realizados na adequação da normativa migratória aos padrões do direito internacional de derechos humanos, existe no continente uma situação grave e pendente de afetação de derechos humanos dos meninos, meninas e adolescentes que migram por motivos econômicos, sociais, culturais ou políticos.

Esta situação está de certo modo favorecida por um déficit da legislação e das políticas públicas em relação a diferentes temas que se examinam neste pedido. À maneira de síntese poder-se-ia indicar que um traço ainda freqüente em algumas leis e políticas migratórias, é a falta da correspondente articulação com o sistema de proteção de derechos da infância, o que limita a possibilidade das instituições públicas de definir de forma adequada as medidas que têm que adotar quando ingressa um menino/a ao país de maneira irregular.

Entre os problemas que consideramos mais urgentes que derivam desta falta de articulação entre políticas migratórias e políticas de proteção de derechos da infância, cabe mencionar a ausência de procedimientos adecuados para identificar as diferentes situações de risco que enfrentam as crianças que integram fluxos migratórios mistos ou de composição diversa. Estes procedimientos deveriam servir para determinar em cada caso as eventuais necesidades de proteção internacional que poderiam existir, como por exemplo, a condição de refugiado, ou de vítima de delitos transnacionales, ou a exposição a risco de tortura ou tratamento desumano no país de origem. Estes procedimientos ajudariam a relevar informação útil para a adoção de medidas especiales de proteção de derechos que os meninos e meninas requieram em circunstancias particulares.

Por vezes também se adverte como um déficit das políticas migratórias e dos aparatos administrativos que implementam essas políticas, a falta de capacidade técnica e de acordos institucionais apropiados, para realizar um exame estrito das possíveis conseqüências lesivas de derechos dos meninos e meninas que podem ter

certas decisões no âmbito de processos migratórios, tais como a radicação, ou a expulsão.

Estimamos como outro aspecto pendente no campo das políticas migratórias, a falta de sistemas de garantias processuais adequados, para assegurar entre outros resguardos a representação legal, a assistência jurídica e o direito a ser ouvido dos meninos/as nos trâmites migratórios, bem como a revisão dos atos administrativos perante instâncias judiciais imparciais e especializadas.

Muitos sistemas legais permitem que os meninos e meninas vejam restringida sua liberdade pessoal por motivos migratórios, qualquer que seja a denominação que estas medidas recebam nos diferentes países, em algumas circunstâncias sem resguardos de mínima razoabilidade, nem avaliação de medidas alternativas, nem as correspondentes garantias do devido processo. Muitos meninos e meninas sofrem o alojamento em instituições migratórias fechadas como conseqüência de medidas cautelares aplicadas a seus pais em razão de sua condição migratória.

Também, observamos que nas decisões que se adotam sobre deportação e expulsão ainda é débil o reconhecimento de certos princípios medulares do direito internacional dos direitos humanos, como o de não devolução, a proteção da condição de refugiado e o princípio de proteção da vida familiar.

Entendemos que estes temas ao mesmo tempo novos em seus componentes jurídicos e urgentes em seu aspecto humanitário, justificam a intervenção da Corte Interamericana por via de sua competência consultiva, para aprofundar e precisar os padrões e princípios que foram estabelecidos em seus precedentes sobre infância e sobre migrações. Estes padrões e princípios não só contribuirão a fixar um piso mínimo de direitos fundamentais a ser reconhecido pelos Estados, mas também conformarão um parâmetro ou âmbito conceitual que servirão de referência inevitável para ajustar e revisar as leis e as políticas públicas nesta matéria.

Em virtude do exposto consideramos que estão dadas as condições para que a honorável Corte Interamericana possa avançar nesta oportunidade na definição de padrões jurídicos nos seguintes temas: 1. Procedimentos para a determinação de necessidades de proteção internacional e de medidas de proteção especial dos meninos, meninas e adolescentes migrantes; 2. Sistema de garantias que deveria ser aplicado nos procedimentos migratórios que envolvem meninos, meninas e adolescentes migrantes; 3. Padrões para a aplicação de medidas cautelares em um procedimento migratório sobre a base do princípio de não detenção de meninas e meninos migrantes. 4. Medidas de proteção de direitos que deveriam dispor-se de maneira prioritária e que não implicam restrições à liberdade pessoal. 5. Obrigações estatais em casos de custódia de meninos e meninas por motivos migratórios. 6. Garantias do devido processo perante medidas que impliquem privação da liberdade de meninos e meninas no âmbito de procedimentos migratórios. 7. Princípio de não devolução em relação a meninas e meninos migrantes. 8. Procedimentos para a identificação e o tratamento de meninos e meninas eventuais solicitantes de asilo ou refúgio. 9. O direito à vida familiar dos meninos e meninas em casos de decidir-se pela expulsão de seus pais por motivos migratórios.

2. A situação de direitos humanos que motiva este pedido de parecer consultivo.

2.1. Na América Latina e no Caribe, considera-se que aproximadamente 25 milhões de pessoas migraram para países da América do Norte e Europa, enquanto

que outros seis milhões migraram a outros países dentro da região¹. Delas, uma quantidade crescente, ainda incalculável, são meninos, meninas e adolescentes alguns dos quais migram junto a seus pais (ou com um deles) ao tempo que outros o fazem, de maneira crescente, em forma não acompanhada ou separada².

No entanto, os meninos/as afetados de uma ou outra forma pela migração internacional representam um número significativamente mais alto, já que não se contabilizam, por exemplo, a muitos filhos e filhas de migrantes nascidos com posterioridade à migração de seus pais, que em geral adquirem a nacionalidade do país de destino em razão do princípio *ius soli* que rege em quase toda a região. Tampouco se inclui a muitos meninos e meninas que permanecem no país de origem quando seus pais decidem migrar. A quantidade de meninos/as migrantes que se encontram em situação migratória irregular na região é outro dado do qual não se tem certeza. De maneira que é possível assegurar que os números citados no começo resultam limitados a respeito da quantidade real de população infantil migrante³.

Cabe esclarecer que neste documento, quando se faz referência à infância migrante, entende-se que o conceito abrange aos meninos e meninas que emigram por motivos diversos, seja por reagrupação familiar, procura de melhores condições econômicas, sociais ou culturais, para fugir da pobreza extrema, da degradação ambiental, da violência ou de outras formas de abuso e perseguição às que se vêem submetidos.

De acordo com a opinião de diversos organismos internacionais de direitos humanos, as pessoas migrantes em situação migratória irregular, por um lado, e os meninos e meninas, pelo outro, são grupos sociais que se encontram em uma condição de vulnerabilidade. Ambos coletivos requerem, por isso, um compromisso especial por

¹ Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), *Migração internacional, direitos humanos e desenvolvimento*, Santiago, agosto de 2006, p. 73. Números similares tem a United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2009). *Trends in international Migrant Stock: The 2008 Revision* (United Nations database, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2008). Este organismo internacional afirma que existem 26 milhões de pessoas latino-americanas que vivem fora de seus países de origem, das quais 7.480.267 milhões habitam em outros países latino-americanos (migração sul-sul). Também, os principais destinos dos imigrantes na América Latina são Argentina (19%), Venezuela (13%), México (9,7%) e Brasil (9,19%), conforme <http://www.un.org/esa/population>. Cerca da metade dos emigrantes regionais saiu de seu país de origem no decênio de 1990 para encaminhar-se, em especial, aos Estados Unidos, atualmente o maior receptor de imigrantes do mundo. Por volta do ano de 2004, a quantia alcançada pela população latino-americana e caribenha nesse país se aproximava aos 18 milhões de pessoas. Em 2008 dito país abrigava pouco mais de 45 milhões de latino-americanos, conforme o US Census Bureau, 2006-2008, American Community Survey. Isto é indicativo de que os Estados Unidos ainda são o destino de preferência da maioria dos emigrantes da região. México é o país que registra a maior população residente nos Estados Unidos (aproximadamente 30 milhões em 2008), seguido por Porto Rico (4 milhões), Cuba (1.572.138), El Salvador (1.477.210), República Dominicana (1.249.471), Guatemala (915,743) e Colômbia (822,036), informação segundo o U.S. Census Bureau, 2006-2008 American Community Survey.

² Segundo o Comitê dos Direitos da Criança das Nações Unidas, as crianças não acompanhadas são quem se encontram fora de seu país de origem e estão "separados de ambos os pais e outros parentes e não estão aos cuidados de um adulto ao que, por lei ou costume, incumbe essa responsabilidade"; enquanto que as crianças separadas seriam as que estão "separadas de ambos os pais ou de seus tutores legais ou habituais, mas não necessariamente de outros parentes"; Observação Geral No. 6 (2005), *Tratamento dos menores não acompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, CRC/GC/2005/6, de 1 de setembro de 2005, parágrafos 8-9.

³ Na análise da temática migratória realizada neste documento, se tomou como base a investigação: "Estudo sobre os padrões jurídicos básicos aplicáveis a meninos e meninas migrantes em situação migratória irregular e algumas linhas de ação para sua proteção", Universidade Nacional de Lanús – Centro de Direitos Humanos e Escritório Regional do UNICEF para a América Latina e o Caribe/TACRO. Dezembro de 2009.

parte dos Estados que devem procurar o respeito, a proteção e a garantia de seus direitos fundamentais⁴.

No caso das crianças migrantes sem condição migratória regular (ou em caso que seus pais não tenham condição regular), o quadro de vulnerabilidade se aprofunda como resultado da combinação entre idade e condição migratória, demandando uma proteção específica e adequada de seus direitos por parte dos Estados (de origem, trânsito e destino de migrantes) e de outros atores concernidos. A ação estatal, desenvolvida fundamentalmente através das políticas migratórias e as políticas de proteção integral de direitos dos meninos e meninas, deveria estar guiada por duas diretrizes principais: a garantia dos direitos humanos e um enfoque transversal de idade que tenha devidamente em consideração os direitos dos meninos e meninas afetados pela migração.

As necessidades particulares de proteção dos direitos que têm os meninos e meninas migrantes, dada sua situação de vulnerabilidade, se visualizam com especial intensidade em certas circunstâncias, como é a privação de liberdade vinculada a sua condição migratória, a qual pode determinar-se por duas vias. Uma delas é, sem dúvida, a utilização da privação da liberdade como sanção pelo fato de haver ingressado a outro país sem autorização ou de encontrar-se ali sem permissão de residência ou com este vencido (este tipo de respostas punitivas à irregularidade migratória costuma denominar-se criminalização da migração irregular). A segunda causa pela qual se emprega a via da privação de liberdade de migrantes (em geral, e meninos/as em particular) é a detenção como medida cautelar no âmbito de um procedimento migratório, em geral, de expulsão do país.

Na atualidade, a utilização da privação de liberdade de migrantes (adultos e meninos) associada à infração das normas migratórias constitui uma problemática que suscita uma profunda preocupação em diferentes âmbitos nacionais e internacionais. A afetação do direito à liberdade das pessoas migrantes levou a Assembléia Geral das Nações Unidas a instar os Estados "a adotar medidas efetivas para pôr fim aos arrestos e detenções arbitrarias de migrantes e a tomar ação para prever e castigar qualquer forma de privação ilegal da liberdade de migrantes"⁵.

Ao examinar a problemática da privação de liberdade de pessoas migrantes, é preciso esclarecer que, sem prejuízo da diferente terminologia que cada país possa utilizar para denominar esta situação (albergar, prender, alojar, assegurar, internar, reter, etc.), o relevante está em suas implicações práticas e sua natureza jurídica. Quer dizer, se uma pessoa está privada de sua liberdade, sem ter a possibilidade de entrar e sair livremente (ou abandonar) o lugar onde foi alojada, então as circunstâncias devem ser avaliadas com base nos princípios, normas e padrões que regem o direito à liberdade pessoal⁶.

⁴ Sobre a vulnerabilidade da situação das pessoas migrantes, veja-se, entre outros documentos, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e de seus Familiares, preâmbulo; e o *Relatório do Grupo de Trabalho Intergovernamental de Especialistas sobre Direitos Humanos dos Migrantes*, E/CN.4/AC.46/1998/5 novembro de 1998.

⁵ Assembléia Geral, Resolução 59/194, *Proteção de migrantes*, 2005. Nos mesmos termos se expressou a (extinta) Comissão de Direitos Humanos, na Decisão 2001/52 sobre direitos humanos dos migrantes, E/CN.4/RES/2001/52, de 24 de abril de 2001, parágrafo 18. Por sua vez, o Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial recomendou aos Estados "assegurar a segurança dos não-cidadãos, em particular com respeito à detenção arbitrária..." (CERD, Recomendação Geral XXX, *Discriminação Contra Não Nacionais*, 2004).

⁶ Neste documento se adotará um entendimento amplo sobre o termo detenção, assimilando-o com a privação de liberdade conforme fora definida pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no

A detenção à que se faz referência é a que se produz em razão do ingresso a outro país de maneira não autorizada quer seja por encontrar-se sem residência, seja porque carece de permissão ou porque esta expirou, no âmbito de processos de identificação de pessoas migrantes sem documentação alguma, ou quando se dispõe de privação de liberdade como medida cautelar até que se resolva sua condição migratória. A expulsão (segundo cada país, pode denominar-se também repatriação, deportação ou devolução), por sua vez, refere aos procedimentos pelos quais se determina o traslado de uma pessoa migrante para seu país de origem em razão de infrações à normativa migratória sobre ingresso ou permanência.

Cabe destacar que esta Honorable Corte Interamericana de Direitos Humanos expressou-se recentemente em exercício de sua competência contenciosa a respeito da faculdade dos Estados para estabelecer uma sanção de caráter punitivo em relação ao descumprimento das leis migratórias, analisando para tal fim a compatibilidade entre as legislações internas que regulam esta matéria e as exigências da Convenção Americana⁷.

Neste sentido, à luz dos artigos 7.2⁸ e 7.3⁹ da Convenção Americana, a Corte indicou que a aplicação de medidas privativas de liberdade de caráter punitivo para o controle dos fluxos migratórios, em particular daqueles de caráter irregular, devem respeitar os seguintes requisitos: *i) que a finalidade das medidas que privem ou restrinjam a liberdade seja compatível com a Convenção; ii) que as medidas adotadas sejam as idôneas para cumprir com o fim perseguido; iii) que sejam necessárias, no sentido de que sejam absolutamente indispensáveis para conseguir o fim desejado e que não exista uma medida menos onerosa com respeito ao direito intervindo entre todas aquelas que tenham a mesma idoneidade para alcançar o objetivo proposto, razão pela qual o Tribunal indicou que o direito à liberdade*

Relatório sobre Segurança Cidadã e Direitos Humanos do ano de 2009. Neste relatório se indica que deve entender-se por privação de liberdade, "Qualquer forma de detenção, encarceramento, institucionalização, ou custódia de uma pessoa, por razões de assistência humanitária, tratamento, tutela, proteção, ou por delitos e infrações à lei, ordenada por ou sob o controle de fato de uma autoridade judicial ou administrativa ou qualquer outra autoridade, quer seja em uma instituição pública ou privada, na qual não pode dispor de sua liberdade ambulatoria. Se entende entre esta categoria de pessoas, não só às pessoas privadas de liberdade por delitos ou por infrações e descumprimentos à lei, quer sejam estas processadas ou condenadas, senão também às pessoas que estão sob a custódia e a responsabilidade de certas instituições, tais como: hospitais psiquiátricos e outros estabelecimentos para pessoas com incapacidades físicas, mentais ou sensoriais; instituições para meninos, meninas e adultos maiores; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo ou refúgio, apátridas e não documentados; e qualquer outra instituição similar destinada à privação de liberdade de pessoas", parágrafo 143. Em igual sentido veja-se os "Princípios e boas práticas sobre a proteção das pessoas privadas de liberdade nas Américas", documento aprovado pela Comissão em seu 131º período ordinário de sessões, realizado de 3 a 14 de março de 2008. Por sua parte, as Nações Unidas sobre a privação da liberdade na Regra 11 (b) das Regras das Nações Unidas para a proteção dos menores privados de liberdade, adotadas pela Assembléia Geral na Resolução 45/113, de 14 de dezembro de 1990, estabelece que, "Por privação de liberdade se entende toda forma de detenção ou encarceramento, assim como o internamento em um estabelecimento público ou privado do qual não se permita sair ao menor por sua própria vontade, por ordem de qualquer autoridade judicial, administrativa ou outra autoridade pública". Finalmente, o Protocolo Facultativo da Convenção contra a Tortura e Outros tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes em seu artigo 4.2 estabelece que por privação de liberdade entende-se "qualquer forma de detenção ou encarceramento ou de custódia de uma pessoa por ordem de uma autoridade judicial ou administrativa ou de outra autoridade pública, em uma instituição pública ou privada da qual não pode sair livremente".

⁷ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2010, Série C No. 218. Parágrafo 163.

⁸ Artigo 7.2 "Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições Políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas".

⁹ Artigo 7.3. "Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários".

*peçoal supõe que toda limitação a este deva ser excepcional, e iv) que sejam medidas que resultem estritamente proporcionais, de tal forma que o sacrifício inerente à restrição do direito à liberdade não resulte exagerado ou desmedido frente às vantagens que se obtêm mediante tal restrição e o cumprimento da finalidade perseguida*¹⁰.

Ao analisar os dois primeiros requisitos, a finalidade legítima e a idoneidade de uma medida privativa da liberdade no âmbito de um controle migratório por parte do Estado, a Corte indicou que "a utilização de detenções preventivas pode ser idônea para regular e controlar a migração irregular aos fins de assegurar o comparecimento da pessoa ao processo migratório ou para garantir a aplicação de uma ordem de deportação"¹¹. Não obstante, fazendo referência à opinião do Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, manifestou que "a penalização da entrada irregular em um país supera o interesse legítimo dos Estados em controlar e regular a imigração irregular e pode dar lugar a detenções não necessárias"¹². Da mesma maneira que levou em consideração os padrões previstos no Relatório da Relatora das Nações Unidas sobre os direitos humanos dos migrantes referindo-se a que "[a] detenção dos migrantes com motivo de sua condição irregular não deveria sob nenhuma circunstância ter um caráter punitivo"¹³.

Por outro lado, com relação à "necessidade da medida" como outro dos requisitos que devem ser analisados à hora de estabelecer o alcance das obrigações do Estado em matéria de proteção dos direitos das pessoas migrantes, a Corte manifestou que o poder punitivo dos Estados, que se vê refletido em sanções de tipo penal e administrativas, deve ser exercido estritamente "para proteger os bens jurídicos fundamentais dos ataques mais graves que os prejudiquem ou coloquem em perigo", recorrendo à privação de liberdade "apenas enquanto seja necessária para satisfazer uma necessidade social urgente e de forma proporcionada a essa necessidade"¹⁴.

Desta maneira, esta Honorable Corte afirmou que "a detenção de pessoas por descumprimento das leis migratórias nunca deve ser com fins punitivos. Assim, as medidas privativas de liberdade só deverão ser utilizadas quando for necessário e proporcionado no caso em concreto aos fins mencionados *supra* e unicamente durante o menor tempo possível"¹⁵. Outrossim, destacou que os Estados têm a obrigação de dispor medidas alternativas à privação da liberdade que cumpram com os requisitos descritos, e que sejam menos restritivas aos direitos fundamentais das pessoas migrantes.

Em definitiva, conclui que, para que as políticas migratórias dos Estados sejam compatíveis com as disposições da Convenção Americana, seu eixo central não deve

¹⁰ Corte IDH. *Caso Vélez Loo vs. Panamá*, supra nota 7, parágrafos 166 e 167.

¹¹ Ibidem, parágrafo 169.

¹² Ibidem, parágrafo 169, onde a Corte faz referência ao indicado no Relatório do Grupo de Trabalho sobre a Detenção Arbitrária das Nações Unidas, "Promoção e Proteção de todos os Direitos Humanos, Civis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, incluindo o Direito ao Desenvolvimento", A/HRC/7/4, 10 de janeiro de 2008, parágrafo 53.

¹³ Ibidem, parágrafo 169, onde a Corte faz referência ao indicado no Relatório apresentado pela Relatora Especial das Nações Unidas, "Grupos específicos e indivíduos: Trabalhadores migrantes", Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidade com a resolução 2002/62 da Comissão de Direitos Humanos, E/CN.4/2003/85, 30 de dezembro de 2002, parágrafo 73 (expediente de prova, volume V, anexo 22 ao escrito autônomo de pedidos, argumentos e provas, fôlio 1993).

¹⁴ Ibidem, parágrafo 170. Ali a Corte volta a remeter ao Relatório do Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária das Nações Unidas, supra nota 12, parágrafo 63.

¹⁵ Ibidem.

ser a detenção obrigatória das pessoas migrantes irregulares, senão que os Estados têm a obrigação de avaliar em cada caso particular a possibilidade de adotar medidas alternativas à privação da liberdade¹⁶.

Nesta mesma linha, o Comitê das Nações Unidas para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migratórios e de seus Familiares, ao examinar disposições como a privação da liberdade, por infringir a regulação relativa ao ingresso a um país, recomendou que, a fim de ajustar a legislação à Convenção e outros instrumentos internacionais, deve-se eliminar "como delito penalizado com privação de liberdade a entrada irregular de uma pessoa [ao] território [de outro Estado]"¹⁷. No mesmo sentido, todos os Estados do âmbito ibero-americano têm afirmado unanimemente que enquanto "migrar não é um delito, [...] os Estados não desenvolverão políticas orientadas a criminalizar ao migrante"¹⁸. Também em nível sul-americano decidiu-se "rechaçar enfaticamente a criminalização da irregularidade migratória e seu possível tratamento como um fato punível desde o direito penal"¹⁹.

A nítida posição dos Estados da região sobre esta questão, reforçada pelos padrões fixados pela Honorable Corte e por diversos organismos internacionais de proteção de direitos humanos, habilita a falar de um **princípio de não criminalização da migração irregular**.

2.2 Estabelecido o princípio de não criminalização, ainda restam muitas questões pendentes em relação com o reconhecimento dos direitos humanos dos migrantes e em particular sobre o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos das crianças migrantes.

Um traço freqüente nas políticas migratórias é a falta de articulação adequada com o sistema de proteção de direitos da infância, o que limita a possibilidade das instituições públicas de definir de forma adequada as medidas que têm que adotar quando ingressa uma criança a um país de maneira irregular.

Esta situação não só pode constituir um cenário de incerteza quanto à proteção jurídica e integral dos direitos destes meninos, meninas e adolescentes, âmbito que costuma ser propenso à propagação de decisões discricionárias e inclusive arbitrárias senão que, ademais, pode determinar, como sucede em muitas ocasiões, que sejam tratados em idêntica forma que os adultos, com os prejuízos que isso acarreta para seu desenvolvimento presente e futuro. Em razão disso, em diversos países a ausência de preceitos legais dirigidos a proteger os direitos dos meninos/as nestas circunstâncias repercute em questões tais como a ausência de procedimentos e mecanismos institucionais para identificar as diferentes situações de risco para o exercício de direitos em que se encontram os meninos/as migrantes. Esta ausência de procedimentos impede identificar nos fluxos migratórios mistos as diversas necessidades de proteção internacional que podem apresentar os meninos/as migrantes, como por exemplo, se qualificam para aceder à proteção como refugiados,

¹⁶ Ibidem, parágrafo 171.

¹⁷ Comitê de Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migratórios e de seus Familiares, Observações Finais, México, CMW/C/MEX/CO/01, de 8 de dezembro de 2006, parágrafo 15. A Convenção à que se faz referência é a Convenção sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migratórios e suas Famílias.

¹⁸ *Compromisso de Montevideu sobre Migração e Desenvolvimento dos Chefes de Estado e de Governo da Comunidade Ibero-Americana de Nações*, XVI Cúpula Ibero-Americana, Montevideu, 5 de novembro de 2006, parágrafo 17.

¹⁹ Ibidem.

ou se devem receber tutela especial por serem vítimas de delitos de tratamento, ou se é aplicado a respeito deles o princípio de não devolução pela situação de risco que enfrentariam no país ao que se decidiu enviá-los. Outra consequência direta da ausência de um enfoque baseado na proteção dos direitos da infância é a ausência, em alguns sistemas legais, de medidas alternativas à detenção de meninos/as junto com pessoas adultas (migrantes, mas também em certos casos, pessoas acusadas e/ou condenadas pela prática de delitos penais), da não prestação de assistência jurídica gratuita e da falta de garantias processuais adequadas a sua idade no âmbito das quais possam defender seus direitos (por exemplo, provendo um tutor a meninos/as não acompanhados). Também expressa esta carência de perspectiva de proteção de direitos, a inexistência de políticas públicas que assegurem o acesso à educação, à saúde, à vida familiar ou à recreação, ou às restrições no acesso a prestações e serviços sociais vitais para os meninos e meninas baseadas precisamente em sua condição migratória.

Indubitavelmente um tema de preocupação é a subsistência em vários sistemas legais de políticas migratórias que recorrem a esquemas de privação da liberdade de meninos, meninas e adolescentes no âmbito de procedimentos migratórios.

Uma vez estabelecida a proibição geral de criminalização da imigração irregular, corresponde examinar se como efeito de dita proibição é possível a utilização da detenção de meninos/as quando esta se encontra associada a sua condição migratória. Entre as situações mais freqüentes onde se utiliza dita medida podem mencionar-se: em razão do ingresso a outro país de maneira não autorizada; por encontrar-se sem residência, seja porque carecem de permissão ou porque esta expirou; no âmbito de processos de identificação de pessoas migrantes sem documentação alguma, ou quando se dispõe a privação de liberdade até que se resolva sua condição migratória (usualmente, entre a opção de permitir sua estadia no país ou ordenar seu regresso forçado ao país de origem).

Neste sentido, enquanto alguns países prevêm a detenção de migrantes (sem prejuízo de sua idade) como sanção penal por infringir a legislação migratória, em outros se dispõe a detenção administrativa como medida cautelar no âmbito de procedimentos migratórios, sem contemplar medidas que não impliquem restrições à liberdade ambulatoria ou detenção, as quais deveriam aplicar-se em forma prévia de modo obrigatório. Por sua vez, em muitos casos esta detenção de meninos/as e adultos migrantes se impõe (com base legal ou de fato) em virtude da condição migratória da pessoa, sem necessidade de alegar outros motivos ou causas para justificar a medida.

Ademais, a condição migratória dos pais tem consequências diretas nos direitos dos meninos/as, por exemplo, quando são obrigados a alojar-se com seus pais em estações migratórias, ou quando devem acompanhar a seus pais expulsos apesar de serem nacionais de um país, ou quando sofrem a expulsão de seus pais e a ruptura do vínculo familiar. Por isso se considera indispensável analisar a situação de meninos e meninas migrantes, vinculando-a com os direitos dos adultos migrantes.

Em relação ao procedimento por meio do qual se adotam medidas a respeito dos meninos/as, que inclusive podem implicar restrições à liberdade e levar à detenção de adultos e meninos/as migrantes, em diversos países é possível identificar importantes carências a respeito da autoridade competente para ditar e executar esta decisão, particularmente devido à falta de intervenção do poder judiciário, a não

estipulação de prazos de tais medidas e a ausência de garantias elementares do devido processo.

Ao mesmo tempo, em numerosas ocasiões, meninos/as e adultos migrantes são alojados em centros carcerários ou delegacias policiais. Estas dependências, por um lado, não foram destinadas para albergar a pessoas acusadas de cometer infrações migratórias, e por outro, não foram adequadas aos padrões de direitos humanos em matéria dos direitos dos meninos e meninas. Também, em diversos países nos quais existem centros especialmente criados (ou acondicionados) para o alojamento de migrantes, estes apresentam uma lógica de funcionamento que em pouco, ou nada, se distingue de um regime penitenciário, o que incide na criminalização e estigmatização da população migrante sem residência, repercutindo de maneira negativa e prejudicial na infância.

Por outro lado, na região também é notória a ausência de um enfoque baseado nos direitos dos meninos/as (quer sejam migrantes e filhos de migrantes) no âmbito de procedimentos de expulsão de migrantes como sanção a infrações à regulação das condições de ingresso e residência a um país. O princípio do interesse superior da criança, entendido como a satisfação integral de todos os direitos dos meninos e meninas, resulta medular nos procedimentos migratórios²⁰. Componentes chaves do direito internacional dos direitos humanos como o princípio de não devolução, exigem a adoção de medidas específicas no âmbito dos mencionados processos, que incluem uma série de padrões concretos (entre outros, emanados do Comitê de Direitos da Criança, como depois será descrito) dirigidos a assegurar os direitos da infância.

No contexto de aumento de fluxos migratórios mistos se faz ademais necessário contar com sistemas adequados para identificar de maneira oportuna o ingresso de meninos e meninas eventuais solicitantes de asilo ou refúgio, e ter disponíveis procedimentos claramente estabelecidos para resolver medidas adequadas de proteção antes e depois de reconhecida sua condição de refugiado. As decisões que se adotem no âmbito dos procedimentos especiais sobre pedido de asilo ou refúgio devem partir também de um enfoque baseado na proteção dos direitos do menino ou menina, à luz do princípio do interesse superior, por exemplo, ao decidir seu esquema de garantias processuais, os acordos sobre soluções temporais e definitivas, entre outras situações.

Finalmente, os mecanismos de expulsão de pais de meninos/as residentes ou nacionais de países de destino, requerem também uma profunda revisão desde um prisma baseado no respeito aos direitos do menino/a, que priorize entre outros, o direito à vida familiar e o direito a um desenvolvimento integral.

Neste cenário, resulta fundamental que a Honorable Corte Interamericana de Direitos Humanos defina com maior precisão quais são os padrões,

²⁰ A CIDH no Relatório sobre Segurança Cidadã e Direitos Humanos, 2009, no parágrafo 88 indicou que, "(...) a partir da doutrina da proteção integral, sustentada na mesma Convenção sobre os Direitos da Criança, por *interesse superior da criança* não pode entender-se outra coisa que a efetividade de todos e cada um de seus direitos humanos. Em outros termos: todas as decisões que na família, a sociedade ou o Estado afetem a uma pessoa menor de dezoito anos de idade terão que ter em conta, objetiva e indefectivelmente, a vigência efetiva da integralidade de tais direitos. Assim o entendeu a Corte Interamericana ao afirmar que "(...) a expressão *interesse superior da criança*, consagrada no artigo 3 da Convenção sobre os Direitos da Criança, implica que o desenvolvimento deste e o pleno exercício de seus direitos devem ser considerados como critérios reitores para a elaboração de normas e a aplicação cidadã destas em todas as ordens relativas à vida da criança".

princípios e obrigações concretas que os Estados devem cumprir em matéria de direitos humanos das pessoas migrantes, em particular no que diz respeito aos direitos dos meninos e meninas migrantes e filhos/as de migrantes.

Em particular em base aos antecedentes resenhados que constituem pontos de preocupação prioritários dos governos signatários deste pedido, consideramos adequado que a Corte IDH possa avançar na definição de padrões jurídicos nos seguintes temas: 1. Procedimentos para a determinação de necessidades de proteção internacional e de medidas de proteção especial dos meninos, meninas e adolescentes migrantes; 2. Sistema de garantias que deveria aplicar-se nos procedimentos migratórios que envolvam meninos, meninas e adolescentes migrantes; 3. Padrões para a aplicação de medidas cautelares em um procedimento migratório sobre a base do princípio de não detenção de meninas e meninos migrantes. 4. Medidas de proteção de direitos que deveriam dispor-se de maneira prioritária e que não implicam restrições à liberdade pessoal. 5. Obrigações estatais em casos de custódia de meninos e meninas por motivos migratórios. 6. Garantias do devido processo perante medidas que impliquem privação da liberdade de meninos e meninas no âmbito de procedimentos migratórios. 7. Princípio de não devolução em relação a meninas e meninos migrantes. 8. Procedimentos para a identificação e tratamento de meninos e meninas eventuais solicitantes de asilo ou refúgio. 9. O direito à vida familiar dos meninos e meninas em casos de dispor-se a expulsão por motivos migratórios de seus pais.

Entendemos que estes temas selecionados não esgotam o repertório de questões problemáticas relativas aos direitos humanos das crianças migrantes, mas por questões metodológicas consideramos que constituem um conjunto de problemas intimamente vinculados e que poderiam ser tratados pela Corte no âmbito do processo deste parecer consultivo.

Ademais, são questões que permitiriam à Corte desenvolver e aprofundar princípios jurisprudenciais e regras de interpretação da Convenção Americana já insinuadas nos precedentes antes referidos.

3. Antecedentes institucionais.

O respeito dos direitos humanos nas políticas migratórias é um tema destacado na agenda dos países membros do MERCOSUL e do resto dos outros países da América Latina e do Caribe em dois níveis de análise: 1) quanto à população que migra ou transita entre os países da região; 2) quanto aos e as migrantes da região que se encontram em países do Norte, como os Estados Unidos, Canadá e Estados Membros da União Européia.

Um tema de crescente interesse e preocupação para os povos latino-americanos e caribenhos é o das políticas migratórias restritivas adotadas em ditas regiões, as quais com freqüência vulneram direitos fundamentais, afetando de maneira particular aos meninos, meninas e adolescentes sejam eles migrantes ou filhos/as de migrantes.

Os países membros do MERCOSUL têm incorporado a temática migratória em diversos foros e espaços de interlocução internacional (como a Conferência Sul-

Americana de Migrações e o Foro Global de Migração e Desenvolvimento) e têm subscrito acordos bilaterais, regionais e sub-regionais que reconhecem direitos humanos dos migrantes com independência de sua condição migratória, ademais de haver subscrito os principais tratados internacionais sobre direitos humanos e em particular sobre direitos da infância.

Este pedido se insere em um âmbito mais amplo de trabalho e articulação regional entre os países signatários. A esse respeito, na XVIII Reunião de Altas Autoridades de Direitos Humanos e Chancelarias (RAADDHH) do MERCOSUL e Estados Associados, os Estados participantes decidiram impulsionar um parecer consultivo perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação à temática dos direitos de meninos, meninas e adolescentes migrantes, outorgando ao Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos do MERCOSUL (IPPDH) o mandato de elaborar um texto de pedido de parecer consultivo. O texto final deste pedido foi aprovado pela RAADH em sua reunião de Assunção no mês de abril de 2011.

Esta decisão expressa uma tendência para a coordenação de posições sobre aqueles temas de alto interesse público que apresentam uma incidência fundamental para a vigência dos direitos humanos na região e é o resultado de mais de cinco anos de trabalho por parte da RAADDHH, através de sua Comissão Permanente Iniciativa Crianç@Sul, na coordenação de ações em matéria de proteção e promoção dos direitos da criança.

O objetivo principal da proposta consiste em promover a definição de padrões precisos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos em relação com os temas mencionados que expressam uma preocupação prioritária dos países que integram o MERCOSUL.

Também, isto contribuirá nos esforços dos Estados da região por adequar sua legislação, sua política migratória e de proteção dos direitos de meninos, meninas e adolescentes a este piso comum de padrões jurídicos regionais, servindo ademais como base para os diálogos bilaterais com os países centrais e as posições comuns dos Estados e do bloco MERCOSUL nos foros regionais e globais.

Cabe destacar que esta iniciativa expressa ademais o firme compromisso de nossos governos com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos o qual é concebido como uma peça chave do sistema de garantias de proteção de direitos humanos no continente americano.

II. Pedido de parecer consultivo

Por meio da presente consultamos à Honorável Corte para que tenha a bem determinar com maior precisão quais são as obrigações dos Estados com relação às medidas passíveis de serem adotadas a respeito de meninos e meninas, associada a sua condição migratória, ou à de seus pais, à luz da interpretação autorizada dos artigos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e os artigos 1, 6, 8, 25 e 27 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e o artigo 13 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura.

Na formulação deste pedido de parecer consultivo os signatários decidimos adiantar nossa posição sobre alguns aspectos que, consideramos, deveriam incluir-se na análise da Corte e em ocasiões temos enunciado também posições sobre o alcance

que deveria dar-se às normas da Convenção nos temas propostos. Em tal sentido este documento expressa um consenso entre os Estados signatários sobre os pontos de vista que aqui se expressam. A formulação destas posições, assim como o relevamento de diversas fontes de direito interno e de direito internacional, estudos e investigações, e documentos de especialistas, que se citam no pedido, devem entender-se como apoio ao trabalho interpretativo da Corte, último intérprete do alcance das obrigações estabelecidas nos instrumentos internacionais invocados.

A análise relativa aos direitos das crianças migrantes deve ter em consideração duas questões gerais centrais de caráter normativo. Em primeiro lugar, a obrigação fundamental do Estado de garantir o acesso aos direitos dos meninos e meninas migrantes em condições de igualdade. Em segundo lugar, a necessidade de realizar uma interpretação ampla e progressiva dos direitos dos meninos e meninas migrantes que se encontram envolvidos nos diferentes temas colocados neste pedido de parecer consultivo. Essa interpretação ampla e progressiva deveria integrar-se de forma harmônica com os direitos estabelecidos na Convenção sobre os Direitos da Criança. Este último foi estabelecido pela jurisprudência da Honorable Corte a qual afirmou que tanto a Convenção Americana como a Convenção sobre os Direitos da Criança formam parte de um *corpus júris* internacional de proteção das crianças muito compreensivo que deve servir à Corte para fixar o conteúdo e os alcances da disposição geral definida no artigo 19 da Convenção Americana²¹.

Ao examinar os padrões internacionais aplicáveis especificamente aos temas em questão, se solicita à Corte que tenha em especial consideração certos princípios do direito internacional dos direitos humanos de caráter mais geral, entre outros:

- o princípio *pro homine*, que exige recorrer à interpretação mais favorável à pessoa;
- o princípio de não discriminação, que proíbe a restrição irrazoável de direitos fundamentais com base em diversos fatores, como poderia ser a nacionalidade ou a condição migratória da pessoa²² e que ordena tomar em consideração traços identitários destacados da pessoa, entre outros, a idade, a diversidade cultural e o gênero;
- a progressividade e o dinamismo dos direitos humanos, que demanda interpretar as normas de forma tal a enfrentar os desafios presentes (neste caso, o fenômeno migratório) com o objetivo de assegurar, progressivamente, a garantia dos direitos a todas as pessoas;
- o princípio de proteção especial ou de especialidade, que requer considerar um enfoque diferenciado nas normas e nas políticas que dê conta da situação de desigualdade estrutural em que podem encontrar-se certos grupos ou coletivos sociais, em particular os meninos, meninas e adolescentes²³. Neste caso cabe

²¹ A esse respeito vejam-se os casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos "Meninos de rua" (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala, Sentença de 19 de novembro de 1999 (*Mérito*), Parágrafos 194 e 195 e "Instituto de Reeducação do Menor" (Panchito López) vs. Paraguai, Sentença de 2 de setembro de 2004 (exceções preliminares, mérito e reparações e custas), parágrafo 148 e o Parecer Consultivo OC-17/2002 sobre a "Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança", 28 de agosto de 2002, solicitado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, parágrafos 24 a 30. No parágrafo 28 desta OC a Corte ademais indicou que "Hoje em dia deve dar-se uma interpretação dinâmica ao artigo 19 da Convenção Americana que responda às novas circunstâncias sobre as que deve projetar-se e atenda às necessidades da criança como verdadeiro sujeito de direito e não só como objeto de proteção".

²² A esse respeito, ver Corte IDH, Parecer Consultivo OC-18/03, *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Não-documentados*, de 17 de setembro de 2003.

²³ Este último "deve entender-se como um direito adicional, complementar, que o tratado estabelece para seres que por seu desenvolvimento físico e emocional necessitam proteção especial" (Corte IDH, *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, OC-17/02, cit. parágrafo 54). Sobre o princípio de especialidade também se disse que "... não é possível desconhecer que o menor de idade guarda uma situação especial no processo, como a guarda na vida e em todas as relações sociais. Nem inferior nem superior: diferente,

localizar a situação de particular desigualdade fática em que se encontram os meninos e meninas migrantes ou filhos de migrantes em situação irregular.

- o princípio do "interesse superior da criança"²⁴, entendido como a satisfação simultânea e integral dos direitos e garantias que deve ser uma consideração primordial em cada medida que possa afetá-lo e exige uma proteção especial a seus direitos e seu desenvolvimento;

- e o princípio de "proteção integral dos direitos da criança"²⁵, que demanda um tratamento centrado não só nos direitos das crianças, senão também na garantia efetiva e independente desses direitos.

Em conseqüência, solicita-se à Honorable Corte Interamericana de Direitos Humanos que se pronuncie especificamente sobre as questões que se detalham em seguida.

1- Procedimentos para identificar necessidades de proteção internacional e potenciais situações de risco para os direitos de meninos e meninas migrantes.

Os fluxos mistos migratórios foram definidos como movimentos de população complexos que incluem a refugiados, solicitantes de asilo e outros migrantes²⁶. Em concreto, os fluxos estão relacionados com movimentos irregulares, nos quais com freqüência há migração de trânsito, com pessoas que viajam sem a documentação necessária, atravessam fronteiras e chegam a seu destino sem autorização. Cabe ter presente que as pessoas que viajam desta maneira com freqüência colocam suas vidas em risco, são obrigadas a viajar em condições desumanas e podem ser vítimas de exploração e abuso.

que merece atenções também diferentes. Há que ressaltar como o fez supra – e nisso é enfático o Parecer Consultivo-- que todos os instrumentos internacionais relativos a direitos da criança ou menor de idade reconhecem sem dúvidas a "diferença" entre estes e os adultos e a pertinência, por esse motivo, de adotar medidas "especiais" com respeito às crianças. A idéia mesma de "especialidade" constitui um reconhecimento e uma reafirmação da diferença que existe – uma desigualdade de fato, à que não fecha os olhos o Direito—e da diversidade de soluções jurídicas que procede aportar neste panorama de diversidade. Voto concorrente razoado do Juiz Sergio Garcia Ramirez ao Parecer Consultivo OC-17, sobre "Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança", de 28 de agosto de 2002, parágrafo 27.

²⁴ Convenção sobre os Direitos da Criança, artigo 3.

²⁵ Corte IDH, Caso do *Instituto de Reeducação do Menor v. Paraguai*, sentença de 2 de setembro de 2004, p. 147; Corte IDH, *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, Parecer Consultivo OC-17/02, de 28 de agosto de 2002, p. 54.

²⁶ Costuma prestar-se maior atenção aos solicitantes de asilo e aos refugiados nos fluxos mistos devido aos princípios jurídicos internacionais estabelecidos de não devolução e de proteção dos refugiados, mas os fluxos mistos também envolvem a diversos grupos de outros migrantes também vulneráveis tais como, migrantes vítimas de tráfico, migrantes objeto de tráfico, menores não acompanhados (e separados), migrantes objeto de violência (incluída a violência de gênero) e traumas psicológicos durante o processo migratório, pessoas vulneráveis como as mulheres grávidas, crianças, anciãos, e migrantes detidos em trânsito ou a sua chegada. Ademais, os fluxos mistos podem incluir a trabalhadores migrantes, comerciantes transfronteiriços e migrantes que se deslocam por causas ambientais. Veja-se "Migração Irregular e Fluxos Migratórios Mistos: Enfoque da OIM", outubro 2009 disponível em http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/nuevo_sitio/2010/conferencia/3.%20Background%20Information%20on%20Mixed%20Migration/The%20Protection%20of%20Smuggled%20and%20Irregular%20Migrants/IOM%20-%20Migration%20Irregular%20y%20Flujos%20Migratorios%20Mixtos.pdf Veja-se também o documento resumido da Conferência Regional sobre Proteção de Refugiados e Migração Internacional nas Américas – Considerações de Proteção no Contexto da Migração Mista São José, Costa Rica, 19-20 de novembro de 2009. Entre outras coisas aqui se destaca que "... o aumento na migração irregular em todo o continente traz emparelhados uma série de desafios relacionados com a proteção, em especial nos pontos de ingresso" e que "... há uma ausência de mecanismos adequados para identificar e abordar as necessidades específicas de proteção de determinados grupos como as vítimas de tráfico de pessoas e os meninos, meninas e adolescentes migrantes não acompanhados", páginas 4-5.

A determinação de qual é a resposta estatal adequada para responder às necessidades de proteção dos meninos/as migrantes encontra-se de forma inexorável associada ao estabelecimento de procedimentos adequados e oportunos para efetivamente possibilitar a identificação das situações de riscos, ameaças e afetação – ou potencial afetação- de direitos em que se encontram os migrantes que ingressaram ou procuram ingressar ao território do Estado.

Estes procedimentos de identificação de situação de riscos para os direitos fundamentais serviriam por um lado, para identificar necessidades concretas de proteção internacional que permitiram ativar os mecanismos específicos previstos em normas de direito internacional de direitos humanos, do direito internacional humanitário ou do direito internacional de refugiados entre outras normas. Por outro lado, também serviriam aos Estados para avançar na adoção das medidas especiais de proteção dos direitos dos meninos e meninas previstas no artigo 19 da Convenção Americana, mais além de qual fora sua situação migratória no país em que se encontrem.

A identificação é em particular urgente a respeito de meninos e meninas cuja migração pode responder a múltiplas causas, tais como: ser vítima do delito de tráfico de pessoas e de severas formas de violência no país de origem, trânsito ou destino; a reagrupação familiar; a procura de melhores condições econômicas, sociais ou culturais; fugir da pobreza, a exclusão e a degradação ambiental; ou outras formas de abuso e perseguição a que poderiam qualificar em linha com os princípios e critérios dos âmbitos normativos internos e do sistema de proteção internacional.

Esta ampla gama de situações exige aos Estados atuar e procurar que a identificação seja efetiva, sob um enfoque de proteção integral dos direitos de meninos/meninas. Ou seja, com a devida diligência, deveria identificar-se, caso por caso, o tipo de problemas que prejudica o menino/a, os direitos prejudicados – ou potencialmente prejudicados (ameaçados)-, bem como as causas que os originam e os fatores que contribuem a potenciá-los. De tal forma que a identificação suponha a prevenção ou primeira resposta à vulnerabilidade dos direitos dos meninos/as, e permita ao Estado adotar um curso de ação conseqüente com as medidas concretas de proteção orientadas a evitar a consumação desses riscos.

De modo que a identificação deveria realizar-se antes de definir um curso de ação pública, tanto de índole social, assistencial, humanitária ou migratória. Isto significa que estes procedimentos deveriam ser oportunos, isto é, implementados imediatamente, pois em caso contrário o temperamento estatal poderia estar mal orientado e causar os mesmos danos aos direitos dos meninos/as migrantes. Tanto que se sustenta que este tipo de procedimentos de identificação deveriam ser implementados nos primeiros contatos dos meninos e meninas com as autoridades públicas, sejam autoridades migratórias ou outros funcionários.

Conforme o Relator sobre Direitos dos Migrantes das Nações Unidas, as medidas mínimas que devem ter-se em consideração no processo de avaliação inicial uma vez que um menino/a não acompanhado ou separado de seus pais chega a um país de trânsito ou destino consistem em: "... determinar, com caráter prioritário, a condição de menor não acompanhado ou separado de seus pais a sua chegada ao porto de entrada ou tão logo as autoridades tomem conhecimento de sua presença no país, incluída a determinação da idade, a inscrição e a determinação imediata, de uma maneira adaptada a sua idade e sexo, da identidade da criança, realizada por

profissionais qualificados em um idioma que a criança possa compreender; consignar informação adicional, a fim de atender a situação concreta do menor, que inclua, entre outras coisas, as razões pelas que não está acompanhado ou está separado de seus pais, uma avaliação dos aspectos particulares de vulnerabilidade, em especial relativos à saúde, e de índole física, psicossocial e material, e de outras necessidades de proteção como as derivadas da violência no lar, o tráfico ou um trauma²⁷."

Estes procedimentos de identificação, que deveriam circunscrever-se ao sistema de proteção integral de direitos, deveriam ser ademais idôneos para alcançar seu propósito de solicitar informação útil para formar um diagnóstico claro das circunstâncias em que está cada menino/a. Um fator que incidirá na idoneidade destes procedimentos é a capacitação do pessoal que atuará em cada caso. Também a capacidade de dialogar e interatuar com meninos e meninas com diferentes culturas e afetados por diferentes circunstâncias, freqüentemente traumáticas. A isso deve-se acrescentar o respeito pela perspectiva de gênero, visto que, em numerosas ocasiões podem existir circunstâncias de violência de gênero ou sexual.

Será necessário que as autoridades respectivas tenham instruções ou diretrizes claras de atuação, um claro âmbito normativo, ferramentas que facilitem seu acionamento, em particular a identificação, o registro da informação relevante (por exemplo, fatores de alto risco) e mecanismos de canalização ou referência às autoridades competentes em matéria de proteção e de infância, segundo o caso²⁸.

A informação que se solicite deveria ser confidencial e ademais deveria servir para orientar adequadamente as respostas das autoridades públicas. Os procedimentos de identificação de situações de vulnerações de direitos deveriam ativar respostas estatais diferenciadas acordes às necessidades detectadas em cada caso, e em certos casos particulares, medidas urgentes e especiais de proteção para paliar ou evitar a consumação de riscos, como por exemplo, medidas de assistência e cuidado de meninos e meninas vítimas de tráfico ou violência.

O espectro dos riscos que podem enfrentar os meninos e meninas e suas conseqüentes necessidades de proteção pode ser amplo. Como se viu, pode ocorrer que um menino/a seja vítima de tráfico, fuja de diversas formas de violência, tenha sofrido perseguição, etc. Qualquer que seja a necessidade em questão, os procedimentos ou mecanismos de identificação deveriam possibilitar que a mesma saía à luz e que o Estado responda de forma adequada. Em particular, no contexto de fluxos mistos, é chave que sejam identificadas as necessidades de proteção internacional dos meninos e meninas no âmbito do direito internacional dos Direitos Humanos, do direito de refugiados ou do direito humanitário, tendo em conta as normas que regem a atuação do Estado nestes casos.

Em síntese, desde o primeiro momento que um menino, menina ou adolescente se encontra diante de autoridades públicas, estas deveriam atuar conforme à perspectiva de proteção integral de seus direitos. Isso significa iniciar as ações do Estado com um processo que permita determinar claros cursos de ação, identificando

²⁷ *Relatório do Relator da ONU sobre Direitos de Migrantes*, apresentado perante o Conselho de Direitos Humanos, A/HRC/11/7, cit., parágrafo 35.

²⁸ Também influirá na idoneidade do procedimento o esforço estatal para recolher informação de contexto que permita determinar padrões ou situações de risco geral da população migrante. A determinação de fatores de risco gerais pode contribuir à análise que deveria realizar-se em cada caso para determinar situações de risco particularizadas, e adotar medidas preventivas eficazes em casos concretos de meninos e meninas migrantes.

os meninos/as que se encontram não acompanhados e separados, aqueles que são vítimas de tráfico, solicitantes de asilo/refúgio ou migrantes. A esse respeito, dever-se-ia contar com pessoal devidamente capacitado que efetue entrevistas aos meninos/as, em uma linguagem compreensível, não invasivas, nem intimidatórias, respeitadas da perspectiva de gênero, outorgando ao menino/a informação sobre o propósito da mesma e o objetivo da obtenção de informação, a qual deveria ser confidencial. Esta instância deveria ser prévia à adoção de medidas de cuidado temporário, já que permite a atenção imediata de necessidades urgentes. Nesse sentido, é importante a realização de um exame psicofísico, para determinar se requer cuidados urgentes de atenção médica, ou bem psicológica em casos de detectar que algum menino ou menina tenha sido vítima de algum tipo de violência, por exemplo, de caráter sexual.

Além de contar com mecanismos idôneos e efetivos para identificar riscos e necessidades de proteção internacional, os sistemas e aparelhos estatais administrativos que implementem políticas migratórias deveriam contar com a capacidade técnica de avaliar, à luz do interesse superior da criança, a adoção de medidas especiais de proteção de direitos nas diferentes fases ou instâncias de um procedimento migratório. Em especial antes de decidir sobre temas que podem eventualmente prejudicar seus direitos, tais como o enraizamento no país de destino ou a expulsão ou repatriação ao país de origem, ou de trânsito, ou em reconhecimento da condição de refugiado, ou o oferecimento de assistência temporal ou soluções duradouras ou definitivas.

O tratamento diferenciado dos direitos da infância e o objetivo de alcançar sua proteção integral devem conduzir a uma avaliação estrita das conseqüências jurídicas, sociais, culturais e pessoais que pode supor para o menino/a medidas tais como a deportação, qualquer que seja a modalidade ou nome que esta tenha. Esta evolução e a determinação de qual é no caso o interesse superior da criança supõe necessariamente o estabelecimento de procedimentos e acordos institucionais aptos a este fim²⁹.

Em diversos países da região, os meninos e meninas podem ser deportados em razão de sua condição migratória ou a de sua família com total prescindência da análise de outras considerações baseadas em seu interesse superior e afetando seus direitos fundamentais. Neste sentido, sem distinção os meninos/as e seus pais, recebem a mesma sanção de expulsão como castigo por infrações à normativa migratória, como a falta de autorização de residência. Esta sanção inclui também, em muitos casos, uma sanção adicional: a proibição de retornar ao país de destino por um número determinado de anos. Nestes casos, os meninos e meninas podem ser sancionados com a proibição de retorno a um país como conseqüência da conduta migratória de seus pais.

O descumprimento da normativa de ingresso ou residência, ou de qualquer outra normativa migratória, não deveria ser a única circunstância a ser avaliada pela

²⁹ Em linha com as diretrizes do Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), aos efeitos do presente documento a expressão "procedimentos de determinação do interesse superior" descreve o processo formal, dotado de garantias processuais estritas, estabelecido para determinar o interesse superior da criança. Far-se-á especial ênfase na adoção das decisões importantes que lhe afetem, no contexto de procedimentos migratórios ou de outra natureza, e que tenha por efeito direto ou indireto resolver sobre aspectos vinculados a sua permanência, retorno a um terceiro país ou ao país de origem ou, em geral, a respeito de soluções duradouras (integração - radicação -, reunificação familiar, realocação, reassentamento, etc.).

autoridade administrativa no momento de dispor um procedimento de deportação de menores de idade. A expulsão não deveria conceber-se como sanção pela irregularidade migratória e a repatriação, em qualquer caso, deveria ser uma medida cuja idoneidade deveria ponderar-se em função de um enfoque de proteção integral de direitos dos meninos e meninas.

Por estas razões, a Honorável Corte determinou que, "As medidas de proteção que se adotem em sede administrativa, devem ajustar-se estritamente à lei, e indicar a que a criança continue vinculada com seu núcleo familiar, se isso é possível e razoável (...); no caso de que resulte necessária uma separação, que esta seja pelo menor tempo possível (...); que quem intervenha nos processos decisórios sejam pessoas com a competência pessoal e profissional necessária para identificar as medidas aconselháveis em função da criança (...). Tudo isso permite o desenvolvimento adequado do devido processo, reduz e limita adequadamente a discricionariedade deste, conforme a critérios de pertinência e racionalidade "³⁰

Na mesma linha, o Relator da ONU sobre Direitos de Migrantes, se referiu ao princípio de não devolução ou de não expulsão de crianças migrantes como medida de caráter não punitivo. Este princípio impõe às autoridades a guiar-se por uma lógica de "proteção", e não de "castigo"³¹, harmonizando os objetivos das políticas migratórias com os direitos da infância.

Neste sentido, é fundamental que os procedimentos migratórios ou aqueles que possam decidir sobre o retorno ou a repatriação de crianças estejam guiados pelo objetivo de determinar, em cada caso concreto, qual é a medida mais respeitosa de seus direitos. Deve procurar-se que através de dito procedimento se avalie, assegurando as garantias processuais, o impacto que terá nos meninos e meninas cada uma das possíveis soluções, tal como a repatriação ao país de origem, a devolução ao país de procedência, o oferecimento de residência no país de trânsito ou destino, a assistência para a reunificação familiar no país que se encontra, ou em um terceiro país em que se encontrem seus pais (relocalização ou reassentamento).

O Comitê dos Direitos da Criança sustenta que, "A determinação do interesse superior da criança exige uma avaliação clara e a fundo da identidade desta e, em particular, de sua nacionalidade, criação, antecedentes étnicos, culturais e lingüísticos, assim como as vulnerabilidades e necessidade especiais de proteção. Portanto, permitir o acesso do menor ao território é condição prévia deste processo de avaliação inicial, o qual deve efetuar-se em um ambiente de amizade e segurança e a cargo de profissionais competentes formados em técnicas de entrevistas que tenham em consideração a idade e o gênero"³².

Para isso, deveriam adotar-se uma série de medidas tanto nos países de destino de crianças migrantes, como de trânsito e de origem (como indicou o Relator das Nações Unidas³³), de maneira tal que, em cada caso, se possa efetivamente determinar quais são as alternativas que harmonizem os objetivos das políticas migratórias com os princípios e padrões fundamentais em matéria de direitos da infância.

³⁰ Corte IDH. OC-17, parágrafo 103.

³¹ *Relatório do Relator da ONU sobre Direitos de Migrantes*, apresentado perante o Conselho de Direitos Humanos, A/HRC/11/7, cit., parágrafos 57 e 123.

³² Comitê de Direitos da Criança, Observação Geral Nº 6, cit., parágrafo 20.

³³ *Relatório do Relator da ONU sobre Direitos de Migrantes*, apresentado perante o Conselho de Direitos Humanos, A/HRC/11/7, cit., parágrafo 57.

Conforme o exposto, a primeira consulta que se considera oportuno formular à Honorable Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre esta questão é a seguinte:

Quais são, à luz dos artigos 1, 2, 5, 7, 8, 19, 22.7, e 25 da Convenção Americana e dos artigos 1, 25 e 27 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, os procedimentos que deveriam adotar-se a fim de identificar os diferentes riscos para os direitos de meninos e meninas migrantes; determinar as necessidades de proteção internacional; e adotar, se for o caso, as medidas de proteção especial que se requeream?

2. Sistema de garantias do devido processo.

Esta pergunta se refere a uma série de garantias básicas do devido processo que deveriam contemplar-se em relação às medidas aplicáveis aos meninos/as no âmbito de procedimentos migratórios.

Em tal sentido, as normas internacionais consagram uma série de condições que devem satisfazer-se a fim de que as medidas aplicáveis pelo Estado sejam legítimas. Estes requisitos constituem garantias processuais que conformam o "devido processo legal" que precisa ser observado em todas as instâncias processuais a efeitos de que as pessoas possam defender de forma adequada seus direitos perante qualquer ato do Estado que possa afetá-los³⁴. A fortiori, a mesma Corte Interamericana indicou que é um atributo dos Estados tomar decisões soberanas sobre sua política de migração, "as quais devem ser compatíveis com as normas de proteção de direitos humanos estabelecidas na Convenção Americana"³⁵.

Os padrões internacionais reconhecem, com particular intensidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que qualquer atuação dos órgãos estatais em um processo administrativo ou jurisdicional deve respeitar o devido processo legal e que estas garantias mínimas se aplicam em todas as ordens nas quais podem afetar-se os direitos das pessoas, o que inclui os procedimentos de índole migratória³⁶. A Corte Interamericana sublinhou que, sem prejuízo de que os Estados podem estabelecer mecanismos de controle de ingressos e saídas de migrantes "não-documentados", essas medidas "devem sempre aplicar-se com apego estrito às garantias do devido processo e ao respeito da dignidade humana"³⁷.

Também, o devido processo legal deve ser reconhecido a todas as pessoas que se encontrem sob a jurisdição de um Estado, o que sem lugar a dúvidas inclui às pessoas migrantes sem prejuízo de sua condição migratória³⁸, e com especial atenção, quando se trata de meninos, meninas e adolescentes.

³⁴ Corte IDH, Parecer Consultivo OC-18/03, cit., parágrafo 123.

³⁵ Corte IDH, Caso de medidas provisórias contra República Dominicana, resolução de 18 de agosto de 2000, ponto 4 dos considerandos.

³⁶ Corte IDH, Caso *Baena Ricardo e outros*, sentença de 2 de fevereiro de 2001, parágrafo 124; Caso *Ivcher Bronstein v. Peru*, sentença de 6 de fevereiro de 2001, parágrafo 102; OC-17/02, *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, cit., parágrafos 115-136; OC-18/03, *Condição Jurídica e Direitos de Migrantes Não-Documentados*, cit., parágrafos 121-126.

³⁷ Corte IDH, OC-18/03, cit., parágrafo 119.

³⁸ Vejam-se, a esse respeito, os princípios estabelecidos no Relatório do Grupo de Trabalho sobre a Detenção Arbitrária, Anexo II, Deliberação N°5: *Situação relativa aos imigrantes e aos solicitantes de asilo*, E/CN.4/2000/4, de 28 de dezembro de 1999. A Corte Interamericana afirmou que "o amplo alcance da intangibilidade do devido processo compreende todas as matérias e todas as pessoas, sem discriminação

A esse respeito, a Corte em sua recente jurisprudência delimitou com clareza as garantias do devido processo que devem respeitar-se ao longo de todo o procedimento migratório. Desta maneira, estabeleceu que "o funcionário autorizado pela lei para exercer funções jurisdicionais deve cumprir com as características de imparcialidade e independência que devem reger a todo órgão encarregado de determinar direitos e obrigações das pessoas".

Nesta linha indicou a exigência de que "qualquer autoridade pública, seja administrativa, legislativa ou judicial, cujas decisões podem afetar os direitos das pessoas, adote tais decisões com pleno respeito das garantias do devido processo legal", sendo que "o devido processo legal é um direito que deve ser garantido a toda pessoa, independentemente de seu status migratório"³⁹.

Outra das garantias às que fez referência a Corte no caso comentado anteriormente é a assistência letrada de quem se encontra submetido a um processo migratório. A tal fim, dispôs que "é de ressaltar a importância da assistência letrada em casos como o presente, em que se trata de uma pessoa estrangeira, que pode não conhecer o sistema legal do país e que se encontra em uma situação agravada de vulnerabilidade ao encontrar-se privada de liberdade, o qual requer que o Estado receptor tome em consideração as particularidades de sua situação, para que goze de um acesso efetivo à justiça em termos igualitários". Ademais, especificou as características que deve ter quem assiste tecnicamente na defesa da pessoa submetida a processo, e destacou que "em procedimentos administrativos ou judiciais nos quais se possa adotar uma decisão que implique a deportação, expulsão ou privação da liberdade, a prestação de um serviço público gratuito de defesa legal em favor destas é necessária para evitar a vulneração do direito às garantias do devido processo"⁴⁰.

Com relação ao direito à informação, e em particular no que se refere à informação consular, este Honorable Tribunal reiterou que se trata de uma das garantias essenciais do devido processo que promove a igualdade real daqueles que são levados perante a justiça⁴¹. Conforme esta jurisprudência são três os componentes essenciais do direito devido ao indivíduo pelo Estado Parte: "i) o direito a ser notificado de seus direitos sob a Convenção de Viena; ii) o direito de acesso efetivo à comunicação com o funcionário consular, e iii) o direito à assistência mesma"⁴².

Para os meninos e meninas migrantes, e particularmente para aqueles não acompanhados, o direito de ser ouvido (consagrado no artigo 12.2 da CDN) cobra uma especial relevância e está intimamente vinculado com a idoneidade dos procedimentos referidos no ponto anterior para identificar riscos de afetação de direitos, necessidades de proteção internacional, e o exame estrito das conseqüências que podem ter as medidas que se adotam no trâmite migratório.

alguma" (Corte IDH, OC-18/03, cit., parágrafo 173.7). Em igual sentido se expressou a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH, Relatoria Especial sobre Trabalhadores Migrantes e membros de suas famílias no hemisfério, *Segundo relatório de progresso*, cit., parágrafos 89 e 90).

³⁹ Ibidem, parágrafos 142 e 143.

⁴⁰ Ibidem, parágrafos 132 e 146.

⁴¹ Cabe indicar que o direito à informação consular, fundamental para os estrangeiros em geral, não se aplica para os refugiados. A OC-16 da Corte IDH não diz nada a esse respeito.

⁴² Ibidem, parágrafos 152 e 153. Cabe indicar que a Corte esclarece neste ponto que esses padrões não se aplicam às pessoas detidas ou retidas que tenham solicitado uma medida de proteção internacional (*supra* parágrafo 106). Se forem detidas, tais pessoas gozam dos direitos sob a Convenção de Viena, não obstante, há outras considerações para proteger seus interesses, as quais a Corte não considera pertinente examinar nesta sentença.

Também a respeito dos meninos/as não acompanhados ou separados de suas famílias é de suma importância, a fim de garantir eficazmente seus direitos, outorgar-lhes acesso rápido e gratuito à assistência jurídica, e nomear-lhes um tutor e representante legal a fim de defender seus direitos, interesses e assegurar seu bem-estar⁴³.

Cabe ter em conta que a demora na adoção destas medidas representa uma ameaça à segurança dos meninos e meninas, deixando-os expostos ao risco de serem vítimas de tráfico e outros abusos⁴⁴. Estas garantias deveriam ser tomadas em conta também no âmbito de todos os procedimentos, em especial para determinar a opção mais adequada ao caso.

Como indicou a Corte em exercício de sua função consultiva, as garantias reconhecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção devem relacionar-se às medidas de proteção especial estabelecidas no artigo 19, devendo adotar medidas especiais para a específica proteção dos direitos das crianças, que requerem de um tratamento diferente por suas condições particulares⁴⁵.

Neste sentido, a Corte indicou no caso Rosendo Cantú vs. México que, "A obrigação de proteger o interesse superior dos meninos e meninas durante qualquer procedimento no qual estejam envolvidos pode implicar, *inter alia*, o seguinte: i) subministrar a informação e implementar os procedimentos adequados adaptando-os a suas necessidades particulares, garantindo que tenham assistência letrada e de outra índole em todo momento, de acordo com suas necessidades; ii) assegurar em particular em casos nos quais meninos ou meninas tenham sido vítimas de delitos como abusos sexuais ou outras formas de maltrato, seu direito a ser ouvidos se exerça garantindo sua plena proteção, velando que o pessoal esteja capacitado para atendê-los e que as salas de entrevistas representem um entorno seguro e não intimidante, hostil, insensível ou inadequado, e iii) procurar que os meninos e meninas não sejam interrogados em mais ocasiões que as necessárias para evitar, na medida do possível, a revitimização ou um impacto traumático na criança"⁴⁶.

Por outro lado, um problema recorrente que enfrentam os meninos/as migrantes é o debate em torno às modalidades e critérios para a definição de sua idade. Em muitos casos, os meninos e meninas se encontram no país de trânsito ou destino sem nenhum documento que acredite sua identidade e sua idade, perante o qual costumam ser tratados como adultos e não se lhes outorga a atenção e proteção adequada a sua condição. A esse respeito, o Comitê de Direitos da Criança estabeleceu que a determinação da idade deve ter em conta não só o aspecto físico do indivíduo, mas também sua maturidade psicológica, e que a avaliação deve realizar-se com critérios científicos, segurança e imparcialidade, atendendo ao respeito de seus direitos e a considerações de gênero, evitando todo risco de violação de sua integridade física, respeitando sua dignidade humana e, em caso de incerteza, outorgando ao indivíduo o benefício da dúvida, de maneira que, perante a impossibilidade de estabelecer com certeza a idade se o trate como menino/a⁴⁷.

⁴³ Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral N° 6: *Tratamento dos menores não acompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, cit., parágrafo 63.

⁴⁴ Assim o entendeu a Assembléia Parlamentar do Conselho da Europa em sua Recomendação 1703 (2005) sobre proteção e assistência para crianças não acompanhadas solicitantes de asilo.

⁴⁵ Corte IDH, OC-17, parágrafos 95 e 96.

⁴⁶ Corte IDH, Caso Rosendo Cantú e outra Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2010 Série C No. 216. Parágrafo 201.

⁴⁷ Comitê de Direitos da Criança, Observação Geral N° 6 (2005), cit., parágrafo 31.

Em virtude do exposto, a seguinte consulta concreta que se formula a essa Honorable Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre esta questão é a seguinte:

Quais são à luz dos artigos 1, 2, 7, 8, 19 e 25 da Convenção Americana e do artigo 25 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, as garantias do devido processo que deveriam reger os processos migratórios que envolvem meninos e meninas migrantes?

3. A não detenção de meninos e meninas. Padrões para a aplicação de medidas cautelares em um processo migratório.

A detenção de migrantes se encontra expressa ou implicitamente proibida em alguns países⁴⁸. Em outros países se admite a possibilidade de detenção como medida cautelar encaminhada a garantir a execução de uma resolução que se adota no âmbito de um procedimento migratório (ingresso ao país, concessão de residência e, em especial, processos de expulsão ou deportação).

O exame da possibilidade de detenção de migrantes como medida cautelar, deve realizar-se sob um critério restritivo e de último recurso, e só para o caso excepcional de que não pudera impor-se, ou não haja resultado efetiva, nenhuma das medidas alternativas mais flexíveis, que de maneira prévia e prioritária deveriam aplicar-se. Este princípio é importante para evitar o uso abusivo e/ou arbitrário das detenções administrativas como um dispositivo de controle ou gestão dos fluxos migratórios⁴⁹.

Em relação a este ponto cabe indicar que a recente jurisprudência da Honorable Corte estabeleceu que a medida privativa de liberdade deve estar prevista em lei, perseguir um fim legítimo e ser idônea, necessária e proporcional⁵⁰. Neste sentido, a Corte manifestou que "a penalização da entrada irregular em um país supera o interesse legítimo dos Estados em controlar e regular a imigração irregular e pode dar lugar a detenções não necessárias", e que "[a] detenção dos migrantes com motivo de sua condição irregular não deveria sob nenhuma circunstância ter um caráter punitivo"⁵¹.

⁴⁸ Venezuela, Lei de Estraneidade e Migração (No. 37.944, 2004, artigo 46). Há países que em sua normativa migratória não têm prevista a detenção (Bolívia, Decreto Supremo No. 24.423, 1996; Peru, Decreto Legislativo No. 703, 1991; Uruguai, Lei 18.250, 2008). Outros, como Argentina, estabelecem o princípio geral que durante o procedimento (administrativo e judicial) de expulsão, a pessoa não deve estar privada da liberdade (Lei 25.871, 2004).

⁴⁹ No relatório elaborado a pedido do Parlamento Europeu, se sublinha que a detenção deveria ser a exceção à regra e só ser usada como último recurso, quando medidas alternativas mais flexíveis tenham falhado, conforme o ordena o direito internacional de direitos humanos e o direito internacional de refugiados. A detenção de migrantes não deve ser utilizada como política para gerir os fluxos, migratórios (Steps Consulting Social, *The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states*, Bruxelas, Dezembro 2007, página 209).

⁵⁰ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, supra nota 7, parágrafo 167.

⁵¹ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, supra nota 7, parágrafo 169, onde a Corte remete ao Relatório do Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre a Detenção Arbitrária. Relatório do Grupo, Anexo II, Deliberação No. 5: Situação relativa aos imigrantes ou aos solicitantes de asilo, 1999, E/CN.4/2000/4, Princípio 7, e ao Relatório apresentado pela Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, de conformidade com a resolução 2002/62 da Comissão de Direitos Humanos, E/CN.4/2003/85, 30 de dezembro de 2002, parágrafo 73 (expediente de prova, volume V, anexo 22 ao escrito autônomo de pedidos, argumentos e provas, fôlio 1993).

Ademais, a Corte definiu neste mesmo caso os princípios de necessidade e proporcionalidade da medida e a determinação do menor prazo possível de duração. A tal fim, expressou que "deste princípio se colige que a detenção de pessoas por descumprimento das leis migratórias nunca deve ser com fins punitivos. Assim, as medidas privativas de liberdade só deverão ser utilizadas quando seja necessário e proporcionado no caso em concreto aos fins mencionados *supra* e unicamente durante o menor tempo possível"⁵².

O exame que deveria efetuar-se quando se encontrem envolvidos meninos e meninas consiste em que qualquer medida que restrinja a liberdade só poderá realizar-se como medida de último recurso uma vez que se tenham realizado todos os esforços possíveis para aplicar medidas de proteção de direitos de um meio familiar e comunitário ou alternativas a qualquer forma de privação de liberdade⁵³.

Em qualquer dos casos, todas as respostas estatais perante estes supostos e a eventual privação de liberdade de meninos/as migrantes com fim cautelar, requereria em primeiro lugar, que uma lei formal autorize e regule essa possibilidade⁵⁴ e, como já se ressaltou que de maneira expressa o faça como uma opção de última *ratio*, dando prioridade àquelas medidas que não cerceiem o direito à liberdade pessoal⁵⁵. Por sua vez, a normativa deveria estabelecer as causas particulares concretas que habilitam as autoridades competentes a utilizar este último e excepcional recurso. Ademais, a aplicação de uma destas causais em cada caso deveria estar baseada e justificada nas circunstâncias individuais correspondentes, a fim de assegurar irrefutavelmente que se trata de uma restrição necessária para outorgar uma proteção adequada aos direitos da criança e que constitui uma medida proporcional ao objetivo que se procura alcançar.

Neste sentido, o exame de razoabilidade da medida deverá partir de princípios gerais do direito internacional de direitos humanos, como o *pro homine* e o princípio de integralidade e interdependência de tais direitos, que neste contexto estariam simbolizados no princípio *favor libertatis* (protegendo um direito essencial como a liberdade pessoal⁵⁶). Com este critério, nas conclusões de um extenso relatório elaborado a pedido do Parlamento Europeu, que incluiu a visita e avaliação de aproximadamente 130 centros de detenção de migrantes existentes na União Européia, os especialistas ressaltaram, por um lado, que a detenção de meninos/as e

⁵² Corte IDH, *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra* nota 7, parágrafo 171.

⁵³ *Convenção sobre os Direitos da Criança, artigos 37 e 40.4; Regras das Nações Unidas para a Proteção dos Menores Privados da Liberdade, Assembléia Geral, Resolução 45/113, de 14 de dezembro de 1990, regras I.2 e 17; Regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de menores, Regras de Beijing, AG, Resolução 40/33, de 29 de Novembro de 1985, regras 13.1 e 19; Subcomissão para a Promoção e Proteção dos Direitos Humanos, Resolução 2002/23, Proteção Internacional dos Refugiados, 2002, página 4; Relatório do Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, E/CN.4/1999/63, de 18 de dezembro de 1998, página 78; Corte IDH, Caso Instituto de Reeducação do Menor v. Paraguai, *cit.*, página 228-231; Corte IDH, Caso Bulacio v. Argentina, *sentença de 18 de setembro de 2003, parágrafo 133.**

⁵⁴ O requisito de lei formal para a restrição de um direito fundamental foi fundamentado detalhadamente, entre outros organismos internacionais, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (veja-se, entre outros, Corte IDH, Parecer Consultivo OC-6/86, *A expressão leis no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, de 9 de maio de 1986).

⁵⁵ Conselho da Europa, Assembléia Parlamentar, Resolução 1509 (2006), *Human rights of irregular migrants*, de 27 de junho de 2006, p. 12.4; Conselho da Europa, *Twenty Guidelines on Forced Return*, Setembro 2005, Diretriz 11.

⁵⁶ O direito à liberdade pessoal goza de uma proteção especial no direito internacional (e constitucional), dado que é considerado um direito angular para a democracia e o Estado de Direito, e portanto, a restrição a este direito só pode ser adotada em particulares circunstâncias e com o devido respeito de requisitos substantivos e formais.

de famílias "deveriam estar proibidas", e pelo outro, que a privação da liberdade não poderia, de nenhum modo, ser no "interesse superior da criança", porque afeta seus direitos fundamentais, de maneira que deveria recorrer-se a medidas de outra natureza⁵⁷.

Quando as crianças migrantes se encontram junto a seus pais, a privação de liberdade se costuma justificar em razão de um equilíbrio entre o princípio de unidade familiar (ou seja, o direito à vida familiar) e o interesse estatal no controle da migração irregular. No entanto, tais argumentos não deveriam invocar-se em detrimento dos outros padrões que aqui se discutem.

A esse respeito, no momento de tomar decisões por parte das autoridades competentes, deveria ponderar-se o direito à unidade familiar da criança, seu direito a um adequado nível de desenvolvimento, seu direito à educação, à saúde, ao lazer e a brincar, entre muitos outros. Por isso, a fim de garantir os direitos das crianças deveria prevalecer, antes da detenção da família, a manutenção da unidade familiar sem recorrer a uma medida privativa da liberdade. O Relator das Nações Unidas sobre Direitos de Migrantes indicou que devem ser feitos todos os esforços para liberar crianças e suas famílias de centros de detenção, e colocá-los em alojamentos mais apropriados para famílias com crianças⁵⁸. Como já se indicou, de nenhuma maneira poderia entender-se que a privação de liberdade será um âmbito propício para que a criança exercite seus direitos de forma adequada⁵⁹. Deste modo, ressaltou-se que a privação de liberdade de meninos/as tem um efeito prejudicial para seu desenvolvimento emocional e seu bem-estar físico já que podem padecer, entre outras conseqüências psicofísicas, de depressões, mudanças de comportamento, desordens de diverso caráter, perda de peso, negativa a alimentar-se, falta de sono, bem como problemas dermatológicos e respiratórios, entre outros⁶⁰.

Em quanto aos meninos/as migrantes não acompanhados ou separados de seus pais, os organismos internacionais sublinham como princípio geral que não deveriam nunca ser privados de liberdade⁶¹. Neste caso, como se indica no ponto seguinte, os Estados devem adotar medidas de proteção de direitos e prever respostas adequadas que priorizem as soluções baseadas na família e na comunidade e não no alojamento em instituições até quando seja resolvida de maneira definitiva sua

⁵⁷ *The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states*, cit., p. 22, recommendations to Member States, e p. 210, recommendations to European Institutions.

⁵⁸ *Mission to the United States of America*, A/HRC/7/12/Add.2, 5 de março de 2008, parágrafo 125, a tradução é própria.

⁵⁹ *The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones)*, cit., p. 22. Também, segundo UNICEF Austrália, a detenção de crianças e adultos no mesmo lugar não resulta em interesse superior da criança já que a detenção de crianças é inerentemente indesejável por uma multiplicidade de motivos. A única opção seria deixar em liberdade a criança junto a sua família. Por isso, devem desenvolver-se modelos alternativos à detenção, que tenham em consideração todos os aspectos do superior interesse da criança, incluído preservar a unidade familiar (UNICEF, *Submission to the National Inquiry into Children in Immigration Detention*, cit., a tradução é própria).

⁶⁰ *Alternatives to immigration detention of families and children*. A discussion paper by John Bercow MP, Lord Dubs and Evan Harris MP for the All Party Parliamentary Groups on Children and refugees, Supported by the No Place for a Child Coalition, Julho de 2006, p. 9.

⁶¹ Relatório do Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, em sua visita ao Reino Unido, sobre a questão de imigrantes e solicitantes de asilo, E/CN.4/1999/63/Add.3, p. 37, Veja-se também, *Relatório da Relatora Especial das Nações Unidas sobre Direitos Humanos de Migrantes*, E/CN.4/2003/85, cit., parágrafo 75.a.

situação, quer seja mediante o retorno ao seu país de origem em condições de segurança ou ainda mediante a regularização de sua condição migratória e posterior adoção de medidas de proteção de caráter permanente.

Em sentido similar, organismos especializados como o Relator das Nações Unidas sobre Direitos de Migrantes, têm indicado que os meninos e meninas não devem estar detidos por razões migratórias, e que seu interesse superior deve conduzir à adoção de medidas alternativas, tanto se estão não acompanhados ou separados, como a favor de grupos familiares⁶².

A esse respeito, a terceira consulta concreta que considera correspondente solicitar a essa Honorável Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre este ponto é a seguinte:

Como deve interpretar-se, à luz dos artigos 1, 7, 8, 19 e 29 da Convenção Americana e do artigo 25 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, o princípio de última ratio da detenção como medida cautelar no âmbito de procedimento migratório quando estão envolvidos meninos e meninas que se encontram junto a seus pais, e quando estão envolvidos meninos/as não acompanhados ou separados de seus pais?

4. Medidas de proteção de direitos que não implicam restrições à liberdade.

O dever prioritário dos Estados consiste em desenhar políticas encaminhadas a assegurar a proteção de direitos dos meninos, meninas e adolescentes sem que estas incluam a privação de liberdade como possibilidade. Para isso, o Estado deve dispor de outras ações alternativas à restrição da liberdade que sejam obrigatórias e de prévia implementação a qualquer medida de institucionalização para que tornem a restrição da liberdade um último recurso⁶³. Assim o definiu esta Corte Interamericana no caso *Vélez Lóor vs. Panamá* para os migrantes adultos, afirmando que perante processos migratórios, e a fim de evitar medidas que restrinjam a liberdade pessoal, "é essencial que os Estados disponham de um catálogo de medidas alternativas"⁶⁴.

Em particular, os Estados estão obrigados a desenhar e implementar mecanismos de proteção específicos para meninos e meninas migrantes que consistiriam em medidas alternativas de proteção de direitos dos meninos e meninas migrantes que permitam cumprir com a obrigação exigida pelo direito internacional.

⁶² UNICEF, *Examples of Good Practices in the Implementation of the International Framework for the Protection of the Rights of the Child in the Context of Migration*, Draft, New York, 18 June 2010, www.unicef.org/socialpolicy/files/UNICEF_Good_Practices_Children_HRs_and_Migration_June_2010.pdf; *Relatório do Relator da ONU sobre Direitos de Migrantes*, apresentado perante o Conselho de Direitos Humanos, A/HRC/11/7, Genebra, de 14 de maio de 2009.

⁶³ Neste sentido, o Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial questionou que os Estados recorram "automaticamente" à detenção de imigrantes que não contam com a documentação exigida para ingressar ou residir no país, recomendando, pelo contrário, que deveriam adotar-se outras soluções não privativas da liberdade e que a detenção deve ser um último recurso. CERD, Observações Finais, Bahamas, CERD/C/64/CO/1, de 28 de abril de 2004, parágrafo 17.

⁶⁴ Corte IDH. *Caso Vélez Lóor Vs. Panamá*, supra nota 7, parágrafo 171.

Tal como o indicou o Relator da ONU sobre Direitos de Migrantes⁶⁵, as políticas estatais devem incluir opções expressamente adequadas para os meninos e meninas migrantes, tanto quando se encontram com sua família como em caso de não estar acompanhados.

As decisões sobre que medida adotar em cada caso deverão respeitar certos recaudos básicos de legalidade, razoabilidade e devido processo objetivo. Deste modo, para garantir que uma medida resulte o menos restritiva de direitos possível, máxime se de algum modo restringe a liberdade ambulatoria, deveria estar, em primeiro lugar, prevista em uma lei formal, na qual se estabeleça a obrigação de aplicação prioritária da medida menos restritiva. Em segundo lugar, em caso de que se decida não aplicar dita medida, a decisão deveria estar devidamente fundamentada pelos órgãos administrativos e judiciais (e, portanto, fundamentada a conseqüente restrição da liberdade). Com isto por sua vez se asseguram as devidas garantias para impugnar dita decisão, como assim também a garantia do respeito da criança a ser ouvida e a que sua opinião seja tida em conta ao longo de todo o procedimento que a envolve.

A fim de evitar a detenção cautelar, deveriam implementar-se de maneira prioritária soluções alternativas baseadas na família e na comunidade⁶⁶ tais como: a procura no país receptor de família ampliada ou referentes afetivos que possam responsabilizar-se pelo menino ou menina; outras medidas de alojamento recorrendo a famílias substitutas; a exigência de uma caução juratória (compromisso juramentado perante a autoridade competente); a fixação de medidas para assegurar a presença das pessoas migrantes (meninos/as e, se for o caso, seus pais), nas diferentes etapas dos processos (administrativos e judiciais) ligados ao ingresso e/ou residência no país como poderia ser a apresentação periódica em determinada instituição pública; a nomeação de um garante, entre outras.

Por conseguinte, a quarta consulta concreta que se considera pertinente formular a essa Honorable Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre este ponto é a seguinte:

Que características devem ter, à luz dos artigos 2, 7, 19, 25 e 29 da Convenção Americana e do artigo 25 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, as medidas alternativas adequadas de proteção de direitos da criança que deveriam constituir a resposta estatal prioritária para evitar qualquer tipo de restrição à liberdade ambulatoria? Quais são as garantias do devido processo que deveriam aplicar-se no procedimento de decisão sobre medidas alternativas à detenção?

5 Obrigações estatais em casos de custódia de meninos e meninas por motivos migratórios.

Como princípio geral, os padrões internacionais exigem que toda pessoa sob custódia estatal seja tratada de forma humana, respeitando sua dignidade, seus direitos e garantias fundamentais. Outrossim, e tomando em consideração a posição especial de garante que têm os Estados, estes devem respeitar e garantir a vida e

⁶⁵ Relatório do Relator Especial sobre Direitos Humanos dos Migrantes, apresentado perante o Conselho de Direitos Humanos, A/HRC/11/7/, 14 de maio de 2009, parágrafos 60-62.

⁶⁶ Nações Unidas A/Res/64/142. Diretrizes sobre as modalidades alternativas de cuidado das crianças, 24 de fevereiro de 2010, parágrafo 53 e ss e Parecer Consultivo 17, parágrafo 73.

integridade pessoal de quem esteja sob sua custódia. Isto supõe a adoção de medidas vinculadas não só com o local onde as pessoas são alojadas, mas também com as condições nas que se executa dita medida⁶⁷.

No caso das pessoas migrantes, que como já se indicou não podem ser detidas senão, e de maneira excepcional, como medida cautelar e prévio cumprimento de uma série de requisitos formais e substanciais poder dispor-se de certas medidas de alojamento temporal, existem certos padrões específicos a garantir quanto ao local e as condições em que deveria desenvolver-se esta medida, alguns referidos concretamente aos meninos e meninas.

Neste sentido, cabe indicar em primeiro lugar que as pessoas migrantes não podem ser alojadas em estabelecimentos carcerários ou outros destinados a pessoas condenadas ou acusadas de ter realizado infrações de natureza penal⁶⁸. A detenção neste tipo de instituições resulta total e absolutamente "incompatível com as garantias básicas dos direitos humanos"⁶⁹. A Corte Interamericana afirmou que "de resultar necessário e proporcionado no caso em concreto, os migrantes devem ser detidos em estabelecimentos especificamente destinados a tal fim que sejam acordes a sua situação legal e não em prisões comuns, cuja finalidade é incompatível com a natureza da possível detenção de uma pessoa por sua situação migratória, ou outros lugares onde possam estar junto com pessoas acusadas ou condenadas por delitos penais. Este princípio de separação atende, certamente, às diferentes finalidades da privação de liberdade"⁷⁰. Assim concluiu que os Estados têm a obrigação de dispor de estabelecimentos públicos separados dos centros penitenciários para o caso exclusivo de detenções no âmbito de processos migratórios⁷¹.

Com relação às condições do alojamento, estabeleceu-se que os migrantes privados de liberdade não devem ser expostos a circunstâncias que atentem contra seus direitos fundamentais e que possam pôr em risco sua integridade física ou sua vida⁷². A esse respeito, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos se referiu às condições apropriadas de alojamento temporal dos migrantes, sublinhando "a responsabilidade que cabe aos Estados de garantir que os estrangeiros detidos, sobretudo aqueles retidos por razões administrativas, não sejam expostos a condições que atentam contra seus direitos fundamentais e podem pôr em risco sua integridade física ou sua vida"⁷³. Por sua parte, a Corte destacou que, "Se bem a privação de liberdade traz freqüentemente, como conseqüência iniludível, a afetação

⁶⁷ A Corte IDH entende que "a forma em que se trata a um detido deve estar sujeita ao escrutínio mais estrito, tomando em consideração a especial vulnerabilidade daquele, função estatal de garantia que reveste de particular importância quando o detido é um menor de idade", e acrescentou que "esta circunstância obriga ao Estado a exercer sua função de garante adaptando todos os cuidados que reclama a debilidade, o desconhecimento e a indefensabilidade que apresentam naturalmente, em tais circunstâncias, os menores de idade"; Corte IDH, Caso *Bulacio v. Argentina*, cit., parágrafo 126.

⁶⁸ Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), *Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas*, Resolução 01/08, março de 2008, Princípio XIX. Veja-se também, Convenção Internacional para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e suas Famílias, artigo 17; CIDH, *Segundo Relatório de Progresso da Relatoria Especial sobre Trabalhadores Migrantes e suas Famílias no Hemisfério*, cit., parágrafo 110; Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, Deliberação Nº 5 sobre a situação dos imigrantes e solicitantes de asilo, cit. princípio 9.

⁶⁹ CIDH, Resolução 03/08. Em igual sentido, veja-se o *Segundo Relatório de Progresso*. Relatoria sobre Trabalhadores migratórios e suas Famílias da CIDH, Cit., parágrafo 110.

⁷⁰ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, supra nota 7, parágrafo 208.

⁷¹ Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, supra nota 7.

⁷² Relatório do Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, A/HRC/7/4, cit., parágrafos 57 e 58. Em igual sentido, CIDH, Relatoria para os Trabalhadores Migratórios, *Segundo Relatório de Progresso*, cit., parágrafo 99.g.

⁷³ CIDH, Relatoria sobre Trabalhadores Migratórios, *Segundo Relatório de Progresso*, cit., parágrafo 94.

do gozo de outros direitos humanos ademais do direito à liberdade pessoal, em caso de pessoas privadas de liberdade exclusivamente por questões migratórias, os lugares de detenção devem encontrar-se desenhados aos fins de garantir condições materiais e um regime adequado para sua situação legal, e cujo pessoal esteja devidamente qualificado, evitando no possível a desintegração dos núcleos familiares. Em conseqüência, o Estado está obrigado a adotar determinadas medidas positivas, concretas e orientadas a garantir não só o gozo e exercício daqueles direitos cuja restrição não resulta um efeito colateral da situação de privação da liberdade, mas também para assegurar que a mesma não gere um maior risco de afetação aos direitos, à integridade e ao bem-estar pessoal e familiar das pessoas migrantes⁷⁴.

Perante pessoas menores de idade deveriam ter-se em consideração os princípios gerais (interesse superior da criança, a proteção especial ou especialidade e proteção integral de direitos) ao momento de desenhar e desenvolver as condições em que se deve executar qualquer medida em circunstâncias tão especiais e excepcionais: se trata de meninos/as em uma especial condição de vulnerabilidade quem, no pior dos casos, têm infringido uma normativa administrativa.

A respeito dos meninos e meninas migrantes que se encontram no país de trânsito ou destino sob custódia estatal junto a seus pais, deveriam interpretar-se, harmonicamente e no âmbito dos padrões gerais do direito internacional dos direitos humanos, diversos princípios. Entre eles se destacam as exigências de que "toda criança privada de liberdade esteja separada dos adultos, a menos que isso se considere contrário ao interesse superior da criança" (artigo 37.c da Convenção sobre os Direitos da Criança)⁷⁵, a que as crianças em situação de detenção não podem ser separadas de seus pais⁷⁶ e à obrigação de garantir o direito à vida familiar (artigos 9, 11 e 18 da Convenção sobre os Direitos da Criança). Os Estados deveriam contar com lugares e recursos adequados que permitam o alojamento de famílias a fim de garantir a unidade familiar. De maneira tal que os princípios que conduzem a evitar a restrição da liberdade das crianças, deveriam ser determinantes no momento de definir a situação de seus pais, mais além de sua condição migratória. Em lugar de privar a liberdade das crianças para que acompanhem a seus pais, deveriam explorar-se formas adequadas para garantir a proteção dos direitos das crianças. Isso evitaria restrições dos direitos das crianças impostas em razão da condição migratória dos pais. Por isso, os Estados deveriam adotar medidas alternativas à detenção dos pais, que procurem que o grupo familiar possa estar em liberdade durante o procedimento migratório⁷⁷.

Em quanto às condições nas quais se restringe a liberdade de meninos/as migrantes, resulta imprescindível assegurar certos aspetos. Em primeiro lugar, que as regras do lugar, as autoridades competentes, os espaços, os honorários, as atividades, entre outros, estejam desenhados segundo os direitos das crianças. Para isso, a

⁷⁴ Corte IDH, *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, supra nota 7, parágrafo 209.

⁷⁵ Em igual sentido, a Corte IDH estabeleceu que "para salvaguardar os direitos das crianças detidas, especialmente seu direito à integridade pessoal, é indispensável que se lhes separe dos detidos adultos". Corte IDH. OC-17/02, *Condição Jurídica e direitos humanos da criança*, parágrafo 28.

⁷⁶ CIDH, *Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas*, cit., Princípio XIX.

⁷⁷ Segundo o Relator da ONU sobre Direitos dos Migrantes, as famílias migrantes com crianças não deveriam ser alojadas em estabelecimentos similares às prisões, senão localizados em lugares alternativos, apropriados a sua condição (*Mission to the United States of America*, cit., 2008, parágrafo 125). Em igual sentido, veja-se UNICEF Austrália, *Submission to the National Inquiry into Children in Immigration Detention*, cit.

participação direta de organismos e autoridades encarregados da proteção integral da infância constitui um requisito inevitável.

Por sua vez, no caso das crianças migrantes não acompanhadas, o Comitê de Direitos da Criança indicou que, "dispor-se-á o necessário para que o alojamento seja adequado para os menores e esteja separado dos adultos, a menos que o contrário se considere conveniente em interesse superior da criança". Por sua vez, "os centros de detenção não deverão localizar-se em zonas isoladas onde não se pode aceder a recursos comunitários adequados desde o ponto de vista cultural nem a assessoramento jurídico. Os menores deverão ter oportunidade de estabelecer contatos periódicos com amigos e parentes e com seu tutor e receber a visita destes, assim como assistência espiritual, religiosa, social e jurídica. Por outro lado, em relação ao exercício de direitos fundamentais da criança nestas circunstâncias, o Comitê destacou o direito dos meninos e meninas migrantes "a receber produtos de primeira necessidade e, se for necessário, tratamento médico adequado e ajuda psicológica. Durante o período de privação de liberdade, os menores terão direito a receber ensino, se possível fora do lugar de detenção, a fim de facilitar-lhes a continuidade de sua educação uma vez em liberdade. "Também terão direito ao lazer e a brincar com base no artigo 31 da Convenção"⁷⁸.

Em qualquer caso, seguindo os lineamentos do Comitê, resulta fundamental destacar que qualquer medida aplicável a meninos e meninas migrantes deve estar acompanhada por uma série de políticas públicas que assegurem que tanto a determinação dos espaços como as condições de alojamento (bem como a causa que justifica dita decisão) se orientem pelo princípio de respeito de todos os direitos reconhecidos no direito internacional dos direitos humanos e não de "privação de liberdade" do menino/a⁷⁹. Para isso, como indica a Corte Interamericana, as pessoas encarregadas dos centros onde ocorra a detenção de meninos e meninas, devem estar devidamente capacitadas para o desempenho de sua tarefa⁸⁰. A efetiva garantia e aplicação destas obrigações, princípios e padrões, requer a adoção de políticas estatais, a partir de um âmbito jurídico adequado. Resulta verdadeiramente difícil dar cumprimento a essas exigências sem o desenvolvimento de medidas que criem espaços aptos para a atenção e proteção social integral dos direitos das crianças migrantes e que assegurem seu acesso a direitos tais como a educação, o lazer e a saúde.

Ademais, a Corte IDH no Parecer Consultivo Nº 17, entendeu que "a eficaz e oportuna proteção dos interesses da criança e da família deve outorgar-se com a intervenção de instituições devidamente qualificadas para isso, que disponham de pessoal adequado, instalações suficientes, meios idôneos e experiência comprovada

⁷⁸ Comitê de Direitos da Criança, Observação Geral No. 6, cit., parágrafo 63.

⁷⁹ Comitê de Direitos da Criança, Observação Geral No. 6, cit., parágrafo 63. O mesmo Comitê recomendou ao Estado mexicano que as crianças que procuram asilo e as que não têm uma condição migratória regular, "não sejam detidas e tenham acesso a serviços especiais de recepção e atenção" (CDN, Observações Finais, México, CRC/C/MEX/CO/3, de 8 de junho de 2006, parágrafo 61.d). Veja-se também, Corte Suprema de África do Sul (Transvaal Provincial Division), Caso *Centre for Child Law and Isabelle Ellis v The Minister for Home Affairs and others*, Caso no. 22866/2004, de 8 de setembro de 2004.

⁸⁰ A Corte IDH no caso "Panchito López", no parágrafo 211 define o tema da capacitação especial nos seguintes termos, "os que exerçam ditas facultades deverão estar especialmente preparados e capacitados nos direitos humanos da criança e a psicologia infantil para evitar qualquer abuso da discricionariedade e para assegurar que as medidas ordenadas em cada caso sejam idôneas e proporcionais" (*Cita: Cfr.* Regra 6.3 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores (Regras de Pequim), adotadas pela Assembléia Geral em sua resolução 40/33 de 28 de novembro de 1985, adotadas pela Assembléia Geral em sua resolução 40/33 de 28 de novembro de 1985; e Artigo 40.4 da Convenção sobre os Direitos da Criança).

neste gênero de tarefas (...) não basta com que se trate de organismos jurisdicionais ou administrativos; é preciso que estes tenham todos os elementos necessários para salvaguardar o interesse superior da criança". E destacou o previsto no artigo 3 da Convenção sobre os Direitos da Criança: "Os Estados Partes se assegurarão de que as instituições, serviços e estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram as normas estabelecidas pelas autoridades competentes, especialmente em matéria de segurança, sanidade, número e competência do seu pessoal, bem como em relação à existência de uma supervisão adequada"⁸¹

Em conseqüência, a quinta consulta que se coloca em consideração perante essa Honorable Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre esta questão é a seguinte:

Quais são as condições básicas que deveriam cumprir os espaços de alojamento de meninos/as migrantes, e quais são as obrigações principais que têm os Estados a respeito dos meninos e meninas (sós ou acompanhados) que se encontram sob a custódia estatal por razões migratórias, à luz dos artigos 1, 2, 4.1, 5, 17 e 19 da Convenção Americana e dos artigos 1 e 25 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem?

6. Garantias do devido processo perante medidas que impliquem restrições à liberdade pessoal de meninos e meninas migrantes.

Nas perguntas precedentes os signatários fixamos nossa posição sobre a necessidade de afirmar o princípio de proibição de detenção de meninos e meninas por razões migratórias.

Neste ponto apontamos a reforçar esta regra solicitando à Corte Interamericana de Direitos Humanos uma definição precisa das garantias do devido processo que resultam diretamente aplicáveis para revisar e questionar decisões que possam implicar restrições ou eventualmente privações da liberdade de meninos e meninas por motivos migratórios ou no âmbito de procedimentos migratórios.

Em seus recentes pronunciamentos a honorable Corte Interamericana se referiu ao elenco de garantias do devido processo que resultam aplicáveis a decisões das autoridades migratórias que importam restrições ou privação da liberdade pessoal de migrantes. Por exemplo, indicou que "para satisfazer a exigência do artigo 7.5 de "ser conduzido" sem demora perante um juiz ou outro funcionário autorizado pela lei para exercer funções judiciais, o detido deve comparecer pessoalmente perante a autoridade competente, a qual deve ouvir pessoalmente ao detido e valorar todas as explicações que este lhe proporcione, para decidir se procede a liberação ou a manutenção da privação de liberdade"⁸².

Em dito precedente a Corte estabeleceu que a revisão deste tipo de medidas restritivas de direitos deve ser judicial, "o Tribunal considera que a revisão por parte de um juiz ou tribunal é um requisito fundamental para garantir um adequado controle e escrutínio dos atos da administração que afetam direitos fundamentais"⁸³.

⁸¹ Corte IDH OC 17. Parágrafo 78.

⁸² Corte IDH. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, supra, parágrafo 109.

⁸³ *Ibidem*, Parágrafo 126.

Entendemos que a aplicação deste sistema de garantias processuais relacionadas com restrições à liberdade pessoal deveriam reunir elementos específicos e diferenciados quando está em jogo a liberdade pessoal de meninos e meninas.

Portanto, ademais das garantias substantivas e processuais que exigem os padrões internacionais para evitar a aplicação de dispositivos ou medidas arbitrárias, deveriam contemplar-se os mecanismos específicos de proteção para adequar ditas garantias à situação dos meninos e meninas.

Por outro lado, em virtude de que certas medidas, tais como o alojamento em centros assistenciais ou em estações fronteiriças restringe a liberdade ambulatoria, cabe mencionar que o artigo 37 da Convenção sobre os Direitos da Criança consagra o direito de todo menino/a a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial e a uma rápida decisão sobre dita ação. Esta garantia também inclui o direito a contar com um recurso efetivo para evitar uma detenção arbitrária⁸⁴. A intervenção judicial, bem como autoridade competente para dispor a eventual privação da liberdade, ou ainda para verificar de forma imediata a legalidade e razoabilidade da medida ditada por um organismo administrativo, também supõe uma garantia essencial no âmbito dos mecanismos de controle migratório, mais ainda se a medida envolve a crianças. Como já foi indicado no ponto II. 4., a decisão da autoridade competente (administrativa e/ou judicial) de não aplicar uma medida alternativa à detenção também deve dar lugar à utilização de recursos efetivos para questionar dita decisão.

Entre as garantias processuais deve incluir-se o direito a ser informado dos motivos e razões da aplicação da medida em uma linguagem acessível às crianças, o controle judicial imediato por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial previamente estabelecido por lei, o direito a ser ouvido, o direito a que se informe a uma terceira pessoa sobre a aplicação de qualquer medida, máxime se se tem restringida a liberdade da pessoa – por exemplo, um familiar, um advogado e/ou ao cônsul do país de origem, segundo corresponda-, o direito a receber assistência legal gratuita, e a ser assistido por um intérprete se necessário.

O direito a estabelecer contato com um familiar ou adulto referente, por sua parte, é essencial quando se trata de pessoas menores de idade. Nesses casos, tanto a autoridade que realiza a detenção como a responsável do lugar em que se encontra alojado o menino/a devem notificar de forma imediata a seus familiares ou representantes. A finalidade da notificação é que os meninos e meninas possam receber oportunamente a assistência da pessoa a quem se contactou⁸⁵.

É importante lembrar que os meninos/as migrantes gozam também do direito à assistência consular reconhecido a toda pessoa estrangeira detida fora de seu país de origem⁸⁶. A vigência deste direito implica, para a pessoa sob custódia do Estado,

⁸⁴ Sobre o direito a um recurso efetivo, veja-se a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, sobre os artigos 25 e 13 das convenções americana e europeia de direitos humanos, respectivamente. A modo de exemplo, veja-se o Parecer Consultivo OC-18/03 da Corte IDH (cit., parágrafo 126) e a sentença do caso *Conka v. Bélgica* (TEDH, caso No. 51564/1999, de 5 de fevereiro de 2002).

⁸⁵ Corte IDH, *O direito à informação sobre a assistência consular no âmbito das garantias do devido processo legal*, Parecer Consultivo OC-16/99, de 1 de outubro de 1999, parágrafo 106; Caso *Bulacio v. Argentina*, cit., parágrafo 130; Caso dos *Irmãos Gómez Paquiyauri v. Peru*, sentença de 8 de julho de 2004, parágrafo 93.

⁸⁶ Artigo 36 da Convenção de Viena de 1963 sobre Relações Consulares e artigo 16.7 da Convenção para a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias.

qualquer que seja a modalidade, a possibilidade de comunicar-se com um funcionário consular de seu país, exceção feita ao caso dos refugiados, ao tempo que o Estado em cujo território ocorre a detenção tem a obrigação de informar ao estrangeiro sobre dito direito e assegurar os meios para que sua defesa seja efetiva⁸⁷.

Pelo dito, toda decisão que se adote estando os meninos, meninas e adolescentes sob custódia do Estado exige o desenvolvimento de medidas e mecanismos que assegurem efetivamente, de maneira prévia e durante a execução da medida, as garantias fundamentais do devido processo, adequadas à condição e idade da pessoa, centrando-se na proteção especial de direitos da qual é titular e sem prejuízo de sua condição migratória.

Em conseqüência, a sexta consulta que se coloca em consideração perante essa Honorable Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre esta questão é a seguinte:

Quais são, à luz dos artigos 1, 2, 7, 8, 19 e 25 da Convenção Americana e do artigo 25 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, as garantias do devido processo que deverão reger os processos migratórios que envolvem a meninos e meninas, quando nestes processos se apliquem medidas que restrinjam a liberdade pessoal das crianças?

7. O princípio de não devolução em relação aos meninos e meninas migrantes.

As garantias do devido processo também constituem uma salvaguarda essencial para o respeito do princípio de não devolução, uma norma imperativa do direito internacional.

A esse respeito, a Convenção Americana estabelece em seu artigo 22.8 que "em nenhum caso o estrangeiro pode 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 por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas". A Convenção Americana Interamericana para Prever e Punir a Tortura prevê o princípio de não devolução no artigo 13 inciso 4. A Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes também recepta o princípio de não devolução em seu artigo 3. Estas normas ordenam ao Estado realizar uma identificação das necessidades de proteção integral dos direitos dos meninos e meninas.

Ao examinar o tratamento que os Estados deveriam outorgar às crianças não acompanhadas, o Comitê dos Direitos da Criança chamou a atenção sobre a proibição de efetuar retornos como conseqüência dos quais pudesse configurar-se um perigo de dano para os direitos da criança. Por isso, destacou a importância de efetuar previamente uma avaliação séria sobre o risco que poderia supor uma medida de repatriação. Por sua vez, segundo o Comitê, dito risco não se limita à possível privação da liberdade ou à vulneração de direitos como a integridade física

⁸⁷ Segundo a Corte Interamericana, este direito, ao igual que o direito a contar com um tradutor quando a pessoa (a criança, neste caso) desconhece o idioma em que se desenvolve o procedimento, se fundamenta na necessidade de "reconhecer e resolver os fatores de desigualdade real dos que são levados perante a justiça" para alcançar os objetivos do processo atendendo o princípio de igualdade perante a lei e os tribunais e a proibição de discriminação (Corte IDH, OC-16/99, cit. Parágrafo 119).

ou a vida senão que, “a avaliação do risco de ditas violações graves deverá efetuar-se tendo em consideração a idade e o gênero e tendo também em consideração, por exemplo, as conseqüências particularmente graves para os menores que apresenta a insuficiência de serviços alimentares ou sanitários [...] O retorno ao país de origem só poderá contemplar-se em princípio se redundar no interesse superior do menor. A fim de determinar esta circunstância, ter-se-á em conta, entre outras coisas, a segurança pessoal e pública e outras condições, em particular socioeconômicas, que encontrará a criança em seu regresso...”⁸⁸.

É assim que nenhum menino/a poderia ser expulso a um território no qual sua vida, sua sobrevivência, seu desenvolvimento integral ou sua liberdade correm risco, não só pelo temor de ser submetido a tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, mas também pela ausência de elementos essenciais para um crescimento normal e digno.

No momento de examinar se corresponderia adotar uma medida de reparação, considera-se que os Estados estão obrigados a ter em consideração estas circunstâncias, cuja valoração resulta iniludível se se aspira a identificar a solução que respeite em termos adequados os direitos da infância comprometidos e potencialmente afetados⁸⁹.

Os meninos/as que não tenham obtido a condição de refugiados, ou não possam exigir formas complementares de proteção internacional, deveriam ser tratados de um modo compatível com as demais obrigações que impõe a proteção integral de seus direitos.

Tal como disse o Comitê de Direitos da Criança, se a criança não cumprir os requisitos para obter a condição de refugiado ao amparo da Convenção de 1951, seu Protocolo de 1967 ou a definição ampliada da legislação ou prática interna aplicável, os meninos e meninas devem desfrutar da proteção complementar disponível na medida determinada por suas necessidades de proteção (cf. artigo 22.8 da Convenção Americana, artigo 3 da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, e outros instrumentos de proteção de direitos humanos e as normas de direito interno que possam resultar aplicáveis).

Em virtude do exposto, a sétima consulta concreta que se formula a essa Honorável Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre esta questão é a seguinte:

Qual é o alcance e conteúdo do princípio de não devolução à luz dos artigos 1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 19, 22.7, 22.8 e 25 da Convenção Americana, artigo 13 inciso 4 da Convenção Interamericana para Prever e Punir a Tortura, e dos artigos 1, 25 e 27 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, ao adotar-se medidas que possam implicar o retorno de um menino/a a um país determinado?

8. Procedimento de identificação de necessidades de proteção internacional de refugiados.

⁸⁸ Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral 6*, cit., parágrafos 27 e 84.

⁸⁹ A este fim, as crianças, suas famílias ou tutores, bem como seus representantes legais, deverão ter a seu alcance a informação e as ferramentas que lhes possibilitem incorporar estas variáveis a fim de solicitar um exame exaustivo do caso. Tudo isso, no âmbito do respeito das garantias do devido processo, especialmente do direito do menino/a a ser ouvido.

No ponto 1 desta seção se faz referência aos procedimentos de identificação de necessidades de proteção internacional de meninos e meninas migrantes em geral. Neste ponto se realiza uma aplicação de tal procedimento ao caso concreto dos meninos/as refugiados/as à luz dos deveres específicos estabelecidos no artigo 22.7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Na atualidade, um dos maiores desafios da proteção internacional de refugiados consiste em identificar àquelas pessoas necessitadas de proteção internacional dentro dos fluxos migratórios mistos, assim como também identificar suas necessidades específicas. A esse respeito deveriam ser adotadas medidas para estabelecer sistemas de ingresso que permitam identificar às pessoas recém-chegadas necessitadas de proteção internacional aos efeitos de outorgar-lhes soluções apropriadas e diferenciadas, conjuntamente com outras soluções que correspondam para os outros grupos envolvidos nos movimentos mistos⁹⁰.

Os meninos e meninas com necessidades de proteção como refugiados que cheguem a ser identificados, tenham solicitado asilo ou reconhecimento da condição de refugiado ou possam necessitar fazê-lo, caem sob o âmbito do artigo 22.7 da Convenção Americana relativo ao direito de procurar e receber asilo⁹¹. O vínculo existente entre o direito de asilo consagrado nos instrumentos regionais de direitos humanos e a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1967 foi reconhecido e ressaltado na jurisprudência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos⁹².

No caso dos meninos e meninas resguardados sob o artigo 22.7 da Convenção Americana, os Estados devem possibilitar a identificação das crianças que não podem ou não querem retornar a seus países de origem em razão de que possuem um temor fundado de ser perseguidos nos termos da definição de refugiado prevista na Convenção de 1951 e seu Protocolo de 1967 em relação ao artigo 22 da Convenção sobre os Direitos da Criança. Também, deveriam identificar aqueles meninos e meninas que reúnem os elementos de definições mais amplas previstas nas legislações ou práticas internas que, em geral, também consideram como refugiado àquelas pessoas que fugiram de seus países de origem porque sua vida, segurança ou liberdade foram ameaçadas pela violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação massiva dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.

Para a implementação prática de ações orientadas a assegurar a proteção internacional dos meninos e meninas, resulta decisivo adotar uma série de cuidados; a identificação de necessidades especiais de proteção, a referência ao sistema de

⁹⁰ Veja-se ACNUR, A proteção de refugiados e a migração mista: O Plano de Ação dos 10 Pontos, 2007.

⁹¹ Conforme doutrina autorizada na matéria, este artigo da Convenção estabelece um âmbito geral do direito a procurar e receber asilo que se vê complementado pelos "convênios internacionais" aos que faz referência os quais seriam a Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados e seu Protocolo de 1967, como *Ius specialis*. Veja-se Leonardo Franco (coord.), *O Asilo e a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina*, UNLA, ACNUR, Século XXI Editores Argentina, 2003.

⁹² A jurisprudência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos se referiu a este vínculo, entre outros, nos seguintes casos: no relatório número 27/93 do caso 11.092, Joseph contra Canadá de 6 de outubro de 1993, o relatório número 51/96 do caso 10.675 do Comitê Haitiano de Direitos Humanos e outros contra Estados Unidos da América de 13 de março de 1997, o relatório número 6/02 do caso 12.071, 120 Cidadãos cubanos e 8 haitianos detidos em Bahamas de 3 de abril de 2002; e o relatório número 53/04 do caso 301/2002 de Rinaldo Juan Pacheco Osco e outros contra Bolívia de 13 de outubro de 2004.

asilo, a tramitação do pedido através de um procedimento diferenciado que contemple as necessidades específicas das crianças refugiadas, a consideração do pedido sob a ótica dos mencionados critérios substantivos, e que outorgam a definição de refugiado.

A isso deve acrescentar-se o já indicado no ponto 1 do pedido sobre a necessidade de avaliação estrita à luz do interesse superior da criança e do princípio de proteção especial das distintas medidas que poderiam adotar-se durante os procedimentos administrativos migratórios e, se for o caso, do trâmite de reconhecimento de asilo, bem como nos arranjos institucionais para outorgar soluções temporais e soluções duradouras.

Daí que, neste âmbito, requer-se uma clara definição das medidas e ações que os Estados deveriam adotar em matéria de identificação de necessidades e riscos para fins de proteção internacional dos direitos dos meninos/as⁹³.

Conforme o exposto, a oitava consulta que se considera oportuno formular a essa Honorable Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre esta questão é a seguinte:

Que características, à luz do artigo 22.7 da Convenção Americana e o artigo 27 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, deveriam ter os procedimentos a serem empregados quando se identifica um potencial pedido de asilo ou de reconhecimento da condição de refugiado de um menino/a migrante?

9. Direito à vida familiar dos meninos e meninas em casos de decidir-se pela expulsão dos pais.

Numerosas decisões que os Estados adotam regularmente no âmbito das políticas migratórias, referidas ao ingresso, a permanência ou a saída de migrantes, costumam afetar o direito à vida familiar com respeito à sua união ou separação. Este direito foi amplamente reconhecido por toda a comunidade internacional e, particularmente, pelos Estados da América Latina e do Caribe. Por isso, tanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos como diversos tratados de direitos humanos contemplam o direito de toda pessoa à vida familiar e, conseqüentemente, fixam as obrigações de proteção, respeito e garantia que possuem os Estados a respeito de todas as pessoas que se encontram sob sua jurisdição⁹⁴.

Cabe lembrar que a Corte Interamericana indicou que os Estados, dentro de sua responsabilidade de assegurar a proteção e respeito dos direitos dos meninos e meninas, têm a obrigação de favorecer da maneira mais ampla possível o

⁹³ Outros elementos de um sistema de proteção para meninos e meninas com necessidades de proteção como refugiados incluem, *inter alia*, a nomeação de um tutor, a prestação do cuidado temporal e vigilância, documentação pessoal, procura e comprovação de relações familiares, identificação e implementação de soluções duradouras, outorgar informação ao menino/a da decisão adotada e controlar sua implementação. Cf. Diretrizes do ACNUR para a determinação do interesse superior do menor. Maio, 2008.

⁹⁴ Artigo 16 da Declaração Universal de Direitos Humanos, artigos 8, 9, 10, 16, entre outros, da Convenção sobre os Direitos da Criança; artigos 11 e 17 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; artigo 16 do Protocolo de San Salvador em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; artigos 17 e 23 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos; e artigo 10 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; Convenção sobre os Direitos de Todos os Trabalhadores Migratórios e suas Famílias, artigo 44.

fortalecimento do núcleo familiar, já que o reconhecimento da família como elemento natural e fundamental da sociedade, e o direito desta à proteção estatal, "constitui um princípio fundamental do Direito Internacional dos Direitos Humanos"⁹⁵.

A Corte também indicou que, "A criança tem direito a viver com sua família, chamada a satisfazer suas necessidades materiais, afetivas e psicológicas. O direito de toda pessoa a receber proteção contra ingerências arbitrárias ou ilegais em sua família forma parte, implicitamente, do direito à proteção da família e da criança (...). Estas disposições possuem especial relevância quando se analisa a separação da criança de sua família"⁹⁶. Em definitiva, a Corte afirma que "a criança deve permanecer em seu núcleo familiar, salvo que existam razões determinantes, em função do interesse superior daquele, para optar por separá-la de sua família. Em todo caso, a separação deve ser excepcional, e preferentemente, temporal"⁹⁷.

Concretamente, a Convenção sobre os Direitos da Criança, estabelece no artigo 9 que os Estados devem velar por que os meninos/as não sejam separados de seus pais contra sua vontade, exceto quando se comprove uma violação dos direitos desta criança em seu meio familiar, por exemplo, quando ocorram circunstâncias graves que ameacem ou causem prejuízo à saúde física ou mental da menina, menino ou adolescente e/ou quando o mesmo seja vítima de abuso ou mau-trato por parte de seus pais. Também, nestes casos, à reserva de revisão judicial, as autoridades competentes determinam, de conformidade com a lei e os procedimentos aplicáveis, que tal separação é necessária. Isto implica que poderia dispor-se de forma excepcional que os meninos/as sejam separados de seus pais no caso dos seguintes requisitos: em primeiro lugar, que esteja prevista na lei; logo, que a decisão seja adotada com respeito às garantias do devido processo (tanto dos meninos/as como de seus pais); por sua vez, dita resolução deve poder ser revista por uma autoridade judicial.

A partir deste ponto, segue-se uma série de conseqüências. Uma delas consiste em que é impossível concluir que a separação provocada pela expulsão dos pais em razão de sua irregularidade migratória constitua a medida mais adequada e respeitosa dos direitos do menino/a. Em virtude do critério de *Ius solis* que rege em quase toda a América Latina e o Caribe, os meninos nascidos no país de destino por possuir esta nacionalidade não podem ser expulsos, por isso em nada se beneficiariam com a expulsão de seus pais, mas pelo contrário, isto afetaria os direitos reconhecidos em vários instrumentos internacionais já mencionados e violaria os artigos 9, 11, 18, entre outros da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Por sua parte, a Comissão Interamericana indicou que os procedimentos de expulsão de adultos migrantes devem garantir que os direitos e interesses de seus filhos serão tomados em consideração, já que a decisão teria um impacto dramático sobre seu bem-estar e desenvolvimento. Ressaltou que um Estado não pode deixar aos pais (que seriam expulsos) uma escolha entre, por um lado, "o amor e cuidado" para seus filhos num contexto de pobreza, ou pelo outro, os "benefícios de saúde, educação e bem-estar" das crianças em um país com serviços como educação e saúde eficientes. Por esta razão, a Comissão ressalta a relevância de incluir a perspectiva e interesses da criança nesses processos"⁹⁸.

⁹⁵ Corte IDH, OC-17/02, cit., parágrafo 66.

⁹⁶ Corte IDH, OC-17/02, cit., parágrafo 71.

⁹⁷ Ibidem, parágrafo 77.

⁹⁸ CIDH, Relatório sobre a situação dos direitos humanos dos solicitantes de asilo no âmbito do sistema canadense de determinação da condição de refugiado, de 28 de fevereiro de 2000. Também, CIDH:

As medidas de expulsão de pais resultam de difícil justificação se consideradas devidamente certos princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como o princípio *pro homine* ou o princípio de proporcionalidade. Se tal como afirma a Corte Interamericana apoiando-se nas Diretrizes de Riad⁹⁹, a família é a unidade central encarregada da integração social primária da criança” e, portanto “os governos e a sociedade devem tratar de preservar” sua integridade, resulta evidente que uma infração administrativa (neste caso, a irregularidade migratória) não configuraria uma conduta justificante de uma medida que implicará a separação entre pais e filhos¹⁰⁰. A Comissão Interamericana indicou que as faculdades do Estado em matéria de controle de ingresso, residência, expulsão de estrangeiros, devem equilibrar-se com o prejuízo que pode causar-se aos direitos das pessoas envolvidas no caso particular, como o direito à vida familiar. Isso exige, entre outras questões, recorrer ao princípio de razoabilidade¹⁰¹, assim como aos demais princípios emanados dos instrumentos internacionais de direitos humanos.

Por outro lado, como já se indicou, a Convenção sobre os Direitos da Criança exige que a separação de pais e filhos esteja prevista na lei, seja o resultado de um processo respeitoso das garantias fundamentais e assegure a intervenção judicial e que a causa de separação se justifique por existir uma violação dos direitos dessa criança no âmbito da convivência familiar.

O direito dos meninos/as a não serem separados de seus pais e o princípio de unidade familiar, devem receber em consequência uma estrita ponderação no exame da situação migratória dos pais, em especial ao dispor-se medidas como a expulsão.

Finalmente, a nona consulta que se considera oportuna formular a essa Honorable Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre esta questão é a seguinte:

Qual é o alcance que deveria conferir-se à proteção do direito dos meninos/as a não serem separados de seus pais nos casos em que poderia aplicar-se uma medida de deportação a um ou ambos progenitores, como consequência de sua condição migratória, à luz dos artigos 8, 17, 19 e 25 da Convenção Americana e artigos 6 e 25 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem?

⁹⁹ Wayne Smith, Hugo Armendariz, e outros c. Estados Unidos da América, de 12 de julho de 2010. parágrafos 158 e 159.

⁹⁹ Diretriz das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad), adotadas e proclamadas pela Assembléia Geral em sua resolução 45/112, de 14 de dezembro de 1990.

¹⁰⁰ Corte IDH, OC-17/02, cit., parágrafo 67.

¹⁰¹ Segundo a CIDH, se se interpretam conjuntamente a Declaração Americana e a Convenção sobre Direitos da Criança, “nos casos em que a toma de decisões implica a potencial separação de uma família, a resultante interferência na vida familiar pode justificar-se somente quando é necessária para satisfazer uma necessidade urgente de proteger a ordem pública e quando os meios são proporcionais ao fim. A aplicação destes critérios por parte de vários órgãos de supervisão dos direitos humanos indica que se deve procurar este equilíbrio caso por caso e que as razões que justifiquem a interferência na vida familiar devem realmente ser muito sérias”. (CIDH, Relatório sobre a situação dos direitos humanos dos solicitantes de asilo no âmbito do sistema canadense de determinação da condição de refugiado, cit., parágrafo 166).

III. Conclusões

Em ordem ao exposto, solicita-se formalmente a essa Honorável Corte que se tenha por apresentado o presente pedido de parecer consultivo conforme o contempla o artigo 64.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e que se lhe imprima o procedimento previsto.