

**CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

**PARECER CONSULTIVO OC-21/14**

**DE 19 DE AGOSTO DE 2014**

**SOLICITADO PELA REPÚBLICA ARGENTINA, REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL,  
REPÚBLICA DO PARAGUAI E REPÚBLICA ORIENTAL DO URUGUAI**

**DIREITOS E GARANTIAS DE CRIANÇAS NO CONTEXTO DA MIGRAÇÃO E/OU EM  
NECESSIDADE DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL**

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante “a Corte Interamericana”, “a Corte” ou “o Tribunal”), integrada pelos seguintes Juízes\*:

Humberto Antonio Sierra Porto, Presidente;  
Roberto F. Caldas, Vice-Presidente;  
Manuel E. Ventura Robles, Juiz;  
Diego García-Sayán, Juiz;  
Eduardo Vio Grossi, Juiz; e  
Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Juiz;

presentes, ademais,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário, e  
Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta,

de acordo com o artigo 64.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante “a Convenção Americana” ou “a Convenção”) e com os artigos 70 a 75 do Regulamento da Corte (doravante “o Regulamento”), profere o seguinte Parecer Consultivo, que se estrutura na seguinte ordem:

---

\* Por motivos de força maior, o Juiz Alberto Pérez Pérez não participou da deliberação e assinatura deste Parecer Consultivo.

## ÍNDICE

<b>I APRESENTAÇÃO DA CONSULTA.....</b>	<b>3</b>
<b>II PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE .....</b>	<b>5</b>
<b>III COMPETÊNCIA .....</b>	<b>9</b>
<b>IV CONSIDERAÇÕES GERAIS .....</b>	<b>13</b>
<b>V CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO .....</b>	<b>18</b>
<b>VI OBRIGAÇÕES GERAIS E PRINCÍPIOS REITORES .....</b>	<b>22</b>
<b>VII PROCEDIMENTOS PARA IDENTIFICAR NECESSIDADES DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS MIGRANTES E, SE FOR O CASO, ADOTAR MEDIDAS DE PROTEÇÃO ESPECIAL.....</b>	<b>26</b>
<b>VIII GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO APLICÁVEIS EM PROCESSOS MIGRATÓRIOS QUE ENVOLVEM CRIANÇAS .....</b>	<b>41</b>
<b>IX PRINCÍPIO DE NÃO PRIVAÇÃO DE LIBERDADE DE CRIANÇAS POR SUA SITUAÇÃO MIGRATÓRIA IRREGULAR .....</b>	<b>51</b>
<b>X CARACTERÍSTICAS DAS MEDIDAS PRIORITÁRIAS DE PROTEÇÃO INTEGRAL DOS DIREITOS DE CRIANÇAS MIGRANTES E GARANTIAS PARA SUA APLICAÇÃO .....</b>	<b>58</b>
<b>XI CONDIÇÕES BÁSICAS DOS ESPAÇOS DE ALOJAMENTO DE CRIANÇAS MIGRANTES E AS OBRIGAÇÕES ESTATAIS CORRESPONDENTES À CUSTÓDIA POR RAZÕES MIGRATÓRIAS.....</b>	<b>62</b>
<b>XII GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO DIANTE DE MEDIDAS QUE IMPLIQUEM EM RESTRIÇÕES OU PRIVAÇÕES À LIBERDADE PESSOAL DE CRIANÇAS POR RAZÕES MIGRATÓRIAS.....</b>	<b>67</b>
<b>XIII PRINCÍPIO DE NÃO DEVOLUÇÃO (<i>NON-REFOULEMENT</i>) .....</b>	<b>75</b>
<b>XIV PROCEDIMENTOS PARA GARANTIR O DIREITO DAS CRIANÇAS DE BUSCAR E RECEBER ASILO .....</b>	<b>90</b>
<b>XV DIREITO À VIDA FAMILIAR DAS CRIANÇAS NO MARCO DE PROCEDIMENTOS DE EXPULSÃO OU DEPORTAÇÃO DE SEUS PROGENITORES POR MOTIVOS MIGRATÓRIOS .....</b>	<b>97</b>
<b>XVI PARECER.....</b>	<b>105</b>

## I APRESENTAÇÃO DA CONSULTA

1. Em 7 de julho de 2011, a República Argentina (doravante "Argentina"), a República Federativa do Brasil (doravante "Brasil"), a República do Paraguai (doravante "Paraguai") e a República Oriental do Uruguai (doravante "Uruguai"), os quais doravante serão denominados em conjunto como "os Estados solicitantes", com fundamento no artigo 64.1 da Convenção Americana e de acordo com o estabelecido no artigo 70.1 e 70.2 do Regulamento, apresentaram um pedido de Parecer Consultivo sobre infância migrante (doravante "o pedido" ou "a consulta") a fim de que o Tribunal "determin[e] com maior precisão quais são as obrigações dos Estados com relação às medidas passíveis de serem adotadas a respeito de meninos e meninas, associadas à 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 dos artigos 1, 6, 8, 25 e 27 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e do artigo 13 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura".<sup>1</sup>

2. Os Estados solicitantes expuseram as considerações que originaram a consulta e, entre elas, afirmaram que:

Na América Latina e no Caribe, considera-se que aproximadamente 25 milhões de pessoas migraram para países da América do Norte e Europa, enquanto [...] outros seis milhões migraram a outros países dentro da região. 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 separada. [...]

[... O]s meninos e meninas [...] 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 veem submetidos. [...]

[... A]s 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 [os] coletivos requerem, por isso, um compromisso especial por parte dos Estados que devem procurar o respeito, a proteção e a garantia de seus direitos fundamentais[, tendo em conta] um enfoque transversal de idade que tenha devidamente em consideração os direitos dos meninos e meninas afetados pela migração. [...]

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. [...]

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

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

---

<sup>1</sup> O texto completo do pedido pode ser consultado no seguinte link da página web da Corte: [http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/solicitudoc/solicitud_por.pdf).

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.

3. Com base no anterior, os Estados solicitantes apresentaram à Corte as seguintes consultas específicas:

[1.] 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 [ser adotados] 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 requeiram?

[2.] 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.] Como se deve interpretar, 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 *ultima 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.] 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.] 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.] 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.] 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 [Prevenir] 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 [n]o retorno de um menino/a a um país determinado?

[8.] Que características, à luz do artigo 22.7 da Convenção Americana e [d]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.] Qual é o alcance que se deveria conferir à proteção do direito dos meninos/as de não serem separados de seus pais nos casos em que poderia aplicar-se uma medida de deportação a um ou ambos os 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?

4. A Argentina designou o senhor Luis Hipólito Alen como Agente, e os senhores Alberto Javier Salgado e Julio Ayala como Agentes Assistentes. O Brasil designou como Agentes a Embaixadora Maria Dulce Silva Barros e, como Agentes Assistentes, a senhora Juliana de Moura Gomes e os senhores Carlos Eduardo da Cunha Oliveira, Fábio Balestro Floriano, Rafael Rodrigues Soares e Francisco George de Lima Beserra. O Paraguai designou como Agentes a senhora Inés Martínez Vilanotti e o senhor Ricardo González. Foram acreditados como Agentes pelo Uruguai os senhores Javier Miranda e Federico Perazza.

## II PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE

5. Mediante notas de 13 de setembro de 2011, a Secretaria da Corte (doravante "a Secretaria"), em conformidade com o disposto no artigo 73.1 do Regulamento, transmitiu a consulta aos demais Estados Membros da Organização dos Estados Americanos (doravante "a OEA"), ao Secretário Geral da OEA, ao Presidente do Conselho Permanente da OEA, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante "a Comissão Interamericana" ou "a Comissão"), e ao Instituto Interamericano da Criança e do Adolescente. Nestas comunicações, informou-se que o Presidente da Corte, em consulta ao Tribunal, havia determinado a data de 15 de dezembro de 2011 como prazo para a apresentação das observações escritas ou outros documentos relevantes a respeito da solicitação mencionada. Igualmente, seguindo instruções do Presidente e de acordo com o estabelecido no artigo 73.3 deste Regulamento, a Secretaria, mediante notas de 23 e 26 de setembro de 2011, convidou diversas organizações internacionais e da sociedade civil, bem como instituições acadêmicas da região, a remeter no prazo anteriormente indicado, suas opiniões escritas sobre os pontos submetidos à consulta. Finalmente, foi realizado um convite aberto através do sítio *web* da Corte Interamericana a todos os interessados em apresentar sua opinião escrita sobre os pontos submetidos à consulta. O prazo previamente estabelecido foi prorrogado até 17 de fevereiro de 2012, de maneira que os participantes contaram com aproximadamente cinco meses para enviar suas apresentações.

6. O prazo concedido chegou ao fim e foram recebidos na Secretaria os seguintes escritos de observações:<sup>2</sup>

*Observações escritas apresentadas por Estados da OEA:*

- 1) Brasil
- 2) República de Costa Rica (doravante "Costa Rica")
- 3) República do Equador (doravante "Equador")
- 4) República de Honduras (doravante "Honduras")
- 5) Estados Unidos Mexicanos (doravante "México")

*Observações escritas apresentadas por órgãos da OEA:*

- 6) Comissão Interamericana de Direitos Humanos
- 7) Instituto Interamericano da Criança e do Adolescente

*Observações escritas apresentadas por Organismos Internacionais:*

- 8) Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR)
- 9) Escritório Regional para a América do Sul do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH)
- 10) Escritório Regional para América Latina e o Caribe do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF)
- 11) Escritório Regional para a América Central, América do Norte e Caribe da Organização Internacional para as Migrações (OIM)

---

<sup>2</sup> Em 22 de junho de 2012, o Estado de Nicarágua apresentou observações escritas fora do prazo concedido para tal efeito. A esse respeito, foi informado que poderia apresentar os argumentos e a documentação que considerasse pertinente durante a audiência pública a ser celebrada.

*Observações escritas apresentadas por organismos estatais, associações internacionais e nacionais, instituições acadêmicas, organizações não governamentais e indivíduos da sociedade civil:*

- 12) Defensoria Geral da Nação da República Argentina
- 13) Comissão de Direitos Humanos do Distrito Federal e Centro para o Desenvolvimento da Justiça Internacional, A.C.
- 14) Associação Interamericana de Defensorias Públicas (AIDEF)
- 15) Women's Link Worldwide
- 16) Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM)
- 17) Serviço Social Internacional (SSI) e Rede Latino-Americana de Acolhimento Familiar (RELAF)
- 18) Centro de Direitos Humanos e Cidadania do Imigrante (CDHIC)
- 19) Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS) e Serviço de Apoio e Orientação a Imigrantes e Refugiados (CAREF)
- 20) Grupo Jurídico de Antioquia (GJA)
- 21) Conselho Uruguaio para as Relações Internacionais (CURI)
- 22) Programa de Defesa e Incidência Binacional da Iniciativa Fronteira Norte do México, conformado pelo Centro de Direitos Humanos do Migrante A.C, Centro de Recursos Migrantes, Rede de Casas YMCA para Menores Migrantes e Coalizão Pro Defesa do Migrante A.C.
- 23) Senhoras e senhores María Elena Vásquez Rodríguez, Diretora do Programa "Crianças sem Fronteiras" da Corporação Coletivo sem Fronteiras do Chile; Carlos Roberto Muñoz Reyes, porta-voz da Rede de ONGs de Infância e Juventude do Chile; Julio Esteban Cortés Morales, acadêmico da Clínica de Infância da Faculdade de Direito da Universidade Central do Chile; e Iskra Leyva Pavez Soto, acadêmica da Faculdade de Trabalho Social da Universidade Tecnológica Metropolitana do Chile
- 24) Comissão No. 1309 do Departamento de Prática Profissional da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires (doravante "Comissão No. 1309")
- 25) Centro de Direitos Humanos da Universidade Nacional de Lanús
- 26) Clínica Jurídica de Migrantes e Refugiados do Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade Diego Portales
- 27) Universidade Colégio Maior de Nossa Senhora do Rosario
- 28) Acadêmicos da Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autônoma do México
- 29) Centro Estratégico de Litígio Latino-Americano, A.C. e o Programa de Direitos Humanos da Universidade Veracruzana
- 30) Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Jurisprudência da Pontifícia Universidade Católica do Equador
- 31) Instituto de Democracia e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica do Peru
- 32) Centro de Estudos de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de San Martín de Porres
- 33) Centro de Direitos Humanos e Instituto de Pesquisa Jurídica da Universidade Católica Andrés Bello
- 34) Clínica de Direito Internacional de Direitos Humanos de Washington College of Law, American University, em representação de Women's Refugee Commission, Kids in Need of Defense e Immigrant Children's Legal Program of the U.S. Committee for Refugees & Immigrants (anteriormente National Center for Refugee and Immigrant Children)
- 35) Clínica de Direito de Imigração de Southwestern Law School
- 36) Clínica de Direitos da Criança de University College Cork
- 37) Senhor Boris Wilson Arias López

- 38) Senhores Ezequiel Heffes e Fernando Alberto Goldar
- 39) Senhor Luis Peraça Parga
- 40) Senhora Beatriz Eugenia Sánchez Mojica
- 41) Senhores Álvaro Francisco Amaya-Villarreal, Felipe Franco Gutiérrez e senhora Viviana Ordóñez Salazar
- 42) Senhora Juliana Poveda Clavijo e senhor Oscar Yesid Osorio Barragán

7. Após a conclusão do procedimento escrito, em 11 de maio de 2012, a Presidência, de acordo com o disposto no artigo 73.4 do Regulamento, emitiu uma Resolução,<sup>3</sup> mediante a qual convocou uma audiência pública e convidou os Estados Membros da OEA, seu Secretário Geral, o Presidente do Conselho Permanente, a Comissão Interamericana, o Instituto Interamericano da Criança e do Adolescente e todos os membros de diversas organizações, da sociedade civil, instituições acadêmicas e pessoas que apresentaram observações escritas, com o propósito de apresentar ao Tribunal seus comentários orais a respeito da consulta. A audiência pública foi convocada para 26 e 27 de junho de 2012, na sede da Corte.

8. Em 25 de junho de 2012, a Argentina, em exercício da Presidência *pro tempore* do MERCOSUL (Mercado Comum do Sul) e representando Brasil e Uruguai, solicitou que, “[...] em vista da situação na República do Paraguai, que [era] de público conhecimento, as audiências citadas [fossem] adiadas para uma data [a] ser determinada oportunamente”.

9. Em 26 de junho de 2012, a Secretaria do Tribunal comunicou que o Pleno da Corte decidiu, a pedido de três dos países solicitantes, adiar a realização da audiência pública à luz dos acontecimentos políticos no Paraguai. De igual forma, informou aos Estados solicitantes, aos demais Estados Membros da OEA, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, assim como aos organismos internacionais e estatais, associações internacionais e nacionais, organizações não governamentais e instituições acadêmicas que haviam confirmado sua participação na audiência, que seriam notificados sobre a nova data para a realização da mesma.

10. Em 30 de maio de 2013, depois de consultas formuladas aos Estados solicitantes, retomou-se o curso normal do procedimento e informou-se que a audiência pública sobre o referido Parecer Consultivo seria realizada durante algum dos períodos de sessões que a serem celebrados no último trimestre de 2013.

11. Em 5 de setembro de 2013, o Presidente, de acordo com o disposto no artigo 73.4 do Regulamento, emitiu uma Resolução,<sup>4</sup> mediante a qual convocou uma audiência pública e convidou os Estados Membros da OEA, seu Secretário Geral, o Presidente do Conselho Permanente, a Comissão Interamericana, o Instituto Interamericano da Criança e do Adolescente e todos os membros de diversas organizações, sociedade civil, instituições acadêmicas e pessoas que apresentaram observações escritas e/ou que haviam confirmado sua participação, a apresentarem ao Tribunal seus comentários orais a respeito da consulta.

12. A audiência pública foi realizada nos dias 9 e 10 de outubro de 2013, na cidade de México, Estados Unidos Mexicanos, durante o 48º Período Extraordinário de Sessões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

13. Compareceram perante a Corte as seguintes pessoas:

Pela Argentina, Luis Hipólito Alen, Subsecretário de Proteção de Direitos Humanos do Ministério de Justiça e Direitos Humanos da Nação; María Julia Loreto, advogada do Departamento Contencioso Internacional em matéria de Direitos Humanos da Chancelaria; Víctor Abramovich Cosarín, Secretário Executivo do Instituto

<sup>3</sup> Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/oc21110512por.pdf>

<sup>4</sup> Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/sol\\_oc\\_21\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/sol_oc_21_por.pdf)

de Políticas Públicas em Direitos Humanos (IPPDH) do MERCOSUL, e Francisco Tropepi, Secretário da Seção Política da Embaixada da República Argentina nos Estados Unidos Mexicanos;

Pelo Brasil, a Embaixadora Maria Dulce Silva Barros, Agente do Estado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos; Victoria Balthar, Assessora Internacional da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, e Juliana Soares Santos, Primeira Secretária da Embaixada da República Federativa do Brasil nos Estados Unidos Mexicanos;

Pelo Paraguai, Embaixador Carlos Heriberto Riveros Salcedo, Embaixador Extraordinário e Plenipotenciário da República do Paraguai nos Estados Unidos Mexicanos; María Leticia Casati, Conselheira da Embaixada da República do Paraguai nos Estados Unidos Mexicanos, e Juan José Mancuello, Primeiro Secretário da Embaixada do Paraguai nos Estados Unidos Mexicanos;

Pelo Uruguai, Embaixador Federico Perazza, Diretor Geral Adjunto para Assuntos Políticos do Ministério de Relações Exteriores;

Pelo México, Embaixador Juan Manuel Gómez Robledo, Subsecretário para Assuntos Multilaterais e Direitos Humanos da Secretaria de Relações Exteriores; Laura Vargas Carrillo, Titular do Sistema Nacional para o Desenvolvimento Integral da Família; Max Alberto Diener Sala, Consultor Jurídico da Secretaria de Relações Exteriores; Erasmo Lara Cabrera, Diretor Geral Adjunto de Casos, Democracia e Direitos Humanos da Secretaria de Relações Exteriores; Lilian Espinoza Fernández, Diretora Geral de Relação Interinstitucional do Sistema Nacional para o Desenvolvimento Integral da Família; Ana Cecilia Oliva Balcarcel, Diretora Geral de Proteção ao Migrante e Vinculação do Instituto Nacional de Migração; Lorena Lagarde González, Diretora de Assuntos Internacionais do Sistema Nacional para o Desenvolvimento Integral da Família; Luis Jardón Piña, Diretor de Litígio Internacional em matéria de Direitos Humanos da Secretaria de Relações Exteriores, e Carlos Ramírez Bracho, Secretário Particular da Titular do Sistema Nacional para o Desenvolvimento Integral da Família;

Pela Costa Rica, José Carlos Jiménez Alpízar, Assessor Jurídico do Ministério de Relações Exteriores e Culto, e Fernando Ching Chang, Assessor da Presidência Executiva do Patronato Nacional da Infância;

Pela Guatemala, Embaixador José Rodrigo Viemann de León, Embaixador de Guatemala perante a Organização dos Estados Americanos; Rodrigo Vilagrán Sandoval, Diretor de Acompanhamento de Casos Internacionais em matéria de Direitos Humanos, e Verónica Jiménez, Subdiretora do Departamento de Direitos Humanos do Ministério de Relações Exteriores;

Pela República Dominicana, Embaixador Fernando Pérez Memén, Embaixador Extraordinário e Plenipotenciário da República Dominicana perante os Estados Unidos Mexicanos; Santo Miguel Román, Subdiretor do Departamento Geral de Migração do Ministério de Interior e Polícia, e José Casado-Liberato, Advogado-Analista de Direitos Humanos para assuntos da OEA do Ministério de Relações Exteriores;

Pelo Panamá, Magdalena Brandao, Advogada de Direitos Humanos do Departamento de Assuntos Jurídicos e Tratados do Ministério de Relações Exteriores; Rosario Granda, Advogada; José Cedeño, Advogado, e Rocío Medina, Advogada;

Pela Comissão Interamericana, Comissário Felipe González; Comissária Rosa María Ortiz; Emilio Álvarez Icaza L., Secretário Executivo; Elizabeth Abi-Mershed, Secretária Executiva Adjunta; Silvia Serrano Guzmán, Assessora, e Jorge Humberto Meza, Assessor;

Pelo ACNUR, Juan Carlos Murillo González, Assessor Jurídico Regional;

Pelo UNICEF, Karla Gallo, Oficial Nacional de Proteção do UNICEF no México;

Pela OIM, Salvador Gutiérrez, Oficial Regional de Relações e Políticas;

Pela Associação Interamericana de Defensorias Públicas (AIDEP), Migdalia Brown;

Pela Comissão de Direitos Humanos do Distrito Federal e Centro para o Desenvolvimento da Justiça Internacional, A.C., Fernando Coronado Franco, Nancy Jocelyn López Pérez, Patricia Uribe Granados, Edgar Alejandro Gómez Jaimes, Leonardo Mier Bueno, e Mario Padrão Sánchez;

Pelo Serviço Social Internacional (SSI) e Rede Latino-Americana de Acolhimento Familiar (RELAF), Leticia Irene Virosta;

Pelo Programa de Defesa e Incidência Binacional da Iniciativa Fronteira Norte do México, conformado pelo Centro de Direitos Humanos do Migrante A.C, Centro de Recursos Migrantes, Rede de Casas YMCA para Menores Migrantes e Coalizão Pro Defesa do Migrante A.C., Silvia Esmeralda Flores Rodríguez;

Pelo Centro Estratégico de Litígio Latino-Americano A.C. e o Programa de Direitos Humanos da Universidade Veracruzana, Rafael Beltrán Ramos e Chasel Colorado Piña;

Pela Comissão No. 1309 do Departamento de Prática Profissional da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, Santiago Gabriel Bertinat Gonnet;

Pela Universidade Colégio Maior de Nossa Senhora do Rosario, María Teresa Palacios Sanabria;

Pelo Centro de Direitos Humanos da Universidade Nacional de Lanús, Diego Lorente e Lourdes Rosas Aguilar;

Pelo Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Jurisprudência da Pontifícia Universidade Católica do Equador, Adriana Inés Monesterolo Lencioni;

Pela Clínica de Direito Internacional de Direitos Humanos do Washington College of Law, American University, representando a Women's Refugee Commission, Kids in Need of Defense e the Immigrant Children's Legal Program of the U.S. Committee for Refugees & Immigrants (anteriormente National Center for Refugee and Immigrant Children), Richard J. Wilson, Diana Navas e Jacqueline Zamarripa;

Pela Clínica de Direito da Criança de University College Cork, Emily Bartholomew;

Pela Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autónoma do México, María Leoba Castañeda Rivas; e

Os senhores Álvaro Francisco Amaya Vilarreal e Luis Peraça Parga.

14. Após a audiência, foram recebidos escritos complementares de: 1) Luis Peraça Parga; 2) ACNUR; 3) Comissão No. 1309; 4) Costa Rica; 5) OIM; 6) Guatemala; 7) Secretário Executivo do Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos (IPPDH) do MERCOSUL, em representação dos Estados solicitantes; 8) Clínica de Direitos da Criança de University College Cork; 9) Pontifícia Universidade Católica do Equador, e 10) Brasil.

15. O pedido de Parecer Consultivo apresentado pelos Estados solicitantes, as observações escritas e orais dos Estados participantes, da Comissão Interamericana, do Instituto Interamericano da Criança e do Adolescente, de diferentes organismos internacionais, assim como de organismos estatais, associações internacionais e nacionais, instituições acadêmicas, organizações não governamentais e indivíduos da sociedade civil, podem ser consultados no sítio web da Corte<sup>5</sup> e, também, estão resumidas no anexo ao presente parecer.<sup>6</sup>

### **III COMPETÊNCIA**

16. Esta consulta foi submetida à Corte pelos Estados solicitantes, no uso da faculdade outorgada pelo artigo 64.1 da Convenção Americana. Os Estados solicitantes são Estados Membros da OEA e, portanto, têm o direito de solicitar à Corte Interamericana pareceres consultivos sobre a interpretação deste tratado ou de outros tratados relativos à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.

17. Além disso, a Corte considera que, como órgão com funções de caráter jurisdicional e consultivo, tem a faculdade inerente a suas atribuições, e, inclusive, quando isso não tenha sido controvertido, como acontece nos autos, de determinar o alcance de sua própria competência (*compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz*), o que, pelo disposto no artigo 64.1 da Convenção, também tem aplicação no referente ao exercício de sua função consultiva ou não contenciosa, tal como ocorre com sua competência contenciosa,<sup>7</sup> em particular, dado que a simples circunstância de recorrer a aquela pressupõe a admissão, por parte do Estado ou Estados que realizam a consulta, do direito da Corte de resolver sobre o alcance de sua jurisdição a respeito.

18. Os Estados solicitantes requerem uma interpretação da Convenção Americana, da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (doravante "Declaração Americana" ou "Declaração").

<sup>5</sup> Disponíveis no seguinte link: <http://www.corteidh.or.cr/index.php/observaciones>

<sup>6</sup> O anexo com os resumos se encontra unicamente em idioma espanhol.

<sup>7</sup> Cf. *Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru. Competência*. Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C Nº 55, par. 33, e *Caso J. Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2013. Série C Nº 275, par. 18.

19. Quanto à Convenção Americana, a função consultiva permite ao Tribunal interpretar qualquer norma da mesma, sem que nenhuma parte ou aspecto deste instrumento esteja excluído do âmbito de interpretação. Nesse sentido, é evidente que a Corte tem, em virtude de ser "intérprete última da Convenção Americana",<sup>8</sup> competência para emitir, com plena autoridade, interpretações sobre todas as disposições da Convenção, inclusive aquelas de caráter processual.<sup>9</sup>

20. Outrossim, a Corte considerou que o artigo 64.1 da Convenção, ao referir-se à faculdade da Corte de emitir um parecer sobre "outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos" é amplo e não restritivo. Isto é,

[...] a competência consultiva da Corte pode ser exercida, em geral, sobre toda disposição concernente à proteção dos direitos humanos, de qualquer tratado internacional aplicável aos Estados americanos, independentemente de que seja bilateral ou multilateral, de qual seja seu objeto principal ou de que sejam ou possam ser partes do mesmo Estados alheios ao Sistema Interamericano.<sup>10</sup>

21. No caso da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, este instrumento foi adotado no âmbito da OEA e ratificado por 18 Estados Membros<sup>11</sup> e, indubitavelmente, constitui um tratado de transcendência regional que se relaciona com a proteção dos direitos humanos e, especificamente, com a proteção contra a tortura nos Estados americanos.

22. Ademais, o artigo 64.1 da Convenção Americana autoriza a Corte a emitir pareceres consultivos sobre a interpretação da Declaração Americana, no âmbito e dentro dos limites de sua competência em relação à Carta da OEA (doravante "a Carta") e à Convenção ou outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.<sup>12</sup> Deste modo, ao interpretar a Convenção no marco de sua função consultiva, a Corte recorrerá à Declaração Americana quando corresponda e nos termos do artigo 29.d) da Convenção.

23. Ao afirmar sua competência, o Tribunal recorda o amplo alcance de sua função consultiva, única no Direito Internacional contemporâneo, em virtude da qual e diferentemente do disposto para outros tribunais internacionais, encontram-se legitimados para solicitar pareceres consultivos a totalidade dos órgãos da OEA enumerados no Capítulo X da Carta e os Estados Membros da OEA, ainda que não sejam partes da Convenção.<sup>13</sup> Outra característica da amplitude desta função se relaciona com o objeto da consulta, o qual não está limitado à Convenção Americana, mas alcança outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos e, além disso, é concedida a todos os Estados Membros da

---

<sup>8</sup> *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C Nº 154, par. 124, e *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 30 de janeiro de 2014. Série C Nº 276, par. 87.

<sup>9</sup> *Cf. Artigo 55 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.* Parecer Consultivo OC-20/09 de 29 de setembro de 2009. Série A Nº 20, par. 18, e *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C Nº 170, par. 15.

<sup>10</sup> *"Outros Tratados" Objeto da Função Consultiva da Corte (art. 64 Convenção Americana sobre Direitos Humanos).* Parecer Consultivo OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Série A Nº 1, ponto decisivo primeiro.

<sup>11</sup> São parte deste tratado: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Uruguai e Venezuela.

<sup>12</sup> *Cf. Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no Marco do Artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.* Parecer Consultivo OC-10/89 de 14 de julho de 1989. Série A Nº 10, ponto decisivo primeiro e único.

<sup>13</sup> *Cf. "Outros Tratados" Objeto da Função Consultiva da Corte (art. 64 Convenção Americana sobre Direitos Humanos), supra, pars. 14 a 17, e Artigo 55 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, supra, par. 18.*

OEA a possibilidade de solicitar pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer lei interna e os mencionados instrumentos internacionais.<sup>14</sup>

24. A solicitação cumpre formalmente as exigências dos artigos 70<sup>15</sup> e 71<sup>16</sup> do Regulamento, segundo os quais para que uma solicitação seja considerada pela Corte, as perguntas devem ser formuladas com precisão, especificar as disposições que devem ser interpretadas, indicar as considerações que a originam e fornecer o nome e o endereço do agente.

25. Em reiteradas oportunidades este Tribunal estabeleceu que o cumprimento dos requisitos reglamentares para a formulação de uma consulta não implica que esteja obrigado a respondê-la.<sup>17</sup> Assim, a Corte recorda que sua competência consultiva não deve, em princípio, ser exercida mediante especulações abstratas, sem uma aplicação previsível a situações concretas que justifiquem o interesse de que se emita um Parecer Consultivo.<sup>18</sup>

26. A esse respeito, no pedido de Parecer Consultivo os Estados solicitantes manifestaram que existe um “déficit da legislação e das políticas públicas em relação a diferentes temas que se examinam neste pedido. [...] Um traço ainda frequente em algumas leis e políticas migratórias é a falta da correspondente articulação 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 devem adotar quando ingressa um menino/a ao país de maneira irregular”, o que comumente resulta na “ausência de procedimentos adequados para identificar as diferentes situações de risco que enfrentam as crianças que integram fluxos migratórios mistos ou de composição diversa”.

27. A partir dessa perspectiva, a Corte entende que sua resposta à consulta proposta terá uma utilidade concreta dentro de uma realidade regional na qual aspectos das obrigações estatais quanto à infância migrante não foram estabelecidos de forma clara e sistemática, a partir da interpretação das normas relevantes. Esta utilidade se demonstra pelo grande interesse manifestado por todos os participantes ao longo do presente procedimento consultivo. Em primeiro lugar, a própria solicitação apresentada por quatro Estados, a qual oferece, através da posição acordada e unificada dos Estados solicitantes, um piso mínimo de parâmetros acordados em consenso sobre a matéria. Além disso, foram recebidos 42 escritos

---

<sup>14</sup> Cf. “*Outros Tratados*” Objeto da Função Consultiva da Corte (art. 64 *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*), *supra*, pars. 14 a 17, e *Controle de Legalidade no Exercício das Atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos* (Arts. 41 e 44 a 51 da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*). Parecer Consultivo OC-19/05 de 28 de novembro de 2005. Série A Nº 19, par. 18.

<sup>15</sup> Artigo 70. Interpretação da Convenção

1. As solicitações de parecer consultivo previstas no artigo 64.1 da Convenção deverão formular com precisão as perguntas específicas em relação às quais pretende-se obter o parecer da Corte.
2. As solicitações de parecer consultivo apresentadas por um Estado membro ou pela Comissão deverão indicar, adicionalmente, as disposições cuja interpretação é solicitada, as considerações que dão origem à consulta e o nome e endereço do Agente ou dos Delegados. [...]

<sup>16</sup> Artigo 71. Interpretação de outros tratados

1. Se a solicitação referir-se à interpretação de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos, tal como previsto no artigo 64.1 da Convenção, deverá identificar o tratado e suas respectivas partes, formular as perguntas específicas em relação às quais é solicitado o parecer da Corte e incluir as considerações que dão origem à consulta. [...]

<sup>17</sup> Cf. *Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos* (Art. 51 *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*). Parecer Consultivo OC-15/97 de 14 de novembro de 1997. Série A Nº 15, par. 31, e *Controle de Legalidade no Exercício das Atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos* (Arts. 41 e 44 a 51 da *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*), *supra*, par. 17.

<sup>18</sup> Cf. *Garantias Judiciais em Estados de Emergência* (arts. 27.2, 25 e 8 *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*). Parecer Consultivo OC-9/87 de 6 de outubro de 1987. Série A Nº 9, par. 16, e *Artigo 55 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, *supra*, par. 15.

de observações apresentados por cinco Estados Membros da OEA, a Comissão Interamericana, o Instituto Interamericano da Criança e do Adolescente, quatro organismos internacionais e 31 instituições e indivíduos membros de diversas organizações, sociedade civil em geral e instituições acadêmicas. De forma similar, verificou-se uma ativa participação na audiência pública por parte de nove Estados Membros da OEA, da Comissão Interamericana, de três organismos internacionais, 14 instituições e indivíduos membros de diversas organizações, sociedade civil em geral e instituições acadêmicas.

28. Ao recordar que a função consultiva constitui “um serviço que a Corte está em capacidade de prestar a todos os integrantes do Sistema Interamericano, com o propósito de contribuir com o cumprimento de seus compromissos internacionais” sobre direitos humanos,<sup>19</sup> a Corte considera de importância transcendental estabelecer com maior precisão os direitos e garantias das crianças no contexto da migração, isto é, das crianças migrantes e/ou em necessidade de proteção internacional, assim como de filhas e filhos de migrantes. Isso implicará na determinação dos princípios e obrigações concretas que os Estados devem cumprir em matéria de direitos humanos das crianças a fim de adotar as medidas de proteção integral que resultem adequadas e pertinentes em cada situação.

29. A este respeito, a Corte recorda, como o fez em outras oportunidades,<sup>20</sup> que o trabalho interpretativo que deve cumprir em exercício de sua função consultiva busca não apenas decifrar o sentido, propósito e razão das normas internacionais sobre direitos humanos, mas, sobretudo, contribuir com os Estados Membros e os órgãos da OEA para que cumpram de maneira cabal e efetiva suas obrigações internacionais na matéria e definam e desenvolvam políticas públicas em direitos humanos, neste caso para as crianças no contexto da migração. Trata-se, com efeito, de interpretações que contribuam a fortalecer o sistema de proteção dos direitos humanos.

30. Portanto, a Corte considera que, não apenas está necessariamente limitada aos termos literais das consultas que lhe são formuladas, mas que, em exercício de sua competência não contenciosa ou consultiva e em vista do previsto no artigo 2 da Convenção e do propósito dos pareceres consultivos de “contribuir com o cumprimento de seus compromissos internacionais” sobre direitos humanos (par. 28 *supra*), pode também sugerir, como medidas de outro caráter que sejam necessárias para fazer efetivos os direitos humanos, a adoção de tratados ou outro tipo de normas internacionais sobre as matérias objeto da consulta.

31. Do mesmo modo, a Corte considera necessário recordar que, conforme o Direito Internacional, quando um Estado é parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, este tratado obriga todos os seus órgãos, incluindo os poderes judicial e legislativo,<sup>21</sup> de maneira que a violação por parte de algum destes órgãos gera responsabilidade internacional para o Estado.<sup>22</sup> É por essa razão que a Corte considera necessário que os diversos órgãos do Estado realizem o correspondente controle de

---

<sup>19</sup> Cf. “*Outros Tratados*” Objeto da Função Consultiva da Corte (art. 64 Convenção Americana sobre Direitos Humanos), *supra*, par. 39, e *Controle de Legalidade no Exercício das Atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos* (Arts. 41 e 44 a 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), *supra*, par. 18.

<sup>20</sup> Cf. “*Outros Tratados*” Objeto da Função Consultiva da Corte (art. 64 Convenção Americana sobre Direitos Humanos), *supra*, par. 25, e *Controle de Legalidade no Exercício das Atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos* (Arts. 41 e 44 a 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), *supra*, par. 18.

<sup>21</sup> Cf. *Caso Fontevecchia e D`Amico Vs. Argentina. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 29 de novembro de 2011. Série C Nº 238, par. 93, e *Caso Mendoza e outros Vs. Argentina. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações*. Sentença de 14 de maio de 2013. Série C Nº 260, par. 221.

<sup>22</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C Nº 4, par. 164, e *Caso Massacre de Dos Erres Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2009. Série C Nº 211, par. 197.

convencionalidade,<sup>23</sup> também em relação ao que se indique no exercício de sua competência não contenciosa ou consultiva, a qual, inegavelmente, compartilha com sua competência contenciosa o propósito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos de “proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos”.<sup>24</sup> Por sua vez, a partir da norma convencional interpretada<sup>25</sup> através da emissão de um Parecer Consultivo, todos os órgãos dos Estados Membros da OEA, incluindo os que não são partes da Convenção mas que se obrigaram a respeitar os direitos humanos em virtude da Carta da OEA (artigo 3.I) e da Carta Democrática Interamericana (artigos 3, 7, 8 e 9), contam com uma fonte que, de acordo com sua própria natureza, contribui também, e especialmente de maneira preventiva, para alcançar o eficaz respeito e garantia dos direitos humanos e, em particular, constitui um guia a ser utilizado para resolver as questões sobre a infância no contexto da migração e assim evitar eventuais violações de direitos humanos.

32. Dado o amplo alcance da função consultiva da Corte que, como já foi exposto, envolve não apenas os Estados Partes da Convenção Americana (par. 23 *supra*), tudo o que se afirma no presente Parecer Consultivo também tem relevância jurídica para todos os Estados Membros da OEA que assinaram a Declaração Americana, independentemente de que tenham ou não ratificado a Convenção Americana,<sup>26</sup> bem como para os órgãos da OEA cuja esfera de competência se refira ao tema da consulta.

33. Em suma, a Corte considera que tem competência para se pronunciar sobre as perguntas propostas pelos Estados solicitantes e não encontra na presente consulta razões para se abster de resolvê-la, de modo que a admite e passa a resolvê-la.

#### **IV CONSIDERAÇÕES GERAIS**

34. No ano de 2013, existiam no mundo 231.522.215 pessoas migrantes, das quais 61.617.229 estavam nas Américas.<sup>27</sup> Por sua vez, do total de pessoas migrantes em nosso continente, 6.817.466 eram menores de 19 anos de idade.<sup>28</sup> Segundo dados do final de 2013, no continente americano havia aproximadamente 806.000 pessoas refugiadas e pessoas em situação similar à dos refugiados.<sup>29</sup> Naquele ano, foram apresentados mais de 25.300 solicitações de asilo individuais de crianças desacompanhadas ou separadas dos pais em 77 países ao redor do mundo.<sup>30</sup>

<sup>23</sup> Cf. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile, supra*, par. 124, e *Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname, supra*, par. 124.

<sup>24</sup> *O Efeito das Reservas sobre a Entrada em Vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-2/82 de 24 de setembro de 1982. Série A Nº 2, par. 29, e *Caso Boyce e outros Vs. Barbados. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de novembro de 2007. Série C Nº 169, par. 15.

<sup>25</sup> Cf. *Caso Gelman Vs. Uruguai. Supervisão de Cumprimento de Sentença*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 20 de março de 2013, parágrafos considerativos 65 a 90.

<sup>26</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Série A Nº 18, par. 60.

<sup>27</sup> Ver, Nações Unidas, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2013), *Trends in International Migrant Stock: The 2013 Revision - Migrants by Age and Sex* (United Nations database, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2013/Age).

<sup>28</sup> Ver, Nações Unidas, Department of Economic and Social Affairs, Population Division (2013), *Trends in International Migrant Stock: The 2013 Revision - Migrants by Age and Sex* (United Nations database, POP/DB/MIG/Stock/Rev.2013/Age).

<sup>29</sup> Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *O custo humano da guerra. Tendências Globais 2013*, pág. 12.

<sup>30</sup> Esta cifra não inclui informação a respeito de alguns países que são receptores de solicitantes de asilo, como por exemplo, os Estados Unidos da América. Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *O custo humano da guerra. Tendências Globais 2013*, pág. 28.

35. As crianças se deslocam internacionalmente por várias razões: em busca de oportunidades, seja por razões econômicas ou educacionais; com fins de reunificação familiar, a fim de reagrupar-se com familiares que já migraram; por mudanças repentinas ou progressivas do meio ambiente que afetam adversamente sua vida ou suas condições de vida; por danos derivados do crime organizado, desastres naturais, abuso familiar ou extrema pobreza; para serem transportados no contexto de uma situação de exploração, incluindo o tráfico infantil; para fugir de seu país, seja por temor fundado de ser perseguido por determinados motivos ou 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. Apesar de as crianças geralmente se trasladarem com seus pais, membros da família ampliada ou outros adultos, atualmente um número crescente e significativo migra de forma independente e sem companhia.<sup>31</sup>

36. A migração internacional é um fenômeno complexo que pode envolver dois ou mais Estados, entre países de origem, de trânsito e de destino, tanto de migrantes como de solicitantes de asilo e refugiados. Neste contexto e, em particular, no dos fluxos migratórios mistos que implicam em movimentos populacionais de caráter diverso, as causas e características do traslado feito por crianças por ar, mar ou terra a países distintos aos de sua nacionalidade ou residência habitual podem incluir tanto pessoas que requerem uma proteção internacional, como outras que se mudam em busca de melhores oportunidades por diversos motivos, os quais podem alterar-se no próprio transcurso do processo migratório. Isso faz com que as necessidades e requerimentos de proteção possam variar amplamente.

37. Entende-se por proteção internacional aquela oferecida por um Estado a uma pessoa estrangeira porque seus direitos humanos estão ameaçados ou violados em seu país de nacionalidade ou residência habitual, e no qual não pôde obter a proteção devida por não ser acessível, disponível e/ou efetiva. Apesar de a proteção internacional do Estado de acolhida encontrar-se ligada inicialmente à condição ou *status* de refugiado, as diversas fontes do Direito Internacional -e em particular do Direito dos Refugiados, do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário-, revelam que esta noção abarca também outro tipo de marcos normativos de proteção. Deste modo, a expressão proteção internacional compreende: (a) a proteção recebida pelas pessoas solicitantes de asilo e refugiadas com fundamento nos convênios internacionais ou nas legislações internas; (b) a proteção recebida pelas pessoas solicitantes de asilo e refugiadas com fundamento na definição ampliada da Declaração de Cartagena; (c) a proteção recebida por qualquer estrangeiro com base nas obrigações internacionais de direitos humanos e, em particular, o princípio de não devolução e a denominada proteção complementar ou outras formas de proteção humanitária, e (d) a proteção recebida pelas pessoas apátridas de acordo com os instrumentos internacionais sobre a matéria.

38. Somente é possível assegurar a proteção internacional, de acordo com os compromissos internacionais derivados do Direito Internacional dos Direitos Humanos, do Direito Internacional Humanitário e do Direito dos Refugiados, admitindo um potencial solicitante de asilo em um país seguro, garantindo o direito de buscar e receber asilo e o respeito ao princípio de não devolução, entre outros direitos, até alcançar uma solução duradoura.

---

<sup>31</sup> Cf. Relatório do Relator Especial sobre os Direitos Humanos dos Migrantes, Jorge Bustamante, *Promoção e Proteção de todos os Direitos Humanos, Cívicos, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, incluindo o Direito ao Desenvolvimento*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de maio de 2009, par. 19.

39. De acordo com este panorama, este Tribunal insistiu em sua jurisprudência consultiva<sup>32</sup> e contenciosa<sup>33</sup> no fato de que, no exercício de sua faculdade de definir políticas migratórias,<sup>34</sup> os Estados podem estabelecer mecanismos de controle de ingresso e saída do seu território em relação a pessoas que não sejam seus nacionais, sempre que estas políticas sejam compatíveis com as normas de proteção dos direitos humanos estabelecidas na Convenção Americana.<sup>35</sup> Com efeito, ainda que os Estados possuam um âmbito de discricionariedade ao determinar suas políticas migratórias, os objetivos perseguidos pelas mesmas devem respeitar os direitos humanos das pessoas migrantes.<sup>36</sup> Isso não significa que não se possa iniciar ação alguma contra as pessoas migrantes que não cumpram o ordenamento jurídico estatal, mas que, ao adotar as medidas que correspondam, os Estados devem respeitar seus direitos humanos e garantir seu exercício e gozo a toda pessoa que se encontre sob sua jurisdição, sem nenhuma discriminação. Ademais, os Estados devem respeitar as obrigações internacionais conexas resultantes dos instrumentos internacionais do Direito Humanitário e do Direito dos Refugiados.

40. Nessa linha de argumentação, os Estados se comprometeram a “[p]romover o fortalecimento dos direitos humanos como um componente central das políticas e práticas migratórias dos países de origem, de trânsito e de destino, assegurando a proteção dos direitos humanos dos migrantes, no marco do ordenamento jurídico de cada Estado, independentemente de sua condição migratória, origem étnica, gênero ou idade.”<sup>37</sup> Além disso, reiteraram seu compromisso com as pessoas que têm o direito à proteção internacional dos refugiados na América Latina.<sup>38</sup>

41. O exposto comporta a necessidade imperiosa de adotar um enfoque de direitos humanos com relação às políticas migratórias<sup>39</sup> e com respeito às necessidades de proteção internacional,<sup>40</sup> assumindo a inter-relação e convergência entre estes diferentes ramos do

---

<sup>32</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, *supra*, par. 168.

<sup>33</sup> Cf. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C Nº 218, par. 97, e *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2013. Série C Nº 272, par. 129.

<sup>34</sup> A política migratória de um Estado está constituída por todo ato, medida ou omissão institucional (leis, decretos, resoluções, diretrizes, atos administrativos, etc.) que versa sobre a entrada, saída ou permanência de população nacional ou estrangeira dentro de seu território. Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, *supra*, par. 163.

<sup>35</sup> Cf. *Assuntos Haitianos e Dominicanos de Origem Haitiana na República Dominicana a respeito da República Dominicana*. Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 18 de agosto de 2000, parágrafo considerativo 4, e *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 97.

<sup>36</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, *supra*, par. 168, e *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 97. De igual forma, o Relator Especial do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas sobre os Direitos Humanos dos Migrantes, tem argumentado que “[a]inda que todos os Estados possuam o direito soberano de proteger suas fronteiras e regular suas políticas de migração, ao promulgar e aplicar a legislação nacional em matéria de imigração também devem assegurar o respeito dos direitos humanos dos migrantes”. Relatório do Relator Especial sobre os Direitos Humanos dos Migrantes, Jorge Bustamante, *Promoção e Proteção de todos os Direitos Humanos, Civis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, incluindo o Direito ao Desenvolvimento*, UN Doc. A/HRC/20/24, 25 de fevereiro de 2008, par. 14.

<sup>37</sup> Compromisso de Montevidéu sobre Migrações e Desenvolvimento dos Chefes de Estado e de Governo da Comunidade Ibero-Americana, adotado por ocasião da XVI Cúpula Ibero-Americana, realizada em Montevidéu, Uruguai, nos dias 4 e 5 de novembro de 2006, par. 25.g).

<sup>38</sup> Cf. Declaração e Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina, Cidade do México, 16 de novembro de 2004.

<sup>39</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, *supra*, pars. 162 a 171.

<sup>40</sup> Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), Comitê Executivo, Conclusão Sobre Crianças em Situação de Risco, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada em 5 de outubro de 2007, par. b).x).

Direito Internacional. Entretanto, mais ainda, por tratar-se de crianças, deve prevalecer um enfoque encaminhado à proteção e garantia de seus direitos de forma integral.<sup>41</sup>

42. Nessa perspectiva, a Corte considera pertinente, primeiramente, estabelecer a metodologia da interpretação que utilizará para responder à consulta proposta, bem como desenvolver as obrigações gerais e os princípios reitores que se aplicam de forma transversal a todas e cada uma das questões que serão abordadas. Nesse sentido, a Corte adverte que as diversas perguntas apresentadas na consulta submetida pelos Estados solicitantes incluem uma série de etapas do processo migratório, iniciando com a mobilização transfronteiriça da criança e seu contato inicial com as autoridades do Estado receptor até a consecução de uma solução duradoura.

43. A primeira pergunta, que será abordada no capítulo VII, refere-se ao momento posterior ao ingresso, que se relaciona à questão dos procedimentos para a identificação das necessidades de proteção internacional, com base nos diversos riscos para os direitos das crianças e, se for o caso, a adoção de medidas de proteção especial adequadas.

44. Os capítulos VIII a XII se referem exclusivamente a processos migratórios relacionados a uma situação irregular, em casos em que não se vislumbram situações que requeiram uma proteção internacional. Neste âmbito, as perguntas se referem a temas relacionados com o princípio de não detenção de crianças por irregularidade migratória, as medidas prioritárias que não impliquem na privação da liberdade, as obrigações estatais em caso de custódia de crianças, bem como as garantias aplicáveis tanto nos processos migratórios como em situações que afetem a liberdade pessoal.

45. O capítulo XIII desenvolve a pergunta relativa ao princípio de não devolução ou *non-refoulement*, conceitualizando-o como um princípio que permite dotar de eficácia o direito de buscar e receber asilo, mas também como um direito autônomo estabelecido na Convenção e uma obrigação derivada da proibição da tortura e outras normas de direitos humanos e, em particular, da proteção da infância.

46. O capítulo XIV especifica os procedimentos para garantir o direito das crianças de buscar e receber asilo, os quais apenas finalizam ao alcançar uma solução duradoura, seja a repatriação voluntária e em condições dignas e seguras ao país de origem, a integração local no país de acolhida ou o reassentamento em um terceiro país seguro.

47. Por último, o capítulo XV trata de uma situação específica que se relaciona com crianças cujos progenitores enfrentam uma expulsão ou deportação por motivos migratórios, o que impõe definir o alcance do direito à proteção da família e à não ingerência arbitrária ou abusiva na vida da família.

48. Finalmente, é conveniente recordar que é inerente às faculdades desta Corte a de estruturar seus pronunciamentos na forma que considere mais adequada aos interesses da justiça e aos efeitos de um Parecer Consultivo. No presente Parecer Consultivo, a Corte decidiu estabelecer, em primeiro termo, um glossário com o fim de delimitar o alcance conceitual dos termos a serem utilizados e logo procederá à análise dos assuntos específicos submetidos à sua consideração, para o que responderá às perguntas que lhe foram formuladas na ordem apresentada pelos Estados solicitantes.

49. Para efeitos do presente Parecer Consultivo, a Corte utilizará os seguintes termos com o significado indicado:

---

<sup>41</sup> Ver, em igual sentido, relatório do Relator Especial sobre os Direitos Humanos dos Migrantes, Jorge Bustamante, *Promoção e Proteção de todos os Direitos Humanos, Civis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, incluindo o Direito ao Desenvolvimento*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de maio de 2009, par. 43.

- a) crianças** toda pessoa que não tenha completado 18 anos de idade,<sup>42</sup> salvo que tenha alcançado a maioridade antes em conformidade com a lei. O termo "crianças" utilizado no presente Parecer Consultivo inclui, evidentemente, os adolescentes.
- b) criança desacompanhada** criança que está separada de ambos os progenitores e outros parentes e não está sob o cuidado de um adulto a quem, por lei ou costume, incumbe essa responsabilidade.<sup>43</sup>
- c) criança separada** criança separada de ambos os progenitores ou de seus tutores legais ou habituais, mas não necessariamente de outros parentes. Portanto, pode encontrar-se acompanhada por outros membros adultos da família.<sup>44</sup>
- d) emigrante** pessoa que deixa um Estado com o propósito de se transferir a outro e se estabelecer nele.<sup>45</sup>
- e) imigrar** chegar a outro Estado com o propósito de residir nele.<sup>46</sup>
- f) imigrante** pessoa que chega a outro Estado com o propósito de residir nele.<sup>47</sup>
- g) migrante** termo genérico que inclui tanto o emigrante como o imigrante.<sup>48</sup>
- h) *status* migratório** situação jurídica na qual se encontra um migrante, de acordo com a normativa interna do Estado de acolhida ou receptor.<sup>49</sup>
- i) Estado ou país de origem** Estado ou país do qual uma pessoa é nacional ou, no caso da pessoa apátrida, Estado ou país de residência habitual.
- j) Estado de acolhida ou Estado receptor** Estado ao qual a pessoa se traslada, seja de trânsito ou de destino.
- k) pessoa apátrida** a pessoa que não seja considerada como seu nacional por nenhum Estado, conforme sua legislação.
- l) solicitante de asilo** a pessoa que solicitou o reconhecimento do estatuto ou condição de refugiado e cuja petição está pendente de resolução.
- m) refugiado(a)** a pessoa que devido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um

<sup>42</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*. Parecer Consultivo OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A Nº 17, par. 42.

<sup>43</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, UN Doc. CRC/GC/2005/6, 1 de setembro de 2005, par. 7.

<sup>44</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, *supra*, par. 8.

<sup>45</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, *supra*, par. 69.

<sup>46</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, *supra*, par. 69.

<sup>47</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, *supra*, par. 69.

<sup>48</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, *supra*, par. 69.

<sup>49</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, *supra*, par. 69.

determinado grupo social ou opiniões políticas se encontre fora do país de sua nacionalidade e não possa ou, por causa destes temores, não queira receber a proteção de seu país; ou que carecendo de nacionalidade e encontrando-se, como consequência de tais acontecimentos, fora do país onde antes tinha sua residência habitual não possa ou, por causa destes temores, não queira regressar a ele. O termo "refugiado(a)" é aplicável também a 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.

**n) proteção internacional**

aquela proteção oferecida por um Estado a uma pessoa estrangeira porque seus direitos humanos estejam ameaçados ou violados em seu país de nacionalidade ou de residência habitual, e no qual não possa obter a proteção devida por não ser acessível, disponível e/ou efetiva.

50. A seguir, de acordo com o requerido pelos Estados solicitantes, o presente Parecer Consultivo determina, com a maior precisão possível e em conformidade com as normas trazidas à consulta, as obrigações estatais a respeito das crianças, associadas à sua condição migratória ou à de seus pais e que os Estados, em consequência, devem considerar ao elaborar, adotar, implementar e aplicar suas políticas migratórias.

## V CRITÉRIOS DE INTERPRETAÇÃO

51. A faculdade da Corte Interamericana consiste essencialmente em interpretar e aplicar a Convenção Americana<sup>50</sup> ou outros tratados sobre os quais tenha competência<sup>51</sup> para, consequentemente, determinar, de acordo com a norma internacional, tanto convencional como consuetudinária, a responsabilidade internacional do Estado de acordo com o Direito Internacional.<sup>52</sup> A Corte recorda, como o fez em outras oportunidades,<sup>53</sup> que o trabalho

<sup>50</sup> O artigo 62 da Convenção Americana indica que:

1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

[...]

3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial.

<sup>51</sup> Cf. *Caso González e outras ("Campo Algodoeiro") Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C Nº 205, pars. 45 a 58 e 77.

<sup>52</sup> O artigo 27 (Direito Interno e Observância dos Tratados) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados dispõe que:

Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

Ver, também, Resolução da Assembleia Geral da ONU, *Responsabilidade do Estado por fatos internacionalmente ilícitos*, UN Doc. A/RES/56/83, publicada em 28 de janeiro de 2002, artigo 3 (Qualificação do fato do Estado como internacionalmente ilícito): "[a] qualificação do fato do Estado como internacionalmente ilícito é regida pelo Direito Internacional. Tal qualificação não é afetada pela qualificação do mesmo fato como lícito pelo Direito interno".

interpretativo que deve cumprir no exercício de sua função consultiva difere de sua competência contenciosa no sentido de que não existem “partes” envolvidas no procedimento consultivo e não existe tampouco um litígio a resolver. O propósito central da função consultiva é obter uma interpretação judicial sobre uma ou várias disposições da Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos.<sup>54</sup>

52. Para emitir seu parecer sobre a interpretação das disposições jurídicas trazidas à consulta, a Corte recorrerá à Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a qual reflete a regra geral de interpretação dos tratados internacionais de natureza consuetudinária,<sup>55</sup> que implica na aplicação simultânea da boa fé, do sentido comum dos termos usados no tratado em questão, seu contexto e seu objeto e finalidade. Em sua parte pertinente, esta Convenção indica:

Artigo 31. Regra Geral de Interpretação. 1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.

[...]

Artigo 32. Meios Suplementares de Interpretação. Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31:

- a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou
- b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado.

53. No caso da Convenção Americana, o objeto e fim do tratado é “a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos”,<sup>56</sup> a propósito dos quais foi elaborada para proteger os direitos humanos das pessoas independentemente de sua nacionalidade, em face de seu próprio Estado ou qualquer outro.<sup>57</sup> Neste ponto é fundamental ter presente a especificidade dos tratados de direitos humanos, os quais criam uma ordem jurídica na qual os Estados assumem obrigações em relação aos indivíduos sob sua jurisdição<sup>58</sup> e cujas violações podem ser reclamadas por eles e pela comunidade de Estados Partes da Convenção através da ação da Comissão,<sup>59</sup> e inclusive perante a Corte,<sup>60</sup> o que tem como efeito que a interpretação das normas deve se desenvolver também a partir de um modelo baseado em valores que o Sistema Interamericano pretende resguardar, sob o “melhor ângulo” para a proteção da pessoa.<sup>61</sup>

<sup>53</sup> Cf. *Relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Art. 51 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*, *supra*, pars. 25 e 26, e *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, *supra*, par. 63.

<sup>54</sup> Cf. *Restrições à Pena de Morte (arts. 4.2 e 4.4 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-3/83 de 8 de setembro de 1983. Série A Nº 3, par. 22.

<sup>55</sup> Cf., entre outros, Corte Internacional de Justiça, *Caso relativo à soberania sobre Pulau Ligitan e Pulau Sipadan (Indonésia contra Malásia)*, Sentença de 17 de dezembro de 2002, par. 37, e Corte Internacional de Justiça, *Avena e outros nacionais mexicanos (México contra Estados Unidos da América)*, Sentença de 31 de março de 2004, par. 83.

<sup>56</sup> *O Efeito das Reservas sobre a Entrada em Vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, *supra*, par. 29, e *Caso Boyce e outros Vs. Barbados*, *supra*, par. 15.

<sup>57</sup> Cf. *O Efeito das Reservas sobre a Entrada em Vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, *supra*, par. 33.

<sup>58</sup> Cf. *O Efeito das Reservas sobre a Entrada em Vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, *supra*, par. 29, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C Nº 246, par. 39.

<sup>59</sup> Cf. Artigos 43 e 44 da Convenção Americana.

<sup>60</sup> Cf. Artigo 61 da Convenção Americana.

<sup>61</sup> Cf. *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México*, *supra*, par. 33.

54. É nesse sentido que a Convenção Americana prevê expressamente determinadas pautas de interpretação em seu artigo 29,<sup>62</sup> entre as quais alberga o princípio *pro persona*, que significam que nenhuma disposição deste tratado pode ser interpretada no sentido de limitar o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade que possa estar reconhecido de acordo com as leis de qualquer Estado Parte ou de acordo com outra convenção em que seja parte um destes Estados, ou ainda no de excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

55. Ademais, a Corte reiteradamente indicou que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais.<sup>63</sup> Essa interpretação evolutiva é consequente com as regras gerais de interpretação dispostas no artigo 29 da Convenção Americana, assim como com as estabelecidas pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.<sup>64</sup>

56. Somado ao anterior, é preciso considerar que o presente Parecer Consultivo tem como foco de atenção os direitos e garantias das crianças nas diferentes etapas do processo migratório. A Corte estabeleceu em seu *Parecer Consultivo OC-17/02* que, por crianças, deve se entender “toda pessoa que não tenha completado 18 anos de idade, salvo que tenha alcançado a maioridade antes em conformidade com a lei”.<sup>65</sup> As crianças são titulares dos direitos humanos que correspondem a todos os seres humanos e gozam, além disso, de direitos especiais derivados de sua condição, aos quais correspondem deveres específicos da família, da sociedade e do Estado.<sup>66</sup>

57. Nesta linha de raciocínio, a Corte enfatizou reiteradamente a existência de um “*corpus iuris* de Direito Internacional de proteção dos direitos das crianças muito abrangente”, que deve ser utilizado como fonte de direito pelo Tribunal para estabelecer “o conteúdo e os alcances” das obrigações assumidas pelos Estados através do artigo 19 da Convenção Americana<sup>67</sup> em relação às crianças, em particular ao precisar as “medidas de proteção”

<sup>62</sup> Artigo 29. Normas de Interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
- c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e
- d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

<sup>63</sup> Cf. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*. Parecer Consultivo OC-16/99 de 1 de outubro de 1999. Série A Nº 16, par. 114, e *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação in vitro”) Vs. Costa Rica. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 novembro de 2012. Série C Nº 257, par. 245.

<sup>64</sup> Cf. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*, *supra*, par. 114, e *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação in vitro”) Vs. Costa Rica*, *supra*, par. 245.

<sup>65</sup> *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, *supra*, par. 42.

<sup>66</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, *supra*, par. 54, e *Caso Mendoza e outros Vs. Argentina*, *supra*, par. 140.

<sup>67</sup> Artigo 19. Direitos da Criança

Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

referidas nessa norma.<sup>68</sup> Especificamente, a Corte já ressaltou que a Convenção sobre os Direitos da Criança<sup>69</sup> é o tratado internacional que possui maior vocação de universalidade, o que “evidencia um amplo consenso internacional (*opinio iuris comunis*) favorável aos princípios e instituições acolhidos por este instrumento, que reflete o desenvolvimento atual desta matéria”,<sup>70</sup> tendo sido ratificada por quase todos os Estados Membros da Organização dos Estados Americanos. No âmbito do presente Parecer Consultivo, a Corte deseja sublinhar que, ainda que não corresponda emitir uma interpretação direta da Convenção sobre os Direitos da Criança pois suas disposições não foram objeto da consulta, sem dúvida os princípios e direitos nela reconhecidos contribuem de forma decisiva a determinar o alcance da Convenção Americana, quando o titular de direitos é uma criança. A este respeito, o próprio Comitê dos Direitos da Criança esclareceu que “o gozo dos direitos estipulados na Convenção [sobre os Direitos da Criança] não está limitado aos menores que sejam nacionais do Estado Parte, de modo que, salvo estipulação expressa em contrário na Convenção, serão também aplicáveis a todos os menores -sem excluir os solicitantes de asilo, os refugiados e as crianças migrantes-, com independência de sua nacionalidade ou apatridia, e situação em termos de imigração”.<sup>71</sup>

58. Em virtude da matéria submetida à consulta, que concerne centralmente a crianças que se encontram fora de seu país de origem, sob a jurisdição de um Estado do qual não são nacionais ou, se for o caso, que não corresponde à sua residência habitual, a Corte terá em consideração, como fontes de Direito Internacional adicionais, outras convenções relevantes em que sejam parte os Estados americanos a fim de realizar uma interpretação harmônica das obrigações internacionais nos termos da disposição citada. Em particular, a Corte considerará os tratados aplicáveis e a jurisprudência e decisões a respeito, assim como as resoluções, pronunciamentos e declarações referentes ao tema adotados no âmbito internacional.

59. Por conseguinte, ao tratar-se de um tema no qual convergem os direitos de crianças e os direitos das pessoas no contexto das diversas situações vinculadas à migração, no presente Parecer Consultivo este Tribunal interpretará e dará conteúdo aos direitos reconhecidos na Convenção, de acordo com a evolução do *corpus iuris* internacional existente em relação aos direitos humanos das crianças, bem como das pessoas migrantes e o relativo à proteção internacional devida pelos Estados, especificamente o Direito Internacional dos Refugiados, levando em consideração que a comunidade internacional reconheceu a necessidade de adotar medidas especiais para garantir a proteção dos direitos humanos destes grupos em situação de vulnerabilidade.<sup>72</sup>

<sup>68</sup> Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C Nº 63, pars. 192 a 194, e *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança, supra*, par. 24.

<sup>69</sup> *Convenção sobre os Direitos da Criança*, adotada em 20 de novembro de 1989, entrada em vigor em 2 de setembro de 1990. Os seguintes 34 Estados Membros da OEA são parte deste tratado: Antigua e Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Guyana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Saint Kitts e Nevis, Santa Lucía, San Vicente e Granadinas, Suriname, Trindade e Tobago, Uruguai e Venezuela.

<sup>70</sup> *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança, supra*, par. 29.

<sup>71</sup> Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento das crianças desacompanhadas e separadas fora do seu país de origem, supra*, par. 12.

<sup>72</sup> A vulnerabilidade das pessoas migrantes se funda primeiramente no fato de sua condição de não nacionais. Esta condição de vulnerabilidade tem uma dimensão ideológica e se apresenta em um contexto histórico que é distinto para cada Estado, e é mantida por situações *de jure* (desigualdades entre nacionais e estrangeiros nas leis) e *de facto* (desigualdades estruturais). Além disso, os migrantes indocumentados ou em situação irregular são os mais expostos às violações potenciais ou reais de seus direitos. Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados, supra*, par. 112; *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, par. 99, e *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia, supra*, par. 128.

60. Em suma, ao dar resposta à presente consulta, a Corte atua em sua condição de tribunal de direitos humanos, guiada pelas normas que governam sua competência consultiva e realiza a análise estritamente jurídica das questões que lhe foram propostas, conforme o Direito Internacional dos Direitos Humanos, tendo em consideração as fontes de Direito Internacional relevantes. A esse respeito, corresponde precisar que o *corpus iuris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos composto de uma série de regras expressamente estabelecidas em tratados internacionais ou refletidas no Direito Internacional Consuetudinário como prova de uma prática geralmente aceita como Direito, bem como dos princípios gerais de direito e de um conjunto de normas de caráter geral ou de *soft law*, que servem como guia de interpretação das primeiras, pois dotam de maior precisão os conteúdos mínimos determinados convencionalmente. Ademais, a Corte se baseará em sua própria jurisprudência já estabelecida, tanto em matéria de infância como de direitos das pessoas migrantes, solicitantes de asilo e refugiados.

## VI OBRIGAÇÕES GERAIS E PRINCÍPIOS REITORES

61. Sobre este particular, e sem prejuízo de que mais adiante volte a referir-se a elas, a Corte considera da maior importância referir-se expressamente, desde já e a modo de introdução, a três disposições da Convenção Americana que inspiram todo o desenvolvimento deste Parecer Consultivo. Uma é o disposto em seu artigo 1.1, na medida em que estabelece o dever estatal de respeito e garantia dos direitos humanos a respeito de “toda pessoa que esteja sujeita à [...] jurisdição” do Estado em questão, isto é, que se encontre em seu território<sup>73</sup> ou que de qualquer forma seja submetida à sua autoridade, responsabilidade ou controle, neste caso, ao tentar ingressar no mesmo, e isso sem discriminação alguma por qualquer motivo estipulado na norma citada.<sup>74</sup> O termo jurisdição, utilizado por esta norma, faz referência, portanto, a toda pessoa a respeito de quem o Estado exerce sua competência territorial<sup>75</sup> ou sua competência pessoal<sup>76</sup> e, inclusive, sua competência relativa aos serviços públicos.<sup>77</sup> No entanto, neste Parecer Consultivo considerar-se-á unicamente a primeira situação, especialmente em sua dimensão fática, qual seja a efetiva submissão da pessoa, neste caso, do menor de idade estrangeiro, à jurisdição deste Estado desde o momento em que tenta ingressar ao seu território.

62. A segunda consideração a respeito da disposição convencional indicada é que esta competência territorial do Estado se encontra limitada pelo compromisso que este soberanamente contraiu<sup>78</sup> de respeitar e fazer respeitar os direitos humanos das pessoas que

<sup>73</sup> Obviamente, o Estado também tem jurisdição, certamente mais limitada, a respeito de seus nacionais que se encontram no exterior. Mas a Corte considera mais conveniente excluir esta jurisdição, expressa na competência pessoal do Estado, do presente Parecer Consultivo.

<sup>74</sup> A Corte já ressaltou que o princípio da igualdade e não discriminação tem caráter fundamental e que todos os Estados devem garanti-lo a seus cidadãos e a toda pessoa estrangeira que se encontre em seu território. Sem prejuízo disso, o Estado pode conceder um tratamento distinto aos migrantes documentados a respeito dos imigrantes indocumentados, ou entre migrantes e nacionais, sempre que esse tratamento diferenciado seja razoável, objetivo, proporcional, e não lese os direitos humanos. Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, *supra*, par. 119, e *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 248.

<sup>75</sup> Em virtude disso, o Estado exerce de forma plena e exclusiva o poder jurídico reconhecido pelo Direito Internacional sobre todo seu território, isto é, sobre todos os bens e todas as situações, atividades e pessoas que, por qualquer causa ou motivo, ingressem, se encontrem ou atuem nele, assumindo, em consequência, as funções necessárias, sejam executivas, legislativas ou judiciais, para a organização da comunidade que ingressa, habita ou atua no mesmo.

<sup>76</sup> Em razão disso, o Estado exerce sua autoridade a respeito de seus nacionais que se encontram no exterior, regulando seu estatuto pessoal e exercendo a proteção a seu respeito.

<sup>77</sup> Implica no direito do Estado de regulamentar a organização, funcionamento, defesa e segurança de seus serviços públicos, mesmo os que se encontrem no exterior.

<sup>78</sup> Cf. Artigo 33 da Convenção Americana.

estejam sujeitas à sua jurisdição. Isso implica, então, que o motivo, causa ou razão pela qual a pessoa se encontre no território do Estado não possui nenhuma relevância para efeitos da sua obrigação de respeitar e fazer com que sejam respeitados seus direitos humanos. Em particular, não possui nenhuma importância, a este respeito, se o ingresso da pessoa no território estatal foi conforme ou não o disposto na legislação estatal. O respectivo Estado deve, em toda circunstância, respeitar tais direitos posto que eles têm seu fundamento precisamente nos atributos da pessoa humana,<sup>79</sup> isto é, além da circunstância de que seja ou não seu nacional ou residente em seu território ou se encontre transitoriamente ou de passagem por ele ou esteja ali legalmente ou em situação migratória irregular.

63. Não obstante, a Corte considera necessário agregar que, ainda que o principal obrigado na situação submetida a este Parecer Consultivo seja o Estado que recebe a criança estrangeira, isso não implica que o Estado de origem deste menor de idade não tenha nenhuma obrigação em relação à situação indicada, certamente derivada de sua competência pessoal. Como será mencionado mais adiante (pars. 126 a 128 e 202 a 203 *infra*), a instituição da assistência consular se insere nesse âmbito. Entretanto, no presente Parecer Consultivo, a Corte considerou adequado não adentrar nas obrigações do Estado de origem da criança migrante, as quais estão vinculadas, a seu respeito, ao exercício de sua competência pessoal ou da sua competência relativa aos serviços públicos, mas limitar-se ao que lhe foi requerido, qual seja, às obrigações do Estado receptor, seja de trânsito ou de destino, em relação às crianças migrantes a respeito de quem exerce sua competência territorial ou que se encontram, de outro modo, sob sua jurisdição.

64. Ainda que a Corte não se aprofunde nas obrigações do Estado de origem, é pertinente recordar que estes devem observar as obrigações gerais referentes à matéria e, em particular, seu dever de prevenção, o qual requer gerar e assegurar as condições para que seus nacionais não se vejam forçados a emigrar, assim como subsanar as causas geradoras dos fluxos migratórios.

65. A segunda norma convencional que merece ser invocada, de maneira introdutória, é o artigo 2 da Convenção. Para tanto, a Corte já se referiu à obrigação geral dos Estados, refletida neste artigo, de adequar sua normativa interna às normas da Convenção Americana que prescreve que cada Estado Parte deve adequar seu direito interno às disposições da mesma, para garantir os direitos nela reconhecidos, o que implica que as medidas de direito interno devem ser efetivas (princípio de *effet utile*).<sup>80</sup> Este dever implica, por um lado, na supressão das normas e práticas de qualquer natureza que representem violações às garantias previstas na Convenção e, por outro lado, na expedição de normas e o desenvolvimento de práticas conducentes à efetiva observância destas garantias.<sup>81</sup> A obrigação estatal de adequar a legislação interna às disposições convencionais não se limita ao texto constitucional ou legislativo, mas deve se irradiar a todas as disposições jurídicas de caráter regulamentar e traduzir-se na efetiva aplicação prática dos padrões de proteção dos direitos humanos das pessoas migrantes.<sup>82</sup>

<sup>79</sup> Cf. Segundo parágrafo do Preâmbulo da Convenção Americana que expressa: "Reconhecendo que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana, razão por que justificam uma proteção internacional, de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos".

<sup>80</sup> Cf. Caso "A Última Tentação de Cristo" (*Olmedo Bustos e outros*) Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Série C Nº 73, par. 87, e Caso *Heliodoro Portugal Vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C Nº 186, par. 179.

<sup>81</sup> Cf. Caso *Castillo Petruzzi e outros Vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de maio de 1999. Série C Nº 52, par. 207, e Caso *Mendoza e outros Vs. Argentina*, *supra*, par. 293.

<sup>82</sup> Cf. Caso *Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 286.

66. A terceira disposição que, em termos gerais, inspira este Parecer Consultivo é o artigo 19 da Convenção, que, assim como o artigo VII da Declaração,<sup>83</sup> refere-se à obrigação de adotar medidas de proteção a favor de toda criança em virtude de sua condição, a qual irradia seus efeitos na interpretação de todos os demais direitos quando o caso se refira aos menores de idade. O Tribunal entende que a devida proteção dos direitos das crianças, em sua qualidade de sujeitos de direitos, deve tomar em consideração suas características próprias e a necessidade de propiciar seu desenvolvimento, oferecendo-lhes as condições necessárias para que vivam e desenvolvam suas aptidões com pleno aproveitamento de suas potencialidades.<sup>84</sup> Sobre esse particular, é procedente ressaltar que estas normas são das poucas que se contemplam sobre a base ou em consideração da condição particular ou peculiar do beneficiário.<sup>85</sup> Nesse sentido, as crianças exercem por si mesmas seus direitos de maneira progressiva, à medida que desenvolvem um maior nível de autonomia pessoal.<sup>86</sup> Por esse motivo, então, a Corte determina que as medidas de proteção pertinentes a favor das crianças sejam especiais ou mais específicas que as decretadas para o resto das pessoas, isto é, os adultos. Deve-se ter presente a este respeito que a Corte indicou que as crianças gozam dos mesmos direitos que os adultos e, além disso, possuem direitos adicionais e que, portanto, o artigo 19 "deve ser entendido como um direito adicional, complementar, que o tratado estabelece para pessoas que, por seu desenvolvimento físico e emocional, necessitam de proteção especial".<sup>87</sup> Nessa ordem de ideias, a Convenção e a Declaração consagram um tratamento preferencial às crianças em razão precisamente de sua peculiar vulnerabilidade e, dessa forma, procuram proporcionar a elas o instrumento adequado para que se alcance a efetiva igualdade perante a lei de que gozam os adultos por sua condição como tais.

67. Mas, além disso, a norma indicada é também praticamente a única que, na Convenção, consagra uma obrigação não apenas para o Estado,<sup>88</sup> mas também para a sociedade e para a família. Obviamente, é em relação a estas últimas que o Estado tem o dever de fazer com que adotem as medidas de proteção que toda criança requeira de cada uma delas. Nesse sentido, o direito das crianças de que sejam adotadas as citadas medidas de proteção é contemplado em termos mais amplos que os outros direitos reconhecidos na Convenção, posto que neste caso não se trata unicamente de que o Estado, adotando as medidas pertinentes, respeite um direito humano ou faça com que seja respeitado em seu território e por todas as pessoas sujeitas à sua jurisdição, mas também que as correspondentes família e sociedade, por sua parte, as adotem. Assim, as medidas de proteção que a criança necessite por sua condição como tal e sejam adotadas pelo Estado, podem ser, por si mesmas, insuficientes e devem, em consequência, ser complementares às que devem adotar a sociedade e a família. Nessa perspectiva, o estatuto da criança não se limita ao âmbito de sua relação com o Estado, mas se amplia à relação que tenha ou deva ter com sua família e com a sociedade toda, relações estas que o Estado deve, por sua parte, possibilitar e garantir e, no caso da criança migrante,

<sup>83</sup> Artigo VII. Direito de proteção à maternidade e à infância.

Toda mulher em estado de gravidez ou em época de lactação, assim como toda criança, têm direito à proteção, cuidados e auxílios especiais.

<sup>84</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança, supra*, par. 56, e *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia, supra*, par. 218.

<sup>85</sup> Outras normas são os artigos 4.5 (proibição de pena de morte a crianças, pessoas maiores de 60 anos e mulheres grávidas); 5.5 (menores processados); 12.4 (direito de pais e tutores a respeito da educação de filhos ou pupilos); 17 (proteção à família), e 23 (direitos políticos).

<sup>86</sup> Cf. *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina, supra*, par. 203, e *Caso Mendoza e outros Vs. Argentina, supra*, par. 143. Ver, também, Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 7: Realização dos direitos da criança na primeira infância*, UN Doc. CRC/GC/7/Rev. 1, 20 de setembro de 2006, par. 17.

<sup>87</sup> *Caso "Instituto de Reeducação do Menor" Vs. Paraguai. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C Nº 112, par. 147, e *Caso Massacres de rio Negro Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de setembro de 2012. Série C Nº 250, par. 142.

<sup>88</sup> A outra é o artigo 17.1 (proteção da família por parte da sociedade e do Estado).

assegurar-se de que os adultos não a utilizem para seus próprios fins migratórios e que, se isso acontecer, apesar de tudo, definitivamente aquela não resulte prejudicada.

68. Em face do exposto, a Corte expressa o entendimento de que, ao elaborar, adotar e implementar suas políticas migratórias relativas a pessoas menores de 18 anos de idade, os Estados devem priorizar o enfoque dos direitos humanos desde uma perspectiva que tenha em consideração de forma transversal os direitos das crianças e, em particular, sua proteção e desenvolvimento integral, os quais devem prevalecer sobre qualquer consideração de nacionalidade ou *status* migratório, a fim de assegurar a plena vigência de seus direitos,<sup>89</sup> nos termos dos artigos 1.1, 2 e 19 da Convenção Americana e VII da Declaração Americana.

69. Quando se trata da proteção dos direitos das crianças e da adoção de medidas para conseguir esta proteção, os seguintes quatro princípios reitores da Convenção sobre os Direitos da Criança devem inspirar de forma transversal e devem ser implementados em todo sistema de proteção integral:<sup>90</sup> o princípio de não discriminação,<sup>91</sup> o princípio do interesse superior da criança,<sup>92</sup> o princípio de respeito ao direito à vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento<sup>93</sup> e o princípio de respeito à opinião da criança em todo procedimento que a afete, de modo que se garanta sua participação.<sup>94</sup> Ao interpretar as disposições trazidas à consulta, a Corte também dará aplicação concreta a estes princípios reitores quando for pertinente para responder cada pergunta e identificar as medidas especiais que são requeridas para dotar de efetividade os direitos das crianças.

70. Assim, é necessário recordar que o princípio do interesse superior implica, como critério reitor, tanto na sua consideração primordial na elaboração das políticas públicas e na elaboração de normativa sobre a infância, como na sua aplicação em todas as ordens relativas à vida da criança.<sup>95</sup> No contexto da migração, qualquer política migratória respeitosa dos

<sup>89</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança, supra*, par. 91. Ver, também, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), Comitê Executivo, Conclusão Sobre Crianças em Situação de Risco, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada em 5 de outubro de 2007.

<sup>90</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 5: Medidas gerais de aplicação da Convenção sobre os Direitos da Criança (artigos 4, 42 e parágrafo 6 do artigo 44)*, UN Doc. CRC/GC/2003/5, 27 de novembro de 2003, par. 12.

<sup>91</sup> O artigo 2 da Convenção sobre os Direitos da Criança prevê a obrigação dos Estados de respeitar os direitos enunciados neste instrumento e de assegurar sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, o que "exige que os Estados identifiquem ativamente os crianças e grupos de crianças quando o reconhecimento e a efetividade de seus direitos possa exigir a adoção de medidas especiais". Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 5: Medidas gerais de aplicação da Convenção sobre os Direitos da Criança (artigos 4, 42 e parágrafo 6 do artigo 44)*, *supra*, par. 12. Ver, também, Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem, supra*, par. 1.

<sup>92</sup> O parágrafo 1º do artigo 3 da Convenção sobre os Direitos da Criança obriga que o interesse superior da criança seja uma consideração primordial em todas as medidas que lhes concernem. Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 5: Medidas gerais de aplicação da Convenção sobre os Direitos da Criança (artigos 4, 42 e parágrafo 6 do artigo 44)*, *supra*, par. 12, e Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 14: O direito da criança a que seu interesse superior seja uma consideração primordial (artigo 3, parágrafo 1)*, UN Doc. CRC/C/CG/14, 29 de maio de 2013.

<sup>93</sup> O artigo 6 da Convenção sobre os Direitos da Criança reconhece o direito intrínseco da criança à vida e a obrigação dos Estados Partes de garantir ao máximo sua sobrevivência e desenvolvimento em seu sentido mais amplo, como conceito holístico que abarca o desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral, psicológico e social da criança. Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 5: Medidas gerais de aplicação da Convenção sobre os Direitos da Criança (artigos 4, 42 e parágrafo 6 do artigo 44)*, *supra*, par. 12.

<sup>94</sup> O artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece o direito da criança de expressar sua opinião livremente em "todos os assuntos relacionados com a criança" e de que sejam levadas devidamente em consideração essas opiniões, levando em conta de sua idade e maturidade. Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 5: Medidas gerais de aplicação da Convenção sobre os Direitos da Criança (artigos 4, 42 e parágrafo 6 do artigo 44)*, *supra*, par. 12, e Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 12: O direito da criança a ser ouvida*, UN Doc. CRC/C/GC/12, 20 de julho de 2009.

<sup>95</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança, supra*, ponto decisivo segundo.

direitos humanos, assim como toda decisão administrativa ou judicial relativa tanto à entrada, permanência ou expulsão de uma criança, como à detenção, expulsão ou deportação de seus progenitores associada à sua própria situação migratória, deve avaliar, determinar, considerar e proteger, de forma primordial, o interesse superior da criança afetada. Em estreita conexão com o anterior, destaca-se a obrigação de respeitar plenamente o direito da criança de ser ouvida sobre todos os aspectos relativos aos procedimentos de migração e asilo e que suas opiniões sejam devidamente levadas em conta.<sup>96</sup>

71. Agora, a Corte considera que é preciso avaliar não apenas o requerimento de medidas especiais nos termos expostos anteriormente, mas também ponderar fatores pessoais, como, por exemplo, o fato de pertencer a um grupo étnico minoritário, ser uma pessoa com deficiência, viver com HIV/AIDS, assim como as características particulares da situação na qual se encontra a criança, tais como ser vítima de tráfico, encontrar-se separada ou desacompanhada,<sup>97</sup> para determinar a necessidade de medidas positivas adicionais e específicas. Por conseguinte, em aplicação do princípio do efeito útil e das necessidades de proteção em casos de pessoas e grupos em situação de vulnerabilidade,<sup>98</sup> a Corte também colocará especial ênfase nas condições e circunstâncias em que as crianças, no contexto da migração, podem se encontrar em uma situação de vulnerabilidade adicional que implique em um risco agravado de violação de seus direitos, a fim de que os Estados adotem medidas para prevenir e reverter este tipo de situações de forma prioritária, assim como para assegurar que todas as crianças, sem exceções, possam gozar e exercer plenamente seus direitos em condições de igualdade.

## **VII PROCEDIMENTOS PARA IDENTIFICAR NECESSIDADES DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS MIGRANTES E, SE FOR O CASO, ADOTAR MEDIDAS DE PROTEÇÃO ESPECIAL**

72. A Corte Interamericana foi consultada sobre os procedimentos que deveriam ser adotados a fim de identificar os diferentes riscos para os direitos de crianças migrantes, determinar as necessidades de proteção internacional e adotar, se for o caso, as medidas de proteção especial que sejam requeridas, à luz dos artigos 1,<sup>99</sup> 2,<sup>100</sup> 5,<sup>101</sup> 7,<sup>102</sup> 8,<sup>103</sup> 19,<sup>104</sup>

<sup>96</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 12: O direito da criança a ser ouvida, supra*, par. 123.

<sup>97</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 14: O direito da criança a que seu interesse superior seja uma consideração primordial (artigo 3, parágrafo 1), supra*, par. 75. Ver, também, relatório do Relator Especial sobre os Direitos Humanos dos Migrantes, Jorge Bustamante, *Promoção e Proteção de todos os Direitos Humanos, Civis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, incluindo o Direito ao Desenvolvimento*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de maio de 2009, par. 23.

<sup>98</sup> Cf. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 29 de março de 2006. Série C Nº 146, par. 189, e *Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C Nº 214, par. 250.

<sup>99</sup> Artigo 1. Obrigação de Respeitar os Direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

<sup>100</sup> Artigo 2. Dever de Adotar Disposições de Direito Interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

<sup>101</sup> Artigo 5. Direito à Integridade Pessoal

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.
3. A pena não pode passar da pessoa do delinqüente.
4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.
5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.
6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados..

102

#### Artigo 7. Direito à Liberdade Pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
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.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.
5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.
6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.
7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

103

#### Artigo 8. Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
  - a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
  - b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
  - c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
  - d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
  - e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
  - f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
  - g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e
  - h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

22.7<sup>105</sup> e 25<sup>106</sup> da Convenção Americana e dos artigos I,<sup>107</sup> XXV<sup>108</sup> e XXVII<sup>109</sup> da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

73. A Corte reconheceu anteriormente<sup>110</sup> que, tanto a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seu artigo 22.7, como a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem em seu artigo XXVII, cristalizaram o direito subjetivo de todas as pessoas, incluindo as crianças, de buscar e receber asilo, superando o entendimento histórico desta instituição como uma "mera prerrogativa estatal", de acordo com as diversas convenções interamericanas sobre asilo.<sup>111</sup>

74. Nesse sentido, é pertinente recordar que o próprio texto dos artigos 22.7 da Convenção e XXVII da Declaração prescrevem os critérios para a determinação das pessoas titulares do

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

<sup>104</sup> Artigo 19. Direitos da Criança

Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

<sup>105</sup> Artigo 22. Direito de Circulação e de Residência

[...]

7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais. [...]

<sup>106</sup> Artigo 25. Proteção Judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;

b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e

c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

<sup>107</sup> Artigo I. Direito à vida, à liberdade, à segurança e integridade da pessoa

Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa.

<sup>108</sup> Artigo XXV. Direito de proteção contra prisão arbitrária

Ninguém pode ser privado da sua liberdade, a não ser nos casos previstos pelas leis e segundo as praxes estabelecidas pelas leis já existentes.

Ninguém pode ser preso por deixar de cumprir obrigações de natureza claramente civil.

Todo indivíduo, que tenha sido privado da sua liberdade, tem o direito de que o juiz verifique sem demora a legalidade da medida, e de que o julgue sem protelação injustificada, ou, no caso contrário, de ser posto em liberdade. Tem também direito a um tratamento humano durante o tempo em que o privarem da sua liberdade.

<sup>109</sup> Artigo XXVII. Direito de asilo

Toda pessoa tem o direito de procurar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição que não seja motivada por delitos de direito comum, e de acordo com a legislação de cada país e com os convênios internacionais.

<sup>110</sup> Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, *supra*, pars. 137 a 140.

<sup>111</sup> Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, *supra*, par. 137.

direito, por um lado, “a legislação de cada país”, isto é, do país no qual se busca o asilo; e, por outro, “os convênios internacionais”.<sup>112</sup> Ou seja, é através dos convênios internacionais ou da legislação interna que se regula as hipóteses nas quais a pessoa pode exercer o direito de buscar e receber asilo e ter acesso à proteção internacional.<sup>113</sup> Deve-se, então, ter presente que, apesar de a noção de asilo se encontrar inicialmente baseada na chamada *tradição latino-americana do asilo*, que compreendia o asilo diplomático e territorial assim como a não extradição por motivos ou delitos políticos,<sup>114</sup> o certo é que, a partir da adoção da Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados<sup>115</sup> (doravante “Convenção de 1951”) e seu Protocolo de 1967,<sup>116</sup> a instituição do asilo assumiu uma forma e modalidade no âmbito universal: a do estatuto do refugiado.

75. Conforme a Convenção de 1951 e seu Protocolo de 1967, os elementos de inclusão para o reconhecimento da condição de refugiado são: a) estar fora do país de origem, isto é, do país de nacionalidade ou, no caso das pessoas apátridas, do país de residência habitual; b) ter um temor fundado; c) de perseguição ou ameaça de perseguição; d) que o motivo desta tenha sido a raça, religião, nacionalidade, pertencimento a determinado grupo social ou opiniões políticas, e e) que não se possa ou, por causa de temores, não se queira receber a proteção interna do país de origem. A definição de refugiado é integral, o que significa que se deve cumprir todos e cada um dos elementos mencionados para obter o reconhecimento.

76. Ademais, com a adoção, há 30 anos, em 1984, da Declaração de Cartagena,<sup>117</sup> a qual, apesar de não ser um acordo entre Estados, foi respaldada pela OEA desde 1985<sup>118</sup> ao recomendar a seus Estados Membros que apliquem seu conteúdo no tratamento dos refugiados que se encontrem em seu território, ampliou-se a definição de refugiado nos seguintes termos:

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

<sup>112</sup> Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, *supra*, pars. 137 e 140.

<sup>113</sup> Evidentemente, e em consonância com o artigo 29.a) e b) da Convenção Americana, as legislações internas podem ampliar o âmbito de proteção mas nunca restringi-lo além dos mínimos determinados pelo Direito Internacional.

<sup>114</sup> O direito ao asilo foi especificamente codificado por meio de tratados de caráter regional, iniciando com o *Tratado sobre Direito Penal Internacional de Montevideú*, em 1889, até chegar à adoção da *Convenção sobre Asilo Territorial* e da *Convenção sobre Asilo Diplomático*, ambas em 1954.

<sup>115</sup> *Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados*, adotada em 28 de julho de 1951, entrada em vigor em 22 de abril de 1954. Os seguintes 28 Estados Membros da OEA são parte deste tratado: Antigua e Barbuda, Argentina, Bahamas, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Saint Kitts e Nevis, San Vicente e Granadinas, Suriname, Trindade e Tobago, e Uruguai.

<sup>116</sup> *Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados*, adotado em 31 de janeiro de 1967, entrada em vigor em 4 de outubro de 1967. Os seguintes 29 Estados Membros da OEA são parte deste protocolo: Antigua e Barbuda, Argentina, Bahamas, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, El Salvador, Estados Unidos da América, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, San Vicente e Granadinas, Suriname, Trindade e Tobago, Uruguai e Venezuela.

<sup>117</sup> *Declaração de Cartagena sobre Refugiados*, adotada pelo “Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários”, realizado em Cartagena, Colômbia, entre 19 e 22 de novembro de 1984, o qual foi organizado pelo Governo de Colômbia e co-patrocinado pela Faculdade de Direito da Universidade de Cartagena de Índias, Centro Regional de Estudos do Terceiro Mundo e Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados.

<sup>118</sup> Cf. Assembleia Geral da OEA, *Situação Jurídica dos Asilados, Refugiados e Pessoas Deslocadas no Continente Americano*, Resolução AG/RES. 774(XV-O/85), aprovada na terceira sessão plenária, celebrada em 9 de dezembro de 1985, ponto resolutivo terceiro.

1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.

77. Em concordância, diversos Estados Membros da OEA incorporaram em sua legislação interna o prescrito nos instrumentos internacionais em matéria de refugiados, inclusive com base em diretrizes estabelecidas pelo ACNUR,<sup>119</sup> e adotaram a definição ampliada de refugiado<sup>120</sup> para incluir, além dos elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, “as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública”.<sup>121</sup>

78. Em resumo, através de uma interpretação harmônica das normas interna e internacional, que informa de forma convergente e complementar o conteúdo do direito previsto nos artigos 22.7 da Convenção e XXVII da Declaração, e tomando em consideração as

<sup>119</sup> Deste modo, a legislação interna de Argentina, Belize, Brasil, Bolívia, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela refletem um crescente consenso na região quanto a que a proteção das pessoas refugiadas e solicitantes desse estatuto no âmbito interno seja regulada de acordo com as disposições do Direito Internacional sobre Refugiados, de modo que deve ser realizada através de autoridades competentes e previamente estabelecidas, mediante procedimentos específicos e que se respeitem as garantias do devido processo. Cf. Lei Nº 26.165. Lei Geral de Reconhecimento e Proteção ao Refugiado, promulgada em 28 de novembro de 2006, artigo 1 a 3 e 36 (Argentina); Refugees Act. 16 de agosto de 1991 (Belize); Ley Nº 251 de proteção de pessoas refugiadas, de 20 de junho de 2012, artigo 1 (Bolívia); Lei Nº 9.474, de 22 de julho de 1997, artigos 5 e 9 (Brasil); Ley Nº 20.430 - Estabelece disposições sobre proteção de refugiados, promulgada em 8 abril de 2010, artigos 10, 19, 20, 25 y 30 (Chile); Decreto Nº 2840, através do qual se estabelece o Procedimento para o Reconhecimento da Condição de Refugiado, são ditadas normas sobre a Comissão Assessora para a Determinação da Condição de Refugiado e outras disposições, de 6 de dezembro de 2013, artigo 13 (Colômbia); Lei Geral de Migração e Estrangeiros Nº 8764, de 1º de setembro de 2009, artigos 1 e 41 (Costa Rica); Decreto Nº 1.182 - Regulamento para a aplicação do direito de refúgio, de 30 de maio de 2012, artigos 1 e 36 (Equador); Decreto Lei Nº 918 - Lei para a determinação da condição de pessoas refugiadas, publicada em 14 de agosto de 2002, artigos 2 e 15 (El Salvador); Acordo de Governo Nº 383-2001, Regulamento para a proteção e determinação do estatuto de refugiado no território do Estado da Guatemala, de 14 de setembro de 2001, artigo 28 (Guatemala); Lei sobre Refugiados e Proteção Complementar, de 27 de janeiro de 2011, artigo 5 e Regulamento da lei sobre refugiados e proteção complementar, de 21 de fevereiro de 2012, artigo 27 (México); Lei Nº 655 de Proteção a Refugiados, de 26 de junho de 2008, artigo 24 (Nicarágua); Decreto Executivo Nº 23, de 10 de fevereiro de 1998, artigos 3 e 31 (Panamá); Lei Nº 1938 Geral sobre Refugiados, de 9 de julho de 2002, artigo 14 (Paraguai); Lei Nº 27.891 - Lei do Refugiado, publicada em 22 de dezembro de 2002, artigos 1 e 2 (Peru); Decreto Nº 2330 - Regulamento da Comissão Nacional para os Refugiados, de 10 de setembro de 1984, artigo 7 (República Dominicana); Lei Nº 18.076 - Direito ao refúgio e aos refugiados, publicada em 5 de janeiro de 2007, artigo 31 (Uruguai), e Decreto Nº 2.491 - Regulamento da Lei Orgânica sobre refugiados ou refugiadas, asilados ou asiladas, de 4 de julho de 2003, artigo 10 (Venezuela).

<sup>120</sup> Este é o caso de Argentina, Belize, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Paraguai, Peru e Uruguai. Cf. Lei Nº 26.165. Lei Geral de Reconhecimento e Proteção ao Refugiado, promulgada em 28 de novembro de 2006, artigo 4 (Argentina); Refugees Act. 16 de agosto de 1991, seção 4(i)(c) (Belize); Lei Nº 251 de proteção a pessoas refugiadas, de 20 de junho de 2012, artigo 15 (Bolívia); Lei Nº 9.474, de 22 de julho de 1997, artigo 1.III (Brasil); Lei Nº 20.430 - Estabelece disposições sobre proteção de refugiados, promulgada em 8 abril de 2010, artigo 2.2 (Chile); Decreto Nº 2840, através do qual se estabelece o Procedimento para o Reconhecimento da Condição de Refugiado, são ditadas normas sobre a Comissão Assessora para a Determinação da Condição de Refugiado e outras disposições, de 6 de dezembro de 2013, artigo 1.b) (Colômbia); Decreto Lei Nº 918 - Lei para a determinação da condição de pessoas refugiadas, publicada em 14 de agosto de 2002, artigo 4.c) (El Salvador); Acordo de Governo Nº 383-2001, Regulamento para a proteção e determinação do estatuto de refugiado no território do Estado da Guatemala, de 14 de setembro de 2001, artigo 11.c) (Guatemala); Decreto Nº 208 - Lei de Migração e Estrangeiros, publicada em 3 de março de 2004, artigo 42.3 (Honduras); Lei sobre Refugiados e Proteção Complementar, de 27 de janeiro de 2011, artigo 13.II y 13.III (México); Lei Nº 655 de Proteção a Refugiados, de 26 de junho de 2008, artigo 1.c) (Nicarágua); Lei Nº 1938 Geral sobre Refugiados, de 9 de julho de 2002, artigo 1.b) (Paraguai); Lei Nº 27.891 - Lei do Refugiado, publicada em 22 de dezembro de 2002, artigo 3.b) (Peru), e Lei Nº 18.076 - Direito ao refúgio e aos refugiados, publicada em 5 de janeiro de 2007, artigo 2.b) (Uruguai).

<sup>121</sup> *Declaração de Cartagena sobre Refugiados*, adotada pelo “Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários”, realizado em Cartagena, Colômbia, entre 19 e 22 de novembro de 1984, seção III, terceira conclusão.

pautas específicas de interpretação incluídas no artigo 29 da Convenção Americana (par. 54 *supra*), a Corte é da opinião de que o direito de buscar e receber asilo no marco do Sistema Interamericano se encontra configurado como um direito humano individual de buscar e receber proteção internacional em território estrangeiro, incluindo com esta expressão o estatuto de refugiado segundo os instrumentos pertinentes das Nações Unidas ou as correspondentes leis nacionais, e o asilo, conforme as diversas convenções interamericanas sobre a matéria.

79. Adicionalmente, a Corte nota que os desenvolvimentos produzidos no Direito dos Refugiados nas últimas décadas geraram práticas estatais, consistentes em conceder proteção internacional como refugiados às pessoas que fogem de seu país de origem devido a violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação massiva dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. Em atenção ao desenvolvimento progressivo do Direito Internacional, a Corte considera que as obrigações derivadas do direito de buscar e receber asilo são operativas a respeito das pessoas que reúnem os componentes da definição ampliada da Declaração de Cartagena, a qual responde não apenas às dinâmicas de deslocamento forçado que a originaram, mas que também satisfaz os desafios de proteção que derivam de outros padrões de deslocamento que ocorrem na atualidade. Este critério reflete uma tendência a consolidar na região uma definição mais inclusiva que deve ser levada em consideração pelos Estados a fim de conceder a proteção como refugiado a pessoas cuja necessidade de proteção internacional é evidente.

80. Agora, é necessário reconhecer que os elementos da definição de refugiado foram tradicionalmente interpretados a partir das experiências de pessoas adultas ou maiores de 18 anos.<sup>122</sup> Desse modo, dado que as crianças são titulares do direito de solicitar e receber asilo<sup>123</sup> e podem, conseqüentemente, apresentar solicitações de reconhecimento da condição de refugiados em seu próprio nome, encontrem-se acompanhados ou não, deve-se dar aos elementos da definição uma interpretação que tenha em consideração as formas particulares em que pode se manifestar a perseguição de crianças, tais como o recrutamento, o tráfico e a mutilação genital feminina,<sup>124</sup> assim como o modo em que elas podem experimentar estas situações.<sup>125</sup> Neste sentido, o Comitê dos Direitos da Criança ressaltou a necessidade de que a definição de refugiado seja interpretada também à luz da idade e do gênero.<sup>126</sup> Por outro lado, junto com as referidas causas tradicionais de refúgio, é pertinente alertar sobre os novos fatores que levam as pessoas e, em particular as crianças, a deslocar-se forçadamente de seus

<sup>122</sup> Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Diretrizes de Proteção Internacional. Solicitações de asilo de crianças, nos termos dos artigos 1(A)2 e 1(F) da Convenção de 1951 e/ou do Protocolo de 1967 sobre o Estatuto dos Refugiados*, publicadas em 22 de dezembro de 2009, UN Doc. HCR/GIP/09/08, par. 1.

<sup>123</sup> Segundo o ACNUR, mesmo com pouca idade a criança pode ser considerada a solicitante de asilo principal. Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Diretrizes de Proteção Internacional. Solicitações de asilo de crianças, nos termos dos artigos 1(A)2 e 1(F) da Convenção de 1951 e/ou do Protocolo de 1967 sobre o Estatuto dos Refugiados*, publicadas em 22 de dezembro de 2009, UN Doc. HCR/GIP/09/08, par. 8.

<sup>124</sup> Segundo o ACNUR, “[o]utros exemplos incluem violência familiar e doméstica, casamento forçado ou na menoridade, trabalho infantil forçado ou perigoso, prostituição forçada e pornografia infantil. Estas formas de perseguição também compreendem violações dos direitos à sobrevivência e ao desenvolvimento, além de grave discriminação das crianças nascidas fora das estritas regras de planejamento familiar e de crianças apátridas devido à perda de nacionalidade e direitos pertinentes”. Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Diretrizes de Proteção Internacional. Solicitações de asilo de crianças, nos termos dos artigos 1(A)2 e 1(F) da Convenção de 1951 e/ou do Protocolo de 1967 sobre o Estatuto dos Refugiados*, publicadas em 22 de dezembro de 2009, UN Doc. HCR/GIP/09/08, par. 18. Ver, também, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), Comitê Executivo, *Conclusão sobre Crianças em Situação de Risco*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada em 5 de outubro de 2007, par. g), viii).

<sup>125</sup> Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Diretrizes de Proteção Internacional. Solicitações de asilo de crianças, nos termos dos artigos 1(A)2 e 1(F) da Convenção de 1951 e/ou do Protocolo de 1967 sobre o Estatuto dos Refugiados*, publicadas em 22 de dezembro de 2009, UN Doc. HCR/GIP/09/08, pars. 2 a 5.

<sup>126</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem, supra*, par. 59.

países de origem, entre os quais destaca-se o crime organizado transnacional e a violência associada à atuação de grupos não estatais.

81. Este direito de buscar e receber asilo comporta, nos termos dos artigos 1.1<sup>127</sup> e 2<sup>128</sup> da Convenção Americana, determinados deveres específicos por parte do Estado receptor, os quais incluem: (i) permitir que a criança possa peticionar o asilo ou o estatuto de refugiado, razão pela qual não podem ser rechaçados na fronteira sem uma análise adequada e individualizada de suas petições com as devidas garantias, através do respectivo procedimento; (ii) não devolver a criança a um país no qual pode sofrer risco de ser afetada sua vida, liberdade, segurança ou integridade, ou a um terceiro país de onde possa posteriormente ser devolvida ao Estado onde sofre este risco; e (iii) outorgar a proteção internacional quando a criança se enquadre nos critérios para isso e beneficiar com esse reconhecimento outros membros da família, em atenção ao princípio de unidade familiar.<sup>129</sup> Todo o anterior implica, tal como este Tribunal ressaltou previamente, no correspondente direito dos solicitantes de asilo de que se assegure uma correta avaliação por parte das autoridades nacionais em relação às solicitações e ao risco que possa sofrer em caso de devolução ao país de origem.<sup>130</sup>

82. Consequentemente, à luz do leque de situações que podem levar uma criança a se deslocar de seu país de origem (par. 35 *supra*), é relevante diferenciar aqueles que migram em busca de oportunidades para melhorar seu nível de vida, de quem requer algum tipo de proteção internacional, incluindo a proteção de refugiados e solicitantes de asilo (par. 37 *supra*), mas não limitada a ela. É por isso que, para cumprir os compromissos internacionais, os Estados se encontram obrigados a identificar as crianças estrangeiras que requerem proteção internacional dentro de suas jurisdições, seja como refugiado ou de algum outro tipo, através de uma avaliação inicial com garantias de segurança e privacidade, com o fim de proporcionar-lhes o tratamento adequado e individualizado que seja necessário através da adoção de medidas de proteção especial. A Corte considera que o estabelecimento de procedimentos de identificação de necessidades de proteção é uma obrigação positiva dos Estados e não instituí-los constituiria uma falta de devida diligência.<sup>131</sup>

---

<sup>127</sup> À luz do artigo 1.1 da Convenção Americana, os Estados Partes têm a obrigação de respeitar e garantir os direitos e liberdades reconhecidos nela e garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma. Isto é, são exigíveis por todas as crianças, sejam solicitantes de asilo, refugiados ou migrantes, independentemente de sua nacionalidade ou condição de apátrida, de sua situação de criança desacompanhada ou separada da família, e de seu *status* migratório ou o de sua família. Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem, supra*, par. 12 e 18.

<sup>128</sup> Por sua vez, o artigo 2 da Convenção impõe aos Estados Partes a obrigação geral de adequar seu direito interno às normas da própria Convenção para, assim, garantir os direitos nela reconhecidos. As disposições de direito interno que sirvam a este fim devem ser efetivas (princípio do *effet utile*), o que significa que o Estado deve adotar todas as medidas necessárias para que o estabelecido na Convenção seja realmente cumprido. Cf. *Caso "A Última Tentação de Cristo" (Olmedo Bustos e outros) Vs. Chile, supra*, par. 87, e *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá, supra*, par. 179.

<sup>129</sup> Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia, supra*, par. 225. Ver, em geral, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Normas Processuais para a determinação do Estatuto do Refugiado sob o mandato do ACNUR, Estatuto derivado de Refugiado*. Ver, também, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Diretrizes de Proteção Internacional. Solicitações de asilo de crianças, nos termos dos artigos 1(A)2 e 1(F) da Convenção de 1951 e/ou do Protocolo de 1967 sobre o Estatuto dos Refugiados*, publicadas em 22 de dezembro de 2009, UN Doc. HCR/GIP/09/08, par. 8 e 9.

<sup>130</sup> Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia, supra*, par. 139, citando TEDH, *Caso Jabari Vs. Turquia*, Nº 40035/98. Sentença de 11 de julho de 2000, par. 48 a 50.

<sup>131</sup> No caso *Velásquez Rodríguez* a Corte estabeleceu que a omissão estatal que leve à violação de direitos humanos pode acarretar sua responsabilidade internacional. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito, supra*, par. 164 a 177.

83. A Corte considera que, em virtude das normas internacionais invocadas, incluindo, em especial, os artigos 19 da Convenção e VII da Declaração, as autoridades fronteiriças não devem impedir o ingresso de crianças estrangeiras ao território nacional, ainda quando se encontrem sozinhas, não devem exigir documentação que não podem ter e devem encaminhá-las imediatamente ao pessoal que possa avaliar suas necessidades de proteção, a partir de um enfoque no qual prevaleça sua condição de crianças. Nesse sentido, é indispensável que os Estados permitam o acesso da criança ao território como condição prévia para levar a cabo o procedimento de avaliação inicial.<sup>132</sup> Além disso, a Corte entende que a criação de uma base de dados com o registro das crianças que ingressem no país é necessária para uma proteção adequada de seus direitos.<sup>133</sup>

84. A Corte considera que o procedimento de avaliação inicial deveria contar com mecanismos efetivos, cujo objetivo seja obter informação depois da chegada da criança ao lugar, posto ou porto de entrada ou tão logo as autoridades tomem conhecimento de sua presença no país, para determinar sua identidade e, caso seja possível, a de seus pais e irmãos, a fim de transmiti-la às entidades estatais encarregadas de avaliar e oferecer as medidas de proteção, de acordo com o princípio do interesse superior da criança. Nesse sentido, o Comitê dos Direitos da Criança especificou que "a determinação do interesse superior da criança exige uma avaliação clara e aprofundada de sua identidade e, em particular, de sua nacionalidade, paternidade, antecedentes étnicos, culturais e linguísticos, assim como as vulnerabilidades e necessidades especiais de proteção".<sup>134</sup> A obtenção desta informação deve ser feita mediante um procedimento que tome em conta a diferença entre crianças e adultos e o tratamento de acordo com a situação.<sup>135</sup>

85. Esse procedimento de avaliação inicial deve ser realizado em um ambiente amigável e que ofereça garantias de segurança e privacidade, bem como encontrar-se sob a responsabilidade de profissionais competentes formados em técnicas de entrevistas que tenham em conta a idade e o gênero.<sup>136</sup> Ademais, os Estados devem tomar em conta as garantias processuais mínimas em conformidade com os princípios do interesse superior da criança e sua proteção integral, os quais incluem, mas sem estar a elas limitadas, as seguintes: que a entrevista se realize em um idioma que a criança possa compreender;<sup>137</sup> que seja centrado na criança, sensível ao gênero e assegure sua participação;<sup>138</sup> que a análise leve em consideração a segurança e a possível reunificação familiar;<sup>139</sup> que reconheça a cultura da criança<sup>140</sup> e considere sua rejeição a se manifestar na presença de adultos ou familiares;<sup>141</sup>

<sup>132</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, supra, par. 20.

<sup>133</sup> O Comitê Executivo do ACNUR também reconheceu que "o registro individual, minucioso e rápido das crianças pode ser útil para os Estados, o ACNUR e outros organismos e associadas competentes na tarefa de identificar crianças expostas a maior risco". Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), Comitê Executivo, *Conclusão sobre Crianças em Situação de Risco*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada em 5 de outubro de 2007, par. e.

<sup>134</sup> Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, supra, par. 20.

<sup>135</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, supra, par. 96.

<sup>136</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, supra, par. 20.

<sup>137</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, supra, par. 31, ii).

<sup>138</sup> Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Diretrizes do ACNUR para a determinação do interesse superior da criança*, maio, 2008, pág. 58.

<sup>139</sup> Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Diretrizes do ACNUR para a determinação do interesse superior da criança*, maio, 2008, págs. 31 e 32.

<sup>140</sup> Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Diretrizes do ACNUR para a determinação do interesse superior da criança*, maio, 2008, pág. 68.

que forneça um intérprete caso seja necessário;<sup>142</sup> que conte com pessoal altamente qualificado para lidar com crianças e facilidades adequadas;<sup>143</sup> que forneça assessoria jurídica caso seja requerida;<sup>144</sup> que ofereça informação clara e compreensível sobre os direitos e obrigações da criança e sobre a continuação do procedimento.<sup>145</sup>

86. Ao ser uma etapa inicial de identificação e avaliação, a Corte considera que o mecanismo processual adotado pelos Estados, além de oferecer certas garantias mínimas, deve ter como meta, em conformidade com a prática geralmente seguida, os seguintes objetivos prioritários básicos: (i) tratamento conforme sua condição de crianças e, em caso de dúvida sobre a idade, avaliação e determinação da mesma; (ii) determinar se se trata de uma criança desacompanhada ou separada; (iii) determinação da nacionalidade da criança ou, se for o caso, de sua condição de apátrida; (iv) obtenção de informação sobre os motivos de sua saída do país de origem, de sua separação familiar se for o caso, de suas vulnerabilidades e qualquer outro elemento que evidencie ou negue sua necessidade de algum tipo de proteção internacional; e (v) adoção, caso seja necessário e pertinente, de acordo com o interesse superior da criança, de medidas de proteção especial. Estes dados deveriam ser recolhidos na entrevista inicial e registrados adequadamente, de tal modo que se assegure a confidencialidade da informação.<sup>146</sup>

87. A seguir, a Corte desenvolverá os componentes específicos destes objetivos prioritários básicos que devem ser satisfeitos durante o procedimento de avaliação inicial, sem que isso implique que as questões a serem abordadas devam se limitar unicamente às indicadas pela Corte, isto é, que tenham um caráter exaustivo, ou que sejam etapas necessariamente sucessivas.

*Tratamento em conformidade com sua condição de crianças e, em caso de dúvida sobre a idade, avaliação e determinação da mesma*

88. A verificação da idade de uma pessoa é uma questão crucial, uma vez que a determinação de que se trata de uma pessoa menor de 18 anos exige que o tratamento concedido pelo Estado deve ser prioritário, diferenciado e, exclusivamente de acordo com esta condição. Caso existam dúvidas sobre a idade,<sup>147</sup> determinar-se-á a mesma com base não apenas na aparência física, mas também na maturidade psicológica do indivíduo<sup>148</sup> e, se for o caso, deverá ser realizada uma avaliação com critérios científicos, de forma segura, respeitando a dignidade humana, que seja culturalmente apropriada e com considerações de

<sup>141</sup> Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Diretrizes do ACNUR para a determinação do interesse superior da criança*, maio, 2008, págs. 60 e 61.

<sup>142</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, *supra*, par. 71.

<sup>143</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, *supra*, pars. 78 e 79.

<sup>144</sup> Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), Comitê Executivo, *Conclusão sobre Crianças em Situação de Risco*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada em 5 de outubro de 2007, par. g), viii), e Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Diretrizes de Proteção Internacional: Solicitações de asilo de crianças, nos termos dos artigos 1(A)2 e 1(F) da Convenção de 1951 e/ou do Protocolo de 1967 sobre o Estatuto dos Refugiados*, UN Doc. HCR/GIP/09/08, publicadas em 22 de dezembro de 2009, par. 69.

<sup>145</sup> Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Diretrizes do ACNUR para a determinação do interesse superior da criança*, maio, 2008, págs. 59 e 60.

<sup>146</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, *supra*, pars. 29 e 30.

<sup>147</sup> Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), Comitê Executivo, *Conclusão sobre Crianças em Situação de Risco*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada em 5 de outubro de 2007, par. g), ix).

<sup>148</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, *supra*, par. 31.

gênero.<sup>149</sup> Quando não seja possível chegar a uma determinação precisa da idade, deve-se considerar que se trata de uma criança e oferecer-lhe um tratamento adequado, isto é, o Estado deve conceder “ao indivíduo o benefício da dúvida, de maneira que, na hipótese de que se trate de um menor, seja tratado como tal”.<sup>150</sup>

*Determinar se se trata de uma criança desacompanhada ou separada*

89. A rápida determinação da situação de uma criança desacompanhada ou separada de sua família (par. 49 *supra*) deve ser realizada em caráter preferencial,<sup>151</sup> dada sua especial vulnerabilidade sob estas circunstâncias,<sup>152</sup> o que tem como consequência que o Estado deve atuar com um maior escrutínio e com algumas garantias diferenciadas, como será desenvolvido nos capítulos subsequentes. De igual forma, é pertinente que constem as razões pelas quais se encontra separado de sua família ou desacompanhado.<sup>153</sup>

90. Nesse sentido, a Corte ressalta que a situação de criança desacompanhada ou separada as expõe a “diversos riscos que afetam a vida, sobrevivência e desenvolvimento, [como], por exemplo, o tráfico dirigido à exploração sexual ou de outra natureza ou a participação em atividades criminosas das quais pode resultar prejuízo para o menor ou, em casos extremos, a morte”,<sup>154</sup> especialmente nos países ou regiões com presença do crime organizado.

91. Em particular, as crianças desacompanhadas ou separadas de sua família que se encontram fora de seu país de origem são particularmente vulneráveis ao tráfico infantil,<sup>155</sup> à

<sup>149</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem, supra*, par. 31.

<sup>150</sup> Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem, supra*, par. 31.

<sup>151</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem, supra*, par. 31.

<sup>152</sup> Ver artigo 20 da Convenção sobre os Direitos da Criança. Ver, também, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem, supra*, par. 16, e Relatório do Relator Especial sobre os Direitos Humanos dos Migrantes, Jorge Bustamante, *Promoção e Proteção de todos os Direitos Humanos, Civis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, incluindo o Direito ao Desenvolvimento*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de maio de 2009, par. 23.

<sup>153</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem, supra*, par. 31.

<sup>154</sup> Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem, supra*, par. 23.

<sup>155</sup> Para definir o tráfico de pessoas, é relevante recorrer ao artigo 3 do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças, o qual adota a seguinte definição: “a) A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos”. O tráfico de crianças recebe um tratamento diferenciado na alínea c) do artigo 3 do Protocolo. Nestes casos, considera-se que a conduta consistente em “recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração” também se configura mesmo na hipótese que não envolva nenhum dos meios referidos na alínea a). *Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças*, adotado em 15 de novembro de 2000, entrada em vigor em 25 de dezembro de 2003. Os seguintes 34 Estados Membros da OEA são parte deste instrumento: Antigua e Barbuda, Argentina, Bahamas, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Equador, El Salvador, Estados Unidos da América, Granada, Guatemala, Guyana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Saint Kitts e Nevis, Santa Lucía, San Vicente e Granadinas, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai, e Venezuela.

exploração e aos maus-tratos.<sup>156</sup> A Corte reconhece que as crianças podem ser ainda mais vulneráveis a serem vítimas de tráfico,<sup>157</sup> em especial para a exploração sexual e laboral.<sup>158</sup> Por esta razão, é essencial que os Estados adotem todas as medidas necessárias para prevenir e combater o tráfico de pessoas,<sup>159</sup> entre as quais destacam-se todas as medidas de investigação, proteção para as vítimas e campanhas de informação e difusão.<sup>160</sup>

92. Especificamente, os Estados têm a obrigação de adotar determinadas medidas de controle de fronteira com o objeto de prevenir, detectar e perseguir qualquer tipo de tráfico de seres humanos.<sup>161</sup> Para isso, devem dispor de funcionários especializados encarregados de identificar todas as vítimas de tráfico de seres humanos, prestando especial atenção às mulheres e crianças.<sup>162</sup> Para tanto, é essencial que se tome a declaração da vítima com o objetivo de estabelecer sua identidade e de determinar as causas que lhe obrigaram a sair de seu país de origem,<sup>163</sup> tomando em consideração que as vítimas, ou potenciais vítimas, de tráfico de pessoas podem ser refugiadas caso reúnam os elementos para isso.<sup>164</sup> Para assegurar um tratamento adequado às vítimas, ou potenciais vítimas, de tráfico infantil, os Estados devem conceder a devida capacitação aos funcionários que atuam na fronteira, sobretudo em matéria de tráfico infantil, com o objetivo de poder oferecer à criança assessoramento eficaz e assistência integral.<sup>165</sup>

93. Nos casos de crianças que se encontrem acompanhados de adultos, a autoridade fronteiriça ou outra deve assegurar-se de que aqueles conheçam os seus acompanhantes para evitar casos de tráfico e exploração.<sup>166</sup> Isso não implica, de modo algum, que todo caso em

<sup>156</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem, supra*, par. 50.

<sup>157</sup> A Convenção Americana, em seu artigo 6.1, proíbe expressamente o tráfico de mulheres.

<sup>158</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem, supra*, par. 50.

<sup>159</sup> Ver artigo 9.1.a do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças.

<sup>160</sup> Ver artigo 9.2 do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças.

<sup>161</sup> Ver artigo 1 do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Segundo a Convenção das Nações Unidas para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio, todos os Estados Parte devem adotar "as medidas apropriadas para manter a vigilância nas estações ferroviárias, aeroportos, portos marítimos, em viagens e lugares públicos, a fim de impedir o tráfico internacional de pessoas para fim de prostituição", assim como "as medidas apropriadas para que as autoridades competentes estejam ao corrente da chegada de pessoas que pareçam *prima facie* culpadas, co-autoras ou vítimas desse tráfico". Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio, adotado em 2 de dezembro de 1949, entrada em vigor em 25 de julho de 1951, artigo 17. Os seguintes 10 Estados Membros da OEA são parte deste convenio: Argentina, Bolívia, Brasil, Cuba, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, e Venezuela. Ver, também, Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (OACNUDH), *Princípios e Diretrizes Recomendados sobre Direitos Humanos e Tráfico Humano*, UN Doc. E/2002/68/Add.1, publicados em 20 de maio de 2002.

<sup>162</sup> Cf. Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (OACNUDH), *Princípios e Diretrizes Recomendados sobre Direitos Humanos e Tráfico Humano*, UN Doc. E/2002/68/Add.1, publicados em 20 de maio de 2002.

<sup>163</sup> Ver artigo 18 da Convenção para a Repressão do Tráfico de Pessoas e do Lenocínio. Ver, também, Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos (OACNUDH), *Princípios e Diretrizes Recomendados sobre Direitos Humanos e Tráfico Humano*, UN Doc. E/2002/68/Add.1, publicados em 20 de maio de 2002.

<sup>164</sup> Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Diretrizes de Proteção Internacional: A aplicação do artigo 1A(2) da Convenção de 1951 e/ou do Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados para vítimas de tráfico e pessoas em risco de serem traficadas*, UN Doc. HCR/GIP/06/07, publicadas em 7 de abril de 2006.

<sup>165</sup> Ver artigo 10.2 do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças.

<sup>166</sup> Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Diretrizes do ACNUR para a determinação do interesse superior da criança*, maio, 2008, págs. 51 e 69.

que uma criança tenha se deslocado de forma independente e se encontre acompanhada de um adulto que não seja um familiar deve ser automaticamente considerado um caso de tráfico pelas autoridades correspondentes e então devolver a criança ao seu país de origem. A esse respeito, exige-se a mais estrita diligência por parte das autoridades fronteiriças para identificar as diferentes situações que requerem uma atuação oportuna, adequada e justa.

*Determinação da nacionalidade da criança ou, se for o caso, de sua condição de apátrida*

94. Um apátrida é “toda a pessoa que não seja considerada por qualquer Estado, segundo a sua legislação, como seu nacional”.<sup>167</sup> Essa condição poderia originar-se por várias razões, entre as quais destaca-se a perda da nacionalidade, a privação da nacionalidade, a interpretação ou aplicação de legislações relativas à aquisição da nacionalidade e a sucessão de Estados. Sobre esta base, a Corte entende que a prova da condição de apátrida considera um relato combinado com informação do país de origem. A Corte reitera que a apatridia ocasiona uma condição de extrema vulnerabilidade<sup>168</sup> e os Estados têm o dever de identificar,<sup>169</sup> prevenir e reduzir a apatridia, assim como proteger a pessoa apátrida.<sup>170</sup> Entre outras, os Estados têm a obrigação de não adotar práticas ou legislação a respeito da concessão de nacionalidade, cuja aplicação favoreça o incremento do número de pessoas apátridas, e de conceder sua nacionalidade à pessoa nascida em seu território, que, de outro modo, ficaria em condição de ser apátrida.<sup>171</sup>

95. A determinação da nacionalidade ou, se for o caso, da condição de apátrida é relevante em várias situações, tais como as seguintes:<sup>172</sup> (i) quando se questiona o direito de uma pessoa de permanecer em um país durante os procedimentos de expulsão; (ii) na identificação do país ou países em relação aos quais a pessoa alega possuir um temor fundado de ser perseguida, no sentido da definição de refugiado; ou (iii) quando uma pessoa busca a aplicação das garantias estabelecidas na Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia de 1961.<sup>173</sup>

<sup>167</sup> *Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas*, adotada em 28 de setembro de 1954, entrada em vigor em 6 de junho de 1960, artigo 1. Os seguintes 18 Estados Membros da OEA são parte deste tratado: Antigua e Barbuda, Argentina, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Costa Rica, Equador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, San Vicente e Granadinas, Trindade e Tobago, e Uruguai.

<sup>168</sup> *Cf. Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C Nº 130, par. 142.

<sup>169</sup> A obrigação dos Estados de identificar, dentro de suas jurisdições, as crianças apátridas para proporcionar-lhes um tratamento adequado à sua condição, requer o estabelecimento ou fortalecimento, conforme seja o caso, de procedimentos justos e eficientes para determinar se uma pessoa é apátrida, que sejam sensíveis às necessidades diferenciadas das crianças, de acordo com sua idade, gênero e diversidade. *Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), Diretrizes sobre a Apatridia Nº 2: Procedimentos para determinar se um indivíduo é uma pessoa apátrida*, UN Doc. HCR/GS/12/02, publicadas em 5 de abril de 2012.

<sup>170</sup> *Cf. Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana, supra*, par. 140. Ver, também, entre outros, o artigo 1.1 da Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia; o artigo 29 da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, o artigo 24.3 da Convenção sobre os Direitos da Criança, e o artigo 7.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

<sup>171</sup> *Cf. Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana, supra*, pars. 142 e 143.

<sup>172</sup> *Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), Diretrizes sobre a Apatridia Nº 2: Procedimentos para determinar se um indivíduo é uma pessoa apátrida*, publicadas em 5 de abril de 2012, UN Doc. HCR/GS/12/02, par. 2.

<sup>173</sup> *Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia*, adotada em 30 de agosto de 1961, entrada em vigor em 13 de dezembro de 1975. Os seguintes 7 Estados Membros da OEA são parte deste tratado: Bolívia, Brasil, Canadá, Costa Rica, Guatemala, Panamá e Uruguai.

96. No contexto migratório, constitui uma obrigação do Estado receptor determinar se a criança é apátrida, sendo refugiada ou não, a fim de assegurar sua proteção como tal<sup>174</sup> e, dependendo dos motivos de saída do país de residência habitual, encaminhá-la a um procedimento de determinação da condição de refugiado e/ou de apátrida, ou a um mecanismo complementar de proteção.<sup>175</sup>

*Obtenção de informação sobre os motivos de sua saída do país de origem, de sua separação familiar se for o caso, de suas vulnerabilidades e qualquer outro elemento que evidencie ou negue sua necessidade de algum tipo de proteção internacional*

97. A fim de atender à situação concreta da criança, é necessário coletar informação adicional que permita determinar a possível existência de necessidades de proteção internacional, em razão de sua idade,<sup>176</sup> seja como refugiado ou sob outras formas, e, uma vez identificada a necessidade de proteção específica ou a potencial necessidade de proteção da pessoa, assegurar a remissão de seu caso às entidades competentes.

98. Em caso de se identificar a necessidade de proteção internacional, ao se constatar os elementos de inclusão para a determinação da condição de refugiado, é obrigação do Estado explicar, em uma linguagem compreensível para as crianças, seu direito de solicitar e receber asilo conforme o artigo 22.7 da Convenção Americana e XXVII da Declaração Americana e encaminhá-la à entidade encarregada do mesmo, seja uma entidade estatal ou um organismo internacional como o ACNUR.<sup>177</sup> A esse respeito, a Corte interpretou anteriormente que o direito de buscar e receber asilo, lido em conjunto com os artigos 8 e 25 da Convenção Americana, garante o acesso efetivo a um procedimento justo e eficiente para determinar a condição de refugiado, de modo tal que a pessoa solicitante do estatuto de refugiado seja ouvida pelo Estado ao qual se solicita, com as devidas garantias, mediante o procedimento respectivo<sup>178</sup> (Capítulo XIV *infra*).

99. A Corte reconhece que também podem existir casos de influxo em massa. Nessa hipótese, os Estados poderão realizar uma avaliação inicial com base no relato de uma das pessoas do grupo e, caso se determine que desse fluxo surgem fatores que refletem a necessidade de proteção internacional, conceder a mesma com base no reconhecimento do grupo, coletivo ou *prima facie* (par. 262 *infra*).

100. Os Estados também têm a obrigação de realizar uma identificação rápida de crianças que fogem por temor ao recrutamento forçado, seja pelas partes em um conflito armado ou por estruturas do crime organizado, para assim poder esclarecer se seu caso merece a solicitação de asilo ou requer proteção complementar.<sup>179</sup>

<sup>174</sup> Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Diretrizes sobre a Apatridia Nº 2: Procedimentos para determinar se um indivíduo é uma pessoa apátrida*, publicadas em 5 de abril de 2012, UN Doc. HCR/GS/12/02, par. 6.

<sup>175</sup> Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Diretrizes sobre a Apatridia Nº 2: Procedimentos para determinar se um indivíduo é uma pessoa apátrida*, publicadas em 5 de abril de 2012, UN Doc. HCR/GS/12/02, pars. 26 e 27.

<sup>176</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, *supra*, par. 31.

<sup>177</sup> Em alguns casos, de maneira excepcional, o ACNUR pode determinar que uma pessoa deve ter o *status* de refugiado, mas esta é uma prática que está presente apenas nos países não firmantes de nenhum instrumento internacional de refugiados, onde as autoridades nacionais pediram ao ACNUR que desempenhasse esse papel. Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, *supra*, nota de rodapé 185.

<sup>178</sup> Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, *supra*, par. 154.

<sup>179</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, *supra*, pars. 54 a 63.

101. Agora, a Corte reconhece que nem todos os casos de crianças migrantes chegam ao nível de requerer proteção internacional nos termos dos parágrafos anteriores. Entretanto, podem ocorrer situações de afetação dos direitos de crianças, que se encontram protegidos internacionalmente, as quais provocam o deslocamento do país de origem. É por isso que se faz necessário recolher informação sobre fatores pessoais, tais como a história pessoal e sua condição de saúde, física e psicológica, assim como sobre o entorno ambiental em que ocorreu a migração, para determinar a situação concreta de risco de violação de direitos em seu país de origem, de trânsito ou no país receptor, que mereça uma proteção complementar ou evidencie outras necessidades de proteção ou assistência humanitária, como as que resultam da tortura, da violência, do tráfico ou de experiências traumáticas.<sup>180</sup>

102. Ao avaliar as necessidades de proteção internacional é necessário recordar que, “apesar de que tanto as meninas como os meninos enfrentam muitos dos mesmos riscos que requerem proteção, também podem ser expostos a problemas de proteção próprios de seu gênero”,<sup>181</sup> de modo que a informação deve ser recolhida e analisada tomando em conta a perspectiva de gênero. Nesse sentido, é necessário identificar os riscos específicos de sofrer violações a seus direitos enfrentados pelas crianças em razão de seu gênero, sua posição cultural e socioeconômica e sua condição jurídica.<sup>182</sup>

*Adoção de medidas de proteção especial, caso seja necessário e pertinente, de acordo com o interesse superior da criança*

103. Uma vez recolhida a informação sobre os diferentes fatores que podem fazer com que as crianças se encontrem em uma situação concreta de vulnerabilidade, corresponde ao Estado determinar, nos termos do artigo 19 da Convenção e VII da Declaração e de acordo com uma avaliação do interesse superior da criança, as medidas de proteção especial requeridas para assegurar sua vida, sobrevivência e desenvolvimento (Capítulo X *infra*). Nesse sentido, o Comitê dos Direitos da Criança afirmou que é necessária também a “[a]valiação de aspectos particulares de vulnerabilidade, em especial os relativos à saúde, e de índole física, psicossocial e material, e de outras necessidades de proteção como as derivadas da violência no lar, tráfico ou trauma.”<sup>183</sup>

104. Nessa perspectiva, é necessário que o Estado receptor da criança avalie, através de procedimentos adequados que permitam determinar de forma individualizada o interesse superior da criança em cada caso concreto, a necessidade e pertinência de adotar medidas de proteção integral, incluindo aquelas que facilitem o acesso à atenção em saúde, tanto física como psicossocial, que seja culturalmente adequada e com consideração às questões de gênero,<sup>184</sup> que ofereçam um nível de vida em conformidade com seu desenvolvimento físico, mental, espiritual e moral, através da assistência material e programas de apoio,

<sup>180</sup> Cf. *Relatório do Relator Especial sobre os Direitos Humanos dos Migrantes*, Jorge Bustamante, *Promoção e Proteção de todos os Direitos Humanos, Cívicos, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, incluindo o Direito ao Desenvolvimento*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de maio de 2009, par. 35.

<sup>181</sup> Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), Comitê Executivo, *Conclusão sobre Crianças em Situação de Risco*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada em 5 de outubro de 2007.

<sup>182</sup> Cf., Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Diretrizes de Proteção Internacional: A perseguição baseada no gênero, no contexto do Artigo 1A(2) da Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados, e/ou seu Protocolo de 1967*, UN Doc. HCR/GIP/02/01, publicada em 7 de maio de 2002, e Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Manual do ACNUR para a Proteção de Mulheres e Crianças*, janeiro de 2008.

<sup>183</sup> Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, *supra*, par. 31.

<sup>184</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, *supra*, pars. 31, 47 e 48.

particularmente com respeito à nutrição, o vestuário e a habitação;<sup>185</sup> e assegurem o pleno acesso à educação em condições de igualdade.<sup>186</sup> E, certamente, esta e as demais obrigações indicadas anteriormente adquirem particular relevância no caso de crianças migrantes portadoras de alguma deficiência física ou mental e, conseqüentemente, o Estado que os recebe deve prestar-lhes particular atenção e agir em relação a eles com a máxima diligência.<sup>187</sup>

105. No que se refere às crianças desacompanhadas ou separadas de sua família, é indispensável que os Estados busquem a localização dos membros de sua família, não sem antes verificar que estas medidas correspondam ao interesse superior da criança e, se for possível e satisfizer o interesse superior da criança, realizem a sua reunificação ou reagrupação o quanto antes.<sup>188</sup>

106. Quanto às crianças vítimas, ou potenciais vítimas, de tráfico, que se encontram em uma situação de extrema vulnerabilidade, os Estados têm o dever de protegê-las contra um novo risco de vitimização<sup>189</sup> e prestar-lhes assistência jurídica e médica,<sup>190</sup> tentando, na medida do possível, proteger a privacidade e identidade da vítima.<sup>191</sup> Além disso, os Estados, na medida do possível, devem considerar a possibilidade de cumprir os propósitos anteriores através do fornecimento de: a) alojamento adequado; b) assessoramento e informação, em particular com respeito a seus direitos, em um idioma que as vítimas de tráfico de pessoas possam compreender; c) assistência médica, psicológica e material; e d) oportunidades de educação e/ou capacitação.<sup>192</sup> Adicionalmente, devido à especial situação de vulnerabilidade das vítimas deste delito, os Estados devem, quando proceder, facilitar a obtenção de uma permissão para permanecer em seu território, sobretudo nos casos nos quais seu interesse superior assim o aconselhar ou para continuar com a investigação penal do perpetrador do delito.<sup>193</sup>

107. Finalmente, a Corte considera crucial que os Estados definam, de forma clara e dentro de seu desenho institucional, a correspondente designação de funções no âmbito das competências que incumbem a cada órgão estatal e, caso seja necessário, adotem as medidas pertinentes para conseguir uma coordenação interinstitucional eficaz na determinação e adoção das medidas de proteção especial que correspondam, dotando as entidades

---

<sup>185</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, *supra*, par. 44.

<sup>186</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, *supra*, pars. 41 e 42.

<sup>187</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 9: Os Direitos das Crianças com Deficiência*, UN Doc. CRC/C/GC/9, 27 de fevereiro de 2007, pars. 42 e 43.

<sup>188</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, *supra*, pars. 13 e 31. Ver, também, artigo 10 da Convenção sobre os Direitos da Criança.

<sup>189</sup> Ver o artigo 9.1.b do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças.

<sup>190</sup> Ver o artigo 6 do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças.

<sup>191</sup> Ver o artigo 6.1 do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças.

<sup>192</sup> Ver o artigo 6.3 do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças.

<sup>193</sup> Ver o artigo 7.1 do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças. Ver, também, Escritório do Alto Comissariado para os Direitos Humanos (OACNUDH), *Princípios e Diretrizes Recomendados sobre Direitos Humanos e Tráfico Humano*, UN Doc. E/2002/68/Add.1, publicados em 20 de maio de 2002, diretriz 8.

competentes de recursos orçamentários adequados e oferecendo a capacitação especializada a seus funcionários.

## **VIII GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO APLICÁVEIS EM PROCESSOS MIGRATÓRIOS QUE ENVOLVEM CRIANÇAS**

108. A Corte Interamericana foi consultada a respeito de quais são as garantias do devido processo que deveriam reger os processos migratórios que envolvem crianças migrantes à luz dos artigos 1,<sup>194</sup> 2,<sup>195</sup> 7,<sup>196</sup> 8,<sup>197</sup> 19<sup>198</sup> e 25<sup>199</sup> da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e do artigo XXV<sup>200</sup> da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

---

<sup>194</sup> Artigo 1. Obrigação de Respeitar os Direitos:

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

<sup>195</sup> Artigo 2. Dever de Adotar Disposições de Direito Interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

<sup>196</sup> Artigo 7. Direito à Liberdade Pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

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.

3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

<sup>197</sup> Artigo 8. Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

109. A Corte já indicou que o direito ao devido processo se refere ao conjunto de requisitos que devem ser observados nas instâncias processuais para que as pessoas estejam em condições de defender adequadamente seus direitos diante de qualquer ato do Estado, adotado por qualquer autoridade pública, seja administrativa, legislativa ou judicial, que possa afetá-los.<sup>201</sup> O devido processo, por sua vez, encontra-se intimamente ligado à noção de justiça,<sup>202</sup> que se reflete em: (i) um acesso à justiça não apenas formal, mas que reconheça e resolva os fatores de desigualdade real dos processados, (ii) o desenvolvimento de um julgamento justo e (iii) a resolução das controvérsias de forma tal que a decisão adotada se aproxime do maior nível de correção do direito, isto é, que se assegure, na maior medida possível, sua solução justa.

d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e

h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

<sup>198</sup> Artigo 19. Direitos da Criança

Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

<sup>199</sup> Artigo 25. Proteção Judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;

b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e

c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

<sup>200</sup> Artigo XXV. Direito de proteção contra prisão arbitrária

Ninguém pode ser privado da sua liberdade, a não ser nos casos previstos pelas leis e segundo as praxes estabelecidas pelas leis já existentes.

Ninguém pode ser preso por deixar de cumprir obrigações de natureza claramente civil.

Todo indivíduo, que tenha sido privado da sua liberdade, tem o direito de que o juiz verifique sem demora a legalidade da medida, e de que o julgue sem protelação injustificada, ou, no caso contrário, de ser posto em liberdade. Tem também direito a um tratamento humano durante o tempo em que o privarem da sua liberdade.

<sup>201</sup> Cf. *Garantias Judiciais em Estados de Emergência (arts. 27.2, 25 e 8 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*, supra, par. 27; *Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C Nº 71, par. 69, e *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, supra, par. 130.

<sup>202</sup> Cf. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*, supra, par. 117.

110. Pois bem, ainda que, em termos convencionais, o devido processo se traduza centralmente nas “garantias judiciais” reconhecidas no artigo 8 da Convenção Americana, o certo é que diversas disposições deste instrumento internacional, tais como os artigos 4, 5, 7, 9, 19, 25 e 27 da Convenção, também contêm regulamentações que correspondem materialmente aos componentes substantivos e processuais do devido processo. De igual forma, na Declaração Americana, o devido processo se expressa na regulação dos artigos XVIII (Direito à Justiça), XXV (Direito de proteção contra prisão arbitrária) e XXVI (Direito a processo regular). Neste capítulo, a Corte se concentrará principalmente nas garantias do devido processo, interpretadas em conjunto com os artigos 19 da Convenção e VII da Declaração Americana, aplicáveis aos processos migratórios, no entendimento de que através dos mesmos se definem as controvérsias a respeito do *status* migratório de uma pessoa e podem, ademais, em função de tal determinação, redundar em uma expulsão ou deportação. Somado a isso, as decisões a serem adotadas podem ter repercussões profundas sobre a vida e o desenvolvimento das crianças migrantes.

111. No que concerne o artigo 8 da Convenção, o Tribunal já estabeleceu que os requisitos estabelecidos em seu inciso 1º não apenas são aplicáveis aos processos perante os órgãos estritamente jurisdicionais –juiz ou tribunal–, mas que são extensivas às decisões de órgãos administrativos aos quais lhes corresponda a determinação dos direitos das pessoas ou quando exerçam funções de caráter materialmente jurisdicional,<sup>203</sup> como ocorre em alguns países a respeito dos processos migratórios.<sup>204</sup>

112. Por sua vez, o elenco de garantias mínimas do devido processo legal é aplicável no que corresponda à determinação de direitos e obrigações de ordem “civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.<sup>205</sup> Desse modo, em processos tais como os que possam resultar na expulsão ou deportação de estrangeiros, o Estado não pode emitir atos administrativos ou adotar decisões judiciais sem respeitar determinadas garantias mínimas, cujo conteúdo é substancialmente coincidente com as estabelecidas no inciso 2º do artigo 8 da Convenção.<sup>206</sup>

113. Outrossim, as garantias do devido processo são aplicadas a qualquer pessoa independentemente de sua idade e condição de estadia em um país. Nessa perspectiva, a Corte esclareceu que o devido processo legal é um direito que deve ser garantido a toda pessoa, independentemente de seu *status* migratório.<sup>207</sup> Isso significa que o Estado deve garantir que toda pessoa estrangeira, mesmo quando for um migrante em situação irregular, tenha a possibilidade de fazer valer seus direitos e defender seus interesses de forma efetiva e em condições de igualdade processual com outros jurisdicionados.<sup>208</sup>

114. As garantias reconhecidas no artigo 8 da Convenção devem ser respeitadas e asseguradas a todas as pessoas sem distinção, e devem correlacionar-se aos direitos específicos previstos, além do artigo 19 deste tratado, de tal forma que se reflitam em qualquer processo administrativo ou judicial nos quais se encontre em controvérsia algum

<sup>203</sup> Cf. *Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas, supra*, par. 71, e *Caso Barbani Duarte e outros Vs. Uruguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 13 de outubro de 2011. Série C Nº 234, pars. 118 e 119.

<sup>204</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados, supra*, pars. 117 e 124.

<sup>205</sup> Cf. *Exceções ao Esgotamento dos Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a e 46.2.b Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-11/90 de 10 de agosto de 1990. Série A Nº 11, par. 28, e *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia, supra*, par. 130.

<sup>206</sup> Cf. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, par. 142, e *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia, supra*, par. 132.

<sup>207</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados, supra*, pars. 121 e 122, e *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, par. 143.

<sup>208</sup> Cf. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, par. 143.

direito de uma criança.<sup>209</sup> Dessa forma, a proteção especial derivada dos artigos 19 da Convenção e VII da Declaração implica que a observância por parte dos Estados das garantias do devido processo se traduz em algumas garantias ou componentes diferenciados no caso de crianças, que se fundamentam no reconhecimento de que sua participação em um processo migratório não se dá nas mesmas condições que um adulto.<sup>210</sup> Por isso, o processo tem que estar adaptado às crianças e ser acessível para elas.<sup>211</sup>

115. Em conclusão, tal como argumentou anteriormente esta Corte,<sup>212</sup> apesar de o devido processo e suas correlativas garantias serem aplicáveis a todas as pessoas, no caso das crianças migrantes, seu exercício pressupõe, pelas condições especiais nas quais se encontram, a adoção de certas medidas específicas com o propósito de assegurar um acesso à justiça em condições de igualdade, garantir um efetivo devido processo e velar para que o interesse superior se erija em uma consideração primordial em todas as decisões administrativas ou judiciais que sejam adotadas.<sup>213</sup> Sobre estas considerações devem ser formulados os processos administrativos ou judiciais nos quais se resolva sobre os direitos das crianças migrantes e, se for o caso, das pessoas sob cuja possibilidade ou tutela elas se encontram<sup>214</sup> (Capítulo XV *infra*), os quais devem se ajustar à sua condição, necessidades e direitos.

116. Porém, ainda quando a função jurisdicional compete eminentemente ao Poder Judiciário, em alguns Estados outros órgãos ou autoridades públicas adotam decisões, como ocorre nos processos migratórios, que afetam direitos fundamentais. Nestes casos, a atuação da administração tem limites intransponíveis, entre os quais ocupa um primeiríssimo lugar o respeito aos direitos humanos, de maneira que se torna necessário que sua atuação se encontre regulamentada.<sup>215</sup> Tendo as anteriores considerações como base, a Corte se referirá a seguir às garantias que, conforme o Direito Internacional dos Direitos Humanos, devem reger todo processo migratório que envolva crianças, fazendo menção especial, quando corresponda, àquelas que exigem mais relevância neste tipo de processo. Em consequência, a Corte se referirá aos seguintes aspectos: (i) o direito de ser notificado da existência de um procedimento e da decisão que se adote no âmbito do processo migratório; (ii) o direito a que os processos migratórios sejam conduzidos por um funcionário ou juiz especializado; (iii) o direito da criança a ser ouvida e a participar nas diferentes etapas processuais; (iv) o direito a ser assistido gratuitamente por um tradutor e/ou intérprete; (v) o acesso efetivo à comunicação e assistência consular; (vi) o direito a ser assistido por um representante legal e a comunicar-se livremente com este representante; (vii) o dever de designar um tutor no caso de criança desacompanhada ou separada; (viii) o direito a que a decisão adotada avalie o interesse superior da criança e seja devidamente fundamentada; (ix) o direito a recorrer da decisão perante um juiz ou tribunal superior com efeitos suspensivos; e (x) o prazo razoável de duração do processo.

*Direito a ser notificado sobre a existência de um procedimento e da decisão que seja adotada no âmbito do processo migratório*

<sup>209</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança, supra*, par. 95, e *Caso Mendoza e outros Vs. Argentina, supra*, par. 148.

<sup>210</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança, supra*, par. 96.

<sup>211</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 12: O direito da criança a ser ouvida, supra*, par. 66.

<sup>212</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança, supra*, pars. 96 a 98, e *Caso Mendoza e outros Vs. Argentina, supra*, par. 148.

<sup>213</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 14: O Direito da Criança a que seu Interesse superior seja uma consideração primordial (artigo 3, parágrafo 1), supra*, par. 14.b).

<sup>214</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança, supra*, par. 94.

<sup>215</sup> Cf. *Caso Baena Ricardo e outros Vs. Panamá. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 2 de fevereiro de 2001. Série C Nº 72, par. 126, e *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, par. 141.

117. Todo migrante tem direito a ser notificado sobre a existência de um processo contra si, pois, do contrário, mal poderia garantir seu direito de defesa. No caso de crianças migrantes, isso se estende a todo tipo de procedimento que a envolva. É por isso que a existência de pessoal capacitado para comunicar-se com as crianças, de acordo com o desenvolvimento de suas capacidades cognitivas, que sua situação está sendo submetida a consideração, administrativa ou judicial garantirá, que o direito de defesa possa ser exercido pela crianças, no sentido de entender o que está suscedendo e poder dar sua opinião no que considere pertinente.<sup>216</sup>

118. Além disso, esta Corte já destacou a importância da notificação da decisão final a fim de exercer o direito de recorrer da decisão. Sobre esse ponto particular, a Corte estabeleceu que a falta de notificação é, em si mesma, violatória do artigo 8 da Convenção, pois coloca o estrangeiro em um estado de incerteza a respeito de sua situação jurídica e torna impraticável o exercício do direito de recorrer da decisão sancionatória.<sup>217</sup>

119. Em consonância com o anterior e para garantir efetivamente o direito de recorrer de uma decisão desfavorável, as decisões sobre o ingresso, permanência ou expulsão deverão ser devidamente notificadas, o que também reforça o direito a que a decisão seja devidamente motivada.<sup>218</sup>

*Direito a que os processos migratórios sejam conduzidos por um funcionário ou juiz especializado*

120. Em matéria migratória, se o processo se encontra sob responsabilidade de um juiz ou tribunal, este evidentemente deve cumprir as características de imparcialidade e independência. Se se trata de um funcionário administrativo que tome estas determinações, deve ser responsável perante a lei, perante seus superiores hierárquicos e, se for o caso, perante organismos de controle, pela legalidade das mesmas.

121. No entanto, ao tratar-se de processos envolvendo migrantes menores de idade, as decisões em matéria migratória não podem ser delegadas a funcionários não especializados. Em consequência, no que concerne os procedimentos que envolvam crianças, os Estados devem garantir que as pessoas que intervenham nos mesmos se encontrem devidamente capacitadas, de forma que possam identificar as necessidades especiais de proteção das crianças, de acordo com seu interesse superior.

*Direito da criança a ser ouvida e a participar das diferentes etapas processuais*

122. Em primeiro lugar, é pertinente indicar que os Estados têm o dever de facilitar a possibilidade de que a crianças participem de toda e cada uma das diferentes etapas do processo. Para estes efeitos, a criança terá direito a ser ouvida pela autoridade competente, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável. Este direito deve ser interpretado à luz do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança,<sup>219</sup> o qual contem previsões

<sup>216</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, supra, par. 25, e Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 12: O direito da criança a ser ouvida*, supra, pars. 40 a 47 e 82.

<sup>217</sup> Cf. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, supra, par. 180.

<sup>218</sup> Cf. *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana. Mérito Reparaciones e Custas*. Sentença de 24 de outubro de 2012. Série C Nº 251, par. 175.

<sup>219</sup> O artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança dispõe que:

1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança.

adequadas, com o objetivo de que a participação da criança se ajuste à sua condição e não redunde em prejuízo de seu interesse genuíno.<sup>220</sup> A Corte recorda que as crianças devem ser ouvidas com o objetivo de poder resolver de acordo com seu melhor interesse, sendo que inclusive as opiniões de seus pais ou tutores não podem substituir a das crianças.<sup>221</sup> Nessa perspectiva, é necessário que os Estados tomem os cuidados pertinentes para considerar as formas não verbais de comunicação, como os jogos, a expressão corporal e facial e o desenho e a pintura, por meio das quais as crianças demonstram capacidade de compreender, escolher e ter preferências.<sup>222</sup> De igual forma, constitui uma obrigação para os Estados adotar as medidas pertinentes para garantir este direito às crianças com deficiências tais que representam dificuldades para fazer ouvir sua opinião.<sup>223</sup>

123. No caso das crianças migrantes e, particularmente, no caso daquelas desacompanhadas ou separadas de suas famílias, o direito a ser ouvido possui especial relevância. Outrossim, qualquer declaração de uma criança deve sujeitar-se às medidas de proteção processual correspondentes, entre elas, a possibilidade de não declarar, a assistência do representante legal e a emissão da declaração perante a autoridade legalmente autorizada a recebê-la.<sup>224</sup> Nesta ordem de ideias, a fim de assegurar efetivamente o direito a ser ouvido, os Estados devem garantir que o processo se desenvolva em um entorno que não seja intimidatório, hostil, insensível ou inadequado à idade da criança e que o pessoal encarregado de receber o relato esteja devidamente capacitado,<sup>225</sup> de modo que a criança se sinta respeitada e segura no momento de expressar sua opinião em um entorno físico, psíquico e emocional adequado.

*Direito a ser assistido gratuitamente por um tradutor e/ou intérprete*

124. Com o objetivo de poder garantir o direito a ser ouvido, os Estados devem garantir que toda criança seja assistida por um tradutor ou intérprete no caso de que não compreenda ou não fale o idioma do órgão decisor.<sup>226</sup> Assim, a assistência de um tradutor ou intérprete é considerada uma garantia processual mínima e essencial para que se cumpra o direito da criança a ser ouvida e para que seu interesse superior seja uma consideração primordial.<sup>227</sup> Do contrário, a participação efetiva da criança no procedimento se tornaria ilusória.

---

2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional.

Ver, também, Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 12: O direito da criança a ser ouvida*, *supra*, pars. 65 a 67.

<sup>220</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, *supra*, par. 102, e *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença do 24 de fevereiro de 2012. Série C Nº 239, par. 196. Ver, também, Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 12: O direito da criança a ser ouvida*, *supra*, pars. 65 a 67.

<sup>221</sup> Cf. *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile. Participação das crianças*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 29 de novembro de 2011, Considerandos 9 a 12.

<sup>222</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 12: O direito da criança a ser ouvida*, *supra*, par. 21.

<sup>223</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 12: O direito da criança a ser ouvida*, *supra*, par. 21.

<sup>224</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, *supra*, par. 129.

<sup>225</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 12: O direito da criança a ser ouvida*, *supra*, par. 34.

<sup>226</sup> Ver artigo 40.2.VI da Convenção sobre os Direitos da Criança. Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, *supra*, par. 31. Ver, também, Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), *Segundo Relatório de Progresso da Relatoria sobre Trabalhadores Migratórios e membros de suas famílias no hemisfério*, OEA/Ser./L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2001, par. 99.c).

<sup>227</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, *supra*, par. 71.

125. Esta garantia deve ser particularmente respeitada no caso de crianças pertencentes a comunidades indígenas, a fim de respeitar sua identidade cultural e garantir um efetivo acesso à justiça. A esse respeito, a Corte anteriormente interpretou que para garantir o acesso à justiça dos membros de comunidades indígenas, “é indispensável que os Estados concedam uma proteção efetiva que leve em consideração suas particularidades próprias, suas características econômicas e sociais, assim como sua situação de especial vulnerabilidade, seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes”.<sup>228</sup>

*Acesso efetivo à comunicação e assistência consular*

126. A Corte considerou previamente que “a Convenção de Viena sobre Relações Consulares reconhece como uma função primordial do funcionário consular prover *assistência* ao nacional do Estado que envia na defesa de seus direitos perante as autoridades do Estado receptor”, de tal modo que o nacional do Estado que envia tem direito a ter acesso ao funcionário consular com o fim de procurar esta assistência.<sup>229</sup> O acesso efetivo à comunicação consular deve ocorrer sem demora, de maneira que possam dispor de uma defesa eficaz. Para tanto, todos os estrangeiros devem ser informados deste direito.<sup>230</sup>

127. No caso de crianças, o artigo 5, incisos e) e h),<sup>231</sup> deste instrumento internacional, lidos à luz da Convenção sobre os Direitos da Criança, impõem a obrigação ao funcionário consular de velar pelos interesses da criança, no sentido de que as decisões administrativas ou judiciais que sejam adotadas no país receptor tenham avaliado e tomado em consideração seu interesse superior.

128. Devido à especial vulnerabilidade das crianças que se encontram fora de seu país de origem e, em especial, daquelas desacompanhadas ou separadas, o acesso à comunicação e assistência consular se converte em um direito que possui uma especial relevância e que deve ser garantido e tratado de maneira prioritária por todos os Estados, em especial pelas implicações que pode ter no processo de recolher informação e documentação no país de origem, assim como para velar para que a repatriação voluntária unicamente seja ordenada se assim recomendar o resultado de um procedimento de determinação do interesse superior da criança, de acordo com as devidas garantias e uma vez que tenha sido verificado que a mesma possa realizar-se em condições seguras, de tal modo que a criança receba atenção e cuidado no seu regresso.

*Direito a ser assistido por um representante legal e a comunicar-se livremente com este representante*

129. A Corte esclareceu que “as circunstâncias de um procedimento particular, seu significado, seu caráter e seu contexto em um sistema legal particular são fatores

<sup>228</sup> *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai. Mérito Reparaciones e Custas. Sentença 17 de junho de 2005. Série C Nº 125, par. 63, e Caso Rosendo Cantú e outra Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C Nº 216, par. 184.*

<sup>229</sup> *Cf. O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal, supra*, par. 80.

<sup>230</sup> A proteção consular não se aplica aos solicitantes de asilo e refugiados, dadas as consequências que pode acarretar contra o princípio de confidencialidade e a própria segurança do refugiado e de seus familiares.

<sup>231</sup> O mesmo dispõe que as funções consulares consistirão em:

e) prestar ajuda e assistência aos nacionais, pessoas físicas ou jurídicas, do Estado que envia;

[...]

h) resguardar, nos limites fixados pelas leis e regulamentos do Estado receptor, os interesses dos menores e dos incapazes, nacionais do país que envia, particularmente quando para eles for requerida a instituição de tutela ou curatela[.]

fundamentais para determinar se a representação jurídica é ou não necessária para o devido processo".<sup>232</sup>

130. O Tribunal considera que os Estados têm a obrigação de garantir a toda criança envolvida em um processo migratório a assistência jurídica através do oferecimento de serviços estatais gratuitos de representação jurídica.<sup>233</sup>

131. Além disso, este tipo de assistência jurídica deve ser especializada, tanto nos direitos do migrante,<sup>234</sup> como em atenção específica em relação à idade, de tal forma que permita garantir à criança migrante um efetivo acesso à justiça e resguardar que seu interesse superior seja uma consideração primordial em toda decisão que a afete.

*Dever de designar um tutor em caso de criança desacompanhada ou separada*

132. Adicionalmente, em casos de crianças desacompanhadas ou separadas de sua família, o Comitê dos Direitos da Criança afirmou que a designação de um tutor competente o mais rápido possível constitui uma garantia processual importantíssima para garantir o interesse superior das mesmas. A Corte considera necessário reiterar que os processos administrativos ou judiciais que envolvam crianças desacompanhadas ou separadas de suas famílias não poderão ser iniciados até que tenha sido nomeado um tutor.<sup>235</sup> Especificamente, a fim de garantir eficazmente o direito à liberdade pessoal, o acesso rápido e gratuito à assistência jurídica e de outra natureza, bem como para defender seus interesses e assegurar seu bem-estar.<sup>236</sup>

133. Com efeito, os Estados têm o dever de designar, assim que possível, um tutor para as crianças identificadas como desacompanhadas ou separadas de sua família, mesmo nas regiões de fronteira, e mantê-las sob sua tutela até que cheguem à maioridade, em geral aos 18 anos de idade; até que abandonem permanentemente o território ou a jurisdição do Estado;<sup>237</sup> ou, se for o caso, até que desapareça a causa pela qual foi designado o tutor. O tutor deverá conhecer suficientemente os interesses e a situação da criança, e estar autorizado a assisti-la em todos os procedimentos de planejamento e adoção de decisões, incluindo o comparecimento perante os serviços de imigração e órgãos de recurso, os procedimentos voltados a definir a atenção à criança e a buscar uma solução duradoura.<sup>238</sup>

134. Deverá, ademais, possuir os conhecimentos especializados necessários para a atenção à infância, com o fim de garantir que se vele pelo interesse superior da criança. Por outro lado, o tutor deve funcionar como um vínculo entre a criança e os organismos pertinentes com o fim

<sup>232</sup> *Exceções ao Esgotamento dos Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a e 46.2.b Convenção Americana sobre Direitos Humanos), supra, par. 28.*

<sup>233</sup> *Cf. Relatório do Relator Especial sobre os Direitos Humanos dos Migrantes, François Crépeau, Promoção e Proteção de todos os Direitos Humanos, Cívicos, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, incluindo o Direito ao Desenvolvimento, UN Doc. A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012, par. 38.*

<sup>234</sup> *Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), Segundo Relatório de Progresso da Relatoria sobre Trabalhadores Migrantes e membros de suas Famílias no Hemisfério, OEA/Ser./L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2001, par. 99.d).*

<sup>235</sup> *Cf. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem, supra, par. 21.*

<sup>236</sup> *Cf. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem, supra, par. 33.*

<sup>237</sup> *Cf. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem, supra, par. 33.*

<sup>238</sup> *Cf. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem, supra, par. 33.*

de assegurar que as necessidades da criança em matéria jurídica, social, educativa, sanitária, psicológica e material sejam satisfeitas.<sup>239</sup>

135. Quando se trata de criança desacompanhada, não poderão exercer a função de tutor os organismos ou indivíduos cujos interesses possam entrar em conflito com os da criança.<sup>240</sup> No caso de uma criança separada de sua família, "normalmente será nomeado tutor o familiar adulto que a acompanhe ou quem lhe dispense cuidados sem ser familiar direto, salvo que existam indícios de que esse arranjo não beneficiará o menor, por exemplo, quando este tenha sido maltratado pelo adulto acompanhante".<sup>241</sup>

136. Como corolário do anterior, é necessário que os Estados criem mecanismos que permitam avaliar o exercício da tutoria, a fim de que o interesse superior da criança esteja devidamente representado durante todo o processo de adoção de decisões e, em particular, os maus tratos sejam prevenidos.<sup>242</sup>

*Direito a que a decisão que seja adotada avalie o interesse superior da criança e seja devidamente fundamentada*

137. Por outro lado, é essencial que todas as decisões adotadas no marco de um processo migratório que envolva crianças estejam devidamente fundamentadas, isto é, que possuam a exteriorização da justificação racional que permita chegar a uma conclusão.<sup>243</sup> O dever de motivação é uma das devidas garantias para salvaguardar o direito a um devido processo.<sup>244</sup> A Corte recorda que o dever de motivar as decisões é uma garantia vinculada à correta administração de justiça, que protege o direito das pessoas de serem julgadas pelas razões que o direito prevê e concede credibilidade às decisões jurídicas no âmbito de uma sociedade democrática.<sup>245</sup> Por isso, as decisões adotadas pelos órgãos internos que possam afetar direitos humanos devem estar devidamente fundamentadas, pois, do contrário, seriam decisões arbitrarias.<sup>246</sup>

138. Nesse sentido, a argumentação de uma decisão e de certos atos administrativos deve permitir que se conheça quais foram os fatos, motivos e normas nos quais a autoridade se baseou para tomar sua decisão, a fim de descartar qualquer indício de arbitrariedade.<sup>247</sup> Ademais, deve mostrar que foram devidamente levadas em conta as alegações das partes e que o conjunto de provas foi analisado.

<sup>239</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem, supra*, par. 33.

<sup>240</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem, supra*, par. 33.

<sup>241</sup> Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem, supra*, par. 34.

<sup>242</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem, supra*, par. 35.

<sup>243</sup> Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador, supra*, par. 107, e *Caso J. Vs. Peru, supra*, par. 224.

<sup>244</sup> Cf. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Mérito Reparaciones e Custas*. Sentença de 1 de setembro de 2011. Série C Nº 233, par. 141.

<sup>245</sup> Cf. *Caso Apitz Barbera e outros ("Primeira Corte do Contencioso Administrativo") Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 5 de agosto de 2008. Série C Nº 182, par. 77, e *Caso J. Vs. Peru, supra*, par. 224.

<sup>246</sup> Cf. *Caso Yatama Vs. Nicarágua. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 23 de junho de 2005. Série C Nº 127, par. 152, e *Caso J. Vs. Peru, supra*, par. 224.

<sup>247</sup> Cf. *Caso Claude Reyes e outros Vs. Chile. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C Nº 151, par. 122, e *Caso J. Vs. Peru, supra*, par. 224.

139. Em consonância com o anterior, e particularmente no caso de crianças, a decisão deverá dar conta, motivadamente, da forma em que foram levadas em consideração as opiniões expressadas pela criança, como também a forma em que foi avaliado seu interesse superior.<sup>248</sup> A esse respeito, o Comitê dos Direitos da criança ressaltou a íntima relação existente entre o interesse superior da criança e o direito a ser ouvida, ao afirmar que “não é possível uma correta aplicação do artigo 3 [(interesse superior)] se não forem respeitados os componentes do artigo 12 [(direito de participar e que sua opinião seja levada em consideração)]”.<sup>249</sup> Do mesmo modo, “o artigo 3 reforça a funcionalidade do artigo 12 ao facilitar o papel essencial das crianças em todas as decisões que afetem sua vida”.<sup>250</sup>

*Direito a recorrer da decisão perante um juiz ou tribunal superior com efeitos suspensivos*

140. Esta Corte reafirma o direito de toda pessoa a recorrer de todas as decisões finais adotadas no marco de processos migratórios, sejam de caráter administrativo ou judicial, especialmente aquelas que ordenam a expulsão ou deportação de um país ou deneguem uma permissão de ingresso ou permanência. Isto quer dizer que, em caso de decisão desfavorável, a pessoa deve ter o direito de submeter seu caso a revisão perante a autoridade judicial competente e apresentar-se perante ela para tanto.<sup>251</sup> Caso a decisão seja adotada pela autoridade administrativa, a revisão por parte de um juiz ou tribunal é um requisito fundamental para garantir um adequado controle e o escrutínio dos atos da administração que afetam os direitos fundamentais.<sup>252</sup>

141. A Corte destaca que este direito adquire uma relevância especial nos casos em que a criança considera que não foi devidamente ouvida ou que suas opiniões não foram levadas em consideração. Por conseguinte, esta instância de revisão deve permitir, entre outras questões, identificar se a decisão levou devidamente em consideração o princípio do interesse superior.<sup>253</sup>

142. Em complemento ao anterior, para que o direito a recorrer perante uma autoridade judicial e a proteção judicial seja eficaz, é necessário que o recurso judicial mediante o qual se impugna uma decisão em matéria migratória tenha efeitos suspensivos, de maneira que, no caso de uma ordem de deportação, esta deve ser suspensa até que seja proferida a decisão judicial da instância perante a qual se recorreu.<sup>254</sup> Apenas dessa forma podem ser protegidos de maneira efetiva os direitos das crianças migrantes.

*Prazo razoável de duração do processo*

143. Finalmente, e devido ao particular grau de afetação que poderia supor este tipo de processos em uma criança, é particularmente importante assegurar que a duração do processo até a adoção da decisão final respeite um prazo razoável, o que significa que os procedimentos

<sup>248</sup> O anteriormente exposto, em palavras do Comitê dos Direitos da Criança, consiste em “uma garantia de que as opiniões da criança não sejam ouvidas apenas como mera formalidade, mas que sejam levadas a sério”. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 12: O direito da criança a ser ouvida*, *supra*, par. 45.

<sup>249</sup> Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 12: O direito da criança a ser ouvida*, *supra*, par. 74.

<sup>250</sup> Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 12: O direito da criança a ser ouvida*, *supra*, par. 74.

<sup>251</sup> Cf. *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana*, *supra*, par. 175, e *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, *supra*, par. 133.

<sup>252</sup> Cf. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 126.

<sup>253</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 14: O direito da criança a que seu interesse superior seja uma consideração primordial (artigo 3, parágrafo 1)*, *supra*, par. 98.

<sup>254</sup> Cf. TEDH, *Caso Čonka Vs. Bélgica*, Nº 51564/99. Sentença de 5 de fevereiro de 2002, par. 79, e *Caso Gebremedhin [Gaberamadhien] Vs. França*, Nº 25389/05, Sentença de 26 de abril de 2007, par. 58.

administrativos ou judiciais que concernem à proteção de direitos humanos de crianças “devem ser administrados com uma diligência e celeridade excepcionais por parte das autoridades”.<sup>255</sup> Isso não apenas revela uma necessidade de resguardar e de proteger o interesse superior da criança,<sup>256</sup> mas contribui também para manter a situação de incerteza pelo menor tempo possível, gerando o menor impacto à integridade física, psíquica e emocional da criança. Entretanto, a duração deve estender-se o suficiente para garantir que a criança seja adequadamente ouvida. Nesse sentido, não se pode afetar o direito da criança com base em justificações de mera celeridade do procedimento.

## IX PRINCÍPIO DE NÃO PRIVAÇÃO DE LIBERDADE DE CRIANÇAS POR SUA SITUAÇÃO MIGRATÓRIA IRREGULAR

144. A Corte Interamericana foi consultada sobre a interpretação que deve ser dada ao princípio de *ultima ratio da detenção* como medida cautelar no âmbito de procedimentos migratórios quando estão envolvidas crianças que se encontram junto a seus progenitores, bem como nos casos em que estão envolvidas crianças desacompanhadas ou separadas de seus progenitores, à luz dos artigos 1,<sup>257</sup> 7,<sup>258</sup> 8,<sup>259</sup> 19<sup>260</sup> e 29<sup>261</sup> da Convenção Americana e do artigo XXV<sup>262</sup> da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

<sup>255</sup> *Assunto L.M. a respeito do Paraguai. Medidas Provisórias.* Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 1 de julho de 2011, Considerando 16. Ver, também, TEDH, *Caso H. Vs. Reino Unido*, Nº 9580/81. Sentença de 8 de julho de 1987, par. 85; *Caso Paulsen-Medalen e Svensson Vs. Suécia*, Nº 149/1996/770/967. Sentença de 19 de fevereiro de 1998, pars. 39 e 42; *Caso Laino Vs. Itália*, Nº 33158/96. Sentença de 18 de fevereiro de 1999, par. 18; *Caso Monory Vs. Romênia e Hungria*, Nº 71099/01. Sentença de 5 de abril de 2005, par. 82, e *Caso V.A.M. Vs. Sérvia*, Nº 39177/05. Sentença de 13 de março de 2007, pars. 99 e 101.

<sup>256</sup> *Cf. Assunto L.M. a respeito do Paraguai. Medidas Provisórias, supra*, Considerando 16.

<sup>257</sup> Artigo 1. Obrigação de Respeitar os Direitos:

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.
2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

<sup>258</sup> Artigo 7. Direito à Liberdade Pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
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.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.
5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.
6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.
7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

<sup>259</sup> Artigo 8. Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de

145. A fim de abordar a presente temática que tem como objeto central a interpretação do direito à liberdade pessoal, reconhecido nos artigos 7 da Convenção Americana e XXV da Declaração, é pertinente deixar claro que a pergunta, ao fazer referência ao termo “detenção”, o emprega em um sentido amplo, equivalente ao de privação de liberdade. Nesta mesma linha, a Corte utilizará o conceito de privação de liberdade pois resulta mais abrangente. A

---

qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do júízo ou tribunal;
- b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e
- h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

260 Artigo 19. Direitos da Criança

Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

261 Artigo 29. Normas de Interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
- c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e
- d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

262 Artigo XXV. Direito de proteção contra prisão arbitrária

Ninguém pode ser privado da sua liberdade, a não ser nos casos previstos pelas leis e segundo as praxes estabelecidas pelas leis já existentes.

Ninguém pode ser preso por deixar de cumprir obrigações de natureza claramente civil.

Todo indivíduo, que tenha sido privado da sua liberdade, tem o direito de que o juiz verifique sem demora a legalidade da medida, e de que o julgue sem protelação injustificada, ou, no caso contrário, de ser posto em liberdade. Tem também direito a um tratamento humano durante o tempo em que o privarem da sua liberdade.

esse respeito, a Corte adota um critério amplo, de acordo com o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos<sup>263</sup> e autônomo ao estabelecido nas legislações nacionais,<sup>264</sup> no entendimento de que o componente particular que permite individualizar uma medida como privativa de liberdade, além da denominação específica que receba no âmbito local,<sup>265</sup> é o fato de que a pessoa, neste caso a criança, não pode ou não tem a possibilidade de sair ou abandonar por sua própria vontade o recinto ou estabelecimento no qual se encontra ou foi alojada. Desse modo, qualquer situação ou medida que seja caracterizada nos termos da definição anterior tornará aplicáveis todas as garantias associadas (Capítulo XII *infra*).

146. Mais especificamente, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados entendeu, em relação às pessoas em busca de proteção internacional, que a detenção equivale à "privação da liberdade ou confinamento em um local fechado, do qual não se permite que o solicitante de refúgio saia pela própria vontade, incluindo, mas não limitado a, presídios ou centros de detenção, instalações de recepção ou retenção."<sup>266</sup> Além disso, entende que "[a]s distinções entre a privação da liberdade e restrições menores à circulação são de 'maior ou menor grau de intensidade e não de natureza ou substância'."<sup>267</sup> Por conseguinte, "[q]ualquer que seja o nome dado ao local específico da detenção, as questões mais importantes dizem respeito a se o solicitante de refúgio está sendo privado de sua liberdade de fato e se esta privação é considerada legal de acordo com o Direito Internacional."<sup>268</sup> Outorga-se assim, portanto, uma precisão adicional ao conceito de privação de liberdade em hipóteses em que se

<sup>263</sup> O artigo 4.2 do Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes estabelece que privação de liberdade significa "qualquer forma de detenção ou aprisionamento ou colocação de uma pessoa em estabelecimento público ou privado de vigilância, de onde, por força de ordem judicial, administrativa ou de outra autoridade, ela não tem permissão para ausentar-se por sua própria vontade". *Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura e Outros tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, UN Doc. A/RES/57/199, adotado em 18 de dezembro de 2002, entrada em vigor em 22 junho de 2006. De acordo com a regra 11.b das Regras das Nações Unidas para a proteção de jovens com restrição de liberdade, por privação de liberdade se entende "qualquer forma de detenção ou encarceramento ou colocação de uma pessoa, por ordem de qualquer autoridade judicial, administrativa ou pública, em estabelecimento público ou privado, do qual a pessoa não seja autorizada a sair por sua própria vontade." *Regras das Nações Unidas para a proteção de jovens com restrição de liberdade*, UN Doc. A/RES/45/113, adotadas em 14 de dezembro de 1990. Para efeitos dos Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas, adotados pela Comissão Interamericana, entende-se por "privação de liberdade": "[q]ualquer forma de detenção, encarceramento, institucionalização ou custódia de uma pessoa, por razões de assistência humanitária, tratamento, tutela ou proteção, ou por delitos e infrações à lei, ordenada por uma autoridade judicial ou administrativa ou qualquer outra autoridade, ou sob seu controle de fato, numa instituição pública ou privada em que não tenha liberdade de locomoção. Incluem-se nessa categoria não somente as pessoas privadas de liberdade por delitos ou infrações e descumprimento da lei, independentemente de terem sido processadas ou condenadas, mas também aquelas que estejam sob a custódia e a responsabilidade de certas instituições, tais como hospitais psiquiátricos e outros estabelecimentos para pessoas com deficiência física, mental ou sensorial; instituições para crianças e idosos; centros para migrantes, refugiados, solicitantes de asilo ou refúgio, apátridas e indocumentados; e qualquer outra instituição similar destinada a pessoas privadas de liberdade". Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), *Resolução 1/08: Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas da Liberdade nas Américas*, adotados durante o 131º Período Ordinário de Sessões, celebrado de 3 a 14 de março de 2008.

<sup>264</sup> Em particular, considerando o disposto no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados que versa sobre o Direito interno e a observância dos tratados e estabelece que "[u]ma parte não pode invocar as disposições de seu Direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46".

<sup>265</sup> Isto é, se for denominada apreensão, detenção, encarceramento, internamento, institucionalização, etc.

<sup>266</sup> Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Diretrizes sobre os critérios aplicáveis e os padrões relativos à detenção de solicitantes de refúgio, e soluções alternativas à detenção*, publicadas em 2012, introdução, par. 5.

<sup>267</sup> Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Diretrizes sobre os critérios aplicáveis e os padrões relativos à detenção de solicitantes de refúgio, e soluções alternativas à detenção*, publicadas em 2012, introdução, par. 6.

<sup>268</sup> Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Diretrizes sobre os critérios aplicáveis e os padrões relativos à detenção de solicitantes de refúgio, e soluções alternativas à detenção*, publicadas em 2012, introdução, par. 7, citando TEDH, *Caso Guzzardi Vs. Itália*, Nº 7367/76. Sentença de 6 de novembro de 1980, par. 93.

restringe a liberdade de ir e vir, mas que esta restrição gera, na situação concreta, uma afetação de tal envergadura nos direitos da pessoa, como no direito de solicitar e receber asilo, que esta restrição resulta comparável a uma medida privativa de liberdade em razão do “tipo, duração, efeitos e forma de implementação”.<sup>269</sup>

147. No contexto migratório, a privação de liberdade pode afetar os solicitantes de asilo, refugiados, apátridas e migrantes em situação irregular. Entretanto, a Corte entende que o âmbito de consulta desta pergunta se situa nos casos relativos especificamente a crianças em situação migratória irregular, produto de uma entrada ou permanência no país sem cumprir os requisitos da legislação interna, assim como a crianças solicitantes de asilo que não obtiveram o reconhecimento do estatuto de refugiado, por não contarem com elementos de inclusão ou por razões de exclusão, que são submetidas a um procedimento que pode acabar ordenando a expulsão ou deportação ao país de origem, ou ainda permitindo a estadia.<sup>270</sup> Por outro lado, ficam fora do âmbito da pergunta as medidas privativas de liberdade de caráter punitivo ou sancionador na esfera do controle migratório, pois, de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, serão consideradas arbitrárias e, conseqüentemente, contrárias à Convenção e à Declaração Americana.<sup>271</sup>

148. Como se pode observar dos termos da própria consulta, a pergunta submetida parte de duas premissas fundadas no Direito Internacional dos Direitos Humanos e acolhidas pela jurisprudência desta Corte, isto é, (i) o princípio de *ultima ratio* da privação de liberdade de crianças e (ii) a exigência de motivar a necessidade de recorrer a medidas privativas de liberdade de caráter cautelar por infrações à lei migratória, como medida excepcional.

149. Com efeito, constitui um princípio do Direito Internacional dos Direitos Humanos,<sup>272</sup> cristalizado na Convenção sobre os Direitos da Criança<sup>273</sup> e desenvolvido pela jurisprudência desta Corte no marco do direito à liberdade pessoal em casos relativos a jovens em conflito

<sup>269</sup> TEDH, *Caso Amuur Vs. França*, Nº 19776/92. Sentença de 25 de junho de 1996, par. 42 (tradução da Secretaria da Corte).

<sup>270</sup> Sobre a não detenção de solicitantes de asilo e refugiados por motivos migratórios, aplica-se as salvaguardas específicas incluídas no artigo 31 da Convenção de 1951 e as diretrizes do ACNUR. Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Diretrizes sobre os critérios aplicáveis e os padrões relativos à detenção de solicitantes de refúgio, e soluções alternativas à detenção*, publicadas em 2012.

<sup>271</sup> Cfr. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 169. A Relatora Especial das Nações Unidas sobre os Direitos Humanos dos Migrantes afirmou que “[a] detenção dos migrantes por causa de sua condição irregular não deveria sob nenhuma circunstância ter um caráter punitivo”. Relatório apresentado pela Relatora Especial, Gabriela Rodríguez Pizarro, *Grupos específicos e indivíduos: Trabalhadores Migrantes*, em conformidade com a resolução 2002/62 da Comissão de Direitos Humanos, UN Doc. E/CN.4/2003/85, 30 de dezembro de 2002, par. 73. Além disso, o Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária afirmou que “a penalização da entrada irregular em um país supera o interesse legítimo dos Estados de controlar e regular a imigração irregular e pode dar lugar a detenções desnecessárias Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, Relatório do Grupo, *Promoção e Proteção de todos os Direitos Humanos, Cívicos, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, incluindo o Direito ao Desenvolvimento*, UN Doc. A/HRC/7/4, 10 de janeiro de 2008, par. 53. Ver, também, Relatório do Relator Especial sobre os Direitos Humanos dos Migrantes, Jorge Bustamante, *Promoção e Proteção de todos os Direitos Humanos, Cívicos, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, incluindo o Direito ao Desenvolvimento*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de maio de 2009, par. 65.

<sup>272</sup> Ver a regra 13.1 das *Regras mínimas padrão das nações unidas para a administração da justiça da criança e do adolescente (Regras de Beijing)*, UN Doc. A/RES/40/33, adotadas em 29 de novembro de 1985; a regra 6.1 das *Regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade (Regras de Tóquio)*, UN Doc. A/RES/45/110, adotadas em 14 de dezembro de 1990; a regra 17 das *Regras das Nações Unidas para a proteção dos menores privados de liberdade (Regras de Havana)*, UN Doc. A/RES/45/113, adotadas em 14 de dezembro de 1990, e o princípio III dos *Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas da Liberdade nas Américas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, adotados durante o 131º Período Ordinário de Sessões, celebrado de 3 a 14 de março de 2008.

<sup>273</sup> O artigo 37.b) da Convenção sobre os Direitos da Criança dispõe que os Estados Partes zelarão para que:

nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso e durante o mais breve período de tempo que for apropriado.

com a lei penal,<sup>274</sup> que a privação de liberdade, seja em sua faceta cautelar ou como sanção penal, constitui uma medida de último recurso que deve ser aplicada, quando proceda, pelo menor tempo possível,<sup>275</sup> dado o objetivo fundamentalmente pedagógico do processo penal relativo a pessoas menores de idade.<sup>276</sup> É assim que a privação de liberdade no contexto da justiça penal juvenil deve respeitar os princípios de legalidade, excepcionalidade e máxima brevidade.<sup>277</sup> Além disso, a excepcionalidade da prisão preventiva opera com maior rigorosidade, já que a regra deve ser a liberdade e, caso se verifique a necessidade de cautela, deve primar a aplicação de medidas substitutivas.<sup>278</sup>

150. Como as infrações relacionadas com o ingresso ou permanência em um país não podem, sob nenhuma hipótese, ter consequências iguais ou similares àquelas que derivam do cometimento de um delito, e em atenção às diferentes finalidades processuais existentes entre os processos migratórios e os penais, a Corte considera que o princípio de *ultima ratio* da privação de liberdade de crianças não constitui um parâmetro operativo no âmbito submetido à consulta, isto é, aos procedimentos migratórios.<sup>279</sup>

151. Por outro lado, no caso *Vélez Loor Vs. Panamá* a Corte estabeleceu a incompatibilidade com a Convenção Americana de medidas privativas de liberdade de caráter punitivo para o controle dos fluxos migratórios, em particular daqueles de caráter irregular.<sup>280</sup> Especificamente, determinou que a detenção de pessoas por descumprimento das leis migratórias nunca deve ser feita com fins punitivos, de tal modo que as medidas privativas de liberdade apenas deverão ser utilizadas quando for necessário e proporcional no caso concreto para assegurar o comparecimento da pessoa ao processo migratório ou para garantir a aplicação de uma ordem de deportação e unicamente durante o menor tempo possível.<sup>281</sup> Em consequência, a Corte objetou, por serem arbitrárias, as políticas migratórias cujo eixo central é a detenção obrigatória dos migrantes irregulares, sem que as autoridades competentes verifiquem em cada caso particular e mediante uma avaliação individualizada a possibilidade de utilizar medidas menos restritivas que sejam efetivas para alcançar os mesmos fins.<sup>282</sup>

---

<sup>274</sup> Cf. *Caso "Instituto de Reeducação do Menor" Vs. Paraguai*, *supra*, pars. 230 e 231, e *Caso Mendoza e outros Vs. Argentina*, *supra*, par. 162.

<sup>275</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 10: Os Direitos da Criança no âmbito da justiça de menores*, UN Doc. CRC/C/GC/10, 25 de abril de 2007, pars. 70, 79 e 80. Ver, também, Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, *supra*, par. 61.

<sup>276</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 10: Os Direitos da Criança no âmbito da justiça de menores*, *supra*, par. 51.

<sup>277</sup> Ver artigo 37.b) e d) da Convenção sobre os Direitos da Criança.

<sup>278</sup> Cf. *Caso "Instituto de Reeducação do Menor" Vs. Paraguai*, *supra*, par. 230. Ver, também, as regras 13.1 e 13.2 das *Regras mínimas padrão das nações unidas para a administração da justiça da criança e do adolescente (Regras de Beijing)*.

<sup>279</sup> De fato, o Comitê dos Direitos da Criança enfatizou que o respeito às exigências do parágrafo b) do artigo 37 da Convenção, quando estabelece que "a detenção, encarceramento ou prisão será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado", procederá nas hipóteses em que a privação de liberdade dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem esteja excepcionalmente justificada "por outras razões". Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, *supra*, par. 61.

<sup>280</sup> Cf. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, pars. 163 a 172.

<sup>281</sup> Cf. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, pars. 169 e 171.

<sup>282</sup> Cf. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 171, citando o Comitê de Direitos Humanos, *C. Vs. Austrália* (Comunicação Nº 900/1999), UN Doc. CCPR/C/76/D/900/1999, parecer adotado em 13 de novembro de 2002, par. 8.2.

152. Sobre esta base, a consulta busca que a Corte interprete, à luz dos artigos 7 da Convenção e XXV da Declaração, o alcance das medidas privativas de liberdade em procedimentos migratórios diferenciando as diversas hipóteses: quando estão envolvidas crianças que se encontram junto de seus progenitores, assim como nos casos em que as crianças se encontram desacompanhadas ou separadas.

153. No entanto, corresponde realizar uma análise da compatibilidade da privação de liberdade de crianças por razões de natureza migratória com as disposições da Convenção e da Declaração trazidas à consulta, à luz dos requisitos para realizar uma restrição legítima do direito à liberdade pessoal que foram explicitados em sua jurisprudência, tendo em consideração as circunstâncias específicas da criança, isto é, sua condição de pessoa em desenvolvimento e seu interesse superior. Para esse fim e com base no artigo 30 da Convenção, a Corte avaliará: (i) que a finalidade das medidas que privem ou restrinjam a liberdade seja compatível com a Convenção; (ii) que as medidas adotadas sejam idôneas para cumprir o fim perseguido; (iii) que sejam necessárias, e (iv) que sejam medidas 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.<sup>283</sup>

154. Então, a medida de privação de liberdade, ainda que possa perseguir uma finalidade legítima e ser idônea para alcançá-la, ao conjugar os critérios desenvolvidos e em virtude do princípio de interesse superior da criança, a Corte é da opinião de que a privação de liberdade de crianças por razões exclusivamente de natureza migratória excede o requisito da necessidade,<sup>284</sup> uma vez que essa medida não é absolutamente indispensável para os fins de assegurar seu comparecimento ao processo migratório ou para garantir a aplicação de uma ordem de deportação (par. 151 *supra*). Somado a isso, a Corte entende que a privação de liberdade de crianças neste contexto de nenhuma maneira poderia ser entendida como uma medida que responda a seu interesse superior.<sup>285</sup> Nesse sentido, a Corte considera que existem medidas menos restritivas (par. 162 *infra*) que poderiam ser idôneas para alcançar tal fim e, ao mesmo tempo, responder ao interesse superior da criança. Em suma, a Corte entende que a privação de liberdade de crianças migrantes em situação irregular, decretada por esta única circunstância, é arbitrária e, deste modo, contrária tanto à Convenção como à Declaração Americana.

155. Em consideração da condição especial de vulnerabilidade das crianças migrantes em situação irregular, os Estados têm a obrigação, de acordo com os artigos 19 da Convenção Americana e VII da Declaração, de optar por medidas<sup>286</sup> destinadas ao cuidado e bem-estar da

---

<sup>283</sup> Cf. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 166.

<sup>284</sup> Este requisito implica que a medida deve ser absolutamente indispensável para conseguir o fim desejado e que não existe uma medida menos restritiva com respeito ao direito restringido, entre todas aquelas que contam com a mesma idoneidade, para alcançar o objetivo proposto. Cf. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 166.

<sup>285</sup> Ver, no mesmo sentido, STEPS Consulting Social, *The conditions in centres for third country nationals (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*, estudo elaborado para a Comissão de Liberdades Cívicas, Justiça e Assuntos Internos do Parlamento Europeu, Ref. IP/C/LIBE/IC/2006-181, dezembro de 2007, pág. 22, afirmando que “[o] confinamento de menores de idade deve estar proibido. O interesse superior da criança deve ser a base de qualquer decisão tomada sobre essa criança. Privar uma criança de sua liberdade não pode de nenhuma maneira corresponder ao seu melhor interesse, outras práticas podem ser utilizadas e já foram aplicadas em alguns países” (tradução da Secretaria da Corte).

<sup>286</sup> Cf. Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, Relatório do Grupo, *Relatório sobre a visita do Grupo de Trabalho ao Reino Unido sobre a questão dos imigrantes e solicitantes de asilo*, UN Doc. E/CN.4/1999/63/Add.3, 18 de dezembro de 1998, par. 33, e Relatório apresentado pela Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, Grupos específicos e indivíduos: Trabalhadores migrantes, de acordo com a resolução 2002/62 da Comissão de Direitos Humanos, UN Doc. E/CN.4/2003/85, 30 de dezembro de 2002, pars. 39 e 40.

criança com vistas à sua proteção integral antes da privação de sua liberdade<sup>287</sup> (Capítulo X *infra*). A Corte considera que o parâmetro de atuação estatal deve, deste modo, ter como objetivo assegurar, na maior medida possível, a prevalência do interesse superior da criança migrante e o princípio reitor de respeito ao direito à vida, a sobrevivência e a seu desenvolvimento, nos termos desenvolvidos no capítulo seguinte, através de medidas adequadas a suas necessidades.<sup>288</sup>

156. Como corolário do afirmado acima, a Corte entende que o alcance da resposta estatal à luz do interesse superior da criança adquire características particulares dependendo da situação concreta na qual se encontre a criança,<sup>289</sup> isto é, se se encontra junto a seus progenitores ou, se ao contrário, trata-se de uma criança desacompanhada ou separada de seus progenitores (par. 49 *supra*). Isso, tendo em conta, por um lado, a especial vulnerabilidade em que se encontram as crianças desacompanhadas ou separadas e, pelo outro, que corresponde aos progenitores a obrigação primária da criação e desenvolvimento da criança e, subsidiariamente, ao Estado “assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei”.<sup>290</sup>

157. De acordo com as considerações precedentes, a Corte considera que, à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a privação de liberdade é improcedente quando as crianças se encontram desacompanhadas ou separadas de sua família, pois, sob esta ótica, o Estado se encontra obrigado a promover de forma prioritária as medidas de proteção especial orientadas pelo princípio do interesse superior da criança,<sup>291</sup> assumindo sua posição de garante com maior cuidado e responsabilidade.<sup>292</sup> No mesmo sentido, o Comitê dos Direitos da Criança afirmou:

Em aplicação do artigo 37 da Convenção e do princípio do interesse superior do menor, não se deve privar de liberdade, como regra geral, os menores desacompanhados ou separados de sua família. A privação de liberdade não poderá ser justificada apenas porque o menor esteja sozinho ou separado de sua família, nem por sua condição de imigrante ou residente. [...] Por conseguinte, dever ser feito todo o possível, inclusive acelerar os processos pertinentes, com o objetivo de que os menores desacompanhados ou separados de sua família sejam postos em liberdade e colocados em outras instituições de alojamento.<sup>293</sup>

158. Por outro lado, a Corte ressaltou que “[a] criança tem direito a viver com sua família, a qual está chamada a satisfazer suas necessidades materiais, afetivas e psicológicas”.<sup>294</sup> Desta

<sup>287</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem, supra*, par. 63.

<sup>288</sup> Cf. Relatório do Relator Especial sobre os Direitos Humanos dos Migrantes, Jorge Bustamante, *Promoção e Proteção de todos os Direitos Humanos, Civis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, incluindo o Direito ao Desenvolvimento*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de maio de 2009, pars. 60 a 62.

<sup>289</sup> Cf. *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina, supra*, par. 126.

<sup>290</sup> Ver o artigo 3.2, relacionado aos artigos 18 e 27, da Convenção sobre os Direitos da Criança.

<sup>291</sup> Ver o artigo 20.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança, que dispõe “[a]s crianças privadas temporária ou permanentemente do seu meio familiar, ou cujo interesse maior exija que não permaneçam nesse meio, terão direito à proteção e assistência especiais do Estado”.

<sup>292</sup> Cf. *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina, supra*, par. 126.

<sup>293</sup> Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem, supra*, par. 61. Ver, também, Relatório apresentado pela Relatora Especial, Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro, *Grupos específicos e indivíduos: Trabalhadores migrantes*, de acordo com a resolução 2002/62 da Comissão de Direitos Humanos, UN Doc. E/CN.4/2003/85, 30 de dezembro de 2002, par. 75.a).

<sup>294</sup> *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança, supra*, par. 71, e *Caso Fornerón e filha Vs. Argentina. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de abril de 2012. Série C Nº 242, par. 46. Ver, também, o artigo 9 da Convenção sobre os Direitos da Criança.

forma, quando se trata de crianças que se encontram com seus progenitores, a manutenção da unidade familiar em razão de seu interesse superior não constitui razão suficiente para legitimar ou justificar a procedência excepcional de uma privação de liberdade da criança acompanhada de seus progenitores, dado o efeito prejudicial para seu desenvolvimento emocional e seu bem-estar físico. Ao contrário, quando o interesse superior da criança exige a manutenção da unidade familiar, o imperativo de não privação de liberdade se estende a seus progenitores e obriga as autoridades a optar por medidas alternativas à detenção para a família e que, por sua vez, sejam adequadas às necessidades das crianças.<sup>295</sup> Evidentemente, isso implica em um dever estatal correlativo de elaborar, adotar e implementar soluções alternativas aos centros de detenção em regime fechado a fim de preservar e manter o vínculo familiar visando à proteção da família, sem impor um sacrifício desmesurado aos direitos da criança através da privação de liberdade para toda ou parte da família.<sup>296</sup>

159. Em conclusão e a juízo da Corte, a privação de liberdade no âmbito da justiça penal juvenil -isto é, quando se relaciona com o cometimento de uma conduta tipificada como delito- apenas excepcionalmente poderá ser justificada nos casos previstos na lei e sempre que se aplique como uma medida de último recurso e pelo tempo mais breve possível.

160. Por outro lado e também a critério da Corte, os Estados não podem recorrer à privação de liberdade de crianças que se encontram com seus progenitores, assim como daqueles que se encontram desacompanhados ou separados de seus progenitores, para garantir os fins de um processo migratório, nem tampouco podem fundamentar essa medida no descumprimento dos requisitos para ingressar e permanecer em um país, no fato de que a criança se encontre sozinha ou separada de sua família, ou na finalidade de assegurar a unidade familiar, uma vez que podem e devem dispor de alternativas menos lesivas e, ao mesmo tempo, proteger de forma prioritária e integral os direitos da criança.

## X

### **CARACTERÍSTICAS DAS MEDIDAS PRIORITÁRIAS DE PROTEÇÃO INTEGRAL DOS DIREITOS DE CRIANÇAS MIGRANTES E GARANTIAS PARA SUA APLICAÇÃO**

161. A Corte Interamericana foi consultada sobre as características que as medidas alternativas adequadas de proteção dos direitos das crianças migrantes deveriam incorporar para constituir uma resposta estatal prioritária a fim de evitar qualquer tipo de restrição à liberdade de ir e vir e a respeito das garantias do devido processo que deveriam ser aplicadas ao procedimento no qual se adote uma decisão a respeito, à luz dos artigos 2,<sup>297</sup> 7,<sup>298</sup> 19,<sup>299</sup>

<sup>295</sup> Cf. Relatório do Relator Especial sobre os Direitos Humanos dos Migrantes, François Crépeau, *Promoção e Proteção de todos os Direitos Humanos, Civis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, incluindo o Direito ao Desenvolvimento*, UN Doc. A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012, par. 40. Ver, também, Comitê dos Direitos da Criança, *Report of the 2012 Day of General Discussion: the rights of all children in the context of international migration [Relatório do Dia do Debate Geral de 2012: os direitos de todas as crianças no contexto da migração internacional]*, 28 de setembro de 2012, recomendação no par. 78: “[a]s crianças não devem ser criminalizadas ou sujeitas a medidas punitivas por causa de sua situação migratória ou a de seus pais. A detenção de um criança devido a seu status migratório ou o de seus pais constitui uma violação dos direitos da criança e sempre contravém o princípio do interesse superior da criança. Nesse sentido, os Estados deveriam cessar de forma rápida e completa a detenção das crianças com base em seu status migratório” (tradução da Secretaria da Corte).

<sup>296</sup> Cf. Relatório do Relator Especial sobre os Direitos Humanos dos Migrantes, Jorge Bustamante, *Promoção e Proteção de todos os Direitos Humanos, Civis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, incluindo o Direito ao Desenvolvimento*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de maio de 2009, par. 62; Relatório do Relator Especial sobre os Direitos Humanos dos Migrantes, Jorge Bustamante, UN Doc. A/65/222, 3 de agosto de 2010, par. 48, e TEDH, *Caso Popov Vs. França*, Nos. 39472/07 e 39474/07, Sentença de 19 de janeiro de 2013, pars. 140, 141 e 147. Ver, também, Relatório do Relator Especial sobre os Direitos Humanos dos Migrantes, Jorge Bustamante, *Adição: Missão aos Estados Unidos da América*, UN Doc. A/HRC/7/12/Add.2, 5 de março de 2008, par. 125.

<sup>297</sup> Artigo 2. Dever de Adotar Disposições de Direito Interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas

25<sup>300</sup> e 29<sup>301</sup> da Convenção Americana e do artigo XXV<sup>302</sup> da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

---

normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

298 Artigo 7. Direito à Liberdade Pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
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.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.
5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.
6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.
7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

299 Artigo 19. Direitos da Criança

Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

300 Artigo 25. Proteção Judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.
2. Os Estados Partes comprometem-se:
  - a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
  - b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
  - c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

301 Artigo 29. Normas de Interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

- a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
- b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
- c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e
- d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

302 Artigo XXV. Direito de proteção contra prisão arbitrária

Ninguém pode ser privado da sua liberdade, a não ser nos casos previstos pelas leis e segundo as praxes estabelecidas pelas leis já existentes.

Ninguém pode ser preso por deixar de cumprir obrigações de natureza claramente civil.

162. Primeiramente, a Corte interpreta que, conforme as normas internacionais pertinentes, na própria ontologia do conceito de medida alternativa à detenção se encontra a primeira característica, isto é, tais medidas devem ser concebidas justamente por oposição ao que se entende como uma medida privativa de liberdade e implica em um nível menor de lesividade aos direitos da pessoa, como, por exemplo, a apresentação periódica às autoridades ou a permanência em centros de alojamento abertos ou em um lugar designado.<sup>303</sup>

163. Entretanto, tendo estabelecido anteriormente o alcance do direito à liberdade pessoal (artigos 7 da Convenção e XXV da Declaração) a respeito das crianças migrantes por motivo apenas do descumprimento da legislação migratória, ao interpretar que isso significa um princípio geral de não privação de liberdade (Capítulo IX *supra*), a Corte reafirma que a liberdade é a regra enquanto se resolve a situação migratória ou se procede à repatriação voluntária e segura, e as medidas a serem ordenadas não deveriam ser concebidas em si mesmas como alternativas à detenção, mas como medidas de aplicação prioritária que devem ter como principal objetivo a proteção integral de direitos, de acordo com uma avaliação individualizada e atendendo ao interesse superior.

164. A esse respeito, o preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece que esta requer "cuidados especiais", e os artigos 19 da Convenção Americana e VII da Declaração indicam, respectivamente, que deve receber "medidas especiais de proteção" e "proteção, cuidados e ajuda especiais". Estas medidas de proteção devem, portanto, a juízo da Corte, ser definidas na lógica da proteção integral, isto é, devem visar o pleno desfrute de todos os direitos reconhecidos na Convenção sobre os Direitos da Criança e em outros instrumentos aplicáveis,<sup>304</sup> em especial o direito à saúde, a uma alimentação adequada, à educação,<sup>305</sup> assim como ao lazer e às atividades recreativas próprias de sua idade. Em particular, a Corte considera que devem estar inspiradas na promoção do bem-estar e em assegurar o desenvolvimento da criança através de três eixos principais: (i) a satisfação das necessidades materiais, físicas e educativas básicas, (ii) o cuidado emocional e (iii) a segurança como proteção efetiva contra qualquer tipo de abuso, exploração ou forma de violência.<sup>306</sup>

165. Nesse sentido, adquire uma relevância central a obrigação estatal de determinar um conjunto de medidas que busquem os fins indicados, a qual se orienta em duas direções: por um lado, impõe no âmbito de competência do órgão legislativo o dever de estabelecer, através da expedição de normas, um leque de medidas que cumpram as diretrizes descritas e, por outro, sujeita o juiz ou o funcionário competente a aplicar estas medidas no âmbito de sua esfera de atuação, de acordo com o interesse superior.

---

Todo indivíduo, que tenha sido privado da sua liberdade, tem o direito de que o juiz verifique sem demora a legalidade da medida, e de que o julgue sem protelação injustificada, ou, no caso contrário, de ser posto em liberdade. Tem também direito a um tratamento humano durante o tempo em que o privarem da sua liberdade.

<sup>303</sup> Cf. Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, Relatório do Grupo, *Promoção e Proteção de todos os Direitos Humanos, Civis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, incluindo o Direito ao Desenvolvimento*, UN Doc. A/HRC/13/30, 18 de janeiro de 2010, pars. 61 e 65.

<sup>304</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, *supra*, pars. 26 e 88.

<sup>305</sup> Sobre o particular, a Corte tem argumentado que "em conformidade com o dever de proteção especial das crianças consagrado no artigo 19 da Convenção Americana, interpretado à luz da Convenção dos Direitos da Criança e do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em relação ao dever de desenvolvimento progressivo contido no artigo 26 da Convenção, o Estado deve prover educação primária gratuita a todos os menores, em um ambiente e em condições propícias para seu pleno desenvolvimento intelectual". *Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*, *supra*, par. 185.

<sup>306</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 14: O direito da criança a que seu interesse superior seja uma consideração primordial (artigo 3, parágrafo 1)*, *supra*, pars. 71 a 74.

166. Entretanto, sem prejuízo de que corresponde a cada Estado a decisão sobre o arcabouço legislativo e institucional para a aplicação das referidas medidas, o Direito Internacional dos Direitos Humanos estabelece uma aproximação com o tema considerando que seu objetivo principal é a atenção e cuidado que se requer por sua qualidade particular de crianças. Por esse motivo, a Corte considera, portanto, que neste âmbito, a aplicação do sistema de proteção da infância com seus serviços associados deveria prevalecer sobre as instituições que exercem o controle migratório.<sup>307</sup>

167. No que se refere às crianças desacompanhadas ou separadas, o Direito Internacional impõe ao Estado obrigações específicas para atender a essa situação particular.<sup>308</sup> Ainda quando não exista normativa específica para a proteção de crianças em situação de irregularidade migratória, as diretrizes sobre modalidades alternativas de cuidado com as crianças<sup>309</sup> contêm pautas a respeito do acolhimento de crianças que se encontram no exterior, "seja qual for o motivo"<sup>310</sup> e, em particular, das crianças desacompanhadas ou separadas. Dado que os Estados devem garantir que a crianças tenham um lugar adequado onde se alojar, é pertinente ter em conta as referidas diretrizes em relação às modalidades de acolhida. Nesse sentido, devem ser priorizadas soluções baseadas na família ou na comunidade antes da institucionalização.<sup>311</sup> Os Estados se encontram, ademais, obrigados a adotar as medidas necessárias voltadas à determinação da identidade e composição familiar da criança nessa situação (par. 84 *supra*); localizar sua família e buscar sua reunificação familiar,<sup>312</sup> tendo em conta sua opinião e interesse superior,<sup>313</sup> e zelar pela repatriação voluntária e segura a seu país de origem. Caso essa última obrigação não seja possível, outras soluções duradouras deveriam ser levadas em conta.<sup>314</sup>

168. Em relação às crianças pertencentes a comunidades indígenas, a Corte indicou que "para o desenvolvimento pleno e harmonioso de sua personalidade, as crianças indígenas, de acordo com sua cosmovisão, preferivelmente requerem se formar e crescer dentro de seu ambiente natural e cultural, já que possuem uma identidade distinta que os vincula com sua terra, cultura, religião, e idioma"<sup>315</sup>. Deste modo, quando se deslocaram voluntária ou forçadamente para fora de seu território e comunidade, as medidas de proteção devem ser adotadas e implementadas tendo em consideração o seu contexto cultural.<sup>316</sup>

<sup>307</sup> Ver Comitê dos Direitos da Criança, *Report of the 2012 Day of General Discussion: the rights of all children in the context of international migration [Relatório do Dia do Debate Geral de 2012: os direitos de todas as crianças no contexto da migração internacional]*, 28 de setembro de 2012, par. 57.

<sup>308</sup> Ver o artigo 20 da Convenção sobre os Direitos da Criança. Cf., Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem, supra*.

<sup>309</sup> Cf. *Declaração sobre os princípios sociais e jurídicos relativos à proteção e ao bem-estar das crianças, com particular referência à adoção e à colocação em lares de guarda, nos planos nacional e internacional*, UN Doc. A/RES/41/85, adotada em 3 de dezembro de 1986, e *Diretrizes sobre as modalidades alternativas de cuidado das crianças*, UN Doc. A/RES/64/142, adotadas em 18 de dezembro de 2009.

<sup>310</sup> *Diretrizes sobre as modalidades alternativas de cuidado das crianças*, par. 139.

<sup>311</sup> Cf. Comitê Internacional da Cruz Vermelha e outros, *Princípios Interagenciais Orientadores sobre Crianças Desacompanhadas e Separadas*, janeiro de 2004, pág. 26.

<sup>312</sup> Cf. TEDH, *Caso de Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga Vs. Bélgica*, Nº 13178/03. Sentença de 12 de outubro de 2006, par. 85.

<sup>313</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem, supra*, par. 80.

<sup>314</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem, supra*, pars. 89 a 92.

<sup>315</sup> *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de maio de 2010. Série C Nº 212, par. 169.

<sup>316</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 11: As crianças indígenas e seus direitos ao abrigo da Convenção*, UN Doc. CRC/GC/2009/11, 11 de fevereiro de 2009.

169. Especificamente, a Corte considera que o referido conjunto de medidas a serem aplicadas a crianças por motivo de irregularidade migratória deve estar contemplado no ordenamento interno de cada Estado. De forma similar, deve-se regulamentar a forma procedimental da aplicação, buscando que se respeitem as seguintes garantias mínimas: contar com uma autoridade administrativa ou judicial competente; levar em consideração as opiniões das crianças sobre sua preferência;<sup>317</sup> velar para que o interesse superior da criança seja uma consideração primordial ao tomar a decisão;<sup>318</sup> e garantir o direito à revisão da decisão caso se considere que não é a medida adequada, a menos lesiva ou que está sendo utilizada de forma punitiva.<sup>319</sup>

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

## XI CONDIÇÕES BÁSICAS DOS ESPAÇOS DE ALOJAMENTO DE CRIANÇAS MIGRANTES E AS OBRIGAÇÕES ESTATAIS CORRESPONDENTES À CUSTÓDIA POR RAZÕES MIGRATÓRIAS

171. A Corte Interamericana foi consultada sobre as condições básicas que os espaços de alojamento de crianças migrantes deveriam satisfazer, bem como sobre as obrigações estatais principais com relação às crianças que se encontrem sob sua custódia por razões migratórias, à luz dos artigos 1,<sup>320</sup> 2,<sup>321</sup> 4.1,<sup>322</sup> 5,<sup>323</sup> 7,<sup>324</sup> 17<sup>325</sup> e 19<sup>326</sup> da Convenção Americana e dos artigos I<sup>327</sup> e XXV<sup>328</sup> da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

<sup>317</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 14: O direito da criança a que seu interesse superior seja uma consideração primordial (artigo 3, parágrafo 1), supra*, par. 89.

<sup>318</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 14: O direito da criança a que seu interesse superior seja uma consideração primordial (artigo 3, parágrafo 1), supra*.

<sup>319</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 14: O direito da criança a que seu interesse superior seja uma consideração primordial (artigo 3, parágrafo 1), supra*, par. 98.

<sup>320</sup> Artigo 1. Obrigação de Respeitar os Direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

<sup>321</sup> Artigo 2. Dever de Adotar Disposições de Direito Interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

<sup>322</sup> Artigo 4. Direito à Vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. [...]

<sup>323</sup> Artigo 5. Direito à Integridade Pessoal

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.
3. A pena não pode passar da pessoa do delinqüente.
4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.
5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.
6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

324

#### Artigo 7. Direito à Liberdade Pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
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.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.
5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.
6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.
7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

325

#### Artigo 17. Proteção da Família

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.
2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção.
3. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos contraentes.
4. Os Estados Partes devem tomar medidas apropriadas no sentido de assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o casamento e em caso de dissolução do mesmo. Em caso de dissolução, serão adotadas disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos.
5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento.

326

#### Artigo 19. Direitos da Criança

Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

327

#### Artigo I. Direito à vida, à liberdade, à segurança e integridade da pessoa

Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa.

328

#### Artigo XXV. Direito de proteção contra prisão arbitrária

Ninguém pode ser privado da sua liberdade, a não ser nos casos previstos pelas leis e segundo as praxes estabelecidas pelas leis já existentes.

Ninguém pode ser preso por deixar de cumprir obrigações de natureza claramente civil.

172. A Corte considera necessário reiterar, em primeiro lugar, a posição especial de garante que o Estado assume com respeito às pessoas que se encontram sob sua custódia ou cuidado, às quais deve fornecer, como obrigação positiva, as condições necessárias para desenvolver uma vida digna e receber um tratamento humano em conformidade com sua dignidade pessoal,<sup>329</sup> de acordo com os artigos 4.1 e 5 da Convenção e I e XXV da Declaração, o que se aplica de forma peculiar ou preferencial às crianças migrantes, que requerem medidas de proteção especial de acordo com os artigos 19 da Convenção e VII da Declaração (par. 66 *supra*).

173. De acordo com os critérios desenvolvidos anteriormente (Capítulos IX e X *supra*), em cumprimento de seus compromissos internacionais, os Estados devem priorizar as medidas que visem o cuidado da criança com miras à sua proteção integral, quando esteja envolvida em procedimentos migratórios. Em determinadas circunstâncias, como por exemplo quando a criança se encontra junto de sua família e se comprova uma necessidade excepcional, inescapável ou imperativa de proteger de forma preferencial os fins do processo migratório e não há outra opção menos lesiva que a institucionalização em um centro onde se permita a convivência entre as crianças e seu grupo familiar, ou quando a criança se encontre desacompanhada ou separada de sua família e não existir a possibilidade de outorgar uma medida baseada em um entorno familiar ou comunitário de tal forma que seja necessário acolhê-la em um centro, é possível que os Estados recorram a medidas tais como o alojamento ou albergamento da criança, seja por um período breve ou durante o tempo que for necessário para resolver a situação migratória. Nesse sentido, a Corte recorda que já se pronunciou sobre a necessidade de separação das pessoas migrantes sob custódia das pessoas acusadas ou condenadas por delitos penais, ao estabelecer que os centros para alojar as pessoas migrantes devem estar destinados especificamente para esse fim.<sup>330</sup>

174. Os centros de acolhida podem ser estabelecimentos estatais ou privados. Entretanto, a delegação à iniciativa privada de fornecer estes serviços, exige, como elemento fundamental e de acordo, em especial, com o previsto no artigo 1.1 da Convenção, a obrigação do Estado de fiscalizar estes centros para garantir uma efetiva proteção dos direitos humanos das pessoas sob sua jurisdição e para que os serviços públicos sejam prestados à coletividade sem nenhum tipo de discriminação e da forma mais efetiva possível.<sup>331</sup> No mesmo sentido, a Corte considera que os Estados têm a obrigação de adotar as medidas necessárias para regulamentar e fiscalizar que os espaços de alojamento cumpram os critérios técnicos para sua acreditação e habilitação em consonância com as necessidades diferenciadas das crianças migrantes e que, em consequência, o sistema estatal preveja um método de supervisão destes espaços de alojamento.<sup>332</sup>

175. Nesse contexto, a Corte abordará as seguintes obrigações estatais sobre condições básicas e desenvolverá seu alcance: (i) princípio de separação e direito à unidade familiar, (ii) centros de alojamento abertos, e (iii) condições materiais e um regime adequado que assegure a proteção integral de direitos.

---

Todo indivíduo, que tenha sido privado da sua liberdade, tem o direito de que o juiz verifique sem demora a legalidade da medida, e de que o julgue sem protelação injustificada, ou, no caso contrário, de ser posto em liberdade. Tem também direito a um tratamento humano durante o tempo em que o privarem da sua liberdade.

<sup>329</sup> Cf. *Caso Bulacio Vs. Argentina. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 18 de setembro de 2003. Série C Nº 100, pars. 126 e 138; *Caso "Instituto de Reeducação do Menor" Vs. Paraguai, supra*, par. 151, e *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C Nº 149, par. 138.

<sup>330</sup> Cf. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, par. 208.

<sup>331</sup> Cf., *mutatis mutandi*, *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil, supra*, par. 96.

<sup>332</sup> Cf. *Diretrizes sobre as modalidades alternativas de cuidado das crianças*, pars. 127 a 129.

*Princípio de separação e direito à unidade familiar*

176. A Corte já afirmou, com base nos artigos 5.5 da Convenção Americana e 37.c) da Convenção sobre os Direitos da Criança, que as crianças devem ser separadas dos adultos e que mantê-los em um mesmo espaço cria circunstâncias que "são altamente prejudiciais para seu desenvolvimento e os torna vulneráveis em relação a terceiros que, por sua qualidade de adultos, podem abusar de sua superioridade".<sup>333</sup>

177. Além disso, o Comitê dos Direitos da Criança se referiu à aplicabilidade desse princípio em casos de crianças migrantes, indicando que deve ser estabelecido "o necessário para que o alojamento seja adequado para os menores e esteja separado daquele dos adultos, a menos que o contrário se considere conveniente de acordo com o interesse superior da criança".<sup>334</sup> Nesse sentido, a Corte considera que, para avaliar a necessidade da separação em relação aos adultos, é necessário conhecer se se trata de crianças desacompanhadas ou separadas, ou ainda que se encontram junto com sua família, e avaliar a decisão à luz do interesse superior da criança. No caso de crianças desacompanhadas ou separadas, a Corte compartilha do critério do Comitê dos Direitos da Criança no sentido de que, nestes casos, as crianças requerem um cuidado especial por parte das pessoas encarregadas pelo centro e, em nenhum sentido, devem ser alojados junto com adultos.<sup>335</sup> Quanto ao caso de crianças que se encontram com seus familiares, de acordo com os artigos 17 da Convenção e VI da Declaração que estabelecem o direito à proteção da família, a regra deve ser que permaneçam com seus pais ou quem faça suas vezes, evitando, na medida do possível, a desintegração de núcleos familiares<sup>336</sup> nos termos expostos anteriormente (pars. 158 e 160 *supra*), exceto se o interesse superior da criança determinar o contrário.

178. Em suma, ao tratar-se de migrantes menores de idade, o princípio de separação adquire, segundo o Direito Internacional dos Direitos Humanos, duas dimensões: (i) no caso de crianças desacompanhadas ou separadas, devem alojar-se em locais distintos aos dos adultos e (ii) no caso de crianças acompanhadas, devem ser alojadas com seus familiares, exceto se a separação for mais conveniente, em aplicação do princípio do interesse superior da criança.

179. Como questão adicional, a Corte considera que, em aplicação das normas internacionais pertinentes, deve-se tomar em consideração a idade das crianças para sua atenção e cuidado no centro de alojamento, já que é usualmente um indicativo de maturidade que chega a determinar o comportamento comum de grupos de crianças, ainda que cada caso deva ser individualizado, em especial em consideração a suas necessidades. Consequentemente, a Corte é de opinião que é uma obrigação internacional do Estado correspondente estabelecer e garantir que o espaço de alojamento de crianças desacompanhadas ou separadas esteja dividido segundo as necessidades específicas de grupos etários e diferenciados dos centros para famílias, e assim adequar os recursos humanos e materiais de forma correspondente.

*Centros de alojamento abertos*

180. A Corte entende que se deduz do ordenamento jurídico internacional na matéria e em atenção ao estabelecido previamente quanto ao alcance dos artigos 7 da Convenção e XXV da Declaração Americana, que qualquer medida de alojamento deve permitir a saída do

<sup>333</sup> Caso "Instituto de Reeducação do Menor" Vs. Paraguai, *supra*, par. 175.

<sup>334</sup> Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, *supra*, par. 63.

<sup>335</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, *supra*, par. 63.

<sup>336</sup> Cf. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 209.

estabelecimento onde a criança se encontre, isto é, deve ser desenvolvido em um ambiente não privativo de liberdade. Em igual sentido, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos tem argumentado que os centros fechados não são adequados para a extrema vulnerabilidade de uma criança migrante desacompanhada, *inter alia*, devido a que as instalações não respondem a suas necessidades especiais.<sup>337</sup> Nesse sentido, a Corte considera que as medidas devem representar e oferecer uma opção material e qualitativamente distinta à privação de liberdade em centros fechados, priorizando um tratamento que se adeque às necessidades de proteção integral.

*Condições materiais e um regime adequado que assegure a proteção integral de direitos*

181. Com respeito às condições mínimas obrigatórias que o Estado deve procurar para as pessoas sob sua custódia, de acordo com as normas citadas, encontra-se a referida a que o alojamento de crianças deve permitir seu desenvolvimento holístico, em função do princípio de interesse superior e proteção integral da criança. Assim, é fundamental que os espaços de alojamento de crianças migrantes, não obstante o fato de se encontrarem junto à sua família ou desacompanhados ou separados, assegurem condições materiais e um regime adequado para as crianças, resguardando em todo momento a proteção de seus direitos.<sup>338</sup> Nesse sentido, é relevante ter em conta, em cada caso, a diversidade das crianças quanto à sua origem étnica, cultural, linguística e religiosa.<sup>339</sup>

182. Igualmente, a Corte deduz das normas internacionais que estes centros devem garantir o alojamento, a manutenção, o atendimento médico, a assessoria jurídica, o apoio educativo e a atenção integral às crianças. Também devem dispor de uma série de serviços de atenção especializada em razão das necessidades particulares de cada criança, atendendo, por exemplo, as crianças com deficiência,<sup>340</sup> as crianças que vivem com HIV/AIDS,<sup>341</sup> as crianças lactantes, as crianças na primeira infância,<sup>342</sup> as crianças vítimas de tráfico, entre outros. Outrossim, devem assegurar que não seja um cenário no qual as crianças possam ser objeto de violência, exploração ou abuso.

183. A Corte considera que, para que um espaço de alojamento cumpra as condições para o exercício dos direitos estabelecidos na Convenção sobre os Direitos da Criança, deve contar com uma infraestrutura física que permita o desenvolvimento mencionado. Algumas dessas condições são as seguintes: garantir que as crianças tenham certo nível de privacidade para que sua intimidade seja respeitada; o espaço de alojamento deve prover um lugar onde guardar suas coisas de forma segura; deve assegurar-se a alimentação completa e nutritiva durante o tempo de estadia; deve ser fornecido acesso a serviços de saúde, seja física e/ou

<sup>337</sup> Cf. TEDH, *Caso de Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga Vs. Bélgica*, Nº 13178/03. Sentença de 12 de outubro de 2006, par. 103.

<sup>338</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, *supra*, par. 12, e Relatório do Relator Especial sobre os Direitos Humanos dos Migrantes, Jorge Bustamante, *Promoção e Proteção de todos os Direitos Humanos, Cívicos, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, incluindo o Direito ao Desenvolvimento*, UN Doc. A/HRC/14/30, 16 de abril de 2010, pars. 56 e 57.

<sup>339</sup> Cf. *Diretrizes sobre as modalidades alternativas de cuidado das crianças*, par. 141, e Relatório do Relator Especial sobre os Direitos Humanos dos Migrantes, Jorge Bustamante, *Promoção e Proteção de todos os Direitos Humanos, Cívicos, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, incluindo o Direito ao Desenvolvimento*, UN Doc. A/HRC/14/30, 16 de abril de 2010, par. 61.

<sup>340</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 9: Os Direitos das Crianças com Deficiência*, UN Doc. CRC/C/GC/9, 27 de fevereiro de 2007.

<sup>341</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 3: A HIV/AIDS e os Direitos da Criança*, UN Doc. CRC/GC/2003/3, 17 de março de 2003.

<sup>342</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 7: Realização dos Direitos da Criança na primeira infância*, UN Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 de setembro de 2006.

psicossocial; deve ser fornecido acesso contínuo à educação fora do estabelecimento; deve existir um local para o lazer e recreação, e as crianças que queiram participar de atividades culturais, sociais e religiosas, devem contar com um tutor que os acompanhe.

184. Quanto ao pessoal do centro, deverá ser especializado e receber formação em psicologia infantil, proteção da infância e direitos humanos das crianças.<sup>343</sup>

## **XII GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO DIANTE DE MEDIDAS QUE IMPLIQUEM EM RESTRICÇÕES OU PRIVAÇÕES À LIBERDADE PESSOAL DE CRIANÇAS POR RAZÕES MIGRATÓRIAS**

185. A Corte Interamericana foi consultada sobre as garantias do devido processo que deveriam reger os processos migratórios que envolvem as crianças, quando nestes processos sejam aplicadas medidas que restrinjam sua liberdade pessoal, tudo isso à luz dos artigos 1,<sup>344</sup> 2,<sup>345</sup> 7,<sup>346</sup> 8,<sup>347</sup> 19<sup>348</sup> e 25<sup>349</sup> da Convenção Americana e do artigo XXV<sup>350</sup> da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

<sup>343</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem, supra*, par. 96.

<sup>344</sup> Artigo 1. Obrigação de Respeitar os Direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

<sup>345</sup> Artigo 2. Dever de Adotar Disposições de Direito Interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

<sup>346</sup> Artigo 7. Direito à Liberdade Pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

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.

3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

<sup>347</sup> Artigo 8. Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

186. Tomando como ponto de partida o alcance dado ao direito à liberdade pessoal no sentido de que rege um princípio geral de não privação de liberdade de crianças migrantes por motivo apenas do descumprimento da legislação migratória (Capítulo IX *supra*), a Corte especificará e individualizará no presente capítulo uma série de garantias relevantes que se tornam operativas diante de situações de restrição de liberdade pessoal –entre outras, interferências severas à liberdade de ir e vir, retenções, apreensões, prisões ou detenções breves- que podem constituir ou eventualmente derivar, pelas circunstâncias do caso concreto,

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do júízo ou tribunal;
- b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e
- h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

#### 348 Artigo 19. Direitos da Criança

Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

#### 349 Artigo 25. Proteção Judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

- a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
- b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
- c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se ten considerou procedente o recurso.

#### 350 Artigo XXV. Direito de proteção contra prisão arbitrária

Ninguém pode ser privado da sua liberdade, a não ser nos casos previstos pelas leis e segundo as praxes estabelecidas pelas leis já existentes.

Ninguém pode ser preso por deixar de cumprir obrigações de natureza claramente civil.

Todo indivíduo, que tenha sido privado da sua liberdade, tem o direito de que o juiz verifique sem demora a legalidade da medida, e de que o julgue sem protelação injustificada, ou, no caso contrário, de ser posto em liberdade. Tem também direito a um tratamento humano durante o tempo em que o privarem da sua liberdade.

em uma medida que materialmente corresponde a uma privação de liberdade no entendimento de que tais situações poderiam ocorrer na prática.

187. A fim de abordar a presente temática, é essencial primeiramente definir o conceito de “restrição da liberdade pessoal”. Para este efeito, a Corte entende que restrição da liberdade pessoal é toda medida que implique em uma afetação deste direito, seja através da privação total por meio da reclusão em um lugar fechado ou qualquer outra restrição menor que, por sua forma, duração, efeitos e maneira de implementação, supõe uma ingerência no direito de todo cidadão à liberdade pessoal<sup>351</sup> (pars. 145 e 146 *supra*). A diferença entre a privação da liberdade e a restrição da liberdade residirá no grau de intensidade da medida.<sup>352</sup> Nesse sentido, sob determinadas circunstâncias, uma “demora”, mesmo com fins meramente de identificação da pessoa, pode constituir uma privação da liberdade física.<sup>353</sup>

188. Como foi indicado, as garantias do devido processo constituem um conjunto de requisitos substantivos e processuais que devem ser observados nas instâncias processuais para que as pessoas estejam em condições de defender adequadamente seus direitos diante de qualquer tipo de ato do Estado que possa afetá-los.<sup>354</sup> No que diz respeito às garantias aplicáveis às situações de restrição da liberdade, os artigos 7 da Convenção e XXV da Declaração adquirem uma centralidade manifesta. Estas disposições, cada uma de acordo com seus próprios alcances, procuram reconhecer a condição de vulnerabilidade da pessoa gerada por uma situação de privação de liberdade, proteger contra toda interferência ilegal ou arbitrária da liberdade física,<sup>355</sup> outorgar garantias que representam limites ao exercício da autoridade por parte de agentes do Estado a fim de prevenir detenções que possam ser consideradas ilegais ou arbitrárias e dotar a pessoa de mecanismos de controle frente a elas. Em particular, contêm os mandatos normativos que proíbem a detenção ilegal<sup>356</sup> e a arbitrária<sup>357</sup> e estabelecem, entre outros, os seguintes direitos e garantias processuais a favor da pessoa retida ou detida: ser informada das razões da detenção; ser levado, sem demora,

<sup>351</sup> Cf. TEDH, *Caso Guzzardi Vs. Itália*, Nº 7367/76. Sentença de 6 de novembro de 1980, pars. 92 e 93; *Caso Nielsen Vs. Dinamarca*, Nº 10929/84. Sentença de 28 de novembro de 1988, par. 67, e *Caso Medvedyev e outros Vs. França* [GS], Nº 3394/03. Sentença de 29 de março de 2010, par. 73. Ver, também, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Diretrizes do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) sobre os critérios e padrões aplicáveis à detenção de solicitantes de asilo e as alternativas à detenção*, publicadas em 2012.

<sup>352</sup> Cf. TEDH, *Caso Engel e outros Vs. Países Baixos*, Nºs 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, e 5370/72. Sentença de 8 de junho de 1976, pars. 58 e 59; *Caso Guzzardi Vs. Itália*, Nº 7367/76. Sentença de 6 de novembro de 1980, par. 93; *Caso Amuur Vs. França*, Nº 19776/92. Sentença de 25 de junho de 1996, par. 42, e *Caso Medvedyev e outros Vs. França*, Nº 3394/03. Sentença de 29 de março de 2010, par. 73.

<sup>353</sup> Cf. *Caso Torres Millacura e outros Vs. Argentina. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de agosto de 2011. Série C Nº 229, par. 76.

<sup>354</sup> Cf. *Garantias Judiciais em Estados de Emergência* (artigos 27.2, 25 e 8 Convenção Americana sobre Direitos Humanos), *supra*, par. 27, e *Caso Yatama Vs. Nicarágua*, *supra*, par. 147.

<sup>355</sup> Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador*, *supra*, par. 53, e *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C Nº 220, par. 80.

<sup>356</sup> Isso implica que “ninguém pode ser privado da liberdade a não ser pelas causas, casos ou circunstâncias expressamente tipificadas na lei (aspecto material), e, além disso, com estrita sujeição aos procedimentos objetivamente definidos pela mesma (aspecto formal)”. *Caso Gangaram Panday Vs. Suriname. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de janeiro de 1994. Série C Nº 16, par. 47.

<sup>357</sup> Proíbe-se, em consequência, a detenção ou encarceramento por métodos que podem ser legais, mas que, na prática, são irrazoáveis, imprevisíveis ou carentes de proporcionalidade. Além disso, a detenção poderá se tornar arbitrária se em seu curso forem produzidos fatos atribuíveis ao Estado que sejam incompatíveis com o respeito aos direitos humanos do detido. Cf. *Caso Gangaram Panday Vs. Suriname*, *supra*, par. 47, e *Caso López Álvarez Vs. Honduras. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1 de fevereiro de 2006. Série C Nº 141, par. 66. O Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária afirmou também que quando a ausência de garantias ou sua violação, elusão ou não aplicação são muito graves, pode chegar à conclusão de que a detenção tem um caráter arbitrário. Cf. Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, Relatório do Grupo, *Os direitos civis e políticos, em particular as questões relacionadas à tortura e à detenção*, UN Doc. E/CN.4/1999/63, 18 de dezembro de 1998, par. 70.

perante um juiz ou outro funcionário autorizado pela lei para exercer funções judiciais; ser julgado em um prazo razoável ou ser posto em liberdade, e a possibilidade de recorrer perante um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e, se forem ilegais, ordene sua liberdade.

189. Ao anterior e em virtude dos artigos 19 da Convenção Americana e VII da Declaração, cabe somar garantias especiais que beneficiam as crianças devido ao impacto maior que lhes provoca serem submetidas a uma medida privativa de liberdade. Em particular, o artigo 37.d) da Convenção sobre os Direitos da Criança dispõe que “[t]oda criança privada de sua liberdade tenha direito a rápido acesso a assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial e a uma rápida decisão a respeito de tal ação”.

190. As crianças, especialmente quando são estrangeiros detidos em um meio social e jurídico diferente dos seus e muitas vezes com um idioma que desconhecem, experimentam uma condição de extrema vulnerabilidade.<sup>358</sup> Esta presença de condições de desigualdade real obriga a adotar medidas de compensação que contribuam a reduzir ou eliminar os obstáculos e deficiências que impeçam ou reduzam a defesa eficaz dos próprios interesses.<sup>359</sup> Assim serão atendidos o princípio de igualdade perante a lei e os tribunais e a correlativa proibição de discriminação.<sup>360</sup> Em consequência, a Corte se referirá aos seguintes aspectos: (i) legalidade da privação da liberdade; (ii) proibição de detenções ou encarceramentos arbitrários; (iii) direito a ser informado dos motivos da prisão ou detenção em um idioma que compreenda; (iv) direito a ser levado, sem demora, perante um juiz ou outro funcionário competente; (v) direito a notificar um familiar, tutor ou representante legal e a comunicar-se com o exterior e, em particular, com os organismos internacionais especializados; (vi) direito à informação e acesso efetivo à assistência consular; (vii) direito à assistência jurídica através de um representante legal e, no caso de crianças desacompanhadas ou separadas, a que seja designado um tutor; e (viii) direito a recorrer perante um juiz ou tribunal competente, a fim de que possa decidir, sem demora, sobre a legalidade da prisão ou detenção.

#### *Legalidade da privação de liberdade*

191. Com respeito à garantia específica consagrada nos artigos 7.2 da Convenção e XXV da Declaração, a Corte reitera que qualquer restrição ou privação da liberdade deve respeitar o princípio de legalidade e, por conseguinte, ajustar-se às causas e aos procedimentos estabelecidos com antecedência na legislação interna. Assim, este Tribunal estabeleceu previamente que a limitação da liberdade física, seja por um período breve, inclusive aquelas com meros fins de identificação, deve “se ajustar estritamente ao que a Convenção Americana e a legislação interna estabeleçam para tal efeito, sempre e quando esta seja compatível com a Convenção”.<sup>361</sup>

#### *Proibição de detenções ou encarceramentos arbitrários*

192. Quanto à arbitrariedade da detenção a que se referem os artigos 7.3 da Convenção e XXV da Declaração, a Corte considerou que “ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento por causas e métodos que –ainda quando qualificados de legais– possam ser

<sup>358</sup> Cf. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 152.

<sup>359</sup> Cf. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*, *supra*, par. 119; *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, *supra*, par. 121, e *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 152.

<sup>360</sup> Cf. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 152.

<sup>361</sup> *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana*, *supra*, par. 126.

considerados como incompatíveis com o respeito aos direitos fundamentais do indivíduo, por serem, entre outras coisas, irrazoáveis, imprevisíveis, ou desproporcionais”.<sup>362</sup> Portanto, qualquer detenção deve ser levada a cabo não apenas de acordo com as disposições de direito interno, mas, além disso, é necessário que “a lei interna, o procedimento aplicável e os princípios gerais expressos ou tácitos correspondentes sejam, em si mesmos, compatíveis com a Convenção”.<sup>363</sup>

193. No contexto migratório e tendo em conta o artigo 1.1 da Convenção, a Corte atribui especial ênfase ao fato de que as detenções não devem implicar em uma afetação desproporcional de um determinado grupo racial, religioso ou de qualquer outra natureza ou condição social, sem uma justificação razoável e objetiva.<sup>364</sup> Isto é, as legislações, políticas e práticas relativas à privação da liberdade não poderão estabelecer *de jure* ou gerar *de facto* discriminação contra nenhuma nacionalidade em particular e, especificamente, acarretar discriminação contra as pessoas por motivos de raça, cor ou origem nacional, entre outros.<sup>365</sup>

194. Além disso, uma restrição da liberdade por um tempo excessivo poderia redundar em uma privação de liberdade incompatível com as disposições da Convenção ou da Declaração Americana, assim como as privações de liberdade por tempo indefinido.<sup>366</sup>

*Direito a ser informado dos motivos da prisão ou detenção em um idioma que compreenda*

195. Tem sido jurisprudência reiterada desta Corte que a informação dos “motivos e razões” da prisão ou da detenção deve ser feita “quando esta ocorre”, o que “constitui um mecanismo para evitar detenções ilegais ou arbitrárias a partir do momento mesmo da privação de liberdade e, por sua vez, garante o direito de defesa do indivíduo”.<sup>367</sup> De igual forma, o cumprimento do direito de ser informado dos motivos da prisão ou da detenção “permite ao detido impugnar sua legalidade, fazendo uso dos mecanismos legais que todo Estado deve oferecer”.<sup>368</sup>

196. A informação sobre os motivos e razões da prisão ou da detenção necessariamente pressupõe informar, em primeiro lugar, sobre a própria detenção. A pessoa deve ter claro que está sendo presa ou detida.<sup>369</sup> Em segundo lugar, o agente que leva a cabo a prisão ou a detenção deve informar em uma linguagem simples, livre de tecnicismos, os fatos e bases jurídicas essenciais nos quais se baseia a medida.<sup>370</sup> De igual forma, no âmbito migratório, a Corte considera que é relevante que a pessoa seja informada dos procedimentos disponíveis para questionar a restrição ou privação da liberdade, a fim de procurar ser colocado em liberdade.

<sup>362</sup> *Caso Gangaram Panday Vs. Suriname, supra, par. 47, e Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana, supra, par. 133.*

<sup>363</sup> *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador, supra, par. 91, e Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana, supra, par. 133.*

<sup>364</sup> *Cf. Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, Observação Geral Nº 30: Discriminação contra os não cidadãos, UN Doc. A/59/18, 1 de outubro de 2004, pars. 19 e 21.*

<sup>365</sup> *Cf. Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, Observação Geral Nº 30: Discriminação contra os não cidadãos, supra, pars. 19 e 21.*

<sup>366</sup> *Cf. Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra, par. 117. Ver, também, TEDH, Caso Amuur Vs. França, Nº 19776/92. Sentença de 25 de junho de 1996, par. 43.*

<sup>367</sup> *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 7 de junho de 2003. Série C Nº 99, par. 82, e Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador, supra, par. 70.*

<sup>368</sup> *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador, supra, par. 70.*

<sup>369</sup> *Cf. Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador, supra, par. 71.*

<sup>370</sup> *Cf. Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador, supra, par. 71.*

197. A esse respeito, no caso de pessoas estrangeiras, a Corte considera relevante estabelecer que deve ser utilizado um idioma que a pessoa compreenda. Do mesmo modo, ao tratar-se de crianças, deve utilizar-se uma linguagem adequada para seu desenvolvimento e idade. É necessário que a criança tenha à sua disposição toda a informação necessária e que seja comunicada de acordo com sua idade e maturidade, em relação aos seus direitos, serviços dos quais dispõe e procedimentos que pode utilizar. Especialmente, deverá ser informada sobre seu direito a solicitar asilo; seu direito a contar com assistência jurídica; seu direito a ser ouvido; seu direito de acesso à informação sobre a assistência consular e, se for o caso, seu direito a que lhe seja designado um tutor. Somado a isso, os Estados devem garantir que toda criança sujeita a um processo que derive em uma eventual ingerência em seu direito à liberdade pessoal seja assistida por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale o idioma do país receptor.

*Direito a ser levado, sem demora, perante um juiz ou outro funcionário competente*

198. De acordo com o previsto nos artigos 7.5 da Convenção Americana e XXV da Declaração Americana, toda pessoa detida ou retida deve ser levada, sem demora, perante um juiz ou outro funcionário autorizado pela lei para exercer funções judiciais.<sup>371</sup> Esta Corte já interpretou que esta garantia deve ser satisfeita sempre que exista uma retenção ou uma detenção de uma pessoa por causa de sua situação migratória, conforme os princípios de controle judicial e imediação processual.<sup>372</sup> Para que constitua um verdadeiro mecanismo de controle frente a detenções ilegais ou arbitrárias, a revisão judicial deve ser realizada sem demora e de tal forma que garanta o cumprimento da lei e o gozo efetivo dos direitos do detido, tomando em conta sua especial vulnerabilidade.<sup>373</sup> Outrossim, esta Corte já indicou que para satisfazer a garantia estabelecida no artigo 7.5 da Convenção em matéria migratória, a legislação interna deve assegurar que o funcionário autorizado pela lei cumpra as características de imparcialidade e independência que devem reger todo órgão encarregado de determinar direitos e obrigações das pessoas.<sup>374</sup> Isso porque, em relação a esta garantia, corresponde ao funcionário a tarefa de prevenir ou fazer cessar as detenções ilegais ou arbitrárias,<sup>375</sup> é imprescindível que este funcionário goze da faculdade de colocar em liberdade a pessoa se sua detenção for ilegal ou arbitrária.<sup>376</sup>

*Direito a notificar um familiar, tutor ou representante legal e a comunicar-se com o exterior e, em particular, com os organismos internacionais especializados*

<sup>371</sup> A este respeito, é preciso indicar que o Grupo de Trabalho de Nações Unidas sobre Detenção Arbitrária estabeleceu que “[t]odo [...] imigrante preso deverá comparecer o quanto antes perante um juiz ou outra autoridade”. Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, Relatório do Grupo, Anexo II, *Deliberação N° 5: Situação relativa aos imigrantes ou aos solicitantes de asilo*, 1999, UN Doc. E/CN.4/2000/4, Princípio 3. Ver, também, Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, Relatório do Grupo, *Os direitos civis e políticos, em particular as questões relacionadas à tortura e à detenção*, UN Doc. E/CN.4/1999/63, 18 de dezembro de 1998, par. 69, Garantia 3.

<sup>372</sup> Cf. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 107, e *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana*, *supra*, par. 136.

<sup>373</sup> Cf. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 107, e *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana*, *supra*, par. 136.

<sup>374</sup> Cf. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 108, e *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana*, *supra*, par. 137.

<sup>375</sup> Cf. *Caso Bayarri Vs. Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de outubro de 2008. Série C N° 187, par. 67, e *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana*, *supra*, par. 137.

<sup>376</sup> Cf. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 108, e *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana*, *supra*, par. 137.

199. A pessoa presa ou detida tem o direito a notificar uma terceira pessoa de que está sob custódia do Estado.<sup>377</sup> Esta notificação será feita, por exemplo, a um familiar, tutor ou representante legal, conforme corresponda.<sup>378</sup>

200. O direito de estabelecer contato com um familiar, tutor ou representante legal possui especial importância quando se trata de crianças<sup>379</sup> e, em especial, quando estas se encontram desacompanhadas. A notificação sobre o direito a estabelecer contato com um familiar, tutor ou representante legal deve ser feita no momento da prisão ou detenção,<sup>380</sup> mas, no caso de menores de idade, devem ser adotadas, ademais, as providências necessárias para que a notificação seja efetivamente feita,<sup>381</sup> tendo em consideração o interesse superior da criança.

201. Por outro lado, deve-se assegurar que a criança tenha a possibilidade de se comunicar por qualquer meio com o exterior e, em especial, de entrar contato com seus familiares, amigos, representante legal e, se for o caso, seu tutor, bem como receber a visita destas pessoas.<sup>382</sup> A Corte também ressalta que, em casos nos quais resulte procedente, a criança deve ter a possibilidade de contatar organismos internacionais, como o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICR), o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) ou a Organização Internacional para as Migrações (OIM).<sup>383</sup>

#### *Direito à informação e acesso efetivo à assistência consular*

202. Em primeiro lugar, é pertinente afirmar que as crianças gozam do direito à assistência consular reconhecido a toda pessoa estrangeira detida fora de seu país de origem.<sup>384</sup> A Corte já especificou que, desde a ótica dos direitos da pessoa detida, são três os componentes essenciais do direito devido ao indivíduo pelo Estado:<sup>385</sup> (i) o direito a ser notificado de seus

<sup>377</sup> Cfr. *Caso Bulacio Vs. Argentina*, *supra*, par. 130, e *Caso Tibi Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 7 de setembro de 2004. Série C Nº 114, par. 112.

<sup>378</sup> Cfr. *Caso Tibi Vs. Equador*, *supra*, par. 112, e Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, Relatório do Grupo, *Os direitos civis e políticos, em particular as questões relacionadas à tortura e à detenção*, UN Doc. E/CN.4/1999/63, 18 de dezembro de 1998, par. 69, Garantias 6 e 7.

<sup>379</sup> A Corte indicou que “[o] direito de estabelecer contato com um familiar possui especial importância no caso de detenções de menores de idade. Nesta hipótese, a autoridade que realiza a detenção e a responsável pelo lugar onde se encontra o menor, deve imediatamente notificar os familiares, ou em seu defeito, seus representantes para que o menor possa receber oportunamente a assistência da pessoa notificada”. *Caso Bulacio Vs. Argentina*, *supra*, par. 130.

<sup>380</sup> Cf. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*, *supra*, par. 106.

<sup>381</sup> Cfr. *Caso Bulacio Vs. Argentina*, *supra*, par. 130

<sup>382</sup> Cf. Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, Relatório do Grupo, Anexo II, *Deliberação Nº 5: Situação relativa aos imigrantes ou aos solicitantes de asilo*, 1999, UN Doc. E/CN.4/2000/4, Princípio 2, e Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, *supra*, par. 63.

<sup>383</sup> Cf. Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, Relatório do Grupo, Anexo II, *Deliberação Nº 5: Situação relativa aos imigrantes ou aos solicitantes de asilo*, 1999, UN Doc. E/CN.4/2000/4, Princípio 10, e Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, Relatório do Grupo, *os direitos civis e políticos, em particular as questões relacionadas à tortura e à detenção*, UN Doc. E/CN.4/1999/63, 18 de dezembro de 1998, par. 69, Garantia 14.

<sup>384</sup> Ver o artigo 36 da *Convenção de Viena sobre as Relações Consulares*, adotada em 24 de abril de 1963, entrada em vigor em 19 de março de 1967, da qual são parte os 35 Estados Membros da OEA, e o artigo 16.7 da *Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias*, UN Doc. A/RES/45/158, adotada em 18 de dezembro de 1990, entrada em vigor em 1 de julho de 2003. Os seguintes 17 Estados Membros da OEA são parte deste tratado: Argentina, Belize, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, El Salvador, Guatemala, Guayana, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Paraguai, Peru, San Vicente e Granadinas, e Uruguai.

<sup>385</sup> Cf. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 153.

direitos nos termos da Convenção de Viena sobre Relações Consulares<sup>386</sup>; (ii) o direito de acesso efetivo à comunicação com o funcionário consular, e (iii) o direito à própria assistência.

203. A vigência deste direito implica, para a pessoa detida, independente da modalidade, que seja notificada no momento de ser privada da liberdade a respeito de seu direito de estabelecer contato com uma terceira pessoa, tal como o funcionário consular, para informá-lo que se encontra sob custódia do Estado.<sup>387</sup> A possibilidade de comunicar-se com um funcionário consular de seu país, exceção feita no caso das pessoas solicitantes de asilo, refugiados ou outras pessoas beneficiárias de proteção internacional, passa a ser também em uma garantia fundamental de acesso à justiça e permite o exercício efetivo do direito de defesa, pois o cônsul pode prestar assistência ao detido em diversos atos de defesa, como a designação ou contratação de representação jurídica, a obtenção de provas no país de origem, a verificação das condições em que se exerce a assistência jurídica e a observação da situação de privação de liberdade.<sup>388</sup>

*Direito à assistência jurídica através de um representante legal e, em caso de crianças desacompanhadas ou separadas, direito a que seja designado um tutor*

204. Por outro lado, os Estados têm a obrigação de garantir a todas as crianças cuja liberdade se vê restringida por assuntos migratórios, o direito de defesa através do oferecimento de serviços estatais de representação legal.<sup>389</sup> Especificamente, é necessário que os Estados ofereçam às crianças privadas de liberdade acesso rápido e gratuito a um representante legal que lhe ofereça assistência jurídica. A Corte considera que a assistência jurídica deve ser exercida por um profissional do direito para poder satisfazer os requisitos de uma defesa técnica através da qual se assessore a pessoa submetida ao processo, *inter alia*, sobre a possibilidade de exercer recursos contra atos que afetem seus direitos.<sup>390</sup>

205. Além disso, em relação às crianças desacompanhadas ou separadas de suas famílias, é de suma importância, a fim de garantir eficazmente o direito à liberdade pessoal, designar-lhes um tutor a fim de defender seus interesses e assegurar seu bem-estar.<sup>391</sup>

*Direito a recorrer perante um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção*

206. Por sua vez, também deve ser aplicada a garantia contida no artigo 7.6 da Convenção Americana, o qual afirma que "toda pessoa privada da liberdade tem direito de recorrer a um

<sup>386</sup> Assim, o detido estrangeiro tem o direito a ser informado sobre seu direito: 1) a que o Estado receptor informe a repartição consular competente sobre sua situação; e 2) a que o Estado receptor transmita sem tardar "qualquer comunicação dirigida à repartição consular" pelo detido. Cf. Artigo 36.1.b) da Convenção de Viena sobre as Relações Consulares. Esta notificação deve ser feita antes de que "preste sua primeira declaração". Assim como os outros direitos das outras pessoas privadas de liberdade, este "constitui um mecanismo para evitar detenções ilegais ou arbitrárias a partir do momento mesmo da privação de liberdade e, por sua vez, garante o direito de defesa do indivíduo". *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*, *supra*, par. 106, e *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, nota de rodapé 157.

<sup>387</sup> Cf. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*, *supra*, pars. 106 e 120, e *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 154.

<sup>388</sup> Cf. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*, *supra*, par. 86, e *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 154.

<sup>389</sup> Ver o artigo 37.d) da Convenção sobre os Direitos da Criança. Cf. Relatório do Relator Especial sobre os Direitos Humanos dos Migrantes, François Crépeau, *Promoção e Proteção de todos os Direitos Humanos, Civis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, incluindo o Direito ao Desenvolvimento*, UN Doc. A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012, par. 38.

<sup>390</sup> Cf. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 132.

<sup>391</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, *supra*, par. 33.

juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais”.<sup>392</sup> Esta Corte já indicou que “os procedimentos jurídicos consagrados nos artigos 25.1 e 7.6 da Convenção Americana [...] não podem ser suspensos conforme o artigo 27.2 da mesma, porque constituem garantias judiciais indispensáveis para proteger direitos e liberdades que tampouco podem ser suspensas segundo a mesma disposição”.<sup>393</sup> A Corte também se pronunciou sobre estes preceitos e determinou que o artigo 7.6 possui um conteúdo jurídico próprio, ao contemplar especificamente o direito de toda pessoa privada de liberdade de recorrer perante um juiz ou tribunal competente para que decida sobre a legalidade de sua prisão ou detenção, também denominado *habeas corpus*, que consiste em tutelar de maneira direta a liberdade pessoal ou física, por meio do mandato judicial dirigido às autoridades correspondentes a fim de que se leve o detido à presença do juiz para que este possa examinar a legalidade da privação e, se for o caso, decretar sua liberdade.<sup>394</sup> O artigo 7.6 da Convenção é claro ao dispor que a autoridade que deve decidir sobre a legalidade da “prisão ou detenção” deve ser “um juiz ou tribunal” independente e imparcial.<sup>395</sup> A esse respeito, a jurisprudência deste Tribunal já afirmou que estes recursos não apenas devem existir formalmente na legislação, mas devem ser efetivos, isto é, cumprir o objetivo de obter sem demora uma decisão sobre a legalidade da prisão ou da detenção.<sup>396</sup> No caso de crianças migrantes, este procedimento deveria ostentar um caráter prioritário, de tal forma que permitisse uma rápida decisão sobre a ação interposta.<sup>397</sup>

### XIII PRINCÍPIO DE NÃO DEVOLUÇÃO (*NON-REFOULEMENT*)

207. A Corte Interamericana foi consultada sobre qual é o alcance e o conteúdo do princípio de não devolução à luz dos artigos 1,<sup>398</sup> 2,<sup>399</sup> 4.1,<sup>400</sup> 5,<sup>401</sup> 7,<sup>402</sup> 8,<sup>403</sup> 19,<sup>404</sup> 22.7,<sup>405</sup> 22.8<sup>406</sup> e

<sup>392</sup> De igual forma, Ver Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária, Relatório do Grupo, *Os direitos civis e políticos, em particular as questões relacionadas à tortura e à detenção*, UN Doc. E/CN.4/1999/63, 18 de dezembro de 1998, par. 69, Garantia 3.

<sup>393</sup> *O Habeas corpus sob Suspensão de Garantias (artigos 27.2, 25.1 e 7.6 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-8/87 do 30 de janeiro de 1987. Série A Nº 8, par. 44. Ver, também, *Garantias Judiciais em Estados de Emergência* (artigos 27.2, 25 e 8 Convenção Americana sobre Direitos Humanos), *supra*, par. 30, e *Caso Neira Alegria e outros Vs. Peru. Mérito*. Sentença de 19 de janeiro de 1995. Série C Nº 20, pars. 82 a 84.

<sup>394</sup> *Cf. O Habeas corpus sob Suspensão de Garantias (artigos 27.2, 25.1 e 7.6 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*, *supra*, par. 33, e *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 124. Ver, também, o artigo 37.d) da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias.

<sup>395</sup> *Cf. Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 126.

<sup>396</sup> *Cf. Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*, par. 129, e *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana*, *supra*, par. 141. Além disso, é ilustrativo o sustentado pelo Relator Especial de Migrantes quanto a que “[a]lgumas leis nacionais não prevêm a revisão judicial da detenção administrativa dos migrantes. Em outros casos, a revisão judicial da detenção administrativa se inicia unicamente a pedido do migrante. Nestes casos, o desconhecimento do direito a apelar, o desconhecimento dos motivos da detenção, o difícil acesso aos autos, a falta de acesso a assistência jurídica gratuita, a falta de intérpretes e serviços de tradução e uma ausência geral de informação em um idioma que possam entender os detidos sobre o direito a contratar um advogado e dar-lhe instruções, bem como a localização das instalações onde estão detidos, podem impedir os migrantes de exercer seus direitos na prática. Na ausência de advogados e/ou intérpretes, com frequência os migrantes se sentem intimidados e obrigados a assinar documentos sem entender seu conteúdo”. Relatório do Relator Especial sobre os Direitos Humanos dos Migrantes, Jorge Bustamante, *Promoção e Proteção de todos os Direitos Humanos, Civis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, incluindo o Direito ao Desenvolvimento*, UN Doc. A/HRC/7/12, 25 de fevereiro de 2008, par. 46.

<sup>397</sup> *Cf. Relatório do Relator Especial sobre os Direitos Humanos dos Migrantes*, François Crépeau, *Promoção e Proteção de todos os Direitos Humanos, Civis, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, incluindo o Direito ao Desenvolvimento*, UN Doc. A/HRC/20/24, 2 de abril de 2012, par. 38.

<sup>398</sup> Artigo 1. Obrigação de Respeitar os Direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem

---

discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

399 Artigo 2. Dever de Adotar Disposições de Direito Interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

400 Artigo 4. Direito à Vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. [...]

401 Artigo 5. Direito à Integridade Pessoal

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

3. A pena não pode passar da pessoa do delinqüente.

4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.

5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.

6. As penas privativas da liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.

402 Artigo 7. Direito à Liberdade Pessoal

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

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.

3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.

4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.

5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêm que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

403 Artigo 8. Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

25<sup>407</sup> da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, do artigo 13.4<sup>408</sup> da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, e dos artigos I,<sup>409</sup> XXV<sup>410</sup> e XXVII<sup>411</sup> da

- b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
- c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
- g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e
- h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

404 Artigo 19. Direitos da Criança

Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

405 Artigo 22. Direito de Circulação e de Residência

[...]

7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais. [...]

406 Artigo 22. Direito de Circulação e de Residência

[...]

8. 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. [...]

407 Artigo 25. Proteção Judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

- a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
- b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
- c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

408 Artigo 13, quarto parágrafo:

[...]

Não se concederá a extradição nem se procederá à devolução da pessoa requerida quando houver suspeita fundada de que corre perigo sua vida, de que será submetida à tortura, tratamento cruel, desumano ou degradante, ou de que será julgada por tribunais de exceção ou ad hoc, no Estado requerente.

409 Artigo I. Direito à vida, à liberdade, à segurança e integridade da pessoa

Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa.

Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, ao serem adotadas medidas que possam representar a devolução de uma criança a um país determinado.

208. A Corte estabelecerá, a seguir, o conteúdo do princípio de não devolução, recordando que as crianças são titulares de todos os direitos estabelecidos na Convenção Americana e na Declaração Americana. Além disso, precisará o alcance deste princípio em casos que possam implicar na devolução de uma criança a um Estado determinado, seja este seu país de origem ou um terceiro país a partir de onde possa ser subsequentemente devolvido.

209. A Corte já ressaltou que o princípio de não devolução, ou *non-refoulement*, constitui a pedra angular da proteção internacional das pessoas refugiadas e das pessoas solicitantes de asilo.<sup>412</sup> A Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 foi o primeiro instrumento internacional a codificar, em seu artigo 33.1, o princípio de não devolução como uma medida efetiva para garantir o exercício do direito de buscar e receber asilo<sup>413</sup> -que sob este tratado assume a modalidade específica do estatuto do refugiado<sup>414</sup>- e como um componente integral da proteção internacional garantida às pessoas solicitantes de asilo e refugiadas,<sup>415</sup> ao estabelecer que “nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas”.

210. Dado o caráter declarativo da determinação da condição de refugiado,<sup>416</sup> a proteção oferecida pelo princípio de não devolução se aplica a todos os refugiados que tenham ou que

<sup>410</sup> Artigo XXV. Direito de proteção contra prisão arbitrária

Ninguém pode ser privado da sua liberdade, a não ser nos casos previstos pelas leis e segundo as praxes estabelecidas pelas leis já existentes.

Ninguém pode ser preso por deixar de cumprir obrigações de natureza claramente civil.

Todo indivíduo, que tenha sido privado da sua liberdade, tem o direito de que o juiz verifique sem demora a legalidade da medida, e de que o julgue sem protelação injustificada, ou, no caso contrário, de ser posto em liberdade. Tem também direito a um tratamento humano durante o tempo em que o privarem da sua liberdade.

<sup>411</sup> Artigo XXVII. Direito de asilo

Toda pessoa tem o direito de procurar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição que não seja motivada por delitos de direito comum, e de acordo com a legislação de cada país e com os convênios internacionais.

<sup>412</sup> Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, *supra*, par. 151, citando Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), Comitê Executivo, *Conclusões Gerais sobre a proteção internacional dos refugiados*, UN Doc. 65 (XLII)-1991, publicadas em 11 de outubro de 1991, par. c.

<sup>413</sup> Mesmo que a Convenção de 1951 não estabeleça o direito ao asilo como um direito de maneira explícita, considera-se incorporado de maneira implícita em seu texto. Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, *supra*, par. 139.

<sup>414</sup> Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, *supra*, par. 139, afirmando que “[i]sso se encontra evidenciado no Preâmbulo da própria Convenção de 1951, ao propor a importância da cooperação internacional para assegurar a concessão de asilo por meio do próprio tratado, e foi reiterada pelo Comitê Executivo do ACNUR”. Este último afirmou que “a instituição do asilo, que é uma decorrência direta do direito a buscar asilo e a desfrutar dele, enunciado no parágrafo 1º do artigo 14 da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, é um dos mecanismos mais fundamentais para a proteção internacional dos refugiados”. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), Comitê Executivo, *Conclusão sobre a salvaguarda da instituição do asilo*, UN Doc. 82 (XLVIII)-1997, publicadas em 17 de outubro de 1997, par. b. O Comitê Executivo, por meio de sua Conclusão número 5 de 1977, já havia feito um chamado aos Estados Partes da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967 a aplicar práticas liberais e conceder asilo permanente ou ao menos temporário aos refugiados que tivessem chegado diretamente ao seu território. Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), Comitê Executivo, *Asilo*, UN Doc. 5 (XXVIII)-1977, publicado em 1977, par. a.

<sup>415</sup> Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, *supra*, par. 152.

<sup>416</sup> A Corte indicou que, “[d]e acordo com a Convenção de 1951, uma pessoa é um refugiado tão logo reúna os requisitos enunciados na definição, o que necessariamente ocorre antes de que se determine formalmente sua

ainda não tenham sido reconhecidos como tais pelas autoridades, com base nos requerimentos da definição do artigo 1º da Convenção de 1951 e seu Protocolo de 1967<sup>417</sup> ou da legislação nacional. Isto é, este instrumento se encontra destinado também aos solicitantes de asilo,<sup>418</sup> cuja condição ainda não foi determinada, e aos refugiados que não foram ainda reconhecidos oficialmente como tais.<sup>419</sup> Igualmente, é oponível por aqueles que queiram fazer valer seu direito a buscar e receber asilo<sup>420</sup> e se encontrem na fronteira ou cruzem a mesma sem serem admitidos formal ou legalmente no território do país,<sup>421</sup> pois, do contrário, este direito se tornaria ilusório e vazio de conteúdo, isto é, sem nenhum valor ou efeito. Isso, necessariamente, implica que essas pessoas não podem ser rechaçadas na fronteira ou expulsas sem uma análise adequada e individualizada de suas petições.<sup>422</sup>

---

condição de refugiado. Assim pois, o reconhecimento da condição de refugiado de uma pessoa não possui caráter constitutivo, mas declarativo". *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia, supra*, par. 145.

<sup>417</sup> O Protocolo de 1967 ampliou a aplicabilidade da Convenção de 1951 ao eliminar as restrições geográficas e temporárias ali incluídas. *Cf. Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia, supra*, par. 144.

<sup>418</sup> A Corte reitera que "solicitante de asilo", em sentido técnico, equivale no Direito Internacional a "solicitante de reconhecimento da condição de refugiado". *Cf. Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia, supra*, nota de rodapé 141.

<sup>419</sup> *Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), Parecer Consultivo sobre a aplicação extraterritorial das obrigações de não devolução nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1967*, publicado em 26 de janeiro de 2007, par. 6, e Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Manual e Diretrizes de Procedimentos e Critérios para Determinar a Condição de Refugiado nos termos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados*, dezembro de 2011, UN Doc. HCR/1P/4/ENG/REV.3, par. 28.

<sup>420</sup> Ver Lei Nº 26.165. Lei Geral de Reconhecimento e Proteção ao Refugiado, promulgada em 28 de novembro de 2006, artigos 2, 3 e 39 (Argentina); Decreto Supremo Nº 1440 - Regulamento da Lei Nº 251 de proteção a pessoas refugiadas, 19 de dezembro de 2012, artigos 4 e 30 (Bolívia); Lei 9.474/97, de 22 de julho de 1997, artigos 8, 9 e 10 (Brasil); Lei Nº 20.430 - Estabelece disposições sobre proteções de refugiados, promulgada em 8 de abril de 2010, artigos 3 e 4 (Chile); Decreto Nº 36831-G de 2011, Regulamento de Pessoas Refugiadas, 28 de setembro de 2008, artigo 134 (Costa Rica); Decreto Nº 1.182, Regulamento para a aplicação do direito de refúgio, de 30 de maio de 2012, artigos 5 e 9 (Equador); Decreto Nº 208 - Lei de Migração e Estrangeiros, publicada em 3 de maio de 2004, artigo 44 (Honduras); Lei sobre Refugiados e Proteção Complementar, de 27 de janeiro de 2011, artigos 6 e 21, e Regulamento da Lei sobre Refugiados e Proteção Complementar, de 21 de fevereiro de 2012, artigo 9 (México); Decreto Executivo Nº 23, de 10 de fevereiro de 1998, artigos 28, 53 e 82 (Panamá); e Lei Nº 18.076 - Direito ao Refúgio e aos Refugiados, publicada em 5 de janeiro de 2007, artigos 10, 12 e 32, assim como o artigo 45 da Lei Nº 18.250 de Migração, publicada em 17 de janeiro de 2008 (Uruguai).

<sup>421</sup> *Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), Comitê Executivo, Non-Refoulement*, UN Doc. 6 (XXVIII)-1977, publicado em 1977, reafirmando a importância fundamental da observância do princípio de não devolução, tanto na fronteira como no território de um Estado, de pessoas que podem ser objeto de perseguição se regressarem a seu país de origem, independentemente de se foram ou não formalmente reconhecidos como refugiados. ("(c) *Reafirmou* a importância fundamental da observância do princípio de não devolução - tanto na fronteira como dentro do território de um Estado - das pessoas que, reconhecidas ou não oficialmente como refugiadas, poderiam ser objeto de perseguição se fossem devolvidas a seu país de origem"). A Declaração de Brasília Sobre a Proteção de Refugiados e Apátridas no Continente Americano estabelece em seu preâmbulo o seguinte: "Reiterando nosso irrevocabível respeito ao princípio do non-refoulement, incluindo a não rejeição na fronteira e a não-devolução indireta, assim como a não-penalização por entrada ilegal e a não-discriminação, como os princípios fundamentais do Direito Internacional dos Refugiados". Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Declaração de Brasília sobre a Proteção de Refugiados e Apátridas no Continente Americano*, publicada em 11 de novembro de 2010, pág. 1. Ver, também, as legislações de diversos países do continente, incluindo Argentina, Bolívia, Chile, Equador, Honduras, México, Panamá e Uruguai, que adotam expressamente a proibição de rejeição na fronteira. *Cf. Lei Nº 26.165. Lei Geral de Reconhecimento e Proteção ao Refugiado*, promulgada em 28 de novembro de 2006, artigo 2 (Argentina); Lei Nº 251 de 2012, de proteção a pessoas refugiadas, de 20 de junho de 2012, artigo 4.II (Bolívia); Lei Nº 20.430 - Estabelece disposições sobre proteções de refugiados, promulgada em 8 de abril de 2010, artigo 3 (Chile); Decreto Nº 1.182, Regulamento para a aplicação do direito de refúgio, de 30 de maio de 2012, artigo 9 (Equador); Lei de Migração e Estrangeiros, 3 de maio de 2004, artigo 44 (Honduras); Lei sobre Refugiados e Proteção Complementar, de 27 de janeiro de 2011, artigo 6, e Regulamento da Lei sobre Refugiados e Proteção Complementar, de 21 de fevereiro de 2012, artigo 9 (México); Decreto Executivo Nº 23, de 10 de fevereiro de 1998, artigos 53 e 82 (Panamá); e Lei Nº 18.076 - Direito ao Refúgio e aos Refugiados, publicada em 5 de janeiro de 2007, artigo 12 (Uruguai).

<sup>422</sup> *Cf. Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia, supra*, par. 153, citando Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), *Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos dos Solicitantes de Asilo no âmbito do Sistema Canadense de Determinação da Condição de Refugiado*, OEA/Ser.L/V/II.106 Doc. 40. Rev. 1, 28 de fevereiro de 2000, par. 25. Ver, também, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Parecer Consultivo sobre a*

211. O princípio de não devolução constitui, ademais, uma norma consuetudinária de Direito Internacional<sup>423</sup> e é, deste modo, vinculante para todos os Estados, sejam ou não partes na Convenção de 1951 ou no Protocolo de 1967.<sup>424</sup> Entretanto, tal como foi codificado, este princípio não é absoluto na medida em que permite exceções. Com efeito, o mesmo artigo 33 da Convenção de 1951 especifica as hipóteses que permitem a um Estado não oferecer a proteção da não devolução, ainda quando a pessoa cumpra a definição de refugiado.<sup>425</sup> Entretanto, estas exceções devem ser interpretadas de forma exaustiva e restritiva,<sup>426</sup> assim como em relação às obrigações derivadas de direitos inderrogáveis, como a proibição da tortura (pars. 224 a 227 *infra*).

212. No âmbito do Sistema Interamericano, este princípio se vê reforçado pelo reconhecimento do direito de toda pessoa de buscar e receber asilo, originalmente no artigo XXVII da Declaração Americana e posteriormente no artigo 22.7 da Convenção Americana. Por conseguinte, como corolário dos deveres fundamentais de respeito e garantia do artigo 1.1 da Convenção, contraídos em relação a cada um dos direitos protegidos e, neste caso, com respeito ao direito de cada pessoa de solicitar e receber asilo, decorre o princípio de não devolução, em virtude do qual os Estados se encontram obrigados a não devolver ou expulsar uma pessoa -solicitante de asilo ou refugiada- para um Estado onde exista a possibilidade de que sua vida ou liberdade esteja ameaçada como consequência de perseguição por determinados motivos ou por violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação massiva dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública,<sup>427</sup> assim como para um terceiro Estado a partir de onde possa

---

*aplicação extraterritorial das obrigações de não devolução nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1967*, publicada em 26 de janeiro de 2007, par. 8.

<sup>423</sup> Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, *supra*, par. 151, citando Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Consultas globais sobre proteção internacional: Reunião Ministerial dos Estados Partes da Convenção de 1951 e/ou do Protocolo de 1967 sobre o Estatuto dos Refugiados (12-13 de dezembro 2001) - Declaração dos Estados Partes da Convenção de 1951 e/ou do Protocolo de 1967 sobre o Estatuto dos Refugiados*, UN Doc. HCR/MMSP/2001/9, adotada em 13 de dezembro de 2001, que em seu parágrafo 4 indica: "Aceitando a contínua relevância e adaptabilidade deste regime internacional de direitos e princípios, centrado no princípio de não devolução (*non-refoulement*), cuja aplicabilidade se insere no Direito Consuetudinário Internacional". Ver, também, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Parecer Consultivo sobre a aplicação extraterritorial das obrigações de não devolução nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1967*, publicada em 26 de janeiro de 2007, pars. 14 a 16.

<sup>424</sup> Nas Américas, 28 Estados da OEA são Parte na Convenção de 1951, e 29 Estados da OEA são Parte em seu Protocolo de 1967. Por sua vez, não são parte dos instrumentos internacionais sobre refugiados os seguintes cinco Estados da OEA: Barbados, Cuba, Granada, Guyana e Santa Lucía. Ver, também, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Parecer Consultivo sobre a aplicação extraterritorial das obrigações de não devolução nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1967*, publicada em 26 de janeiro de 2007, par. 15.

<sup>425</sup> Em particular, o artigo 33.2 estabelece que "[...] o benefício da presente disposição não poderá, todavia, ser invocado por um refugiado que por motivos sérios seja considerado um perigo para a segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por crime ou delito particularmente grave, constitui ameaça para a comunidade do referido país".

<sup>426</sup> Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *UNHCR Note on the Principle of Non-Refoulement [Nota do ACNUR sobre o princípio de não devolução]*, novembro de 1997, seção F.

<sup>427</sup> *Declaração de Cartagena sobre Refugiados*, adotada pelo "Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários", celebrado em Cartagena, Colômbia, de 19 a 22 de novembro de 1984, seção III, terceira conclusão. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos afirmou que: "[e]m nosso hemisfério e também fora dele, o princípio de *non-refoulement* se estendeu gradualmente para incluir as pessoas que fogem de situações generalizadas de violência política ou de guerra interna (Declaração de Cartagena de 1984, Declaração de San José de 1994)". Comissão de Direitos Humanos (CIDH), *Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos de 2000: Segundo Relatório de Progresso da Relatoria sobre Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias*. OEA/Ser./L/V/II.111 doc. 20 rev., 16 de abril de 2000, par. 97(2). Um chamado similar havia sido feito no Relatório Anual de 1984-1985.

ulteriormente ser devolvido ao Estado onde sofre este risco, situação esta que convencionou-se chamar "devolução indireta".<sup>428</sup>

213. Entretanto, depois de reconhecer que o direito dos refugiados foi o ramo do Direito Internacional pioneiro em acolher o princípio de não devolução, também é importante evidenciar que, além de incluir o direito de solicitar e receber asilo, a Convenção Americana possui uma disposição expressa que trata sobre a não devolução. Com este entendimento, e a fim de responder a esta consulta, a Corte analisará primeiramente a interpretação do artigo 22.8 da Convenção Americana para esclarecer se a norma equivale ao princípio de não devolução, tal como foi desenvolvido nos parágrafos precedentes e, posteriormente, abordará as outras disposições convencionais que estão associadas ao princípio de não devolução. Ao interpretar estas disposições, a Corte também terá em consideração outras fontes relevantes do Direito Internacional.

214. A Convenção Americana estabelece em seu artigo 22.8 a proibição de expulsão ou devolução de qualquer "estrangeiro" a "outro país, seja ou não de origem" -isto é, a seu país de nacionalidade ou, no caso de uma pessoa apátrida, ao de residência habitual ou ainda a um terceiro Estado-, no qual "seu direito à vida ou à liberdade" estejam "em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas".<sup>429</sup>

215. No caso *Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, a Corte teve a oportunidade de interpretar esta norma, de modo a concluir que "é possível considerar que, no Sistema Interamericano, está reconhecido o direito de qualquer pessoa estrangeira, e não apenas aos asilados ou refugiados, à não devolução indevida quando sua vida, integridade e/ou liberdade estejam em risco de violação, sem importar seu estatuto legal ou condição migratória no país em que se encontre".<sup>430</sup> A proteção do princípio de não devolução estabelecido na disposição sob análise da Convenção Americana alcança, em consequência, toda pessoa estrangeira e não apenas uma categoria específica dentro dos estrangeiros, como os solicitantes de asilo e refugiados. Esta conclusão foi alcançada a partir de uma interpretação literal dos termos do artigo.

216. Os trabalhos preparatórios da Convenção Americana confirmam o sentido dado à referida disposição. Adverte-se que a proposta inicial de incluir o princípio de não devolução à Convenção Americana foi impulsionada pelo Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) com a seguinte redação: "o direito do refugiado a não ser, em nenhum caso, expulso ou devolvido a outro país onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em perigo por causa de sua raça, nacionalidade, pertencimento a determinado grupo social ou por razão de sua situação política".<sup>431</sup> O texto sugerido fazia referência ao direito do "refugiado" a não ser expulso ou devolvido e não do "estrangeiro", como foi finalmente emendado e incorporado à Convenção.<sup>432</sup> Por conseguinte, é inequívoca a vontade dos Estados de estender o princípio de não devolução a todo estrangeiro e não limitá-lo aos refugiados.

---

<sup>428</sup> Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, *supra*, par. 153, citando Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the case of Hirsi and Others v. Italy* [Comunicação apresentada pelo Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados no caso *Hirsi e outros Vs. Itália*] (tradução da Secretaria da Corte), março de 2010, par. 4.3.4.

<sup>429</sup> *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, *supra*, par. 134.

<sup>430</sup> *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, *supra*, par. 135.

<sup>431</sup> Secretaria da OEA, *Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos*, San José, Costa Rica, celebrada de 7 a 22 de novembro de 1969, Atas e Documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, Washington, D.C., 1978, pág. 301.

<sup>432</sup> Cf. Secretaria da OEA, *Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos*, San José, Costa Rica, celebrada de 7 a 22 de novembro de 1969, Atas e Documentos, OEA/Ser.K/XVI/1.2, Washington, D.C., 1978, págs. 244, 245, 247, 249 e 301.

217. Em suma, no marco da Convenção Americana, o princípio de não devolução estabelecido no artigo 22.8 assume uma expressão singular, apesar de que esta disposição tenha sido incluída como continuação da consagração do direito individual de buscar e receber asilo, sendo um direito mais amplo em seu sentido e alcance do que aquele em aplicação do Direito Internacional de Refugiados. Deste modo, a proibição de devolução estabelecida no artigo 22.8 da Convenção oferece uma proteção complementar para estrangeiros que não são solicitantes de asilo ou refugiados em casos em que seu direito à vida ou liberdade se encontre ameaçado pelos motivos indicados. Assim, a leitura dos trabalhos preparatórios da Convenção confirma a interpretação desenvolvida conforme o sentido corrente dos termos do artigo 22.8 da Convenção, dentro do contexto do tratado e tendo em conta seu objeto e fim.

218. Aprofundando-se nos componentes da proibição de devolução codificada no artigo 22.8 da Convenção, a Corte entende que, a partir da interpretação do artigo 22 em seu conjunto, o termo “estrangeiro”, incluído no referido inciso 8º, deve ser entendido como toda pessoa<sup>433</sup> que não seja nacional do Estado em questão, ou que não seja considerada como seu nacional pelo Estado conforme a sua legislação. Isso inclui as pessoas que não são consideradas como nacionais pelo Estado de acordo com sua legislação, seja por uma perda *ex lege* da nacionalidade ou por uma decisão de privação da mesma, sempre que essa perda automática ou determinação estatal não contravenha suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos. Em face do anterior, a Corte considera que, se existe controvérsia sobre a conformidade dessa decisão ou perda com as obrigações derivadas da Convenção Americana e, em particular, com a proibição de privação arbitrária da nacionalidade ou outras normas aplicáveis, deve primar a consideração de que a pessoa é nacional até que se emita uma decisão definitiva a respeito e, deste modo, não pode ser objeto de uma expulsão.<sup>434</sup> Nesse sentido, não é demais recordar que as normas incluídas nos tratados de direitos humanos, como o artigo 22.5 da Convenção, proíbem expressamente a expulsão de nacionais.

219. Em relação a esse ponto, deve-se ter em consideração também os termos do artigo 1.1 da Convenção. Evidentemente, uma pessoa que se encontre submetida à jurisdição do Estado não equivale a encontrar-se em seu território.<sup>435</sup> Em consequência, o princípio de não devolução é exigível por qualquer pessoa estrangeira sobre a qual o Estado em questão esteja exercendo autoridade ou que se encontre sob seu controle efetivo,<sup>436</sup> com independência de que se encontre no território terrestre, fluvial, marítimo ou aéreo do Estado.

<sup>433</sup> Ou seja, todo ser humano nos termos o artigo 1.2 da Convenção Americana.

<sup>434</sup> Ver, neste mesmo sentido, Organização das Nações Unidas, Conselho de Direitos Humanos, Relatório do Secretário Geral, *Os direitos humanos e a privação arbitrária da nacionalidade*, UN Doc. A/HRC/25/28, 19 de dezembro de 2013, par. 26.

<sup>435</sup> De igual forma, o artigo 1 da Convenção Europeia dispõe que “[a]s Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção”. Conselho da Europa, *Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais*, adotada em 4 de novembro de 1950, entrada em vigor em 3 de setembro de 1953, artigo 1. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos indicou que o dever de assegurar os direitos humanos contidos na Convenção Europeia a todas as pessoas sob a jurisdição do Estado não está limitado ao território do Estado parte, mas se estende às zonas em que exerce controle efetivo fora de seu território nacional. Cf. TEDH, *Loizidou Vs. Turquia* (Exceções Preliminares), Nº 15318/89. Sentença de 23 de março de 1995, par. 62. Ver, também, *Caso Medvedyev e outros Vs. França* [GS], Nº 3394/03. Sentença de 29 de março de 2010, pars. 62 a 67. Mesmo quando o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estabelece em seu artigo 2.1 que “[o]s Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto”, interpretou-se que este é aplicável a respeito dos atos de um Estado no exercício de sua jurisdição fora de seu próprio território. Cf. Corte Internacional de Justiça, *Consequências jurídicas da construção de um muro no território palestino ocupado*. Parecer Consultivo de 9 de julho de 2004, pars. 108 a 111. Ver, também, Comitê de Direitos Humanos, *Observação Geral Nº 31, A natureza da obrigação jurídica geral imposta*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de maio de 2004, par. 10, manifestando que “[i]sso significa que um Estado Parte deve respeitar e garantir os direitos estabelecidos no Pacto em relação a qualquer pessoa submetida ao poder ou ao controle efetivo desse Estado Parte, inclusive se não se encontra no território do Estado Parte”.

<sup>436</sup> Nesse mesmo sentido decidiu a Comissão Interamericana: “[a] Comissão, entretanto, não acredita que a noção de “jurisdição” contida no artigo 1(1) esteja limitada, ou seja, meramente extensiva ao território nacional. Ao invés disso, considera que um Estado parte da Convenção Americana pode ser responsável pelos atos e omissões de

220. Entretanto, no contexto do princípio de não devolução, a Corte considera necessário realizar algumas precisões adicionais. A esse respeito, o Comitê dos Direitos da Criança afirmou que “[as] obrigações do Estado não poderão ser arbitrária e unilateralmente recortadas, seja mediante a exclusão de zonas ou áreas do território do Estado, seja estabelecendo zonas ou áreas específicas que fiquem total ou parcialmente fora da jurisdição do Estado”.<sup>437</sup> Quanto à interceptação de solicitantes de asilo em águas internacionais para não permitir que suas petições sejam avaliadas em potenciais Estados de acolhida, a Corte entende que esta prática é contrária ao princípio de não devolução, pois não permite avaliar os fatores de risco concretos de cada pessoa.<sup>438</sup>

221. Em relação ao risco aos direitos à vida ou liberdade da pessoa estrangeira, é pertinente precisar que este deve ser real, isto é, deve ser uma consequência previsível. Nesse sentido, o Estado deve realizar um exame individualizado a fim de verificar e avaliar as circunstâncias alegadas pela pessoa que revelem que possa sofrer um dano em sua vida ou liberdade no país ao qual se pretende devolvê-la, isto é, a seu país de origem ou, sendo retornada a um terceiro país, essa pessoa corra o perigo de ser enviada posteriormente ao lugar onde sofre esse risco. Se sua narrativa for crível, convincente ou coerente de maneira que possa existir uma provável situação de risco para ela, deve reger o princípio de não devolução.

222. Quanto ao risco de violação aos direitos da criança, a Corte considera que estes devem ser entendidos e analisados com um enfoque de idade e de gênero, dentro da lógica estabelecida pela própria Convenção sobre os Direitos da Criança, que contempla a garantia efetiva e interdependente dos direitos civis e políticos e a plena efetividade progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais,<sup>439</sup> e no marco do qual o direito à vida incorpora também o componente de desenvolvimento adequado e sobrevivência. Assim, os artigos 6 e 27 da Convenção sobre os Direitos da Criança incluem no direito à vida a obrigação do Estado de garantir “ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança”. O Comitê dos Direitos da Criança interpretou a palavra “desenvolvimento” de uma maneira ampla e holística, que abarca as dimensões física, mental, espiritual, moral, psicológica e social.<sup>440</sup> Estas medidas adquirem fundamental importância devido a que as crianças se encontram em uma etapa crucial de seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral, psicológico e social que impactará de uma ou outra forma em seu projeto de vida.<sup>441</sup> Assim, o Comitê listou uma série de circunstâncias a serem avaliadas, que incluem:<sup>442</sup> a) a segurança pessoal e pública e outras

---

seus agentes levados a cabo, ou que tem efeito, fora de seu território [...]” e que “[a] interpretação da jurisdição –e, portanto, do alcance da responsabilidade pelo cumprimento das obrigações internacionais– como uma noção ligada à autoridade e ao controle efetivo e não meramente aos limites territoriais, foi confirmada e elaborada em outras decisões da Comissão e do Tribunal Europeu”. Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), Relatório de Admissibilidade N° 38/99, *Víctor Saldaño Vs. Argentina*, 11 de março de 1999, pars. 17 e 19.

<sup>437</sup> Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral N° 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, *supra*, par. 12. Ver, também, TEDH, *Caso Amuur Vs. França*, N° 19776/92. Sentença de 25 de junho de 1996, par. 52.

<sup>438</sup> Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), Relatório de Mérito N° 51/96, *Caso 10.675, Interdição de Haitianos Vs. Estados Unidos*, 13 de março de 1997, pars. 156, 157 e 163, e TEDH, *Caso Hirsi Jamaa e outros Vs. Itália* [GS], N° 27765/09. Sentença de 23 de fevereiro de 2012, pars. 133 e 134.

<sup>439</sup> A esse respeito o Comitê dos Direitos da Criança ressaltou que o desfrute dos direitos econômicos, sociais e culturais está indissolúvelmente unido ao gozo dos direitos civis e políticos. Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral N° 5: Medidas gerais de aplicação da Convenção sobre os Direitos da Criança (artigos 4, 42 e parágrafo 6 do artigo 44)*, *supra*, par. 6. Ver, também, *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, *supra*, pág. 86, ponto decisivo oitavo; o artigo 26 da Convenção Americana, e o artigo 4 da Convenção sobre os Direitos da Criança.

<sup>440</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral N° 5: Medidas gerais de aplicação da Convenção sobre os Direitos da Criança (artigos 4, 42 e parágrafo 6 do artigo 44)*, *supra*, par. 12.

<sup>441</sup> Cf. *Caso “Instituto de Reeducação do Menor” Vs. Paraguai*, *supra*, par. 172.

<sup>442</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral N° 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, *supra*, pars. 84 e 85.

condições, em particular socioeconômicas, que encontrará a criança quando de seu regresso, efetuando, se for o caso, um estudo sobre as condições no país por parte de organizações sociais; b) a existência de mecanismos para a atenção individual da criança; c) as opiniões da criança de acordo com o seu direito previsto no artigo 12, assim como as opiniões das pessoas que a atendem; d) o nível de integração da criança no país de acolhida e o período de ausência em relação a seu país de origem; e) o direito da criança a “preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares” (art. 8); f) a “conveniência da continuidade na educação da criança” e que se preste atenção “à sua origem étnica, religiosa, cultural e linguística” (art. 20); g) se os pais ou membros do círculo familiar ampliado não estivessem em condições de atender a criança, o retorno ao país de origem não se realizará, em princípio, sem tomar previamente disposições seguras e concretas de atenção e custódia para seu regresso.

223. Tendo afirmado a interpretação que esta Corte atribui ao artigo 22.8 da Convenção, é necessário abordar as outras disposições trazidas à consulta, em particular aquelas que se referem à proibição da tortura. Com efeito, os tratados internacionais gerais, como a Convenção Americana, contêm disposições que reconhecem o mandato normativo que proíbe os atos de tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes.

224. A Convenção Americana reconhece expressamente o direito à integridade pessoal em seu artigo 5, bem jurídico cuja proteção inclui a finalidade principal da proibição absoluta e imperativa de Direito Internacional Consuetudinário da tortura e penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.<sup>443</sup> Este Tribunal considerou de forma constante em sua jurisprudência que esta proibição pertence hoje em dia ao domínio do *jus cogens*.<sup>444</sup> Desta forma, foi conformado um regime jurídico internacional de proibição absoluta de todas as formas de tortura, tanto física como psicológica e, com respeito a esta última, foi reconhecido que as ameaças e o perigo real de submeter uma pessoa a graves lesões físicas produz, em determinadas circunstâncias, uma angústia moral de tal ordem que pode ser considerada “tortura psicológica”.<sup>445</sup>

225. Desde suas primeiras sentenças,<sup>446</sup> a Corte se pronunciou sobre a intrínseca conexão existente entre as obrigações gerais de respeito e garantia indicadas no artigo 1.1 da Convenção e os direitos específicos protegidos por este instrumento que impõe, a respeito de cada um dos direitos e liberdades reconhecidos, deveres concretos que devem ser determinados caso a caso e segundo o direito ou liberdade em questão.<sup>447</sup> Uma das obrigações internacionais associadas à proibição da tortura é o princípio de não devolução, ou *non-refoulement*.<sup>448</sup> Este princípio busca, de maneira primordial, assegurar a efetividade da proibição da tortura em todas as circunstâncias e a respeito de todas as pessoas, sem discriminação alguma. Sendo uma obrigação derivada da proibição de tortura, o princípio de

<sup>443</sup> Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, *supra*, par. 126.

<sup>444</sup> Cf. *Caso Cantoral Benavides Vs. Peru. Mérito*. Sentença de 18 de agosto de 2000. Série C Nº 69, par. 95, e *Caso Bayarri Vs. Argentina*, *supra*, par. 81.

<sup>445</sup> Cf. *Caso Cantoral Benavides Vs. Peru*, *supra*, par. 102, e *Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C Nº 160, par. 272.

<sup>446</sup> Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*, *supra*, par. 162; *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Mérito*. Sentença de 20 de janeiro de 1989. Série C Nº 5, par. 171, e *Caso Neira Alegria e Outros Vs. Peru*, *supra*, par. 85.

<sup>447</sup> Cf. *Caso Vargas Areco Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C Nº 155, par. 73, e *Caso García Prieto e outros Vs. El Salvador. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de novembro de 2007. Série C Nº 168, par. 98.

<sup>448</sup> Cf. TEDH, *Caso Soering Vs. Reino Unido*, Nº 14038/88. Sentença de 7 de julho de 1989, par. 88.

não devolução neste âmbito é absoluto e adquire também o caráter de norma imperativa de Direito Internacional Consuetudinário, isto é, de *jus cogens*.<sup>449</sup>

226. Assim, a partir do artigo 5 da Convenção Americana, lido em conjunto com as obrigações *erga omnes* de respeitar e fazer respeitar as normas de proteção dos direitos humanos, decorre o dever do Estado de não deportar, devolver, expulsar, extraditar ou remover de outro modo uma pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição para outro Estado, ou para um terceiro Estado que não seja seguro, quando exista presunção fundada para crer que estaria em perigo de ser submetida a tortura, tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.<sup>450</sup>

227. Por sua vez, os Estados acordaram, tanto no âmbito universal<sup>451</sup> como interamericano, tratados internacionais específicos sobre a temática, que desenvolvem as obrigações que surgem das normas sobre proibição da tortura,<sup>452</sup> ao precisar determinadas medidas que os

<sup>449</sup> Cf. Relatório apresentado pelo Relator Especial sobre a Tortura, Theo van Boven, *Os Direitos Civis e Políticos, em particular as questões relacionadas à tortura e à detenção*, UN Doc. E/CN.4/2002/137, 26 de fevereiro de 2002, par. 14.

<sup>450</sup> De igual forma, o artigo 7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estabelece: “[n]inguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médias ou científicas”. *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*, adotado em 16 de dezembro 1966, entrada em vigor em 23 de março de 1976. Os seguintes 31 Estados Membros da OEA são parte deste tratado: Argentina, Bahamas, Barbados, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Dominica, Equador, El Salvador, Estados Unidos da América, Granada, Guatemala, Guyana, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, San Vicente e Granadinas, Suriname, Trinidad e Tobago, Uruguai e Venezuela. O Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas interpretou essa norma no sentido de incluir um dever dos Estados Partes de “não [...] expor as pessoas ao perigo de serem submetidas a torturas ou a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes ao regressar a outro país como resultado de extradição, expulsão ou devolução”. Comitê de Direitos Humanos, *Observação Geral Nº 20, Substitui a Observação Geral Nº 7. Proibição da tortura e dos tratamentos ou penas cruéis (Artigo 7)*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 10 de março de 1992, par. 9. Este dever surge das obrigações gerais do artigo 2 do Pacto, que exige que os Estados Partes respeitem e garantam os direitos do Pacto a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e a todas as pessoas sujeitas à sua jurisdição, o que implica “[n]a obrigação de não extraditar, deportar, expulsar ou retirar de outro modo uma pessoa de seu território, quando há razões de peso para acreditar que existe um risco real de provocar um dano irreparável, como o contemplado pelos artigos 6 [direito à vida] e 7 [proibição de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes] do Pacto, no país para onde se realizará essa saída forçada ou em qualquer país para o qual a pessoa seja expulsa posteriormente”. Comitê de Direitos Humanos, *Observação Geral Nº 31, A natureza da obrigação jurídica geral imposta*, UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, 26 de maio de 2004, par. 12. Além disso, em várias decisões sobre casos individuais, o Comitê afirmou que não é possível extraditar, deportar, expulsar ou remover de nenhuma maneira uma pessoa do território de um Estado se existem motivos suficientes para acreditar que existe risco de dano irreparável contra seus direitos, e sem antes tomar em consideração as alegações da pessoa sobre o risco existente. Comitê de Direitos Humanos, Comitê de Direitos Humanos, *Joseph Kindler c. Canadá* (Comunicação Nº 470/1991), UN Doc. CCPR/C/48/D/470/1991, parecer adotado em 11 de novembro de 1993, par. 6.2; *Charles Chitát Ng c. Canadá* (Comunicação Nº 469/991), UN Doc. CCPR/C/49/D/469/1991, parecer adotado em 7 de janeiro de 1994, par. 6.2; *Jonny Rubin Byahuranga c. Dinamarca* (Comunicação Nº 1222/2003), UN Doc. CCPR/C/82/D/1222/2003, parecer adotado em 9 de dezembro 2004, par. 11.3, e *Jama Warsame c. Canadá*, (Comunicação Nº 1959/2010), UN Doc. CCPR/C/102/D/1959/2010, parecer adotado em 1 de setembro 2011, par. 8.3.

<sup>451</sup> Ver a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, que em seu artigo 3, dispõe:

1. Nenhum Estado Parte procederá à expulsão, devolução ou extradição de uma pessoa para outro Estado quando houver razões substanciais para crer que a mesma corre perigo de ali ser submetida a tortura.
2. A fim de determinar a existência de tais razões, as autoridades competentes levarão em conta todas as considerações pertinentes, inclusive, quando for o caso, a existência, no Estado em questão, de um quadro de violações sistemáticas, graves e maciças de direitos humanos.

*Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes*, adotada em 10 de dezembro de 1984, entrada em vigor em 26 de junho de 1987. Os seguintes 25 Estados Membros da OEA são parte deste tratado: Antigua e Barbuda, Argentina, Belize, Bolívia, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Estados Unidos da América, Guatemala, Guyana, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, San Vicente e Granadinas, Uruguai e Venezuela.

<sup>452</sup> Ver, por exemplo, o preâmbulo da *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura*, adotada em 9 de dezembro de 1985, entrada em vigor em 28 de fevereiro de 1987.

Estados devem implementar no âmbito interno, uma vez que se consideram eficazes para atender o objetivo e fim último destes convênios, qual seja a prevenção e punição da tortura e assegurar sua não repetição.<sup>453</sup> O Sistema Interamericano conta com um tratado específico, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, que obriga os Estados Parte a adotar medidas efetivas para prevenir e punir a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes no âmbito de sua jurisdição. Uma das medidas identificadas é justamente o princípio de não devolução, refletido no quarto parágrafo do seu artigo 13, relacionado às pessoas requeridas por acusação de tortura, da seguinte forma: “[n]ão se concederá a extradição nem se procederá à devolução da pessoa requerida quando houver suspeita fundada de que corre perigo sua vida, de que será submetida à tortura, tratamento cruel, desumano ou degradante, ou de que será julgada por tribunais de exceção ou *ad hoc*, no Estado requerente.” Por outro lado, o princípio, tal como se encontra regulado, está associado também à proteção do direito à vida e de determinadas garantias judiciais, de modo tal que não se limita unicamente à proteção contra a tortura.

228. Entretanto, a análise do princípio de não devolução, tal como foi conceitualizado em virtude da interpretação dos artigos 22.7, 22.8 e 5 da Convenção Americana, assim como do artigo XXVII da Declaração Americana e do artigo 13, parágrafo quarto, da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, requer a análise da conexão que estes artigos guardam com o resto das disposições. Em particular, foram trazidos à consulta os artigos 1 (obrigações de respeito e garantia e princípio de não discriminação), 2 (dever de adotar disposições de direito interno), 4.1 (direito à vida), 7 (liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais), 19 (direitos da criança) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana e os artigos I (direito à vida, à liberdade, à segurança e integridade da pessoa) e XXV (direito de proteção contra prisão arbitrária) da Declaração Americana. O contrário conduziria a uma interpretação fragmentada das normas que ignoram a lógica da função interpretativa conforme a regra geral contida no artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

229. Nessa perspectiva, esta Corte já ressaltou a vinculação direta e imediata que existe entre os direitos à vida e à integridade pessoal com a atenção à saúde humana.<sup>454</sup> Assim, a expulsão ou devolução de uma pessoa poderia considerar-se violatória das obrigações internacionais, dependendo das circunstâncias concretas da pessoa em particular, em casos nos quais esta medida resulte na afetação ou deterioração grave da saúde da mesma ou, inclusive, quando possa conduzir à sua morte. Para avaliar uma possível violação da Convenção ou da Declaração, dever-se-á ter em consideração o estado de saúde ou o tipo de enfermidade de que padece a pessoa, assim como a atenção em saúde disponível no país de origem e sua acessibilidade física e econômica, entre outros aspectos. Assim entendeu também o Tribunal Europeu de Direitos Humanos,<sup>455</sup> o Comitê de Direitos Humanos<sup>456</sup> e a

<sup>453</sup> Cf. Comitê contra a Tortura, *Observação Geral Nº 2: Aplicação do artigo 2 pelos Estados Partes*, UN Doc. CAT/C/GC/2, publicada em 24 de janeiro de 2008, pars. 1 e 2.

<sup>454</sup> Cf. *Caso Vera Vera e outra Vs. Equador. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 19 de maio de 2011. Série C Nº 226, par. 43.

<sup>455</sup> Ver, no sistema europeu, TEDH, *Caso D. Vs. Reino Unido*, Nº 30240/96. Sentença de 2 de maio de 1997, par. 53 (“Em vista destas circunstâncias excepcionais e tendo em conta a etapa crítica agora alcançada na enfermidade fatal da demandante, a execução da decisão de enviá-lo a St. Kitts equivaleria a um tratamento desumano pelo Estado demandado em violação do artigo 3 (art. 3). [...] Apesar de que não se pode dizer que as condições às quais deveria fazer frente no país receptor são em si mesmas uma infração das normas do artigo 3 (art. 3), sua expulsão lhe exporia a um risco real de morrer sob as circunstâncias mais angustiantes e, portanto, constituiria um tratamento desumano”) tradução da Secretaria da Corte.

<sup>456</sup> Ver Comitê de Direitos Humanos, *C. c. Austrália* (Comunicação Nº 900/1999), UN Doc. CCPR/C/76/D/900/1999, parecer adotado em 13 de novembro de 2002, par. 8.5 (“[...] em circunstâncias em que o Estado Parte reconheceu a obrigação de proteger o autor, o Comitê considera que a expulsão do autor a um país onde é pouco provável que receberia o tratamento necessário para uma enfermidade devida, em sua totalidade ou em parte, a causa de violação dos direitos do autor pelo Estado Parte constituiria uma violação do artigo 7 do Pacto”) tradução da Secretaria da Corte.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos.<sup>457</sup>

230. Esta Corte também teve a oportunidade de se pronunciar, no marco de sua função contenciosa, a respeito das garantias mínimas do devido processo que devem ser garantidas aos estrangeiros em procedimentos administrativos relacionados a uma situação migratória irregular,<sup>458</sup> em procedimentos de expulsão ou deportação, seja para pessoas que ingressaram ou permaneceram sem cumprir os requisitos da lei imigratória, assim como aqueles que se encontrem legalmente no país;<sup>459</sup> e em procedimentos para determinar a condição ou estatuto de refugiado.<sup>460</sup> A Corte considera que a flagrante violação das garantias mínimas do devido processo pode acarretar a violação do princípio de não devolução.<sup>461</sup>

231. E ainda mais, no que se refere às crianças, o Comitê dos Direitos da Criança concluiu que a obrigação de não devolver não se limita ao perigo real que possa existir para a criança de dano irreparável a seus direitos contidos nos artigos 6<sup>462</sup> e 37<sup>463</sup> da Convenção sobre os Direitos da Criança, mas também se aplica a outras violações dos direitos garantidos por este instrumento e consideradas graves, como, por exemplo, “a insuficiência de serviços alimentares ou sanitários,”<sup>464</sup> “que as violações em questão sejam atribuíveis a atores não estatais ou que sejam diretamente premeditadas ou consequência indireta de ação ou

<sup>457</sup> Ver Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), *Caso Andrea Mortlock Vs. Estados Unidos*, Relatório de Admissibilidade e Mérito N° 63/08, 25 de julho de 2008, par. 94 (“Nessas circunstâncias, a Comissão concluiu que enviar conscientemente Andrea Mortlock para a Jamaica, sabendo de seu atual regime de atenção médica e do insuficiente acesso no país receptor a serviços similares de saúde para os portadores de HIV/AIDS, seria violatório de seus direitos e constituiria uma sentença *de facto* a um sofrimento prolongado e uma morte prematura”).

<sup>458</sup> Cf. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, *supra*.

<sup>459</sup> Cf. *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana*, *supra*.

<sup>460</sup> Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, *supra*.

<sup>461</sup> Ver, no Sistema Europeu, TEDH, *Caso Chahal Vs. Reino Unido* [GS], N° 22414/93. Sentença de 15 de novembro de 1996, par. 79; TEDH, *Caso Al-Moayad Vs. Alemanha*, N° 35865/03. Decisão de 20 de fevereiro de 2007, pars. 100-102; TEDH, *Saadi Vs. Itália* [GS], N° 37201/06. Sentença de 28 de fevereiro de 2008, par. 127; TEDH, *Caso Z e T Vs. Reino Unido*, N° 27034/05. Decisão de 28 de fevereiro de 2006, pág. 6; TEDH, *Caso Bader e Kanbor Vs. Suécia*, N° 13284/04. Decisão de 26 de outubro de 2004, par. 48; TEDH, *Caso Ahmed Vs. Áustria*, N° 25964/94. Decisão de 2 de março de 1995, e TEDH, *Caso Pérez Vs. Suécia*, N° 29482/95. Decisão de 18 de abril de 1996.

<sup>462</sup> Artigo 6:

1. Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida.
2. Os Estados Partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança.

<sup>463</sup> Artigo 37. Os Estados Partes zelarão para que:

- a) nenhuma criança seja submetida a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade;
- b) nenhuma criança seja privada de sua liberdade de forma ilegal ou arbitrária. A detenção, a reclusão ou a prisão de uma criança será efetuada em conformidade com a lei e apenas como último recurso, e durante o mais breve período de tempo que for apropriado;
- c) toda criança privada da liberdade seja tratada com a humanidade e o respeito que merece a dignidade inerente à pessoa humana, e levando-se em consideração as necessidades de uma pessoa de sua idade. Em especial, toda criança privada de sua liberdade ficará separada dos adultos, a não ser que tal fato seja considerado contrário aos melhores interesses da criança, e terá direito a manter contato com sua família por meio de correspondência ou de visitas, salvo em circunstâncias excepcionais;
- d) toda criança privada de sua liberdade tenha direito a rápido acesso a assistência jurídica e a qualquer outra assistência adequada, bem como o direito a impugnar a legalidade da privação de sua liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente e imparcial e a uma rápida decisão a respeito de tal ação.

<sup>464</sup> Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral N° 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, *supra*, pars. 26 e 27.

inação”.<sup>465</sup> A Corte concorda com o Comitê dos Direitos da Criança quanto a que “[o] retorno ao país de origem apenas poderá ser contemplado em princípio se resultar no interesse superior”, de maneira que se encontra proibido quando “produz um ‘risco razoável’ de traduzir-se na violação dos direitos humanos fundamentais das [crianças] e, em particular, se for aplicável o princípio de não devolução”.<sup>466</sup>

232. Por conseguinte, considerando a norma geral de que, quando um estrangeiro alega, perante um Estado, um risco em caso de devolução, as autoridades competentes desse Estado deverão, ao menos, entrevistar a pessoa, concedendo-lhe a devida oportunidade de expor as razões que o protegem contra a devolução<sup>467</sup> e realizar uma avaliação prévia ou preliminar, para determinar se existe ou não esse risco e, caso seja constatado, não deveria ser devolvido ao seu país de origem ou para onde exista o risco.<sup>468</sup> No caso de crianças, é necessário também determinar seu interesse superior nos termos previamente expostos.

233. Deste modo, a proibição de devolver, expulsar, deportar, retornar, rejeitar na fronteira ou não admitir, ou de qualquer maneira transferir ou remover uma criança a um Estado quando sua vida, segurança e/ou liberdade estejam em risco de violação por causa de perseguição ou ameaça contra ela, violência generalizada ou violações massivas aos direitos humanos, entre outros, assim como onde corra o risco de ser submetida a tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, ou a um terceiro Estado a partir do qual possa ser enviada a outro Estado onde possa correr estes riscos, encontra em outras normas de direitos humanos uma proteção adicional que se estende a outro tipo de graves violações a seus direitos humanos, entendidos e analisados com um enfoque de idade e de gênero, assim como dentro da lógica estabelecida pela própria Convenção sobre os Direitos da Criança, que faz da determinação do interesse superior, com as devidas garantias, um aspecto central ao adotar qualquer decisão relativa à criança e, especialmente, se estiver envolvido o princípio de não devolução.

234. Em face do anterior, a competência das autoridades internas para decidir sobre as pessoas que podem permanecer em seu território e, deste modo, a possibilidade de devolver uma pessoa a seu país de origem, ou a um terceiro país, está condicionada pelas obrigações derivadas do Direito Internacional e, em particular, do Direito dos Refugiados, do Direito Internacional dos Direitos Humanos, da proibição da tortura e do artigo 22.8 da Convenção Americana. Com efeito, o princípio de não devolução é comum a estes diferentes ramos do Direito Internacional nos quais o mesmo foi desenvolvido e codificado. Porém, em cada um destes contextos, o conteúdo do princípio de não devolução reconhece um âmbito de aplicação pessoal e material particular e obrigações correlatas específicas, as quais devem ser entendidas como de natureza complementar, nos termos do artigo 29 da Convenção Americana e do princípio *pro persona*. Isso implica, em conclusão, em realizar a interpretação mais favorável para o efetivo gozo e exercício dos direitos e liberdades fundamentais, aplicando a norma que ofereça maior proteção ao ser humano.

235. Somado a isso, é importante para a Corte ressaltar que para satisfazer as obrigações gerais de respeito e garantia dos direitos humanos e, neste caso em particular, do princípio de não devolução, não basta que os Estados se abstenham de incorrer em uma violação deste princípio, mas é imperativa a adoção de medidas positivas.

---

<sup>465</sup> Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral N° 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, *supra*, pars. 26 e 27.

<sup>466</sup> Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral N° 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem*, *supra*, par. 84.

<sup>467</sup> Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, *supra*, par. 136.

<sup>468</sup> Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, *supra*, par. 136.

236. Em situações nas quais a pessoa se encontra frente a um risco de tortura, o princípio de não devolução é absoluto. Entretanto, podem existir situações nas quais existam motivos fundados para considerar que uma pessoa estrangeira representa uma ameaça à segurança nacional ou à ordem pública, mas que não pode ser devolvida ao país de origem e não existe um terceiro país seguro para onde devolvê-la.<sup>469</sup> A Corte reconhece que, nos casos de não reconhecimento da condição de refugiado nem de um *status* migratório regular e diante da impossibilidade da devolução, é necessário esclarecer se a pessoa nesta situação apenas tem o direito a não ser devolvida ou se, ademais, é titular de outros direitos que obrigariam a atuação estatal.

237. A Corte considera que deve existir algum tipo de proteção padronizada para as pessoas que não foram reconhecidas como migrantes regulares ou não são qualificadas como refugiados, mas que sua devolução seria, no entanto, contrária às obrigações gerais sobre não devolução nos termos do Direito Internacional. No caso *M.S.S. Vs. Bélgica e Grécia*, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considerou que o fato que se deixe uma pessoa solicitante de asilo em uma situação precária, sem acesso a determinadas condições mínimas de vida, pode chegar a constituir uma violação à proibição de tratamento desumano ou degradante.<sup>470</sup>

238. A Corte constatou que em alguns países da região<sup>471</sup> existe a figura que contempla um tipo de proteção similar à concedida aos solicitantes de asilo e refugiados, que impediria colocar a uma pessoa em uma situação na qual sua vida, liberdade, segurança ou integridade estejam em perigo. Esta figura, conhecida como proteção complementar, poderia ser definida como a proteção que a entidade autorizada no país de acolhida concede ao estrangeiro que não possui regularidade migratória e que não é qualificado como refugiado sob a definição tradicional ou a ampliada, consistente, principalmente, em não devolvê-lo ao território de outro país onde sua vida, liberdade, segurança ou integridade estariam ameaçadas. A Corte considera que a proteção complementar é uma maneira na qual o Estado reconhece a situação da pessoa, identifica seu risco e tem conhecimento de suas necessidades.<sup>472</sup>

239. Adicionalmente, a Corte observa que os refugiados e aqueles que recebem proteção complementar têm em comum o fato de ter fugido de seus países para evitar a violação ou a continuação da violação de seus direitos humanos, de modo que a proteção que venham a receber deve ser similar. Segundo o ACNUR, os privilégios e direitos derivados da proteção

---

<sup>469</sup> A Comissão indicou que “[n]o caso de pessoas que foram submetidas a certas formas de perseguição, como, por exemplo, a tortura, o retorno a seus países de origem as colocaria em uma situação de risco que não é permitida em virtude do Direito Internacional. Como se afirmou anteriormente, a proibição da tortura como norma de direito imperativo -- codificada na Declaração Americana de maneira geral e no artigo 3 da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura no contexto da expulsão-- se aplica mais amplamente que os termos da Convenção de 1951. O fato de que se suspeite ou considere que uma pessoa está relacionada com o terrorismo não modifica a obrigação do Estado de abster-se de devolvê-la nos casos nos quais existem elementos substantivos que indiquem a existência de um verdadeiro risco de tratamento desumano. A devolução também é altamente problemática em termos práticos no caso de pessoas apátridas ou pessoas com respeito às quais não é possível obter documentos de viagem. A informação com que conta a Comissão não indica claramente quais são as outras opções efetivas de que dispõem estas pessoas ou se existem salvaguardas adequadas para garantir que a expulsão não ponha em risco sua vida ou sua integridade física.” Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), *Relatório sobre a situação dos Direitos Humanos dos Solicitantes de Asilo no âmbito do Sistema Canadense de Determinação da Condição de Refugiado*, OEA/Ser.L/V/II.106. Doc. 40. Rev. 1, 28 de fevereiro de 2000, par. 154.

<sup>470</sup> Cf. TEDH, *Caso M.S.S. Vs. Bélgica e Grécia* [GS], N° 30696/09. Sentença de 21 de janeiro de 2011, pars. 249 a 264.

<sup>471</sup> Ver Lei sobre Refugiados e Proteção Complementar, de 27 de janeiro de 2011, artigo 2.IV (México); Ley N° 761 – Lei Geral de Migração e Estrangeiros, de 7 de julho de 2011, artigo 220 (Nicarágua), e Lei Geral de Migração e Estrangeiros N° 8764, de 1° de setembro de 2009, artigos 6.6 e 94.12 (Costa Rica).

<sup>472</sup> Em alguns países o reconhecimento formal por parte do Estado da qualidade migratória de pessoas que não são qualificadas como refugiados e não podem ser devolvidas foi dado através da concessão de vistos humanitários. As mesmas, em diferentes variações, são utilizadas em: Argentina, Brasil, Costa Rica, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Uruguai, Venezuela.

internacional deveriam se basear nas necessidades da pessoa solicitante e não no tipo de proteção internacional concedida.<sup>473</sup>

240. Com base no exposto anteriormente, a Corte considera que a proteção complementar configura um desenvolvimento normativo consequente com o princípio de não devolução, através do qual os Estados zelam pelos direitos das pessoas que não são qualificadas como refugiados ou como outra qualidade migratória, mas não podem ser devolvidas. A proteção complementar deve contar com o reconhecimento dos direitos básicos das pessoas protegidas. Os Estados poderiam limitar o exercício de certos direitos ao conceder essa proteção, sempre que sejam baseadas em motivos objetivos e razoáveis, e não violem o princípio de não discriminação.

241. Neste âmbito, é relevante fazer referência ao artigo 22 da Convenção sobre os Direitos da Criança, o qual reconhece o direito de que os Estados logrem que a criança que tente obter o estatuto de refugiado, ou que seja considerada refugiada de acordo com o direito e os procedimentos internacionais ou internos aplicáveis, receba a proteção e a assistência necessária para salvaguardar seus direitos. A respeito, o Comitê dos Direitos da Criança determinou que “[s]e não forem cumpridos os requisitos para obter a condição de refugiado ao amparo da Convenção de 1951, os menores separados ou desacompanhados desfrutarão da proteção complementar disponível na medida determinada por suas necessidades de proteção[, incluindo] a obrigação [estatal] de atender às necessidades específicas de proteção do menor desacompanhado e separado de sua família”.<sup>474</sup> Isso implica necessariamente que deverá assegurar-se, “na máxima medida possível, [o desfrute] de todos os direitos humanos que se reconhecem às crianças no território pertencente ou sujeitas à jurisdição do Estado, com inclusão dos direitos que pressupõem a estadia legal neste território”.<sup>475</sup>

242. Em conclusão, uma interpretação das disposições relativas ao princípio de não devolução, em virtude da proteção especial derivada dos artigos 19 da Convenção e VII da Declaração e considerando o regime estabelecido pela Convenção sobre os Direitos da Criança, leva esta Corte a afirmar a vigência do princípio de não devolução, há muito consolidado, no caso de crianças, de tal modo que qualquer decisão sobre sua devolução ao país de origem ou a um terceiro país seguro apenas poderá se basear nos requerimentos de seu interesse superior, tendo em consideração que o risco de violação de seus direitos pode adquirir manifestações particulares e específicas em razão da idade.

#### **XIV PROCEDIMENTOS PARA GARANTIR O DIREITO DAS CRIANÇAS DE BUSCAR E RECEBER ASILO**

243. A Corte Interamericana foi consultada sobre as características que deveriam incorporar os procedimentos empregados quando se identifica uma potencial solicitação de asilo ou de reconhecimento da condição de refugiado de uma criança migrante, à luz do artigo 22.<sup>476</sup> da

<sup>473</sup> Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *UNHCR's Observations on the European Commission's Proposal for a Council Directive on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals and Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection (Brussels, 12 September 2001, COM(2001) 510 final, 2001/0207 (CNS))* [Observações do ACNUR à proposta da Comissão Europeia para a criação de uma Diretriz de Padrões Mínimos para a Qualificação e Status de Nacionais de Terceiros Estados e Pessoas Apátridas como Refugiados ou Pessoas que necessitam Proteção Internacional (Bruxelas, 12 de setembro de 2001, COM(2001) 510 final, 2001/10207 (CNS))] (tradução da Secretaria da Corte), 1 de novembro de 2001.

<sup>474</sup> Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral N° 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem, supra*, par. 77.

<sup>475</sup> Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral N° 6: Tratamento dos menores desacompanhados e separados de sua família fora de seu país de origem, supra*, par. 77.

<sup>476</sup> Artigo 22. Direito de Circulação e de Residência

Convenção Americana e do artigo XXVII<sup>477</sup> da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

244. A fim de dar efeito útil ao direito de buscar e receber asilo previsto nos artigos 22.7 da Convenção e XXVII da Declaração Americana (pars. 73 a 81 e 98 a 99 *supra*) e garantir seu exercício em condições de igualdade e sem discriminação, a Corte ressaltou a necessidade primordial de que os Estados elaborem e implementem procedimentos justos e eficientes destinados a determinar se a pessoa solicitante reúne os critérios para exercer este direito e solicitar o estatuto de refugiado, tomando em conta que as definições contêm elementos subjetivos e objetivos (pars. 75, 76 e 80 *supra*) que apenas podem ser conhecidos por meio de procedimentos individualizados e que, por sua vez, permitam um correto exame da solicitação de asilo e previnam devoluções contrárias ao Direito Internacional.<sup>478</sup>

245. Os tratados aplicáveis do Direito Internacional dos Refugiados, e em particular a Convenção de 1951 e seu Protocolo de 1967, não contêm referências explícitas aos procedimentos a serem seguidos para a determinação da condição de refugiado e das garantias processuais, de modo que corresponderia aos próprios Estados determinar estes procedimentos e as autoridades competentes para fazer efetivo esse direito. Entretanto, o Tribunal ressaltou que todo procedimento relativo à determinação da condição de refugiado de uma pessoa implica na avaliação e decisão sobre o possível risco de afetação de seus direitos mais básicos, como a vida, a integridade e a liberdade pessoal. Em razão da "natureza dos direitos que poderiam ser afetados por uma determinação errônea do risco ou uma resposta desfavorável, as garantias de devido processo são aplicáveis, no que corresponda, a este tipo de procedimentos".<sup>479</sup> Por isso, esta Corte considerou que, em aplicação dos princípios de não discriminação e devido processo, se fazem necessários procedimentos previsíveis que assegurem à pessoa solicitante, incluindo as crianças, seu direito a ser ouvida com as devidas garantias de acordo com os artigos 8 e 25 da Convenção Americana,<sup>480</sup> assim como a

[...]

7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais. [...]

<sup>477</sup>

Artigo XXVII. Direito de asilo

Toda pessoa tem o direito de procurar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição que não seja motivada por delitos de direito comum, e de acordo com a legislação de cada país e com os convênios internacionais.

<sup>478</sup>

*Cf. Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia, supra*, pars. 147 e 159. O Comitê Executivo do ACNUR indicou "a importância de estabelecer, de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, procedimentos justos e eficientes, aos que tenham acesso todos os solicitantes de asilo, com o fim de assegurar que se identifique e se ofereça proteção aos refugiados e outras pessoas que reúnem as condições para beneficiar-se da proteção em virtude do Direito Internacional ou nacional". *Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), Comitê Executivo, Conclusões Adotadas pelo Comitê Executivo para a Proteção Internacional de Refugiados*, publicadas em 8 de outubro de 1993, UN Doc. 71 (XLIV)-1993, par. (i). Ver, também, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Consultas globais sobre proteção internacional: Reunião Ministerial dos Estados Partes da Convenção de 1951 e/ou do Protocolo de 1967 sobre o Estatuto dos Refugiados (12-13 de dezembro 2001) - Declaração dos Estados Partes da Convenção de 1951 e/ou do Protocolo de 1967 sobre o Estatuto dos Refugiados*, UN Doc. HCR/MMSP/2001/9, adotada em 13 de dezembro de 2001, publicada em 16 de dezembro de 2002, parágrafo operativo 6. Outrossim, Assembleia Geral da ONU, *Resolução 52/132 Direitos Humanos e Êxodos em Massa*, UN Doc. A/RES/52/132, adotada e publicada em 27 de fevereiro de 1998; *Resolução 49/169 da Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados*, UN Doc. A/RES/49/169, adotada e publicada em 24 de fevereiro de 1995, e *Resolução 45/140 da Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados*, UN Doc. A/RES/45/140, adotada e publicada em 14 de dezembro de 1990. O Comitê contra a Tortura indicou a importância de que "a regulação de procedimentos de tramitação e decisão das solicitações de asilo e refúgio, que contemplem a oportunidade do requerente de ser formalmente ouvido e de fazer valer o que convenha ao direito que invoca, inclusive sua prova, com garantia das características do devido processo legal". Comitê contra a Tortura, *Observações finais do Comitê contra a Tortura: Venezuela*, UN Doc. A/54/44, 5 de maio de 1999, par. 148.

<sup>479</sup>

*Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia, supra*, par. 157.

<sup>480</sup>

*Cf. Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia, supra*, par. 154.

coerência e objetividade na tomada de decisões em cada etapa do procedimento para evitar decisões arbitrárias.<sup>481</sup>

246. Entretanto, em virtude da proteção especial derivada dos artigos 19 da Convenção e VII da Declaração, a Corte entende que a obrigação estatal de estabelecer e seguir procedimentos justos e eficientes para poder identificar os potenciais solicitantes de asilo, e determinar a condição de refugiado a quem satisfaça os requisitos para obter a proteção internacional, deve incorporar também os componentes e as garantias específicas desenvolvidas à luz da proteção integral devida a todas as crianças. Deste modo, os princípios contidos na Convenção sobre Direitos da Criança devem orientar tanto os aspectos substantivos como processuais da determinação da solicitação da condição de refugiado da criança.<sup>482</sup> Assim, quando são solicitantes, as crianças devem gozar, além das garantias gerais nos termos dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, de garantias procedimentais específicas e probatórias para garantir seu acesso a este procedimento e que decisões justas sejam tomadas na determinação de suas solicitações para a condição de refugiado,<sup>483</sup> o que requer o desenvolvimento e a integração de procedimentos apropriados e seguros para as crianças, e um ambiente que lhes proporcione confiança em todas as etapas do processo de asilo.<sup>484</sup>

247. Para certificar-se de que os procedimentos para atender às solicitações de asilo ou de reconhecimento da condição de refugiado sejam adequados, os Estados devem aplicar em sua totalidade os princípios reitores (par. 69 *supra*). Em especial, o referente ao interesse superior da criança, como consideração primordial em todas as ações que as afetem, e a sua participação, que envolve o direito das crianças solicitantes de asilo e refugiados de gozar da oportunidade de serem ouvidas em todo procedimento administrativo ou judicial que as afete. Sobre a relação significativa entre estes dois princípios, a Corte já ressaltou que a mesma “facilita o papel essencial das crianças em todas as decisões que afetem sua vida”,<sup>485</sup> incluindo os procedimentos de asilo ou para a determinação da condição de refugiado. Ademais, é relevante referir-se ao conteúdo do artigo 22 da Convenção sobre os Direitos da Criança,<sup>486</sup> o qual reconhece o direito de que os Estados assegurem que a criança que tente obter o estatuto de refugiado, ou que seja considerada refugiada de acordo com o direito e os procedimentos

<sup>481</sup> Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, *supra*, par. 157.

<sup>482</sup> Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Diretrizes de Proteção Internacional: Solicitações de asilo de crianças, nos termos dos artigos 1(A)2 e 1(F) da Convenção de 1951 e/ou do Protocolo de 1967 sobre o Estatuto dos Refugiados*, UN Doc. HCR/GIP/09/08, publicadas em 22 de dezembro de 2009, par. 5.

<sup>483</sup> Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Diretrizes de Proteção Internacional: Solicitações de asilo de crianças, nos termos dos artigos 1(A)2 e 1(F) da Convenção de 1951 e/ou do Protocolo de 1967 sobre o Estatuto dos Refugiados*, UN Doc. HCR/GIP/09/08, publicadas em 22 de dezembro de 2009, par. 65.

<sup>484</sup> Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, *supra*, par. 224.

<sup>485</sup> *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, *supra*, par. 220.

<sup>486</sup> O qual dispõe:

1. Os Estados Partes adotarão medidas pertinentes para assegurar que a criança que tente obter a condição de refugiada, ou que seja considerada como refugiada de acordo com o direito e os procedimentos internacionais ou internos aplicáveis, receba, tanto no caso de estar sozinha como acompanhada por seus pais ou por qualquer outra pessoa, a proteção e a assistência humanitária adequadas a fim de que possa usufruir dos direitos enunciados na presente convenção e em outros instrumentos internacionais de direitos humanos ou de caráter humanitário dos quais os citados Estados sejam parte.

2. Para tanto, os Estados Partes cooperarão, da maneira como julgarem apropriada, com todos os esforços das Nações Unidas e demais organizações intergovernamentais competentes, ou organizações não-governamentais que cooperem com as Nações Unidas, no sentido de proteger e ajudar a criança refugiada, e de localizar seus pais ou outros membros de sua família a fim de obter informações necessárias que permitam sua reunião com a família. Quando não for possível localizar nenhum dos pais ou membros da família, será concedida à criança a mesma proteção outorgada a qualquer outra criança privada permanente ou temporariamente de seu ambiente familiar, seja qual for o motivo, conforme o estabelecido na presente convenção.

internacionais ou internos aplicáveis, e receba a proteção e assistência necessária para salvaguardar seus direitos.

248. Especificamente, o Comitê Executivo do ACNUR enfatizou que a adaptação destes procedimentos às necessidades específicas da infância inclua “os requisitos de prova pertinentes, prioridade na tramitação das solicitações de asilo de crianças desacompanhadas ou separadas de sua família, representação por meio de advogado qualificado e gratuito ou representação de outra natureza para as crianças desacompanhadas ou separadas de suas famílias, e [...] a possibilidade de aplicar a Convenção de 1951 levando em consideração a idade e o gênero e reconhecendo, para estes efeitos, as manifestações e formas de perseguição especificamente dirigidas contra as crianças”.<sup>487</sup>

249. Deste modo, é possível considerar que os artigos 19, 22.7 e 22.8 da Convenção Americana, VII e XXVII da Declaração Americana, 22 da Convenção sobre os Direitos da Criança, assim como a Convenção de 1951, seu Protocolo de 1967 e a definição regional da Declaração de Cartagena, conformam o *corpus iuris* internacional para a proteção dos direitos humanos das crianças solicitantes de asilo e refugiados no continente americano. Nos termos do marco normativo desenvolvido, a Corte exporá a seguir os componentes essenciais que se derivam da obrigação estatal de estabelecer e adotar procedimentos justos e eficientes para poder identificar os potenciais solicitantes de asilo e, se for o caso, determinar a condição de refugiado a quem satisfaça os requisitos para obter este tipo de proteção internacional tendo em conta as formas particulares que pode adquirir a perseguição de crianças (par. 80 *supra*), bem como os requisitos específicos requeridos para assegurar um procedimento acessível e adequado para as crianças.

250. Nesse sentido, quando se identifica uma criança migrante como um potencial solicitante de asilo ou de reconhecimento da condição de refugiado, esta deve receber a orientação necessária quanto ao procedimento que será seguido,<sup>488</sup> em uma linguagem e de modo que possa compreender e, se for o caso, lhe será dada a oportunidade de entrar em contato com um representante do ACNUR ou da entidade que faça suas funções caso não se encontre no país.<sup>489</sup>

251. Do mesmo modo, a Corte indicou anteriormente que a concessão ao solicitante de asilo das facilidades necessárias integra a referida obrigação,<sup>490</sup> incluindo os serviços de um intérprete competente,<sup>491</sup> bem como, se for o caso, o acesso a assessoria e representação legal,<sup>492</sup> tanto para submeter sua solicitação perante as autoridades<sup>493</sup> como durante o trâmite da mesma. No caso das crianças, a representação legal deve ser gratuita e contar com

<sup>487</sup> Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), Comitê Executivo, Conclusão sobre *Crianças Situação de Risco*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada em 5 de outubro de 2007, par. g (viii).

<sup>488</sup> Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), Comitê Executivo, Determinação do Estatuto de Refugiado, UN Doc. 8 (XXVIII)-1977, publicada em 12 de outubro de 1977, par. e(ii).

<sup>489</sup> Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, *supra*, par. 159.a). Ver, também, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), Comitê Executivo, Determinação do Estatuto de Refugiado, UN Doc. 8 (XXVIII)-1977, publicada em 12 de outubro de 1977, par. e(iv).

<sup>490</sup> Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, *supra*, par. 159.a). Ver, também, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Procedimentos de asilo justos e eficientes: uma visão não exaustiva das normas internacionais aplicáveis*, 2 de setembro de 2005, pág. 3.

<sup>491</sup> Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, *supra*, par. 159.a). Ver, também, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Procedimentos de asilo justos e eficientes: uma visão não exaustiva das normas internacionais aplicáveis*, 2 de setembro de 2005, pág. 3.

<sup>492</sup> Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, *supra*, par. 159.a). Ver, também, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Procedimentos de asilo justos e eficientes: uma visão não exaustiva das normas internacionais aplicáveis*, 2 de setembro de 2005, pág. 3.

<sup>493</sup> Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, *supra*, par. 159.a).

capacitação especializada.<sup>494</sup> Da mesma forma que nos procedimentos migratórios (pars. 132 a 136 *supra*), em caso de uma criança desacompanhada ou separada, torna-se uma obrigação inevitável a nomeação de um tutor que zele pelo bem-estar e interesse superior da criança.<sup>495</sup>

252. Uma vez que a criança é apresentada à autoridade competente, a qual deve estar claramente identificada no marco do procedimento estabelecido, corresponde a ela realizar o exame da solicitação com objetividade.<sup>496</sup> Para isso, constitui um requisito inevitável a realização de uma entrevista pessoal a fim de que o solicitante exponha seu caso,<sup>497</sup> de tal modo que se garanta o direito a ser ouvido. O direito das crianças de expressar suas opiniões e participar de uma maneira significativa também é importante no contexto dos procedimentos de asilo ou para a determinação da condição de refugiado,<sup>498</sup> cujos alcances podem depender de se a criança é solicitante ou não, independentemente de que seja acompanhada, desacompanhada ou separada de seus pais ou das pessoas encarregadas de seu cuidado.<sup>499</sup> Nas hipóteses em que as crianças não puderem conceder uma entrevista, cabe utilizar os métodos de comunicação não verbais que resultem mais idôneos em cada caso concreto para dar cumprimento ao princípio de participação.

253. Além disso, a Corte considera que o disposto nos citados artigos 19 da Convenção e VII da Declaração é cumprido quando se adota a prática de conceder uma atenção prioritária para a entrevista de crianças desacompanhadas, depois às separadas, depois destes às acompanhadas de um único progenitor e, finalmente, às que vêm como parte de uma família,<sup>500</sup> a fim de atender oportunamente e determinar a urgência de necessidade de proteção.

254. A entrevista deve ser realizada em um lugar adequado às necessidades e segurança das crianças, o que significa um espaço que não seja ameaçador, e por um profissional que conte com uma capacitação especializada. Ao início da entrevista, a autoridade deve informar à criança o que sucederá, procurando em todo momento evitar o incômodo e ressaltando que se trata de uma entrevista confidencial. A esse respeito, a Corte já determinou<sup>501</sup> que, com a finalidade de proteger os direitos dos solicitantes que possam estar em risco, o procedimento deve respeitar em todas as suas etapas a proteção dos dados do solicitante e do pedido, assim como o princípio de confidencialidade.<sup>502</sup>

<sup>494</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral Nº 14: *O direito da criança a que seu interesse superior seja uma consideração primordial (artigo 3, parágrafo 1), supra*, pars. 94 e 96, e Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Diretrizes de Proteção Internacional: Solicitações de asilo de crianças, nos termos dos artigos 1(A)2 e 1(F) da Convenção de 1951 e/ou do Protocolo de 1967 sobre o Estatuto dos Refugiados*, UN Doc. HCR/GIP/09/08, publicadas em 22 de dezembro de 2009, par. 69.

<sup>495</sup> Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Diretrizes de Proteção Internacional: Solicitações de asilo de crianças, nos termos dos artigos 1(A)2 e 1(F) da Convenção de 1951 e/ou do Protocolo de 1967 sobre o Estatuto dos Refugiados*, UN Doc. HCR/GIP/09/08, publicadas em 22 de dezembro de 2009, par. 69.

<sup>496</sup> Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia, supra*, par. 159.b).

<sup>497</sup> Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia, supra*, par. 159.b).

<sup>498</sup> A Convenção sobre os Direitos da Criança não estabelece nenhum limite inferior de idade no direito da criança para expressar livremente suas opiniões, já que é evidente que as crianças podem e têm opiniões desde uma idade muito precoce. Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 12: O direito da criança a ser ouvida, supra*, par. 21.

<sup>499</sup> Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia, supra*, par. 223.

<sup>500</sup> Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), Comitê Executivo. *Conclusão sobre Crianças em Situação de Risco*, UN Doc. 107 (LVIII)-2007, publicada em 5 de outubro de 2007, par. g), viii).

<sup>501</sup> Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia, supra*, par. 159.d).

<sup>502</sup> Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Processos de asilo (Procedimentos de asilo justos e eficientes). Consultas globais sobre proteção internacional*, UN. Doc. EC/GC/01/12, publicado em 31 de maio de 2001, par. 50(m). Ver, também, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Guidelines on International Protection Nº 5: Application of the Exclusion Clauses: Article 1F of the 1951 Convention relating to the status of Refugees [Diretrizes sobre proteção internacional Nº 5: A aplicação das cláusulas de exclusão:*

255. A Corte considera que a entrevista não apenas constitui uma forma de recolher informação sobre a situação atual da criança solicitante e de obter e comprovar todos os elementos de prova disponíveis, mas também permite identificar necessidades imediatas de assistência como roupa, comida e higiene, entre outras.

256. A Corte recorda que os procedimentos administrativos e judiciais que concernem à proteção dos direitos humanos de crianças devem ser administrados com uma diligência e celeridade excepcionais por parte das autoridades (par. 143 *supra*). Por esse motivo, deve existir a menor demora possível no reconhecimento da condição de refugiado das crianças. A Corte considera que o Estado é responsável por oferecer proteção e cuidado à criança solicitante de maneira especial durante o tempo que dure a tomada de decisão. Isso significa assegurar habitação e comida, assim como acesso à saúde, atenção psicossocial e educação.<sup>503</sup>

257. A decisão que a autoridade competente adote a respeito do pedido, quanto a reconhecer ou não a condição de refugiado do solicitante com base em determinações de fato e de direito, deve estar devida e expressamente fundamentada,<sup>504</sup> a fim de possibilitar, se for o caso, o exercício do direito ao recurso. Além disso, essa decisão deve ser comunicada às crianças em uma linguagem e de modo adequado à idade e na presença de seu tutor, representante legal e/ou de outra pessoa de apoio.<sup>505</sup> Em caso seja reconhecida a condição de refugiado, a autoridade competente deve conceder um documento que o certifique.

258. Por outro lado, a Corte já indicou que, se não foi reconhecida ao solicitante a condição de refugiado, deve-se oferecer a ele a informação sobre como recorrer da decisão e conceder-lhe um prazo razoável para isso, a fim de que se reconsidere formalmente a decisão adotada.<sup>506</sup> No caso das crianças, deve ser buscado, em tal eventualidade, evitar ou reduzir qualquer possibilidade de estresse ou dano psicológico.<sup>507</sup>

259. De igual forma, a Corte indicou que o recurso de revisão ou de apelação deve ter efeitos suspensivos e deve ser permitido ao solicitante permanecer no país até que a autoridade competente adote a decisão sobre o caso e, inclusive, enquanto esteja pendente o meio de impugnação.<sup>508</sup>

---

*o artigo 1F da Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados*] (tradução da Secretaria da Corte), UN Doc. HCR/GIP/03/05, 4 de setembro de 2003, par. 33.

<sup>503</sup> Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Guidelines on Policies and Procedures dealing with Unaccompanied Children Seeking Asylum*, fevereiro de 1997.

<sup>504</sup> Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, *supra*, pars. 159.c) e 171. Ver, também, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Manual e Diretrizes de Procedimentos e Critérios para Determinar a Condição de Refugiado em Virtude da Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 sobre o Estatuto dos Refugiados*, UN Doc. HCR/1P/4/ENG/REV.3, dezembro de 2011, pars. 29, 203 e 204.

<sup>505</sup> Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Diretrizes de Proteção Internacional: Solicitações de asilo de crianças, nos termos dos artigos 1(A)2 e 1(F) da Convenção de 1951 e/ou do Protocolo de 1967 sobre o Estatuto dos Refugiados*, UN Doc. HCR/GIP/09/08, publicadas em 22 de dezembro de 2009, par. 77.

<sup>506</sup> Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, *supra*, par. 159.e). Ver, também, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), Comitê Executivo, *Determinação do Estatuto de Refugiado*, UN Doc. 8 (XXVIII)-1977, publicada em 12 de outubro de 1977, par. e(vi), e Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Melhorando os procedimentos de asilo: Análise comparativa e recomendações para o Direito e Prática - Principais conclusões e recomendações: um projeto de investigação do ACNUR sobre a aplicação das disposições chave da Diretriz de Procedimentos de Asilo em determinados Estados Membros*, março de 2010, pág. 89.

<sup>507</sup> Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Diretrizes de Proteção Internacional: Solicitações de asilo de crianças, nos termos dos artigos 1(A)2 e 1(F) da Convenção de 1951 e/ou do Protocolo de 1967 sobre o Estatuto dos Refugiados*, UN Doc. HCR/GIP/09/08, publicadas em 22 de dezembro de 2009, par. 77.

<sup>508</sup> Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia*, *supra*, par. 159.f). Ver, também, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), Comitê Executivo, *Processos de Asilo (Procedimentos de asilo justos e eficientes)*. Consultas Globais sobre Proteção Internacional. UN Doc. EC/GC/01/12, publicado em 31 de maio de 2001, par. 43.

260. Para esse fim, a Corte afirma que a emissão de um documento que demonstre o *status* migratório do solicitante constitui uma salvaguarda contra a expulsão arbitrária ou a devolução. Este documento deve ser emitido durante a tramitação do procedimento de asilo ou de determinação da condição de refugiado e deve permitir o acesso a serviços sem estigmatizar o solicitante.<sup>509</sup>

261. Em suma, para garantir de forma efetiva o direito incluído nos artigos 22.7 da Convenção Americana e XXVII da Declaração Americana, os Estados devem adequar os procedimentos de asilo ou de determinação da condição de refugiado para oferecer às crianças um acesso efetivo aos mesmos que permita considerar sua situação específica. A Corte considera que esta obrigação implica em:<sup>510</sup> não obstaculizar o ingresso ao país; se forem identificados riscos e necessidades, dar à pessoa acesso à entidade estatal encarregada de conceder o asilo ou o reconhecimento da condição de refugiado ou a outros procedimentos que sejam idôneos para a proteção e atenção específica conforme as circunstâncias de cada caso; tramitar de forma prioritária as solicitações de asilo de crianças como solicitante principal; contar com pessoal de recepção na entidade que possa examinar as crianças para determinar seu estado de saúde; realizar um registro e entrevista procurando não causar maior trauma ou re-vitimização; dispor de um lugar para a estadia da pessoa solicitante, se já não o dispuser; emitir um documento de identidade para evitar a devolução; estudar o caso com consideração de flexibilidade quanto à prova; designar-lhe um tutor independente e capacitado no caso de crianças desacompanhadas ou separadas; em caso seja reconhecida a condição de refugiado, proceder aos trâmites de reunificação familiar, se for necessário, de acordo com o interesse superior e, finalmente, buscar como solução duradoura a repatriação voluntária, o reasentamento ou a integração social, de acordo com determinação do interesse superior da criança.<sup>511</sup>

262. Entretanto, é certo que na determinação da condição de refugiado os Estados geralmente avaliam os casos de forma individual. Em situações de influxo em massa de pessoas,<sup>512</sup> quando a determinação individual da condição de refugiado em geral não resulta

<sup>509</sup> Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Conclusão sobre a recepção dos solicitantes de asilo no contexto dos diferentes sistemas de asilo*, UN Doc. 93 (LIII)-2002, publicada em 8 de outubro de 2002, par. b(i) ao (ix).

<sup>510</sup> Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Diretrizes de Proteção Internacional: Solicitações de asilo de crianças, nos termos dos artigos 1(A)2 e 1(F) da Convenção de 1951 e/ou do Protocolo de 1967 sobre o Estatuto dos Refugiados*, UN Doc. HCR/GIP/09/08, publicadas em 22 de dezembro de 2009, pars. 65 a 77.

<sup>511</sup> Ver Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Diretrizes do ACNUR para a determinação do interesse superior da criança*, maio de 2008.

<sup>512</sup> O ACNUR indicou que não é possível definir em termos absolutos aquilo que constitui um "influxo em massa ou em grande escala", mas que deve ser definido em função dos recursos de que disponha o país receptor. Nesta linha, argumentou que "[d]eve-se entender esta expressão com referência a um elevado número de chegadas a um país, durante um período breve de tempo, de pessoas provenientes do mesmo país de origem, que foram deslocadas sob circunstâncias que indiquem que os membros do grupo mereceriam proteção internacional, e para os quais, dado o elevado número, é materialmente impossível levar a cabo uma determinação de estatuto de refugiado individual". Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Comentário do ACNUR sobre o Projeto de Diretriz da União Europeia sobre Proteção Temporária em caso de influxo em massa*, 15 de setembro de 2000, parte 3(a), citado em Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Manual e Diretrizes de Procedimentos e Critérios para Determinar a Condição de Refugiado nos termos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967 sobre o Estatuto dos Refugiados*, UN Doc. HCR/1P/4/ENG/REV.3, dezembro de 2011, par. 44. Além disso, o Comitê Executivo do ACNUR observou que o influxo em massa é um fenômeno que não foi definido, mas que tal situação estará caracterizada por, entre outros, os seguintes aspectos: (i) um número considerável de pessoas que chegam através de uma fronteira internacional; (ii) um ritmo rápido de chegada; (iii) uma capacidade insuficiente de absorção ou de resposta nos países de acolhida, em particular durante a emergência; (iv) os procedimentos de asilo individuais, quando se encontram disponíveis, são incapazes de fazer frente à avaliação de um número tão alto. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), Comitê Executivo, *Conclusão sobre cooperação internacional e distribuição da carga e as responsabilidades nas situações de deslocamentos em grande escala*, UN Doc. A/AC.96/1003, N° 100 (XLV), publicada em 12 de outubro de 2004.

viável, mas existe uma premente necessidade de oferecer proteção e assistência, particularmente quando, no caso de crianças, os Estados devem garantir o acesso "à proteção, a não devolução e um tratamento humanitário mínimo",<sup>513</sup> podendo recorrer ao reconhecimento grupal, coletivo ou *prima facie*. De acordo com esse preceito, é necessário reconhecer a figura da responsabilidade compartilhada, que implica, por um lado, que o Estado de acolhida tem a obrigação de admitir as pessoas que buscam asilo em seu território sem discriminação e respeitar os princípios de não devolução e de não rechaço na fronteira, assim como conceder a proteção internacional que corresponda, e pelo outro, o Estado de origem deve tentar resolver e eliminar as causas do deslocamento para poder garantir uma solução duradoura e, em particular, a repatriação voluntária.

## **XV**

### **DIREITO À VIDA FAMILIAR DAS CRIANÇAS NO MARCO DE PROCEDIMENTOS DE EXPULSÃO OU DEPORTAÇÃO DE SEUS PROGENITORES POR MOTIVOS MIGRATÓRIOS**

263. A Corte Interamericana foi consultada sobre o alcance que deveria ser conferido à proteção do direito das crianças a não serem separadas de seus pais em casos nos quais poderia ser aplicada uma medida de deportação a um ou ambos os progenitores, como consequência de sua condição migratória, à luz dos artigos 8,<sup>514</sup> 17,<sup>515</sup> 19<sup>516</sup> e 25<sup>517</sup> da

<sup>513</sup> Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *A proteção dos refugiados em situações de influxo em massa: marco global para a proteção*, UN Doc. EC/GC/01/4, 19 de fevereiro de 2001, par. 6.

<sup>514</sup> Artigo 8. Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; e

h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

<sup>515</sup> Artigo 17. Proteção da Família

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

Convenção Americana e dos artigos VI<sup>518</sup> e XXV<sup>519</sup> da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

264. O artigo 17 da Convenção Americana, assim como o artigo VI da Declaração Americana, articula o direito de proteção à família, reconhecendo que a família é o elemento fundamental da sociedade e que deve ser protegida. A Corte já indicou que este direito implica não apenas em dispor e executar diretamente medidas de proteção das crianças, mas também em favorecer, da maneira mais ampla, o desenvolvimento e a fortaleza do núcleo familiar,<sup>520</sup> uma vez que o desfrute mútuo da convivência entre pais e filhos constitui um elemento fundamental na vida de família.<sup>521</sup>

---

2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção.

3. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos contraentes.

4. Os Estados Partes devem tomar medidas apropriadas no sentido de assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o casamento e em caso de dissolução do mesmo. Em caso de dissolução, serão adotadas disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos.

5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento.

<sup>516</sup> Artigo 19. Direitos da Criança

Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

<sup>517</sup> Artigo 25. Proteção Judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;

b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e

c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenconsiderou procedente o recurso.

<sup>518</sup> Artigo VI. Direito à constituição e proteção da família

Toda pessoa tem direito a constituir família, elemento fundamental da sociedade e a receber proteção para ela.

<sup>519</sup> Artigo XXV. Direito de proteção contra prisão arbitrária

Ninguém pode ser privado da sua liberdade, a não ser nos casos previstos pelas leis e segundo as praxes estabelecidas pelas leis já existentes.

Ninguém pode ser preso por deixar de cumprir obrigações de natureza claramente civil.

Todo indivíduo, que tenha sido privado da sua liberdade, tem o direito de que o juiz verifique sem demora a legalidade da medida, e de que o julgue sem protelação injustificada, ou, no caso contrário, de ser posto em liberdade. Tem também direito a um tratamento humano durante o tempo em que o privarem da sua liberdade.

<sup>520</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança, supra*, par. 66, e *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia, supra*, par. 226.

<sup>521</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança, supra*, par. 72, e *Caso Fornerón e filha Vs. Argentina, supra*, par. 47.

265. A Corte também esclareceu que o artigo 11.2 da Convenção Americana,<sup>522</sup> o qual reconhece o direito de toda pessoa a receber proteção contra ingerências arbitrárias ou abusivas na vida da família -também denominada doravante "vida familiar" - forma parte, implicitamente, do direito à proteção da família.<sup>523</sup> Nesse sentido, o Tribunal considera que para dar resposta à consulta proposta é necessário analisar conjuntamente os artigos 17.1 e 11.2 da Convenção, bem como o artigo VI da Declaração, pois corresponde à Corte interpretar o alcance do referido direito no marco de uma hipótese específica, qual seja nos casos de um procedimento de expulsão ou deportação de um ou de ambos os progenitores, como consequência de sua condição migratória, o que pode configurar uma ingerência no desfrute da vida familiar ao separar a criança de um ou de ambos os progenitores. Em particular, cabe determinar os parâmetros sob os quais essa interferência não resulte arbitrária nem abusiva e, deste modo, a restrição à vida familiar seja legítima.

266. Entretanto, o anterior requer realizar uma série de precisões conceituais antes de responder a consulta proposta. Primeiramente, a Corte adverte que no título da consulta se emprega o termo expulsão, enquanto na pergunta específica se recorre ao termo deportação. Apesar de conceitos de expulsão e deportação serem geralmente utilizados indistintamente, também é certo que adquirem seu particular significado no marco das legislações nacionais ou nos diferentes ramos do Direito Internacional.

267. No âmbito de suas respectivas competências, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) e a Comissão de Direito Internacional proporcionaram definições sobre estes termos. Para o ACNUR, de acordo com o artigo 32 da Convenção de 1951, a expulsão é o desalojamento de uma pessoa refugiada que reside legalmente no território de um Estado por parte das autoridades públicas.<sup>524</sup> Segundo a Comissão de Direito Internacional, a noção de expulsão se refere ao exercício do direito ou da faculdade de um Estado de solicitar a um estrangeiro, através de uma decisão ou ordem emitida pelo órgão judicial ou administrativo competente de acordo com o direito interno do Estado, que abandone seu território quando sua presença contínua é contrária aos interesses do Estado territorial.<sup>525</sup> Por sua vez, o conceito de deportação se relaciona especificamente com a execução da referida decisão ou ordem que consiste em enviar obrigatoriamente a pessoa ao seu país de origem ou de procedência, impedindo seu retorno por um termo determinado.<sup>526</sup>

268. O Comitê de Direitos Humanos, por sua vez, adotou um critério funcional na aplicação do artigo 13 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>527</sup> relativo à expulsão de estrangeiros, conforme se explica a seguir: "[o referido] artigo é aplicável a todos os

<sup>522</sup> Artigo 11. Proteção da Honra e da Dignidade

[...]

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. [...]

<sup>523</sup> Cf. *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas, supra*, par. 170.

<sup>524</sup> Cf. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), *Dicionário de Termos Chave relativos à Proteção Internacional dos Refugiados*, Junho 2006, Rev. 1.

<sup>525</sup> Cf. Comissão de Direito Internacional, *Expulsão de estrangeiros: Memorando da Secretaria, UN Doc. A/CN.4/565*, publicado em 10 de julho de 2006, par. 67.

<sup>526</sup> Cf. Comissão de Direito Internacional, *Expulsão de estrangeiros: Memorando da Secretaria, UN Doc. A/CN.4/565*, publicado em 10 de julho de 2006, pars. 91 e 92.

<sup>527</sup> O qual dispõe:

Um estrangeiro que se ache legalmente no território de um Estado Parte do presente Pacto só poderá dele ser expulso em decorrência de decisão adotada em conformidade com a lei e, a menos que razões imperativas de segurança nacional a isso se oponham, terá a possibilidade de expor as razões que militem contra sua expulsão e de ter seu caso reexaminado pelas autoridades competentes, ou por uma ou varias pessoas especialmente designadas pelas referidas autoridades, e de fazer-se representar com esse objetivo.

procedimentos que tenham por objeto a saída obrigatória de um estrangeiro, seja esta descrita no direito nacional como expulsão ou de outra forma”.<sup>528</sup>

269. Para os os efeitos práticos deste parecer, adota-se uma definição funcional como a do Comitê de Direitos Humanos, sem que isso implique em um pronunciamento a respeito da validade ou fundamento das definições proporcionadas pelo ACNUR e pela Comissão de Direito Internacional no âmbito de suas respectivas competências. Consequentemente, no âmbito da presente consulta, a Corte entende a expulsão como qualquer decisão, ordem, ato ou procedimento perante o órgão administrativo ou judicial competente, independentemente da denominação que receba na legislação nacional, relacionado à saída obrigatória de uma pessoa do Estado receptor, que tem como consequência que esta efetivamente abandone o território deste Estado ou seja trasladada para fora das fronteiras do mesmo. Deste modo, ao referir-se à expulsão, está incluído também o que, em termos específicos ou estatais internos, poderia consistir em uma deportação.

270. Relacionado ao anterior, é preciso recordar que podem existir distintas hipóteses que podem provocar uma expulsão. O artigo 32 da Convenção de 1951 determina que a expulsão de um refugiado unicamente pode ser justificada por razões de segurança nacional ou de ordem pública. Por sua vez, no marco do Direito Internacional dos Direitos Humanos se proíbe a expulsão de nacionais e se protege o estrangeiro que se encontre legalmente no território de um Estado, que unicamente poderá ser expulso dele em cumprimento de uma decisão adotada conforme a lei.<sup>529</sup> Estas previsões também são operativas em casos que possam desembocar em uma expulsão ou deportação ao resolver a controvérsia em torno à licitude de sua entrada ou permanência.<sup>530</sup>

271. A Corte entende que a pergunta se concentra nesta última hipótese, isto é, nos casos em que a expulsão do progenitor, que não é nacional do Estado receptor, fundamenta-se unicamente em sua situação migratória irregular, excluindo aqueles que teriam cometido um delito no país de origem ou no receptor.

272. Ademais, é pertinente recordar que a família a que toda criança tem direito é, principalmente, a sua família biológica, incluindo os familiares mais próximos, a qual deve oferecer à criança proteção e, por sua vez, deve ser objeto primordial de medidas de proteção por parte do Estado.<sup>531</sup> Não obstante isso, a Corte recorda que não existe um modelo único de família.<sup>532</sup> Por isso, a definição de família não deve restringir-se pela noção tradicional de um

<sup>528</sup> Comitê de Direitos Humanos, *Observação Geral N° 15: A situação dos estrangeiros com respeito ao Pacto*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, publicada em 11 de abril de 1986, par. 9.

<sup>529</sup> Ver o artigo 22.6 da Convenção Americana, e o artigo 13 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.

<sup>530</sup> Cf. *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana*, *supra*, par. 161. Ver, também, Comitê de Direitos Humanos, *Observação Geral N° 15: A situação dos estrangeiros com respeito ao Pacto*, *supra*, par. 9.

<sup>531</sup> Cf. *Caso Fornerón e filha Vs. Argentina*, *supra*, par. 119.

<sup>532</sup> Cf. Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, *Recomendação Geral N° 21: Igualdade no casamento e nas relações familiares*, 4 de fevereiro de 1994, par. 13 (“a forma e o conceito de família variam de um Estado a outro e até de uma região a outra em um mesmo Estado. Qualquer que seja a forma adotada e quaisquer que sejam o ordenamento jurídico, a religião, os costumes ou a tradição no país, o tratamento da mulher na família tanto perante a lei como em privado deve conformar-se aos princípios de igualdade e justiça para todas as pessoas, como exige o artigo 2 da Convenção”); Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral N° 7: Realização dos Direitos da Criança na primeira infância*, *supra*, pars. 15 e 19 (“o Comitê reconhece que ‘família’ aqui se refere a uma variedade de estruturas que podem se ocupar da atenção, do cuidado e do desenvolvimento das crianças pequenas e que incluem a família nuclear, a família ampliada e outras modalidades tradicionais e modernas de base comunitária, sempre que sejam acordes com os direitos e o interesse superior da criança. [...] o Comitê observa que, na prática, os modelos familiares são variáveis em muitas regiões, assim como a disponibilidade de redes não estruturadas de apoio aos pais, e existe uma tendência global de maior diversidade no tamanho da família, nas funções parentais e nas estruturas para a criação das crianças”); Comitê de Direitos Humanos, *Observação Geral N° 19: A família (artigo 23)*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 27 de maio de 2008, par. 2 (“o Comitê observa que o conceito de família pode diferir em alguns aspectos de um Estado a outro, e ainda entre regiões dentro de um mesmo Estado, de maneira que

casal e seus filhos, pois também podem ser titulares do direito à vida familiar outros parentes, como os tios, primos e avós, para enumerar apenas alguns membros possíveis da família extensiva, sempre que tenham laços pessoais próximos. Além disso, em muitas famílias a(s) pessoa(s) responsáveis pela atenção, o cuidado e o desenvolvimento de uma criança de forma legal ou habitual não são os pais biológicos. Mais ainda, no contexto migratório, os “laços familiares” podem ter sido constituídos entre pessoas que não necessariamente sejam juridicamente parentes, máxime quando, no que diz respeito às crianças, não contaram ou conviveram com seus pais nestes processos. Por isso, o Estado tem a obrigação de determinar em cada caso a constituição do núcleo familiar da criança.<sup>533</sup> Por conseguinte, no desenvolvimento da presente consulta no âmbito da situação das pessoas migrantes, a Corte utilizará o termo “progenitores” da criança, empregado na consulta formulada à Corte, em um sentido amplo, compreendendo nele quem efetivamente constitui parte da família da criança e, portanto, são titulares da proteção à família acordada nos artigos 17 da Convenção e VI da Declaração Americana. Em igual sentido, o Comitê dos Direitos da Criança tem argumentado que “o termo ‘família’ deve ser interpretado em um sentido amplo, que inclua os pais biológicos, adotivos ou de acolhida ou, se for o caso, os membros da família ampliada ou da comunidade, conforme estabeleça o costume local”,<sup>534</sup> de acordo com o artigo 5 da Convenção sobre os Direitos da Criança, e que as previsões do artigo 9, relativo à separação das crianças dos progenitores, são aplicáveis “a qualquer pessoa que tenha o direito de custódia, os tutores legais ou habituais, os pais adotivos e as pessoas com quem a criança tenha uma relação pessoal estreita”.<sup>535</sup>

273. Tendo afirmado e delimitado o objeto da presente pergunta, é pertinente recordar que os Estados receptores têm direito a elaborar e executar suas próprias políticas migratórias, incluindo o controle do ingresso, residência e expulsão de estrangeiros.<sup>536</sup> Por sua vez, quando um Estado adota uma decisão que envolve uma limitação ao exercício de qualquer direito de uma criança, deve tomar em consideração seu interesse superior e ajustar-se rigorosamente às disposições que regem esta matéria.<sup>537</sup> A esse respeito, a Corte estabeleceu que “[q]ualquer decisão relativa à separação da criança de sua família deve estar justificada pelo interesse da criança”.<sup>538</sup> Especificamente, entendeu que a criança “deve permanecer em seu núcleo familiar, exceto se existirem razões determinantes, em função de seu interesse superior, para optar por separá-la de sua família”.<sup>539</sup> Deste modo, as separações legais da criança de sua família apenas podem ter lugar se estiverem devidamente justificadas em seu

---

não é possível dar uma definição uniforme ao conceito”); Comitê de Direitos Humanos, *Observação Geral Nº 16: Direito à intimidade (artigo 17)*, UN Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 8 de abril de 1998, par. 5 (“Quanto ao termo “família”, os objetivos do Pacto exigem que, para os efeitos do artigo 17, seja interpretado como um critério amplo que inclua todas as pessoas que compõem a família, tal como se entenda esta na sociedade do Estado Parte em questão”), e TEDH, *Caso X, e e Z Vs. Reino Unido*, Nº 21830/93. Sentença de 22 de abril de 1997, par. 36 (“Ao decidir se uma relação pode ser considerada como ‘vida familiar’, uma série de fatores podem ser relevantes, incluindo se o casal vive junto, a duração de sua relação e se foi demonstrado o compromisso mútuo ao ter filhos conjuntamente ou por outros meios” [tradução da Secretaria da Corte]). Ver, também, TEDH, *Caso Marckx Vs. Bélgica*, Nº 6833/74. Sentença de 13 de junho de 1979, párr. 31; *Caso Keegan Vs. Irlanda*, Nº 16969/90. Sentença de 26 de maio de 1994, par. 44, e *Caso Kroon e outros Vs. Países Baixos*, Nº 18535/91. Sentença de 27 de outubro de 1994, par. 30.

<sup>533</sup> Cf. *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas, supra*, par. 177.

<sup>534</sup> Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 14: O direito da criança a que seu interesse superior seja uma consideração primordial (artigo 3, parágrafo 1)*, *supra*, par. 59.

<sup>535</sup> Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 14: O direito da criança a que seu interesse superior seja uma consideração primordial (artigo 3, parágrafo 1)*, *supra*, par. 60.

<sup>536</sup> Cf. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá, supra*, par. 97.

<sup>537</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança, supra*, par. 65.

<sup>538</sup> *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança, supra*, par. 73.

<sup>539</sup> *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança, supra*, par. 77.

interesse superior, se forem excepcionais e, na medida possível, temporárias.<sup>540</sup> Nesse sentido, a Convenção sobre os Direitos da criança prevê, como parte do regime de proteção integral, a obrigação de prevenir a separação familiar e preservar a unidade familiar,<sup>541</sup> incluindo, como exemplo, suas situações particulares nas quais a separação é necessária de acordo com o interesse superior da criança, a saber: nos casos em que a criança seja objeto de maus-tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e deva-se adotar uma decisão sobre o lugar de residência da criança.<sup>542</sup>

274. Em face das considerações precedentes, o direito da criança à proteção da família e, em particular, ao desfrute da vida de família mantendo a unidade familiar na maior medida possível, sempre prevaleceria, exceto nos casos nos quais a separação da criança de um ou de ambos os progenitores seria necessária em função de seu interesse superior. Não obstante, o direito à vida familiar da criança, *per se*, não supera a faculdade dos Estados de implementar suas próprias políticas migratórias em consonância com os direitos humanos, no âmbito dos procedimentos relativos à expulsão de um ou de ambos os progenitores. O certo é que a própria Convenção sobre os Direitos da Criança também contempla a possibilidade de separação familiar em razão da deportação de um ou de ambos os progenitores.<sup>543</sup>

275. Consequentemente, é possível identificar que surgem dois interesses em conflito nos casos em que deve ser adotada uma decisão a respeito da eventual expulsão de um ou de ambos os progenitores: (a) a faculdade do Estado implicado de implementar sua própria política migratória para alcançar fins legítimos que procurem o bem-estar geral e a vigência dos direitos humanos, e (b) o direito da criança à proteção da família e, em particular, ao desfrute da vida em família, mantendo a unidade familiar na maior medida possível. No entanto, as exigências do bem-estar geral não devem, de forma alguma, ser interpretadas de maneira tal que habilite qualquer possibilidade de arbitrariedade em detrimento dos direitos. A fim de equilibrar os interesses em conflito, é necessário avaliar que a medida: esteja prevista em lei<sup>544</sup> e cumpra os requisitos de (a) idoneidade, (b) necessidade e (c) proporcionalidade, isto é, deve ser necessária em uma sociedade democrática.<sup>545</sup>

<sup>540</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança, supra*, par. 77, e *Caso Fornerón e filha Vs. Argentina, supra*, par. 116.

<sup>541</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral Nº 14: *O direito da criança a que seu interesse superior seja uma consideração primordial (artigo 3, parágrafo 1), supra*, par. 60.

<sup>542</sup> Artigo 9 da Convenção sobre os Direitos da Criança:

1. Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança. [...]

<sup>543</sup> Artigo 9 da Convenção sobre os Direitos da Criança:

[...]

4. Quando essa separação ocorrer em virtude de uma medida adotada por um Estado Parte, tal como detenção, prisão, exílio, deportação ou morte (inclusive falecimento decorrente de qualquer causa enquanto a pessoa estiver sob a custódia do Estado) de um dos pais da criança, ou de ambos, ou da própria criança, o Estado Parte, quando solicitado, proporcionará aos pais, à criança ou, se for o caso, a outro familiar, informações básicas a respeito do paradeiro do familiar ou familiares ausentes, a não ser que tal procedimento seja prejudicial ao bem-estar da criança. Os Estados Partes se certificarão, além disso, de que a apresentação de tal petição não acarrete, por si só, consequências adversas para a pessoa ou pessoas interessadas.

<sup>544</sup> O primeiro passo para avaliar se uma restrição a um direito estabelecido na Convenção Americana é permitida à luz do artigo 30 deste tratado consiste em examinar se a medida limitativa cumpre o requisito de legalidade. Isso significa que as condições e circunstâncias gerais que autorizam uma restrição ao exercício de um direito humano determinado devem estar claramente estabelecidas por lei. A norma que estabelece a restrição deve ser uma lei no sentido formal e material. Cf. *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de agosto de 2008. Série C Nº 184, par. 176, e a *Expressão*

276. Quanto ao requisito de idoneidade, a medida deve perseguir um fim legítimo, isto é, uma finalidade em conformidade com a Convenção Americana.<sup>546</sup> Contudo, devido à natureza dos direitos que podem ser afetados, não pode atender a qualquer finalidade, mas deve satisfazer um interesse público imperativo.

277. A medida deve ser necessária no sentido de que, dentro do universo de medidas possíveis, não exista outra que seja igualmente efetiva e que seja menos gravosa a respeito do direito da criança à proteção da família e, em particular, à manutenção da unidade familiar. Para isso, evidentemente, os Estados devem contemplar medidas alternativas à expulsão que facilitem a unidade familiar e a regularização migratória.<sup>547</sup>

278. Finalmente, a medida deve ser proporcional em sentido estrito, portanto deve ser a que restrinja em menor grau o direito protegido e se ajuste estritamente à consecução do objetivo legítimo.<sup>548</sup> Com efeito, para avaliar os interesses em conflito, é preciso ter em conta que uma expulsão pode ter efeitos prejudiciais sobre a vida, bem-estar e desenvolvimento da criança, de modo que o interesse superior deve ser uma consideração primordial.<sup>549</sup> Assim, dado que, em abstrato, a expulsão de um ou de ambos os progenitores praticamente em nenhuma circunstância redundaria no interesse superior da criança, mas o afetaria, impõe-se ao Estado a obrigação de realizar uma ponderação adequada e rigorosa, ou estrita, entre a proteção da unidade familiar e os interesses estatais legítimos, correspondendo determinar, no contexto de cada caso concreto, que a expulsão de um ou de ambos os progenitores não leve a uma ingerência abusiva ou arbitrária na vida familiar da criança.<sup>550</sup>

279. Para esse fim, o Estado terá então de avaliar as circunstâncias particulares das pessoas envolvidas, entre as quais destaca-se: (a) a história de imigração, o lapso temporal da estadia e a extensão dos laços do progenitor e/ou de sua família com o país receptor; (b) a consideração sobre a nacionalidade,<sup>551</sup> guarda e residência dos filhos da pessoa que se pretende expulsar; (c) o alcance da afetação gerada pela ruptura familiar devido à expulsão,

---

"Leis" no Artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Parecer Consultivo OC-6/86 de 9 de maio de 1986. Série A Nº 6, pars. 27 e 32.

<sup>545</sup> A Corte Interamericana argumentou que para que uma restrição seja permitida à luz da Convenção deve ser necessária para uma sociedade democrática. Este requisito, que a Convenção Americana estabelece de maneira explícita em certos direitos (de reunião, artigo 15; de associação, artigo 16; de circulação, artigo 22), foi incorporado como pauta de interpretação pelo Tribunal e como requisito que qualifica todas as restrições aos direitos da Convenção. Cf. *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*, *supra*, par. 185.

<sup>546</sup> O segundo limite de toda restrição se relaciona com a finalidade da medida restritiva, isto é, que a causa invocada para justificar a restrição seja uma das permitidas pela Convenção Americana, previstas em disposições específicas incluídas em determinados direitos (por exemplo, as finalidades de proteção da ordem e da saúde públicas, dos artigos 12.3, 13.2.b e 15, entre outras), ou ainda, nas normas que estabelecem finalidades gerais legítimas (por exemplo, "os direitos e liberdades das demais pessoas" ou "as justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática", ambas no artigo 32). Cf. *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*, *supra*, par. 180. Ver, também, *O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas* (arts. 13 e 29 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-5/85 de 13 de novembro de 1985. Série A Nº 5, par. 67.

<sup>547</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Report of the 2012 Day of General Discussion: the rights of all children in the context of international migration [Relatório do Dia do Debate Geral de 2012: os direitos de todas as crianças no contexto da migração internacional]*, 28 de setembro de 2012, par. 84.

<sup>548</sup> Cf. *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos*, *supra*, par. 186.

<sup>549</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral Nº 14: *O direito da criança a que seu interesse superior seja uma consideração primordial (artigo 3, parágrafo 1)*, *supra*.

<sup>550</sup> Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, *supra*, par. 72.

<sup>551</sup> A Corte recorda que "o status migratório de uma pessoa não se transmite a seus filhos" e "a condição do nascimento no território do Estado é a única a ser demonstrada para a aquisição da nacionalidade, no que se refere a pessoas que não teriam direito a outra nacionalidade, se não adquirirem a nacionalidade do Estado onde nasceram". *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, *supra*, par. 134, e *Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*, *supra*, par. 156.

incluindo as pessoas com quem a criança vive, assim como o tempo que permaneceu nesta unidade familiar, e (d) o alcance da perturbação na vida diária da criança se mudasse sua situação familiar devido a uma medida de expulsão de uma pessoa responsável pela criança, de maneira a ponderar estritamente estas circunstâncias à luz do interesse superior da criança, em relação ao interesse público imperativo que se busca proteger.

280. Nas hipóteses em que a criança tem direito à nacionalidade –originária,<sup>552</sup> por naturalização ou por qualquer outra causa estabelecida na legislação interna– do país do qual um ou ambos os progenitores podem ser expulsos em razão de uma situação migratória irregular, ou se cumprir as condições legais para residir permanentemente ali, é axiomático que a criança conserva o direito de seguir desfrutando de sua vida familiar no referido país e, como componente disso, o desfrute mútuo da convivência entre pais e filhos. A Corte considera, em aplicação dos critérios estabelecidos, que a ruptura da unidade familiar através da expulsão de um ou de ambos os progenitores por infrações migratórias relacionadas ao ingresso ou permanência é desproporcional nestas hipóteses, pois o sacrifício inerente à restrição do direito à vida familiar, que pode trazer repercussões na vida e no desenvolvimento da criança, parece irrazoável ou desmedido frente às vantagens de forçar o progenitor a abandonar o território por causa de uma infração de caráter administrativo.

281. Em conclusão, a Corte considera que qualquer órgão administrativo ou judicial que deva decidir sobre a separação familiar por expulsão motivada pela condição migratória de um ou de ambos os progenitores deve, ao realizar a análise de ponderação, contemplar as circunstâncias particulares do caso concreto e garantir, do mesmo modo, uma decisão individual,<sup>553</sup> de acordo aos parâmetros desenvolvidos nos parágrafos precedentes, avaliando e determinando o interesse superior da criança.<sup>554</sup>

282. Nesse sentido, a Corte considera essencial que, ao realizar tal avaliação, os Estados assegurem o direito das crianças de ter a oportunidade de serem ouvidos em função de sua idade e maturidade<sup>555</sup> e que sua opinião seja devidamente levada em conta nos procedimentos administrativos ou judiciais nos quais se possa adotar uma decisão que implique na expulsão de seus progenitores.<sup>556</sup> Caso a criança seja nacional do país receptor, mas um ou nenhum de

<sup>552</sup> Na maioria dos países da região, rege o *jus soli*, que determina que a pessoa adquire a nacionalidade do território do Estado em que nasceu. Por sua vez, o artigo 20.2 da Convenção Americana estabelece o direito à nacionalidade do Estado em cujo território nasce uma pessoa, se esta “não possui direito a outra”. Sobre isso, a Corte ressalta que é necessário, como garantia do direito à identidade e do exercício de outros direitos, que os Estados assegurem o devido registro dos nascimentos que se verificam em seu território. Ver o artigo 7.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança e o artigo 29 da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias. Cf., Comitê Jurídico Interamericano, *Opinião “sobre o alcance do direito à identidade”*, 71º Período Ordinário de Sessões, Rio de Janeiro, Brasil, Documento CJI/doc. 276/07 rev. 1, de 10 de agosto de 2007, pars. 18.3.3 a 18.3.6, aprovado no mesmo período de sessões mediante Resolução CJI/RES.137 (LXXI-O/07), de 10 de agosto de 2007, ponto resolutivo segundo.

<sup>553</sup> O artigo 22.9 da Convenção Americana estabelece que: “[é] proibida a expulsão coletiva de estrangeiros”. No âmbito do Sistema Interamericano de proteção de direitos humanos, a Corte considerou que o caráter “coletivo” de uma expulsão implica em uma decisão que não desenvolve uma análise objetiva das circunstâncias individuais de cada estrangeiro e, deste modo, resulta em arbitrariedade. Além disso, um processo que possa resultar na expulsão ou deportação de um estrangeiro deve, além de ser individual, observar determinadas garantias mínimas de devido processo. Cf. *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana, supra*, pars. 171 e 175.

<sup>554</sup> Cf. Comitê dos Direitos da Criança, *Observação Geral Nº 14: O direito da criança a que seu interesse superior seja uma consideração primordial a que seu interesse superior seja uma consideração primordial (artigo 3, parágrafo 1), supra*, par. 58.

<sup>555</sup> Ver o artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança. Cf. Relatório do Relator Especial sobre os Direitos Humanos dos Migrantes, Jorge Bustamante, *Promoção e Proteção de todos os Direitos Humanos, Cívicos, Políticos, Econômicos, Sociais e Culturais, incluindo o Direito ao Desenvolvimento*, UN Doc. A/HRC/11/7, 14 de maio de 2009, par. 59, e Comitê dos Direitos da Criança, *Report of the 2012 Day of General Discussion: the rights of all children in the context of international migration [Relatório do Dia do Debate Geral de 2012: os direitos de todas as crianças no contexto da migração internacional]*, 28 de setembro de 2012, par. 84.

<sup>556</sup> Cf. *Caso Família Pacheco Tineo Vs. Bolívia, supra*, par. 227.

seus pais o seja, é necessário ouvir à criança para entender o impacto que uma medida de expulsão do progenitor poderia gerar sobre a mesma. Por sua vez, conceder à criança o direito a ser ouvida é fundamental para determinar se há uma alternativa mais apropriada em atenção ao seu interesse superior.

## **XVI PARECER**

283. Em face das razões expostas, em interpretação 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 dos artigos I, VI, VII, VIII, XXV e XXVII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e do artigo 13 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura,

### **A CORTE,**

#### **DECIDE**

por unanimidade, que:

1. É competente para emitir o presente Parecer Consultivo.

#### **EXPRESSA O PARECER**

por unanimidade, que:

1. De acordo com o requerido pelos Estados solicitantes, o presente Parecer Consultivo determina a seguir, com a maior precisão possível e em conformidade com as normas citadas anteriormente, as obrigações estatais a respeito de crianças, associadas à sua condição migratória ou à de seus pais, e que os Estados devem, em consequência, considerar ao elaborar, adotar, implementar e aplicar suas políticas migratórias, incluindo nelas, conforme corresponda, tanto a adoção ou aplicação das correspondentes normas de direito interno como a assinatura ou aplicação dos tratados e/ou outros instrumentos internacionais pertinentes.
2. Tendo presente, para estes efeitos, que é criança toda pessoa que não tenha completado 18 anos de idade, os Estados devem priorizar o enfoque dos direitos humanos desde uma perspectiva que tenha em consideração, de forma transversal, os direitos das crianças e, em particular, sua proteção e desenvolvimento integral, os quais devem prevalecer sobre qualquer consideração da nacionalidade ou *status* migratório, a fim de assegurar a plena vigência de seus direitos, nos termos dos parágrafos 34 a 41 e 51 a 71.
3. Os Estados se encontram obrigados a identificar as crianças estrangeiras que necessitam de proteção internacional dentro de suas jurisdições, através de uma avaliação inicial com garantias de segurança e privacidade, com o fim de lhes proporcionar o tratamento adequado e individualizado que seja necessário de acordo com sua condição de crianças e, em caso de dúvida sobre a idade, avaliar e determinar a mesma; determinar se se trata de uma criança desacompanhada ou separada, assim como sua nacionalidade ou, se for o caso, sua condição de apátrida; obter informação sobre os motivos de sua saída do país de origem, de sua separação familiar se for o caso, de suas vulnerabilidades e qualquer outro elemento que evidencie ou negue sua necessidade de algum tipo de proteção internacional; e adotar, caso seja necessário e pertinente, de acordo com o interesse superior da criança, medidas de proteção especial, nos termos dos parágrafos 72 a 107.
4. Com o propósito de assegurar um acesso à justiça em condições de igualdade, garantir um efetivo devido processo e velar para que o interesse superior da criança tenha sido uma consideração primordial em todas as decisões adotadas, os Estados devem garantir que os

processos administrativos ou judiciais nos quais se resolva sobre os direitos das crianças migrantes estejam adaptados a suas necessidades e sejam acessíveis a elas, nos termos dos parágrafos 108 a 115.

5. As garantias de devido processo que, conforme o Direito Internacional dos Direitos Humanos, devem reger todo processo migratório, seja administrativo ou judicial, que envolva crianças são: o direito a ser notificado da existência de um procedimento e da decisão que se adote no âmbito do processo migratório; o direito a que os processos migratórios sejam conduzidos por um funcionário ou juiz especializado; o direito a ser ouvido e a participar nas diferentes etapas processuais; o direito a ser assistido gratuitamente por um tradutor e/ou intérprete; o acesso efetivo à comunicação e assistência consular; o direito a ser assistido por um representante legal e a comunicar-se livremente com este representante; o dever de designar um tutor no caso de crianças desacompanhadas ou separadas; o direito a que a decisão que se adote avalie o interesse superior da criança e seja devidamente fundamentada; o direito a recorrer da decisão perante um juiz ou tribunal superior com efeitos suspensivos; e o prazo razoável de duração do processo, nos termos dos parágrafos 116 a 143.

6. Os Estados não podem recorrer à privação de liberdade de crianças para garantir os fins de um processo migratório, nem tampouco podem fundamentar tal medida no descumprimento dos requisitos para ingressar e permanecer em um país, no fato de que a criança se encontre sozinha ou separada de sua família, ou na finalidade de assegurar a unidade familiar, uma vez que podem e devem dispor de alternativas menos lesivas e, ao mesmo tempo, proteger, de forma prioritária e integral, os direitos da criança, nos termos dos parágrafos 144 a 160.

7. Os Estados devem elaborar e incorporar em seus respectivos ordenamentos internos um conjunto de medidas não privativas de liberdade a serem aplicadas enquanto se desenvolvem os processos migratórios, que visem, de forma prioritária, a proteção integral dos direitos da criança, com estrito respeito de seus direitos humanos e do princípio de legalidade, e as decisões que ordenem estas medidas devem ser adotadas por uma autoridade administrativa ou judicial competente em um procedimento que respeite determinadas garantias mínimas, nos termos dos parágrafos 161 a 170.

8. Os espaços de alojamento devem respeitar o princípio de separação e o direito à unidade familiar, de tal modo que no caso de crianças desacompanhadas ou separadas, devem alojar-se em locais distintos ao dos adultos e, no caso de crianças acompanhadas, devem alojar-se com seus familiares, exceto se for mais conveniente a separação, em aplicação do princípio do interesse superior da criança. Ademais, deve-se assegurar condições materiais e um regime adequado para as crianças em um ambiente não privativo de liberdade, nos termos dos parágrafos 171 a 184.

9. Em situações de restrição de liberdade pessoal que podem constituir ou eventualmente se desdobrar, pelas circunstâncias do caso concreto, em uma medida que materialmente corresponda a uma privação de liberdade, os Estados devem respeitar as garantias que se tornam operativas diante destas situações, nos termos dos parágrafos 185 a 206.

10. Os Estados têm a proibição de devolver, expulsar, deportar, retornar, rechaçar na fronteira ou não admitir, ou de qualquer maneira, transferir ou remover uma criança a um Estado quando sua vida, segurança e/ou liberdade estejam em risco de violação por causa de perseguição ou ameaça à mesma, violência generalizada ou violações massivas aos direitos humanos, entre outros, assim como para um Estado onde corra o risco de ser submetida a tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, ou a um terceiro Estado a partir do qual possa ser enviado a outro no qual possa correr estes riscos, nos termos dos parágrafos 207 a 242.

11. De acordo com o estabelecido na Convenção sobre os Direitos da Criança e outras normas de proteção dos direitos humanos, qualquer decisão sobre a devolução de uma criança ao país de origem ou a um terceiro país seguro apenas poderá basear-se nos requerimentos de seu interesse superior, tendo em consideração que o risco de violação de seus direitos humanos pode adquirir manifestações particulares e específicas em razão da idade, nos termos dos parágrafos 207 a 242.

12. A obrigação estatal de estabelecer e realizar procedimentos justos e eficientes para identificar os potenciais solicitantes de asilo e determinar a condição de refugiado através de uma análise adequada e individualizada das petições, com as correspondentes garantias, deve incorporar os componentes específicos desenvolvidos à luz da proteção integral devida a todas as crianças, aplicando integralmente os princípios reitores e, em especial, o relativo ao interesse superior da criança e sua participação, nos termos dos parágrafos 243 a 262.

13. Qualquer órgão administrativo ou judicial que deva decidir sobre a separação familiar por expulsão motivada pela condição migratória de um ou de ambos os progenitores deve realizar uma análise de ponderação, que contemple as circunstâncias particulares do caso concreto e garanta uma decisão individual, priorizando em cada caso o interesse superior da criança. Nas hipóteses em que a criança tem direito à nacionalidade do país do qual um ou ambos os progenitores podem ser expulsos, ou que cumpra as condições legais para residir permanentemente neste país, os Estados não podem expulsar um ou ambos os progenitores por infrações migratórias de caráter administrativo, pois se sacrificaria de forma irrazoável ou desmedida o direito à vida familiar da criança, nos termos dos parágrafos 263 a 282.

14. Em atenção a que as obrigações determinadas anteriormente se referem a um tema tão próprio, complexo e variável da época atual, elas devem ser entendidas como parte do desenvolvimento progressivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, processo no qual, conseqüentemente, este Parecer Consultivo se insere.

Redigida em espanhol e em português, fazendo fé o texto em espanhol, em San José, Costa Rica, em 19 de agosto de 2014.

Humberto Antonio Sierra Porto  
Presidente

Roberto F. Caldas

Manuel E. Ventura Robles

Diego García-Sayán

Eduardo Vio Grossi

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

Comunique-se e execute-se,

Humberto Antonio Sierra Porto  
Presidente

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário