



EMBAJADA DEL BRASIL  
APARTADO POSTAL 10132-1000  
SAN JOSE - COSTA RICA

TELEFONO:  
(506) 2295 6875 / 76 / 78  
22956874

FAX:  
(506)

San José, 03 de diciembre del 2013.

Nº 20

Señor  
Pablo Saavedra A.  
Secretario  
Corte Interamericana de Derechos Humanos  
S. D.

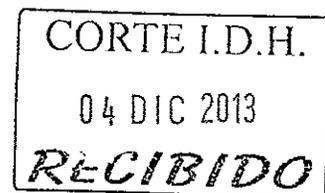
Señor Secretario,

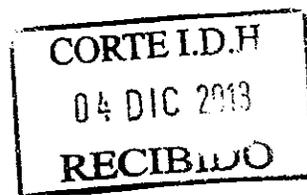
Tengo el honor de enviar, en anexo, informaciones actualizadas sobre los Subsídios del Estado Brasileño para el alegato escrito sobre el pedido de Opinión Consultiva OC-21 (Situación de Niños y Adolescentes Migrantes) presentado conjuntamente por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay ante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Con las muestras de estima y consideración.

Francisco Fontenelle  
Encargado de Negocios a.i.

/RP





**REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**

**Subsídios do Estado brasileiro para a alegação escrita sobre o pedido de Opinião Consultiva OC-21 (Situação de Crianças e Adolescentes Migrantes) apresentado conjuntamente por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.**

## DOS FATOS:

No dia 7 de julho de 2011, os Estados membros do MERCOSUL decidiram solicitar parecer consultivo à Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre os direitos de meninos, meninas e adolescentes migrantes, outorgando ao Instituto de Políticas Públicas em Direitos Humanos do MERCOSUL (IPPDH) o mandato de elaborar o teor do pedido de parecer consultivo. A referida opinião consultiva fundamentou-se na existência, no continente sul-americano, de situação grave e pendente de afetação dos direitos humanos de crianças e adolescentes que migram por motivos econômicos, sociais, culturais e políticos.

2. O objetivo fundamental do pedido da Opinião Consultiva consistiu em promover a definição de padrões precisos no âmbito do Sistema Interamericano em relação à proteção do direitos humanos de meninos, meninas e adolescentes migrantes. Espera-se, com isso, que essa Egrégia Corte Interamericana de Direitos Humanos contribua, por meio de seu parecer, aos esforços dos Estados da região em adequar sua legislação, sua política migratória e de proteção dos direitos de meninos, meninas e adolescentes a um mínimo denominador comum de padrões jurídicos regionais, servindo, ademais, como base para diálogos bilaterais com outros países e para a formação de posições comuns do bloco em foros regionais e globais.

3. Pediu-se, na ocasião, que a Corte IDH definisse os padrões jurídicos para os seguintes temas:

- *Procedimentos para a determinação de necessidades de proteção internacional e de medidas de proteção especial dos meninos, meninas e adolescentes migrantes.*
- *Sistema de garantias que deveria ser aplicado aos procedimentos migratórios que envolvem meninos, meninas e adolescentes migrantes.*
- *Padrões para a aplicação de medidas cautelares em um procedimento migratório com base no princípio de não detenção de meninas e meninos migrantes.*
- *Medidas de proteção de direitos de que se deveria dispor de maneira prioritária e que não impliquem restrições à liberdade pessoal.*
- *Obrigações estatais em casos de custódia de meninos e meninas por motivos migratórios.*
- *Garantias do devido processo em relação a medidas que impliquem privação da liberdade de meninos e meninas no âmbito de procedimentos migratórios.*
- *Princípio de não devolução em relação a meninas e meninos migrantes.*

- *Procedimentos para a identificação e tratamento de meninos e meninas que sejam eventuais solicitantes de asilo ou refugio.*
- *O direito à vida familiar de meninos e meninas em caso de decidir-se pela expulsão de seus pais por motivos migratórios.*

4. Nos dias 9 e 10 de outubro de 2013, durante o 48º Período Extraordinário de Sessões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, os quatro países solicitantes da Opinião Consultiva tiveram a oportunidade de apresentar oralmente seus argumentos sobre o tema. Na mesma ocasião, com vistas a aclarar o escopo de atuação da Corte Interamericana sobre a consulta formulada pelos países do Mercosul, os Juízes da Corte apresentaram questionamentos que podem ser agrupados em três eixos temáticos:

- A. *Questões procedimentais;*
- B. *Questões de fundo, específicas sobre as perguntas da Opinião Consultiva;*
- C. *Temas alheios às consultas da Opinião Consultiva.*

5. A esse respeito o Estado brasileiro vem, respeitosamente, apresentar os seguintes comentários:

#### **DAS QUESTÕES PROCEDIMENTAIS:**

6. No que diz respeito às questões vinculadas ao procedimento, a Corte IDH dirigiu quatro demandas ao Estado:

- A. Diferenciar obrigações jurídicas normatizadas de questões que são aspirações (dever ser), tendo em conta o art. 64.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)<sup>1</sup>.
- B. Assinalar, em relação ao art. 29.b da CADH<sup>2</sup>, quais são as normas constantes de outros tratados, como a Convenção dos Direitos das Crianças e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que se aplicam a essa temática e deveriam ser levadas em conta pela Corte IDH.

<sup>1</sup> Art. 64 (*Pacto de San Jose*)

1. Os Estados-membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação dessa Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

<sup>2</sup> Art. 29 (*Pacto de San Jose*)

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-parte ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados.

C. Distinguir, entre as nove perguntas do pedido de opinião consultiva, em relação ao artigo 1º da CADH<sup>3</sup>, quais seriam as obrigações de respeitar e as obrigações de proteger direitos.

D. Distinguir quais seriam as medidas legislativas e as de outro caráter que caberia aos Estados adotar, em conformidade com o art. 2 da CADH<sup>4</sup>.

7. Sobre as normas interamericanas e internacionais aplicadas à temática e que devem ser levadas em conta pela Corte IDH, o Estado brasileiro permite-se assinalar a relevância, para além da normativa já enumerada na primeira alegação escrita dos Estados, da Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989) e de seu III Protocolo Adicional (2012); da Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também conhecido por *Protocolo de São Salvador* (1988), da Convenção 143 da OIT sobre as Imigrações Efetuadas em Condições Abusivas e sobre a Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes; do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966); do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (1963); da Convenção 97 da OIT relativa a Trabalhadores Migrantes; da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985); e da resolução 45/113 da AGNU, de 14 de dezembro de 1990, a qual adotou as Regras das Nações Unidas para a Proteção de Menores Privados de Liberdade.

8. Com respeito ao artigo 1º da CADH, a Corte IDH solicitou aos Estados que distingam, entre as nove perguntas contidas no pedido de opinião consultiva, quais seriam relativas a obrigações de respeito e quais a obrigações de proteção. Em resposta, o Estado brasileiro considera que a maioria das consultas apresentadas à Corte IDH gerará obrigações de proteção, no sentido de que o Estado, a partir dos parâmetros fixados, deverá atuar como polo ativo e indutor de medidas de garantias dos direitos humanos. Não obstante, algumas perguntas determinam tão somente obrigações de respeito, conforme a diferenciação abaixo assinalada:

Consulta à Corte IDH	Natureza da obrigação gerada
Procedimentos para a determinação de necessidades de proteção internacional	

<sup>3</sup> Art. 1º (*Pacto de San Jose*)

Os Estados parte 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.

<sup>4</sup> Art. 2 (*Pacto de San Jose*)

Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no art. 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.

e de medidas de proteção especial dos meninos, meninas e adolescentes migrantes.	Proteção
Sistema de garantias que deveria ser aplicado em procedimentos migratórios que envolvem meninos, meninas e adolescentes migrantes.	Respeito
Padrões para a aplicação de medidas cautelares em um procedimento migratório com base no princípio de não detenção de meninas e meninos migrantes.	Proteção
Medidas de proteção de direitos de que se deveria dispor de maneira prioritária e que não impliquem restrições à liberdade pessoal.	Proteção
Obrigações estatais em casos de custódia de meninos e meninas por motivos migratórios.	Proteção
Garantias do devido processo em relação a medidas que impliquem privação da liberdade de meninos e meninas no âmbito de procedimentos migratórios.	Respeito
Princípio de não devolução em relação a meninas e meninos migrantes.	Respeito
Procedimentos para a identificação e o tratamento de meninos e meninas que sejam eventuais solicitantes de asilo ou refugio.	Proteção
O direito a vida familiar dos meninos e meninas em caso de decidir-se pela expulsão de seus pais por motivos migratórios.	Respeito

9. Em referência ao art. 2 da CADH<sup>5</sup>, sobre o dever dos Estados de adotar medidas, a Corte IDH solicitou, outrossim, distinguir quais consultas ensejariam medidas

<sup>5</sup> Art. 2 (*Pacto de San Jose*)

Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no art. 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

legislativas e quais requereriam ações de outra natureza por parte dos Estados. Nesse sentido, o Estado brasileiro considera que:

<b>Consulta à Corte IDH</b>	<b>Medida a ser adotada</b>
Procedimentos para a determinação de necessidades de proteção internacional e de medidas de proteção especial dos meninos, meninas e adolescentes migrantes.	Pode ser estabelecido por meio da adoção de protocolos e de medidas normativas.
Sistema de garantias que deveria ser aplicado em procedimentos migratórios que envolvam meninos, meninas e adolescentes migrantes.	Pode ser estabelecido por meio de protocolos e de medidas normativas.
Padrões para a aplicação de medidas cautelares em um procedimento migratório com base no princípio de não detenção de meninas e meninos migrantes.	A aplicação de cautelares e/ou alterações em procedimentos migratórios requer, em geral, alterações legislativas por parte dos Estados.
Medidas de proteção de direitos que se deveriam dispor de maneira prioritária e que não impliquem restrições à liberdade pessoal.	Pode ser estabelecido por meio de protocolos e de medidas normativas.
Obrigações estatais em casos de custódia de meninos e meninas por motivos migratórios.	Requer, em geral, alterações legislativas por parte dos Estados.
Garantias do devido processo em relação a medidas que impliquem privação da liberdade de meninos e meninas no âmbito de procedimentos migratórios.	Pode ser estabelecido por meio de protocolos e medidas normativas e da capacitação dos agentes públicos.
Princípio de não devolução em relação a meninas e meninos migrantes.	Pode ser estabelecido por meio de protocolos e medidas normativas e da capacitação dos agentes públicos.
Procedimentos para a identificação e tratamento de meninos e meninas que sejam eventuais solicitantes de asilo ou refúgio.	A atuação estatal em casos de tratamento de solicitantes de asilo ou refúgio requer, em geral, alterações legislativas por parte dos Estados.
O direito à vida familiar dos meninos	Pode ser estabelecido por meio de

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

e meninas em caso de decidir-se pela expulsão de seus pais por motivos migratórios	protocolos e medidas normativas e da capacitação dos agentes públicos.
--	--

## DO ESCOPO DA OC-21

10. Em relação aos procedimentos de identificação de necessidades de proteção e ao direito de ser ouvido, o Estado brasileiro recorda a validade e a pertinência da Convenção sobre Direitos das Crianças, a qual estabelece em seu artigo 12:

*“Os Estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhe respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade.*

*Para este fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, seja diretamente, seja através de representante ou de organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.”*

11. O direito da criança de exprimir livremente sua opinião e de que esta seja levada em conta na tomada de quaisquer decisões que a afetem possui natureza absoluta, cujo respeito e garantia incumbe ao Estado realizar de forma imediata e independente da situação migratória da criança. Como obrigação de proteção do Estado, a realização do mencionado direito requer esforço de estabelecimento de equipes multidisciplinares formadas por intérpretes, psicólogos, pediatras, assistentes sociais e defensor público especializados para a garantia do bem-estar físico e psicológico e do acesso à justiça por parte da criança e do adolescente.

12. No caso específico de crianças e adolescentes migrantes, vale recordar o Art 8º da Convenção da ONU sobre os Direitos das Crianças, que dispõe “cabem aos Estados Partes respeitar o direito de preservar a identidade, nome e relações familiares”. Dessa forma, concluiu-se que os elementos constitutivos de sua identidade devem ser respeitados e igualmente protegidos de forma a evitar violações adicionais para a criança ou o adolescente migrante custodiado pelo Estado, o que inclui cuidados com sua alimentação, com sua comunicação no idioma nativo, seu contato com a família e família ampliada, e com referências afetivas no país de origem ou no qual se encontre.

13. Finalmente, cabe ressaltar que, conquanto o direito de ser ouvido deva ser respeitado e promovido pelos Estados, é preciso igual cuidado com o direito de não ser obrigado a testemunhar ou manifestar-se contra sua vontade. Nesse entendimento, o direito de ser ouvido jamais deverá ser instrumentalizado pelo Estado e transformado em possibilidade de violação ou revitimização da criança e do adolescente escutado. Ao ser ouvido, seu eventual silêncio deve ser respeitado e interpretado devidamente, de

acordo com sua idade, seu perfil e seu estado psicológico, por equipe multidisciplinar capacitada para a referida escuta.

14. Encontra-se em andamento no Brasil a construção de protocolo sobre a escuta de crianças e adolescentes em processos jurídico-sociais com vistas a definir princípios, métodos e normas de como proceder a essa escuta, sobretudo em casos em que crianças e adolescentes se encontrem em situação de vulnerabilidade e/ou tiveram seus direitos em alguma medida violados<sup>6</sup>.

15. O Estado brasileiro também vem dedicando atenção à situação jurídica da criança migrante e de sua família, com vistas a evitar e a combater os deslocamentos e retenções ilícitas de crianças no estrangeiro levadas a cabo por um dos pais ou terceiros, quais sejam a subtração de crianças e adolescentes e o tráfico de crianças e adolescentes para fins de trabalho escravo ou exploração sexual, em consonância com o Artigo 11 da Convenção sobre Direitos das Crianças.

16. Em relação aos princípios da não detenção e do interesse superior da criança, o Estado brasileiro defende que a relação entre os dois é clara e direta. Todas as decisões que digam respeito à criança devem ter plenamente em conta o seu interesse superior. O Estado deve garantir à criança cuidados adequados quando os pais, ou outras pessoas por ela responsáveis, não tenham capacidade de fazê-lo. Todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, deverão levar principalmente em conta o interesse superior da criança, conforme estabelecido no Artigo 3º da Convenção dos Direitos das Crianças.

17. O Estado brasileiro entende que a separação ocasionada pela detenção da criança e do adolescente ou de seus pais atua contrariamente ao seu interesse superior e deve ser evitada pelos Estados.

18. No momento de tomada de decisão por parte das autoridades competentes, o interesse superior da criança e o direito à unidade familiar devem ser ponderados de forma que a garantia aos direitos da infância se sobreponha à regulação migratória. A unidade familiar, nesse sentido, deve ser preservada, evitando-se o recurso a medidas privativas de liberdade e/ ou a devolução de pais que seriam, por isso, separados de seus filhos. No caso de crianças e adolescentes migrantes desacompanhados, o Estado tem a obrigação de adotar medidas de proteção integral de seus direitos que não impliquem a privação de liberdade ou, ao menos, a considere como última opção.

19. Nesse contexto, cumpre aclarar que o Estado brasileiro limita os casos de acolhimento institucional a situações de risco pessoal da criança ou do adolescente ou de total ausência de responsáveis locais, bem como limita a aplicação de medida socioeducativa apenas aos casos de atos infracionais cometidos por adolescentes. Isso implica que todas as ações e demais normas do Estado brasileiro devem seguir o princípio da não-detenção. Qualquer outra situação deve ser tratada pelas autoridades locais por outros meios que não a detenção da criança ou adolescente, quais sejam o seu

acolhimento pela família ampliada ou por famílias provisórias e o tratamento e o fortalecimento dos vínculos familiares.

20. Ainda com relação ao princípio de não devolução, a Corte IDH perguntou se a extrema pobreza seria uma causa de risco e em que medida difere o art. 22.8 da CADH do art. 33.1 da Convenção de 1951 sobre Refúgio.

21. O Brasil julga questionável que a extrema pobreza, isoladamente, possa ser considerada elemento suficiente para a concessão de refúgio e/ou para a aplicação do princípio de "non-refoulement". Embora a pobreza possa contribuir para aumentar a vulnerabilidade de alguns indivíduos a situações de violência, não constitui, por si só, fator determinante para a concessão do refúgio.

22. Finalmente, a Corte IDH requereu aos Estados solicitantes da OC-21 aprofundar o que acontece com as crianças quando da adoção de medidas de expulsão dos pais, especialmente à luz do direito à convivência familiar.

23. Em cumprimento ao Artigo 9º da Convenção sobre Direitos da Criança, o Brasil incorporou em sua legislação o princípio da não-separação dos pais, que estabelece que:

*“Os Estados Partes garantem que a criança não seja separada de seus pais contra a vontade destes, salvo se as autoridades competentes decidirem, sem prejuízo de revisão judicial e de harmonia com a legislação e o processo aplicáveis, que essa separação é necessária no interesse superior da criança. Tal decisão pode mostrar-se necessária no caso de, por exemplo, os pais maltratarem ou negligenciarem a criança ou no caso de os pais viverem separados e uma decisão sobre o lugar da residência da criança tiver de ser tomada.”*

24. O País tem, portanto, legislação que protege o direito a convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes. A lei nº 12.010/2009, que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu artigo 19 garante que “toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária”, e no inciso 3º ressalta que “a manutenção ou reintegração de criança ou adolescente à sua família terá preferência em relação a qualquer outra providência”.

25. No Brasil, de acordo com o Artigo 75 do Estatuto do Estrangeiro (Lei 6815/1980), não se procederá a expulsão de estrangeiro cujo(s) filho(s) seja(m) brasileiro(s), esteja(m) sob sua guarda e dele dependa(m) economicamente.

26. Art. 75. Não se procederá à expulsão:

*I – se implicar extradição inadmitida pela lei brasileira; ou*

*II – quando o estrangeiro tiver:*

*a. Cônjuge brasileiro do qual não esteja divorciado ou separado, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido celebrado há mais de 5 (cinco) anos; ou*

b. *Filho brasileiro que, comprovadamente, esteja sob sua guarda e dele dependam economicamente.*

*§ 1º. Não constituem impedimento à expulsão a adoção ou o reconhecimento de filho brasileiro supervenientes ao fato que o motivar.*

*§ 2º. Verificados o abandono do filho, o divórcio ou a separação, de fato ou de direito, a expulsão poderá efetivar-se a qualquer tempo.*

27. Dessa forma, garante-se a unidade familiar em benefício da criança e do adolescente brasileiro filho de pais migrantes em situação irregular, colocando o interesse superior e o direito à convivência familiar acima do controle migratório.

### **DAS DEMAIS CONSULTAS APRESENTADAS PELA CORTE**

28. No que diz respeito aos temas alheios à Opinião Consultiva, a Corte consultou se é necessário e conveniente que a OC considere as seguintes questões específicas:

- A. Situações nas quais se alega o regime preferencial das crianças e adolescentes migrantes para justificar a irregularidade migratória dos adultos.
- B. A imigração, especialmente a irregular, de crianças e adolescentes, no interior de zonas fronteiriças.
- C. A imigração, especialmente a irregular, de crianças e adolescentes como parte de um coletivo, exemplo de vizinhos de bairro, uma aldeia ou um povoado.
- D. A imigração de crianças e adolescentes indígenas.
- E. A imigração de crianças e adolescentes indígenas dentro de territórios que tais comunidades considerem próprios (exemplo de territórios binacionais).

29. O Brasil reconhece a importância das questões levantadas pela Corte e favorece que tais aspectos da migração de crianças recebam a devida atenção. No que tange à presente Opinião Consultiva, no entanto, parece conveniente que a Egrégia Corte possa concentrar-se nos termos da consulta inicial, os quais tendem a ser abrangentes e inespecíficos.

30. Nesse sentido, o Estado brasileiro solicita, respeitosamente, a essa egrégia Corte que privilegie o esclarecimento, de forma inequívoca, dos parâmetros gerais a serem seguidos pelos Estados a fim de assegurar o respeito aos direitos humanos de crianças migrantes. Tais parâmetros poderão, então, ser aplicados pelos Estados aos casos concretos, consideradas as suas especificidades e particularidades, sem prejuízo de ampliação de direitos ensejada por normas internas dos Estados Parte ou por outros Acordos e Tratados supervenientes.

31. As vulnerabilidades decorrentes do pertencimento – ou da percepção de pertencimento – a determinados grupos étnicos, bem como quaisquer outras especificidades que possam afetar os direitos de crianças migrantes poderão, salvo

melhor juízo, constituir objeto de manifestações oportunas da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em ocasião posterior à presente Consulta.