

# O PAPEL DOS TRIBUNAIS JUDICIAIS NA PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS MIGRANTES — EXIGÊNCIAS DECORRENTES DO DIREITO INTERNACIONAL E EUROPEU

ANA RITA GIL<sup>1</sup>

**Resumo:** no presente estudo pretende-se analisar as normas internacionais, europeias e legais, referentes à proteção de crianças em procedimento de asilo e imigração, que os tribunais judiciais devem respeitar quando determinam as medidas de coação a que devem estar sujeitos os imigrantes em situação irregular, ou quando decidem da manutenção de requerentes de asilo em centros de instalação temporária. Quando está em causa uma criança, decorre do direito internacional e europeu a obrigação de ponderar vários fatores nesse contexto, como a salvaguarda do interesse superior desta, o caráter de *ultima ratio* das medidas privativas da liberdade, a garantia de um procedimento justo, a salvaguarda da unidade familiar e ainda a sujeição a condições de acolhimento dignas. Terminaremos referindo as mais recentes evoluções internacionais, que apontam no sentido da abolição de medidas detentivas e a sua substituição por medidas de proteção.

**Abstract:** *in this study, we aim to analyze the International, European and legal norms that must be respected by judicial courts on protection of the rights of the migrant child, while deciding on the application of coercive measures for irregularly-staying migrants, or while authorizing the reception of asylum seekers in temporary reception centers. When a child is considered, several factors shall be taken into account, such as safeguarding their best interests, the last resort nature of detention measures, guarantee of fair procedure, family unity, and prevention of torture through humane reception conditions. We will conclude by mentioning the latest international developments in this context, which point towards the complete abolition of child detention and its replacement by true protection measures.*

**Palavras-chave:** tribunais judiciais; interesse superior da criança; migrantes; requerentes de asilo; crianças não acompanhadas; detenção.

**Keywords:** *judicial courts; best interest of the child; migrants; asylum seekers; unaccompanied minors; detention.*

## 1. INTRODUÇÃO

A proteção das crianças migrantes, em especial as não acompanhadas, constitui uma das mais dramáticas questões que marcam a atualidade do

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, onde concluiu tese sobre Direitos Humanos dos Imigrantes. Investigadora do CEDIS — Centro de I&D em Direito e Sociedade.

Direito Internacional e do Direito da União Europeia. A crescente politização das migrações e a sua interligação, por vezes apressada, a questões de segurança interna, fazem esquecer as obrigações internacionais de proteção dos seres humanos mais vulneráveis. A categorização de “migrante” assume-se como um supra-conceito que aparentemente justifica a aplicação de medidas gravosas e repressivas ou dissuasivas, a todos os que nele caem, incluindo crianças e jovens.

Esta é uma realidade com que os países mais afetados se têm deparado, no decurso da crise de gestão dos fluxos migratórios que vêm acontecendo na União Europeia (UE) desde 2015. Apesar de os números serem modestos quando comparados com outras regiões do mundo, os países da UE não deixaram de demonstrar a sua incapacidade para lidar em conjunto, e de forma humanitária, com os fluxos de migrantes que aqui chegaram, um terço dos quais, *grosso modo*, tem correspondido a crianças. De acordo com os dados mais recentes, em 2017 chegaram à UE 33.000 crianças migrantes, via Grécia, Itália, Bulgária e Espanha, 20.000 das quais eram não acompanhadas<sup>2</sup>. Note-se que este número representou uma diminuição de cerca de 67% face a 2016, em que ascendeu a 100.264<sup>3</sup>. Apesar de o número de migrantes a chegar a Portugal ser muito mais modesto, o nosso país também se confrontou com este fenómeno de “infantilização” das migrações. De acordo com os dados do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, em 2017 foram 455 as crianças que pediram proteção internacional no nosso país. Este número não contempla, porém, todas as outras que chegaram ao nosso país e que *não deduziram pedido de asilo*, pelo que o número total de crianças migrantes é certamente muito superior. Entre nós aumentou também exponencialmente o número de migrantes indocumentados e o número de requerentes de asilo “espontâneos”, *i.e.*, que se apresentam nos postos de fronteira a requerer asilo. Ora, não raras vezes esses migrantes ou requerentes de asilo são *crianças*, como são ainda muitos os adultos migrantes que chegam até às nossas fronteiras com *crianças a cargo*.

Apesar de os processos de asilo e imigração serem, pela sua natureza, da competência dos tribunais administrativos, os tribunais judiciais podem ser chamados a intervir em diversos casos. Determina o art. 146.º da nossa Lei de Imigração que o estrangeiro que seja encontrado no território nacional sem documentação válida é detido e presente ao juiz em 48 horas, que decidirá a medida aplicável. Por outro lado, sempre que não seja possível efetuar o reembarque de cidadão estrangeiro cuja entrada tenha sido recusada no nosso país dentro de 48 horas, é dado conhecimento ao juiz, a fim de ser determinada a manutenção daquele em centro de instalação temporária (CIT) ou

<sup>2</sup> UNCHR, UNICEF, OIM, *Refugee and Migrant Children in Europe, Overview of Trends*, 2017.

<sup>3</sup> Já tivemos oportunidade de referir que nesse ano se assistiu a uma verdadeira “infantilização dos fluxos migratórios”. V. o nosso “Crianças não Acompanhadas Carecidas de Proteção Internacional: Que Soluções a Longo Prazo?”, *Lex Familiae*, 29 — Ano 15 — 1.º semestre de 2018.

espaço equiparado. Esse é também o prazo fixado para a necessidade de autorização judicial da permanência em CIT de requerentes de asilo, nos casos em que a lei determina a aplicação de tal medida (art. 35.º-A, n.ºs 5 e 6, da Lei de Asilo). Em todos estes casos, são competentes os juízos de pequena instância criminal na respetiva área de jurisdição, ou do tribunal de comarca, nas restantes áreas do País. O juiz poderá aplicar medida de coação ou decidir da manutenção (ou não manutenção) do estrangeiro nos referidos CIT. Por outro lado, quando estão em causa crianças, poderá ainda ser chamado o Tribunal de Família e Menores para dar início a eventual procedimento destinado à proteção destas.

Ora, é precisamente sobre estes casos, em que os tribunais judiciais são chamados a intervir em processo de imigração e asilo que envolvam crianças, que versará o nosso artigo. De facto, nesses casos, os referidos tribunais deverão socorrer-se de todo o acervo de normas referentes à proteção das crianças, e que encontramos no Direito Internacional e Europeu, e só aí decidir da aplicação de eventual medida de coação ou de medida de proteção. Se o Tribunal de Família e Menores se encontra especificamente vocacionado para o último aspeto, também o juiz criminal poderá ter de assumir, neste contexto, a veste de *juiz de proteção da criança*.

É para contribuir para esse objetivo que decidimos escrever o presente estudo. Visamos, sobretudo, lançar as bases para que todos os procedimentos e decisões dos tribunais judiciais que envolvam crianças migrantes se orientem pelo seu superior interesse e as vejam, primeiro e acima de tudo, *como crianças e jovens* e não como *simples migrantes irregulares*.

## 2. AS “CRIANÇAS MIGRANTES” ENQUANTO SUJEITOS ESPECIALMENTE CARECIDOS DE PROTEÇÃO

### 2.1. “Crianças Migrantes”: Terminologia

No presente estudo usamos o conceito amplo de “*criança* (e jovem) *migrante*” de forma a abranger os menores de idade *imigrantes* em sentido estrito, bem como os menores *carecidos de proteção internacional*, estejam ou não, em ambos os casos, acompanhadas por adulto responsável.

Optamos por abranger no nosso estudo todas as categorias de “crianças e jovens migrantes”, já que visamos, precisamente, demonstrar que *todas elas, pelo simples facto de serem crianças*, têm de ser tratadas como tal, nos termos da Convenção das Nações Unidas dos Direitos da Criança de 1989, *em todos os procedimentos que as envolvam*, independentemente da “categoria” em que se insiram.

O nosso estudo recairá sobre a proteção de crianças migrantes que não possuem um estatuto legal no nosso território — ou porque chegaram indocumentadas ao nosso território ou porque aqui deduziram pedido de asilo —, já que é sobretudo nesses casos que os tribunais judiciais podem ser cha-

mados a intervir. No caso das crianças imigrantes, um estatuto legal derivará de uma *autorização de residência*. Já no caso de crianças carecidas de proteção internacional, tal estatuto poderá ser o de *refugiado* ou de *proteção subsidiária*. Nesta última situação, as crianças que cheguem ao nosso território e peçam proteção internacional são, enquanto não for tomada uma decisão definitiva, *requerentes de asilo*.

As crianças que integramos na designação vasta de “migrantes” podem ainda encontrar-se acompanhadas ou não da família. De facto, algumas delas chegam ao nosso país acompanhadas dos adultos legalmente responsáveis, enquanto outras vêm na companhia de outros parentes, embora se encontrem separadas de ambos os pais ou tutores legais. Por fim, são ainda muitas as crianças que chegam totalmente desacompanhadas, *i.e.*, sem a companhia de qualquer adulto por elas responsável. Algumas dessas crianças desacompanhadas iniciaram o trajeto migratório acompanhadas, tendo, por diversos motivos, acabado sozinhas. No entanto, são ainda muitas as que partem sozinhas desde o país de origem, muitas vezes por escolha da própria família. Cerca de metade delas são adolescentes com idades compreendidas entre 14 e 17 anos de idade<sup>4</sup>.

## 2.2. A necessidade de proteção acrescida

As crianças e jovens migrantes são especialmente carecidos de proteção, não só devido à sua particular condição de crianças, mas ainda devido ao facto de se encontrarem num contexto que os deixa particularmente vulneráveis, por estarem desenraizados do seu ambiente e contexto familiares. Tratando-se de requerentes de asilo, são ainda, como já tivemos oportunidade de escrever, crianças *duplamente carecidas de proteção internacional*: não só pela sua qualidade de *criança*, mas ainda pelo facto de as razões que conferem, em geral, o direito à proteção internacional se revelarem ainda com mais premência quando a vítima de perseguição ou ameaça for uma criança<sup>5</sup>. De facto, elas estão sujeitas a riscos acrescidos nos países de origem e nos países de trânsito, alguns deles afetando-as especificamente, como o risco de recrutamento militar, de casamento forçado ou ainda de mutilação genital / ritos iniciáticos, mas ainda de exploração, violência e abusos, os quais se verificam com especial gravidade no decurso do percurso migratório<sup>6</sup>.

Estes factos justificam a premência da proteção do superior interesse das crianças e jovens migrantes nos processos de imigração e asilo desde o primeiro momento. Assim, embora a intervenção do tribunal judicial nestes

<sup>4</sup> Para uma caracterização deste grupo de crianças, v. o nosso “Crianças não Acompanhadas Carecidas de Proteção Internacional...”, cit.

<sup>5</sup> Cfr. ult. *op. cit.*.

<sup>6</sup> Sobre este ponto, v. SAMI NAIR, *Refugiados — Frente a la catástrofe humanitária, una solución real*, Barcelona: Crítica, 2016. 186 p. 130 e ss.

processos, de natureza administrativa, ocorra apenas no momento de determinação de eventuais medidas de coação ou equiparadas, ele deverá ter aí em conta o dever estadual de proteção da criança, guiando-se pelos factores de ponderação abaixo descritos.

### 3. A APLICAÇÃO DE MEDIDAS DE COAÇÃO OU PROVISÓRIAS A CRIANÇAS MIGRANTES: FATORES DE PONDERAÇÃO

Quando confrontado com uma criança migrante em situação irregular, ou com um requerente de asilo que, nos termos da lei, pode ser mantido em CIT, o juiz criminal tem ao seu dispor várias medidas. Pode não aplicar medida qualquer, se concluir não ser necessário. Pode ainda aplicar a medida mais gravosa, consistente na *privação da liberdade* do migrante considerado. Neste ponto importa referir que a medida de *manutenção em CIT* de requerente de asilo envolve a *privação da liberdade*. Assim, por uma questão de simplificação, passaremos a referir-nos a ambas como *medidas de detenção*.

Ora, neste contexto, importa começar por referir que a *detenção de crianças* em contexto migratório *não é (ainda) expressamente proibida* pelo Direito Internacional, nem pelo Direito da União Europeia. Neste último caso, importa recordar a Diretiva 2008/115/CE, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular (vulgarmente chamada de *Diretiva de retorno*), que, precisamente por permitir a detenção de crianças migrantes, levou a protestos generalizados quando foi adotada.

No entanto, todas estas normas afirmam vários limites, que iremos analisar neste capítulo. Tais limites constituem-se em aspetos que o decisor terá necessariamente de ponderar antes de aplicar uma medida de detenção a estrangeiro com criança a cargo ou a criança não acompanhada. Podemos dividi-los em quatro: 1) qualquer medida de detenção só poderá ser aplicada se for salvaguardado *o interesse superior da criança*; 2) em *ultima ratio* e após ponderadas todas as medidas alternativas possíveis; 3) na sequência de um *procedimento justo*; 4) garantindo a manutenção da unidade familiar; e 5) nunca poderá acarretar a colocação de crianças em condições tais que comportem *sujeição a tortura, tratamentos desumanos e degradantes*.

#### 3.1. O interesse superior da Criança

Todas as decisões que *envolvam* crianças encontram-se subordinadas à necessidade de respeito pelo seu interesse superior. Não importa o contexto, a nacionalidade ou o estatuto legal da criança ou jovem. O art. 3.º da Convenção dos Direitos da Criança assume-se como *instrumento-chapéu* de todas as normas e princípios que devem regular qualquer decisão não só *relativa a crianças*, mas também que *projete os seus efeitos em crianças*. Significa

isto, em primeiro lugar, que tal supra-princípio deverá vigorar sempre que esteja em causa uma criança, *i.e.*, sempre que uma decisão *afetar uma criança*, mesmo que ela não seja a principal visada. Estamos a pensar, por exemplo, numa decisão de detenção dos adultos responsáveis pela criança. Mas isto significa ainda que, independentemente do que dispuserem as normas específicas relativas ao tratamento de crianças envolvidas em processo migratório, qualquer procedimento e decisão deverão não só ser *orientados a*, mas ainda *visar ativamente* o referido interesse.

As mais recentes iniciativas emanadas no contexto das Nações Unidas, sobretudo após a Declaração de Nova Iorque sobre Migrantes e Refugiados de 19 de setembro de 2016<sup>7</sup>, têm reforçado, precisamente, que, quando se lida com crianças migrantes, o seu superior interesse deve ser *a consideração primacial em todos os momentos*.

O mesmo se diga, de resto, dos instrumentos da política europeia comum de imigração e asilo. Assim, o considerando 22 da *Diretiva de retorno* sublinha que, em consonância com a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, o interesse superior da criança deverá constituir uma consideração primordial dos Estados-Membros na aplicação desse instrumento. Recorde-se que o mesmo se destina a regular o tratamento dado a estrangeiros que se encontrem em situação irregular no território, em particular o afastamento para o território de origem, podendo ser aplicada, para o efeito, medida de detenção. A salvaguarda do interesse superior da criança é constituída em verdadeira obrigação no art. 5.º e, no que se refere especificamente à detenção, no art. 17.º. Por seu turno, a Diretiva 2013/33/UE relativa às normas em matéria de acolhimento dos requerentes de proteção internacional (doravante, *Diretiva Acolhimento*) orienta-se pelo mesmo princípio. Contrariamente à primeira, esta Diretiva visa regular as condições de receção de quem pedir asilo no território, enquanto aguarda pela decisão. O considerando 9 dispõe que os Estados-Membros deverão procurar assegurar o pleno respeito pelo princípio do interesse superior da criança de acordo com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. Essa orientação é, depois, reforçada em verdadeira obrigação no art. 11.º, n.º 2, de acordo com o qual, na detenção de menores não acompanhados, o superior interesse da criança deve ser uma consideração prioritária para os Estados-Membros. O art. 23.º concretiza quais os fatores concretos que o decisor deve ter em conta quando procurar deter-

---

<sup>7</sup> Dispõe o parágrafo 32: “*We will protect the human rights and fundamental freedoms of all refugee and migrant children, regardless of their status, and giving primary consideration at all times to the best interests of the child*”. Esta afirmação foi consagrada no texto final do Pacto Global para as Migrações, a ser adotado a 12 de dezembro de 2018 em Marraquexe. Por seu turno, a Resolução n.º 36/5 das Nações Unidas, de 28 de setembro de 2017, intitulada “*Unaccompanied migrant children and adolescents and human rights*”, insta os Estados a dar consideração primacial, em todos os momentos, ao melhor interesse da criança e a desenvolver uma avaliação individualizada e completa do que compreende esse superior interesse.

minar o que constitui esse superior interesse, a saber: a) as possibilidades de reagrupamento familiar; b) o bem-estar e desenvolvimento social do menor, atendendo às suas origens; c) os aspetos ligados à segurança e proteção, sobretudo se existir o risco de o menor ser vítima de tráfico de seres humanos; e d) a opinião da criança, atendendo à sua idade e maturidade.

A lei portuguesa apenas em parte corresponde a estas exigências. Uma vez que não dispomos de um diploma que trate de forma geral e unitária a aplicação de medidas de coação ou provisórias a crianças migrantes, independentemente do estatuto, teremos de procurar respostas em dois diplomas distintos: na Lei de Imigração<sup>8</sup> e na Lei de Asilo<sup>9</sup>. A última aplica-se aos casos em que os estrangeiros chegados ao nosso território deduziram um pedido de asilo. A primeira aplica-se aos demais casos, nomeadamente, a cidadãos estrangeiros encontrados em situação irregular com crianças a cargo, ou mesmo aos casos de crianças totalmente desacompanhadas que *não tenham pedido asilo*.

O simples facto de se requerer ou não asilo acarreta diferenças de tratamento assinaláveis. A Lei de Asilo determina expressamente que devem ser tomados em consideração os superiores interesses das crianças envolvidas (art. 78.º). Em obediência à necessária transposição da *Diretiva Acolhimento*, à qual foram ainda acrescentados outros aspetos, determina-se ser do referido superior interesse: a) a colocação da criança junto dos respetivos progenitores idóneos ou, na falta destes, sucessivamente, junto de familiares adultos, em famílias de acolhimento, em centros especializados de alojamento para menores ou em locais que disponham de condições para o efeito; b) a não separação de fratrias; c) a estabilidade de vida, com mudanças de local de residência limitadas ao mínimo; d) o seu bem-estar e desenvolvimento social, atendendo às suas origens; e) os aspetos ligados à segurança e proteção, sobretudo se existir o risco de ser vítima de tráfico de seres humanos; f) e sua opinião, atendendo à sua idade e maturidade.

Já na nossa Lei de Imigração são escassas, senão inexistentes, as referências ao interesse superior das crianças envolvidas<sup>10</sup>. No entanto, também aí, quer por força da *Diretiva de retorno*, quer do art. 3.º da Convenção dos Direitos da Criança, se exige que todas as decisões sejam pautadas pelo e visem o interesse superior da criança. No caso das crianças não requerentes de asilo, pois, o aplicador do direito terá de lançar mão diretamente dos parâmetros supraleais. De facto, como decorre destes últimos, o critério do interesse superior da criança deve ser ponderado e guiar a decisão relativamente a todas as crianças migrantes, independentemente da dedução de pedido de asilo. E, repita-se, assim deve ser não só quando o decisor estiver

<sup>8</sup> Lei n.º 23/2007 de 4 de julho, alterada, por último, pela Lei n.º 26/2018, de 5 de julho.

<sup>9</sup> Lei n.º 27/2008, de 30 de junho, alterada, por último, pela Lei n.º 26/2014, de 5 de maio.

<sup>10</sup> Ocorrendo apenas no contexto da regulação da autorização de residência a vítimas de tráfico de pessoas ou de ação de auxílio à imigração ilegal (art. 114.º).

confrontado com uma decisão diretamente referente a uma criança migrante, como ainda quando estiver a decidir sobre a aplicação de uma medida a um *adulto que seja responsável por uma criança*. De facto, contrariamente à aplicação de uma medida de coação ou de uma pena no âmbito do processo penal a um progenitor, em que a criança será, à partida<sup>11</sup>, poupada a segui-lo para o local de privação da liberdade, o mesmo poderá não suceder nos casos de detenção de migrantes, em que a detenção do progenitor acarretará, na maior parte dos casos, a detenção das crianças a cargo<sup>12</sup>. E assim é porque, não tendo, à partida, família no território, a única possibilidade de a criança permanecer acompanhada é através da extensão da medida de detenção a ela mesma. Logo, o decisor deve ter presente este facto sempre que tiver de ponderar sobre a aplicação de tal medida a estrangeiro com crianças a cargo: ao detê-lo/a, irá à partida sujeitar uma criança também a detenção.

Ora, dificilmente podemos considerar que uma medida de detenção de crianças migrantes possa corresponder ao seu superior interesse. Por exemplo, as mais recentes orientações do Comité dos Direitos da Criança indicam que a detenção de criança apenas motivada pela irregularidade do estatuto migratório dos pais constitui sempre uma violação de tal parâmetro<sup>13</sup>. É certo que elas não são vinculativas, mas não deixam de representar uma interpretação autêntica do que constitui o “superior interesse da criança”. Apenas numa leitura restritiva desse superior interesse, no sentido de o mesmo não se opor de forma séria à aplicação de tal medida, é que se conseguiria ultrapassar esta primeira barreira. Isso poderá acontecer nos casos em que a detenção se afigure como o menor dos males, *v.g.*, por ser a única alternativa possível para manter a unidade da família, caso os progenitores tenham efetivamente de ser detidos, por outro motivo que não a simples irregularidade do estatuto. Sobre os motivos que poderão ditar uma tal detenção versará o ponto seguinte.

---

<sup>11</sup> Excetua-se os casos previstos no Código de Execução de Penas, quando se entende ser melhor para o superior interesse da criança manter a unidade familiar, seguindo esta o progenitor para o estabelecimento detentivo. V. o art. 7.º, alínea g), desse diploma.

<sup>12</sup> Assim é porque, como se verá, apenas se pode aplicar medida de detenção em processo de migração quando tenha sido recusada a entrada no território — e, nesse caso, a criança sob responsabilidade do estrangeiro detido não terá, à partida, qualquer familiar que possa vir a ficar por ela responsável —, ou ainda em processo de expulsão, onde para aplicação da medida de expulsão já se terá ponderado que a criança (necessariamente também estrangeira, já que da nossa Constituição deriva a proibição de detenção de crianças nacionais) deverá seguir o progenitor.

<sup>13</sup> V. o comentário n.º 22 (2017) do Comité dos Direitos da Criança sobre princípios gerais respeitantes aos direitos humanos das crianças em contexto de migração e ainda, do mesmo organismo, o comentário geral n.º 23 (2017) sobre as obrigações estaduais relativas aos direitos humanos das crianças em contexto de imigração internacional nos países de origem, trânsito, destino e retorno. V., ainda, os comentários gerais conjuntos n.ºs 3 e 4 (2017) do Comité de Proteção dos Direitos de todos Migrantes e Membros das suas famílias e do Comité das Crianças.

### 3.2. A natureza de *ultima ratio* da medida de detenção

Para além da salvaguarda e prossecução do superior interesse das crianças migrantes, há que destacar a natureza de *ultima ratio da medida de detenção*. Desde logo, importa sublinhar que a aplicação de uma medida de detenção por motivos migratórios é sempre uma medida que não deixa de causar alguma perplexidade no contexto geral dos direitos humanos, já que implica uma privação da liberdade fora do contexto criminal<sup>14</sup>. Não obstante, os mais variados instrumentos internacionais têm aceitado que os Estados podem manter em detenção quem tenha entrado ou seja encontrado irregularmente no território e seja objeto de uma decisão de afastamento, desde que essa medida se afigure a única aplicável. Vejamos de que forma o direito positivo tem afirmado aquilo que, para nós, constitui o critério da *ultima ratio* da detenção de migrantes.

#### 3.2.1. *Parâmetros supralegais*

A possibilidade de detenção de migrantes encontra-se prevista no art. 5.º, alínea *f*), da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), bem como no art. 27.º, alínea *c*), da Constituição Portuguesa. Começando pela última, ela prevê a possibilidade de detenção “de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão”. Os fins de detenção constitucionalmente previstos coincidem com os da alínea *f*) do art. 5.º da CEDH. Daqui decorre que a medida de detenção *não é uma punição contra quem atravessou irregularmente a fronteira, nem é uma medida de dissuasão ou prevenção de imigração irregular*. É, apenas e tão só, uma medida administrativa aplicada para executar um dos mencionados fins.

Apesar de se enumerarem os motivos que podem conduzir à detenção de migrantes, não basta a verificação de um deles para ser legítima, *ipso iure*, tal medida. De facto, importa referir a emergência de um princípio geral do Direito das Migrações, que aponta no sentido da *ultima ratio* de tal medida. Esse princípio é já indiscutível no que toca a crianças. Com efeito, o art. 37.º da Convenção dos Direitos da Criança é claro: a detenção apenas poderá ser utilizada como medida de último recurso e terá a duração mais breve possível. Essa exigência deverá ser, naturalmente, aplicada em simples contextos migratórios. As Diretrizes do Conselho da Europa para uma justiça amiga das Crianças sublinham o mesmo princípio (§19), o qual é ainda aceite no contexto da UE no que toca a crianças não acompanhadas, como se verá mais à frente.

<sup>14</sup> Assim, já o nosso “A Detenção de Imigrantes na Jurisprudência Nacional e Internacional”, *Revista do Ministério Público*, n.º 125, jan.-mar. 2011.

Mas mesmo no que toca a adultos — que também nos interessa neste contexto, por poderem ter crianças a cargo —, importa atentar na referida emergência desse patamar de *ultima ratio*. Tal tendência é verificável na jurisprudência dos organismos internacionais pertinentes. Assim, o Comité dos Direitos Humanos das Nações Unidas, órgão responsável por controlar o respeito pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, já referiu, por diversas vezes, que a manutenção de uma detenção provisória teria de respeitar o princípio da proporcionalidade, sob pena de ser arbitrária<sup>15</sup>, devendo os Estados ponderar a possibilidade de aplicação de medidas alternativas à detenção, como a imposição de obrigação de apresentação periódica às autoridades ou o depósito de uma caução<sup>16</sup>. Também a jurisprudência do TEDH tem vindo a caminhar no sentido da afirmação de um princípio de *ultima ratio* das medidas de detenção em contexto de imigração. Se inicialmente se bastava com a ocorrência de um dos motivos de detenção enumerados na Convenção, mais recentemente começou a imiscuir-se no juízo de necessidade da medida<sup>17</sup>. Assim, nos casos *Popov c. França*<sup>18</sup>, *Yoh-Ekale Mwanje c. Bélgica*<sup>19</sup> e *S.K. c. Rússia*<sup>20</sup>, o TEDH afirmou que a detenção poderia não ser legítima se as autoridades tivessem ao seu alcance medidas menos gravosas. No caso *Rahimi c. Grécia*, o TEDH afirmou, ilustrativamente, que as autoridades estaduais não tinham tido em consideração o superior interesse da criança e não tinham explorado a possibilidade de substituir a detenção por uma medida “menos dramática”<sup>21</sup>.

No contexto da UE, a *Diretiva de retorno* apenas permite a aplicação de medida de detenção a estrangeiro encontrado em situação ilegal quando houver risco de fuga ou aquele evitar ou entravar a preparação do regresso ou o procedimento de afastamento. É ainda necessário demonstrar não ser possível aplicar, com igual eficácia, outras medidas suficientes, mas menos coercivas. O mesmo se diga, de resto, da *Diretiva Acolhimento*. Dispõe-se aí que a detenção de requerentes de asilo deverá ser aplicada de acordo com o princípio de que as pessoas não deverão ser detidas *apenas com fundamento no facto de solicitarem proteção internacional*, mas apenas em “*circunstâncias excecionais*”, nos termos dos princípios da necessidade e da proporcionalidade. A detenção é, também aí, encarada como uma medida de último recurso, que só poderá ser aplicada *depois* de terem sido devidamente

<sup>15</sup> V., *inter alia*, Comunicação de 15 de agosto de 1990, *Van Alphen c. Países Baixos*, n.º 305/1998.

<sup>16</sup> Comunicação de 29 de outubro de 2003, *Bakhtiyari c. Austrália*, n.º 1069/2002, comunicação de 13 de novembro de 2002, *MC c. Austrália*, n.º 900/1999, e comunicação de 18 de setembro de 2003, *Baban c. Austrália*, n.º 1014/2001.

<sup>17</sup> Sobre este ponto, v. o nosso *Imigração e Direitos Humanos*, Petrony, 2017, p. 489 ss.

<sup>18</sup> Ac. de 19/01/2012, queixa n.º 39472/07 e 39474/07.

<sup>19</sup> Ac. de 20/12/2011, queixa n.º 10486/10.

<sup>20</sup> Ac. de 24/01/2017, queixa n.º 52722/15.

<sup>21</sup> Ac. de 05/07/2011, queixa n.º 8687/08.

analisadas todas as medidas alternativas<sup>22</sup>. A mais recente jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) tem sublinhado que a lei nacional tem de ser clara e transparente no que toca a definir os casos em que a medida de detenção pode ser aplicada, dentro dos parâmetros mencionados<sup>23</sup>. Caberá depois ao julgador passar a aplicação de tal medida pelo exigente crivo de *ultima ratio*.

No âmbito do necessário respeito pelo princípio da proporcionalidade, importa ainda referir, por fim, que qualquer medida de detenção só pode ter a duração que se relevar estritamente necessária. Este ponto tem sido bastante sublinhado pelos organismos internacionais, que já tiveram oportunidade de sancionar a aplicação de medidas de detenção por prazos excessivamente longos ou mesmo indeterminados. A *Diretiva de retorno* determina que a detenção não pode durar mais tempo que o estritamente necessário, num limite inultrapassável de seis meses, prorrogável por mais doze (art. 15.º, n.ºs 5 e 6). A *Diretiva Acolhimento* dispõe que a detenção deve ter a duração *mais breve possível*. As nossas leis de imigração e de asilo fixam o prazo máximo de detenção, inultrapassável, de 60 dias (art. 146.º, n.º 3, e 35.º-B, n.º 1, respetivamente). No entanto, deve entender-se, em ambos os casos, que a detenção ou colocação não pode prolongar-se mais tempo do que o necessário, podendo a decisão ser reapreciada oficiosamente ou a pedido do detido se sobrevierem circunstâncias relevantes ou novas informações passíveis de comprometer a legalidade da medida.

Vejamus agora o funcionamento do princípio da *ultima ratio* quando está em causa a possível aplicação de medida detentiva a crianças migrantes, nos contextos de aplicação das leis de imigração e de asilo.

### 3.2.2. Lei de Imigração

É no enquadramento geral dado pelas obrigações internacionais e europeias acabadas de referir que deve ser vista a possibilidade de aplicação, entre nós, da medida de detenção prevista na Lei de Imigração. Tal medida pode ser aplicada: (a) em relação a estrangeiro que seja encontrado em situação ilegal no território português e contra o qual se decida promover

<sup>22</sup> Não obstante, importa referir que a Diretiva acaba, depois, por se afastar bastante deste limite "autoproposto", ao referir vários casos em que a detenção pode ser aplicada, a saber: para determinar ou verificar a identidade ou nacionalidade do requerente; para determinar os elementos em que se baseia o pedido de proteção internacional que não poderiam obter-se sem essa detenção, designadamente se houver risco de fuga do requerente; para determinar, no âmbito de um procedimento, o direito de o requerente entrar no território; se o requerente detido estiver sujeito a um processo de retorno; se a proteção da segurança nacional e da ordem pública o exigir e para efeitos de aplicação do Regulamento Dublin (art. 8.º, n.º 3).

<sup>23</sup> Assim, o Ac. de 15/03/2017, *Al Chodor*, proc. n.º C-528/15. O TJUE considerou que os Estados-Membros deveriam estabelecer critérios objetivos indicadores do risco de fuga de um requerente de asilo sujeito a um processo de transferência ao abrigo do Regulamento Dublin, de forma a justificar a manutenção do mesmo em detenção.

afastamento; (b) em relação a estrangeiro cuja entrada no território seja recusada por não deter os documentos necessários para o efeito.

*a) Estrangeiro encontrado em situação irregular no território*

Como já se referiu, o art. 146.º da Lei de Imigração determina que o *estrangeiro* que seja encontrado no território nacional sem documentação válida é detido e presente ao juiz em 48 horas, que decidirá a medida aplicável. As medidas de coação visam efetivar o regresso do estrangeiro. Assim, elas apenas podem ser aplicadas para efeito de afastamento coercivo do território. Significa isto que nos casos em que não seja possível proceder ao referido afastamento coercivo, *não pode haver lugar à aplicação de medida de coação*.

Fora esses casos, a lei apenas refere o *perigo de fuga* como condição de aplicação de qualquer medida de coação (art. 142.º), não estabelecendo quais os critérios ou fatores a que o juiz deve atender para *decidir a medida a escolher*. Ora, tendo presentes os parâmetros supralegais expostos, uma medida de detenção apenas poderá ser aplicável se mais nenhuma medida, menos gravosa, se revelar suficiente. A jurisprudência dos nossos tribunais superiores tem insistido na necessidade de a aplicação da medida de detenção passar o crivo do princípio da proporcionalidade. Tem-se afirmado, em particular, que a simples permanência ilegal no território não pode, só por si, justificar a aplicação de tal medida<sup>24</sup>. Assim, o juiz terá de demonstrar e fundamentar que mais nenhuma das outras medidas de coação previstas na lei é suficiente. Tais medidas encontram-se previstas no art. 142.º e podem consistir na apresentação periódica no Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF) e na obrigação de permanência na habitação com utilização de meios de vigilância eletrónica.

Podemos indicar vários exemplos de casos flagrantes em que não deverá ser aplicada medida de detenção. É o caso de estrangeiro que tenha pedido regularização do seu estatuto e que se encontre inserido profissionalmente em Portugal. É ainda o caso daquele que tenha a família no território. Dificilmente, nestes casos, haverá *perigo de fuga*.

Mesmo que não se trate de uma dessas situações, há que atender ao princípio da *ultima ratio*, duplamente exigente quando estão em causa crianças. Nesses casos, importa relembrar o já referido art. 17.º da *Diretiva de retorno*: famílias com crianças devem ser detidas apenas em último caso e pelo mais curto possível período de tempo. Assim, o juiz deverá sempre e necessariamente procurar saber se existem crianças envolvidas. Existindo, dificilmente conseguirá demonstrar que a medida de detenção corresponde ao seu superior interesse e passa o crivo da *ultima ratio*.

<sup>24</sup> Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 03/12/2009, proc. n.º 76/09.5ZRLRA-A.S1 (dgsi). Para mais detalhes, v. o nosso "A Detenção de Imigrantes...", cit.

Só em casos muito excepcionais se poderá considerar que o superior interesse da criança não se opõe à aplicação de medida detentiva. De uma forma geral, podemos adiantar que, a suceder uma dessas circunstâncias, apenas será quando a criança esteja acompanhada da sua família e se aplique medida de detenção aos adultos pela mesma responsável. A detenção da criança, aí, justificar-se-ia com a manutenção da unidade familiar. Mas ainda assim, as mais recentes evoluções do Direito Internacional apontam no sentido de que a detenção das crianças apenas baseada na salvaguarda da unidade familiar pode não ser justificada. Nesses casos, pois, deve procurar-se ativamente uma alternativa à medida de detenção. A detenção dos pais que tenham crianças a seu cargo deve, enfim, ser cuidadosamente estudada e evitada, já que leva, por arrastamento, à detenção de uma criança.

#### *b) Recusa de entrada no território*

A Lei de Imigração prevê ainda a aplicação de medida de detenção de estrangeiros para os casos de recusa de entrada no território. Se o afastamento não for possível no prazo de 48 horas, o estrangeiro poderá ser colocado em CIT, nos termos do art. 38.º, n.º 4. Deve entender-se, naturalmente, que tal “colocação” equivale, para todos os efeitos, a *detenção*, devendo ser judicialmente controlada. O juiz deverá atender à possível existência de crianças e analisar, mais uma vez, se é possível aplicar-se uma medida menos gravosa, sobretudo quando não se afigure provável que o retorno ao país de origem se processe de forma célere. Valem aqui, pois, inteiramente, as considerações tecidas no ponto anterior.

### **3.2.3. Lei de Asilo**

Para além da Lei de Imigração, a Lei de Asilo prevê casos em que requerentes de asilo, *i.e.*, pessoas que entraram no território em busca de proteção internacional, podem ser detidos. De acordo com a regra geral, estabelecida no art. 35.º-A, os requerentes de asilo não podem ser detidos pelo simples facto de terem pedido asilo. Nesse sentido, o art. 146.º, n.º 6, da Lei de Imigração dispõe que não é organizado processo de afastamento coercivo ao estrangeiro que, tendo entrado irregularmente no território nacional, apresente pedido de asilo a qualquer autoridade policial dentro das 48 horas após a sua entrada. Neste caso, o requerente de asilo deve aguardar a decisão em liberdade. Assim, as famílias com crianças que tenham entrado ilegalmente no território e tenham pedido asilo no espaço de 48 horas não podem ser detidas.

No entanto, são previstas várias exceções a esta regra: desde logo, os requerentes podem ser colocados num CIT por razões de segurança nacional, ordem pública, saúde pública ou quando existir risco de fuga. Isso só poderá suceder, no entanto, se não se puder aplicar outra medida que se afigure

menos grave. As alterações à lei em 2014 vieram alargar os casos em que requerentes de asilo podem ser “colocados” em tais centros: isso passou a suceder nos casos de pedidos de asilo deduzido no posto de fronteira, no contexto de um pedido subsequente a uma decisão de afastamento e ainda no decurso do procedimento especial de determinação do Estado responsável pela análise do pedido de proteção internacional, nos termos do Regulamento Dublin<sup>25</sup>.

Têm-se gerado algumas dúvidas sobre a natureza desta medida de “colocação” em centros de instalação temporária, os quais se localizam maioritariamente, no nosso país, na zona internacional dos aeroportos. Ora, a Diretiva *Condições de Acolhimento* determina que, no seu contexto, “detenção” significa qualquer medida de reclusão de um requerente por um Estado-Membro numa zona especial, no interior da qual o requerente é privado da liberdade de circulação. Também o TEDH já confirmou esse entendimento. No caso *Amuur*<sup>26</sup>, há cerca de 20 anos, o TEDH discutiu a legitimidade da detenção de vinte e dois requerentes de asilo — de entre os quais, onze crianças —, durante 20 dias na zona internacional de um aeroporto. A Comissão Europeia dos Direitos do Homem (ComEDH) havia considerado que a manutenção dos requerentes de asilo na zona internacional do aeroporto não consubstanciava uma privação da liberdade. O TEDH foi de opinião contrária. Tendo em conta a duração da manutenção das pessoas na referida zona, considerou que ela se tinha traduzido numa verdadeira privação da liberdade e, por isso, numa autêntica detenção<sup>27</sup>. Pelas características das medidas de “acolhimento” nos nossos aeroportos, podemos considerar que elas partilham das mesmas características do caso francês, devendo, pois, ser qualificadas como *detenções*.

A aplicação destas medidas de detenção, no contexto dos procedimentos de asilo, está também dependente do crivo da *ultima ratio*. Assim, tal como nos procedimentos de detenção de imigrantes em situação irregular, o juiz deverá ponderar da aplicação de medidas menos gravosas, enumeradas no n.º 4 do art. 35.º-A da Lei de Asilo: apresentação periódica no SEF e obrigação de permanência na habitação com utilização de meios de vigilância eletrónica, nos termos da lei.

No entanto, algumas das normas constantes da Lei de Asilo merecem-nos reservas. De facto, as mesmas estão redigidas de forma demasiado geral ou aberta, não estipulando expressamente a necessidade de ponderação de

<sup>25</sup> Regulamento (UE) n.º 604/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado membro responsável pela análise de um pedido de proteção internacional apresentado num dos Estados membros por um nacional de um país terceiro ou por um apátrida.

<sup>26</sup> Ac. de 25/06/1996, *Amuur c. França*, proc. n.º 19776/92.

<sup>27</sup> Para uma crítica a este ponto da decisão, v. CATHERINE TEITGEN-COLLY, “L'Éloignement des Étrangers et les Articles 5 et 6 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme”, in AA.VV., *Les Étrangers et la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fundamentales*, Hugues Fulchiron (dir.), L.G.D.J., Paris, 1999.

determinados fatores para a aplicação da medida, como seja a especial vulnerabilidade ou idade do requerente de asilo. Vejamos a redação do art. 26.º da Lei de Asilo: a mesma limita-se a determinar que “o requerente permanece na zona internacional do porto ou aeroporto, enquanto aguarda a notificação da decisão do diretor nacional do SEF”. Uma tal redação pode, no nosso entender, conduzir a que a medida de detenção seja, nesses casos, aplicada de forma sistemática, incluindo os casos em que estejam crianças envolvidas.

O relatório de 2017 do *Asylum Information Database* documenta que, entre nós, os requerentes de asilo que pedem proteção internacional nos postos fronteiriços têm sido *sistematicamente sujeitos a medidas de detenção* nos centros de instalação temporária dos aeroportos. Se inicialmente se procedia a uma apreciação da vulnerabilidade dos requerentes, permitindo-se que as famílias com crianças, potenciais vítimas de tráfico ou mulheres grávidas fossem admitidas a entrar no território e aí protegidas, o mencionado relatório refere que esta prática deixou de se verificar desde 2017<sup>28</sup>. É necessário, pois, que o juiz criminal proceda a uma ponderação sistemática da proporcionalidade e necessidade da detenção de requerentes de asilo, como exige a já referida Diretiva *Condições Acolhimento*. No que toca a requerentes de asilo com crianças a cargo, voltamos a insistir numa condição *dupla de ultima ratio*: à partida a manutenção da unidade familiar não justifica, por si só, a detenção “por arrastamento” das crianças; o juiz deverá procurar sempre medidas alternativas para requerentes de asilo com crianças a cargo.

### 3.3. As garantias do procedimento de aplicação de medida de coação

Importa agora atentar em alguns requisitos formais e procedimentais que influem também na legitimidade das medidas de coação ou provisórias aplicadas a crianças migrantes em situação irregular ou requerentes de asilo.

Tais medidas devem, primeiro que tudo, ser decididas e mantidas através de um procedimento *justo*. Começemos por analisar o que ditam as fontes de direito supraleais.

#### a) *Parâmetros supraleais*

No que toca a medidas que impliquem a privação da liberdade, a CEDH exige que as mesmas respeitem uma série de requisitos procedimentais. Desde logo, deverão ser sempre precedidas de uma avaliação individualizada do caso concreto. Tal como são expressamente proibidas expulsões coletivas<sup>29</sup>, também o são as detenções em massa<sup>30</sup>. Não pode o decisor, assim, aplicar

<sup>28</sup> AID, *op. cit.*

<sup>29</sup> Tal proibição encontra-se expressa no art. 4.º do Protocolo n.º 4 anexo à CEDH.

<sup>30</sup> Dec. de 03/07/2014, *Georgia c. Rússia*, queixa n.º 13255/07.

coletivamente a mesma medida a um grupo de migrantes, por exemplo, pelo simples facto de terem chegado em conjunto no mesmo meio de transporte ou se encontrarem sujeitos ao mesmo circunstancialismo. Julgamos que esta ideia deve ser extensível a qualquer medida de coação ou provisória, embora receba, naturalmente, especial relevo nas medidas mais gravosas.

Depois, de acordo com o n.º 2 do art. 5.º da CEDH, as pessoas detidas devem ser informadas das razões da detenção. A informação deve ser atempada, completa e inteligível, feita no mais curto espaço de tempo e deve mencionar as razões de facto e de direito que a fundamentam, de forma a que o estrangeiro possa contestar a legalidade da mesma<sup>31</sup>. O direito a uma informação adequada pode exigir a presença de um intérprete e pressupõe que a medida seja tomada numa linguagem simples e acessível e numa língua que o estrangeiro compreenda<sup>32</sup>. Assim, por exemplo, no caso *Nowak c. Ucrânia*, o TEDH considerou ter havido violação do art. 5.º, n.º 2, da CEDH pelo facto de as autoridades ucranianas terem dado uma ordem de expulsão a um cidadão polaco, a qual se encontrava redigida em ucraniano, língua que o recorrente desconhecia, e contendo apenas na fundamentação a referência ao mesmo ser “*um ladrão internacional*”<sup>33</sup>.

O n.º 3 do art. 5.º da CEDH consagra o direito a ser imediatamente apresentado a um juiz (entendido como uma autoridade judiciária que ofereça garantias para apreciar o caso de forma independente). O controlo judicial da medida deve ser automático, *i.e.*, não pode estar dependente de um pedido do interessado e deve ser decidido num prazo razoável. Já o n.º 4 garante o direito de o detido recorrer da detenção perante um tribunal, devendo ser garantido o direito ao contraditório. Deve ainda ser-lhe garantido o direito de comunicar sem entraves com o defensor<sup>34</sup>. Por fim, o procedimento judicial deve ser célere, muito embora isso não possa coibir o juiz de procurar toda a informação necessária sobre a existência de crianças a cargo e interesse superior destas<sup>35</sup>.

As normas que se referem especificamente ao procedimento de detenção de crianças repetem algumas destas garantias. Assim, o art. 37.º, alínea d), da Convenção dos Direitos da Criança determina que a criança privada de liberdade tem o direito de aceder rapidamente à assistência jurídica ou a outra assistência adequada e o direito de impugnar a legalidade da sua privação de liberdade perante um tribunal ou outra autoridade competente, independente

<sup>31</sup> Dec. da ComEDH de 05/07/1984, *K c. Bélgica*, queixa n.º 10819/84, dec. do TEDH de 23/07/2013, *M.A. c. Chipre*, queixa n.º 41872/10.

<sup>32</sup> CATHERINE TEITGEN-COLLY, *op. cit.*, p. 292.

<sup>33</sup> Dec. de 31/03/2011, *Nowak c. Ucrânia*, queixa n.º 60846/10. No mesmo sentido, na dec. de 29/01/2008, *Saadi c. Reino Unido*, queixa n.º 13229/03, o TEDH considerou que uma demora de 76 horas para comunicar os motivos da detenção era excessiva e violava o art. 5.º, n.º 2, da CEDH.

<sup>34</sup> Dec. de 21/10/1986, *Sanchez-Reisse c. Suíça*, queixa n.º 9862/82. V. ainda FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit Européen et International des Droits de l'Homme*, 12ème Édition, Puf, 2015, p. 346.

<sup>35</sup> Dec. de 21/05/2015, *Mukhitdino c. Rússia*, queixa n.º 20999/14.

e imparcial, bem como o direito a uma rápida decisão sobre tal matéria. Na sequência das várias iniciativas que seguiram a Declaração de Nova Iorque sobre Migrantes e Refugiados, de 19 de setembro de 2016, vários organismos têm dado relevância à importância de se manterem, em matéria de imigração e asilo, procedimentos “child-friendly” e adaptados às crianças. Veja-se, nesse sentido, o Plano de Ação do Conselho da Europa para a Proteção de Crianças Migrantes e Refugiadas na Europa, que começa precisamente por reforçar a importância de procedimentos “amigos” das crianças, em que seja promovida a transparência e acessibilidade da informação<sup>36</sup>. Isto valerá, desde logo, para os procedimentos destinados a colocar ou manter crianças em detenção.

A nossa Constituição garante também vários direitos para os detidos: desde logo, o imprescindível direito de informação imediata e de forma compreensível das razões da detenção (art. 27.º, n.º 4). Importa ainda referir que tem lugar a aplicação do art. 28.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa — para os casos de imigrantes em situação irregular ou para os casos de requerentes de asilo. Tal norma estipula que *“a detenção será submetida, no prazo máximo de 48 horas, a apreciação judicial, para restituição à liberdade ou imposição de medida de coação adequada, devendo o juiz conhecer das causas que a determinaram e comunicá-las ao detido, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa”*. Como referiu um Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, deste normativo constitucional derivam, *inter alia*, as seguintes garantias: (1) só um juiz pode validar a detenção; (2) o detido tem de ter oportunidade de se defender<sup>37</sup>. Estas garantias devem aplicar-se em todos os casos — quer nos de detenção de imigrantes em situação irregular, quer nos de “manutenção” ou “colocação” em CIT de requerentes de asilo —, pois, como já referimos, todos eles implicam privação da liberdade.

O estrangeiro detido pode ainda beneficiar da garantia constitucional de *habeas corpus*, prevista no art. 31.º da Constituição da República Portuguesa. De acordo com esta garantia, qualquer cidadão pode pedir ao Supremo Tribunal de Justiça a imediata cessação de uma medida de prisão ou detenção ilegal, ainda que tenha sido decretada ou confirmada pela autoridade competente. O Supremo Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de se pronunciar sobre vários pedidos de *habeas corpus* de estrangeiros que se encontram detidos, confirmando que esse instituto é plenamente aplicável a essas situações. Nesse sentido, afirmou que *“quanto ao âmbito subjectivo de protecção desta garantia específica do direito à liberdade, trata-se de um direito universal, (...) pelo que não há lugar para a reservar para as pessoas de nacionalidade portuguesa, excluindo os estrangeiros”*<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> Adotado pelo Conselho de Ministros em Nicosia, a 19 de maio de 2017.

<sup>37</sup> Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 08/10/2003, proc. n.º 6523/2003-3 (dgsi).

<sup>38</sup> Ac. de 03/12/2009, proc. n.º 76/09.5ZRLRA-A.S1, Ac. de 13/03/2008, proc. n.º 08P926 (dgsi).

### b) *Garantias procedimentais na Lei de Imigração*

A atual Lei de Imigração é bastante parca e sumária na previsão de garantias procedimentais para aplicação de medidas de coação a imigrantes em situação irregular. Desde logo, determina, no art. 146.º, que o cidadão estrangeiro encontrado em situação irregular no território é detido por autoridade policial e apresentado, no prazo máximo de 48 horas, às autoridades judiciais para validação da detenção e aplicação de medidas de coação, se tal se justificar. Ora, apesar de a lei não o dizer, o juiz terá *necessariamente de ouvir o cidadão detido*. Essa exigência foi já inúmeras vezes confirmada pela nossa jurisprudência. Assim, perguntava-se ilustrativamente num aresto do Tribunal da Relação de Lisboa: sem interrogatório judicial do detido, “*para quê exigir a intervenção de um juiz? Para este se limitar a proferir um despacho, meramente formal, tabelar, ou seja, sem sequer ponderar e decidir fundamentadamente sobre as medidas de coação aplicáveis ao cidadão estrangeiro (detido) em causa?*”<sup>39</sup>. Em particular, sem o referido interrogatório, o juiz não pode concluir se há crianças envolvidas, nem quais as circunstâncias de vida do imigrante, por forma a avaliar qual a medida mais adequada — *se alguma*. Esta regra deverá vigorar também no caso de detenção de crianças não acompanhadas em situação irregular. Deverá ser aí aplicado o direito à participação e à audição da criança, consagrados no art. 12.º da Convenção dos Direitos da Criança, a não ser que a isso se oponha o seu superior interesse.

Estas garantias devem também ser aplicadas nos casos previstos no art. 38.º, n.º 4, referente à manutenção de estrangeiro em CIT na sequência de recusa de entrada. Também aí o juiz criminal responsável pela validação da detenção deverá *ouvir o cidadão estrangeiro detido*. De facto, não faria sentido garantir-se o direito à audição e contraditório no primeiro caso e não se garantir no segundo, ainda que se considere, à partida, que o cidadão cuja entrada foi recusada ficará pouco tempo em detenção. Em primeiro lugar, basta poder permanecer mais de 48 horas para que o juiz tenha de intervir — e, assim, que *tenham de ser aplicadas todas as garantias jurisdicionais* decorrentes da Constituição referentes a um processo justo. Em segundo lugar, nos termos da Lei de Imigração, os cidadãos sujeitos a decisão de recusa de entrada podem ficar detidos por 60 dias, tal como os cidadãos detidos em processo de expulsão. O tempo limite é o *mesmo* nas duas situações, pelo que não se justificaria que as garantias processuais fossem *diferentes*. Não pode, assim, o juiz criminal limitar-se a “validar” a detenção com base na informação prestada pelo SEF nos casos de recusa de entrada. Também aí o juiz deverá ouvir o cidadão estrangeiro cuja entrada foi recusada, indagar se existem *crianças a cargo*, avaliar o que dita o seu *superior interesse* e, ainda, verificar se existe um *risco de fuga real*, atendendo, em particular,

<sup>39</sup> Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa de 11/02/2004, proc. n.º 1193/2004-3 (dgsi).

à posse de documento de viagem de regresso, de contactos ou laços no território, etc. Só assim poderá o juiz aferir do superior interesse da criança, bem como do respeito pelo princípio da *ultima ratio* da medida de detenção.

Em ambos os casos, importa insistir que valerão todas as garantias constitucionais referentes a um processo jurisdicional justo. Em particular, deve ser garantido o direito à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a advogado (art. 20.º, n.º 2, da Constituição).

Se o juiz concluir ser de aplicar medida de detenção, a Lei de Imigração prevê mais obrigações procedimentais. O art. 146.º-A dispõe que o detido tem direito a contactar com advogado em privado, nos termos exigidos pelo art. 16.º, n.º 2, da *Diretiva de retorno*. Tal contacto deve ser feito sem quaisquer entraves, de forma a garantir-se a efetividade de um procedimento justo ou mesmo do acesso ao direito<sup>40</sup>. A mesma norma determina ainda que ao estrangeiro detido é fornecido documento do qual constem as regras aplicadas no CIT ou espaço equiparado, bem como os seus direitos e deveres (transpondo-se, assim, o art. 16.º, n.º 5, da *Diretiva de retorno*). Ora, uma aplicação adequada das obrigações derivadas desta norma, e que respeite o que determinam as fontes de direito supraleais, exige que tal informação seja prestada em língua compreendida pelo detido. No caso das crianças, as mesmas devem ser informadas de maneira que compreendam. Neste contexto, devem ser aplicadas as Diretrizes do Conselho da Europa de 2010 referentes a uma Justiça Amiga das Crianças<sup>41</sup>. As mesmas devem ser aplicadas quer pelas autoridades administrativas, quer ainda pelo juiz, que deverá explicá-las à criança migrante, socorrendo-se dos apoios técnicos necessários.

### c) *Garantias procedimentais na Lei de Asilo*

Nos termos do art. 35.º-B, n.º 2, da Lei de Asilo, havendo detenção de requerentes de asilo, os mesmos são imediatamente informados por escrito, numa língua que compreendam ou seja razoável presumir que compreendam, dos motivos da sua detenção e dos meios previstos no direito nacional para a contestar, bem como da possibilidade de solicitarem assistência e representação legal a título gratuito<sup>42</sup>. O art. 49.º, n.º 6, da Lei de Asilo, por seu

<sup>40</sup> De acordo com relatório do Provedor de Justiça, o acesso a advogado por parte de quem se encontre detido nos CIT localizados nos aeroportos não tem sido devidamente garantido. Registaram-se várias queixas referentes à exigência de pagamento, por parte da entidade que gere o aeroporto, de um valor pecuniário aos advogados que pretendiam entrar nos referidos centros. O referido valor destina-se, alegadamente, a ressarcir custos de credenciação. Cfr. PROVIDOR DE JUSTIÇA, *Relatório à Assembleia da República — 2016, 2017*, p. 131.

<sup>41</sup> Sobre este ponto, v. o nosso “Child-Friendly Justice — Orientações Europeias para uma Mudança de Paradigma”, *Revista Luso-Brasileira de Alienação Parental*, n.º 10, fev.-maio 2017, pp. 248-257.

<sup>42</sup> Nos termos da mesma norma, é dever dos Estado assegurar aos requerentes a assistência jurídica e representação legal. Estas devem incluir, pelo menos, a preparação dos documentos processuais exigidos e a participação, em nome do requerente, nas audiências perante as

turno, determina que os advogados do requerente têm direito de acesso a zonas vedadas, como locais de detenção ou de trânsito, para poderem prestar àquele o devido aconselhamento<sup>43</sup>. Trata-se da transposição do art. 10.º, n.º 4, da *Diretiva Acolhimento*, o qual dispõe que os Estados-Membros devem assegurar que os representantes jurídicos têm a possibilidade de comunicar com os requerentes de asilo e de os visitar, em condições de respeito da privacidade<sup>44</sup>.

Determina a *Diretiva Acolhimento* que, se a detenção for ordenada por uma autoridade administrativa, ela deve ser sujeita a “*um controlo judicial acelerado*”. Nos termos da Lei de Asilo, a medida de “colocação”, bem como as medidas alternativas, são determinadas pelo juízo de pequena instância criminal da respetiva área de jurisdição ou pelo tribunal de comarca nas restantes áreas do país. No caso de pedidos de proteção internacional apresentados nos postos de fronteira, a permanência em CIT é comunicada no prazo máximo de 48 horas ao juiz (art. 35.º-A, n.ºs 5 e 6). Este deverá, também aqui, *ouvir o requerente de asilo, assegurar o contraditório* e, em particular — insistimos —, procurar saber da existência de *crianças envolvidas*. As próprias crianças — quer acompanhadas ou não, dependendo da sua idade e grau de compreensão — deverão ser ouvidas. De facto, a Diretiva determina expressamente que os Estados-Membros devem ter em especial conta a opinião manifestada pela criança, ao avaliar o seu superior interesse (art. 23.º, n.º 2, alínea d)). Sendo esta norma transversal, a mesma terá de ser também considerada no decurso de aplicação de medida de detenção. Assim, deverá ser garantida a audição da criança, de preferência tendo em conta as já mencionadas Diretrizes do Conselho da Europa.

No mais, deverão ser respeitadas as normas constitucionais referentes a um processo jurisdicional justo, como já referido no ponto anterior.

A *Diretiva Acolhimento* determina ainda que os procedimentos administrativos em que se encontrem pessoas detidas se pautem por uma exigência de diligência especial, para que rapidamente se possa tomar uma decisão sobre a admissibilidade do pedido de asilo e restituir as pessoas à liberdade ou devolvê-las ao país de origem.

Para além das obrigações de informação, representação jurídica, controlo judicial e celeridade, cumpre ainda referir que a aplicação de medidas provi-

---

autoridades judiciais. Note-se, no entanto, que a mesma norma permite que os Estados possam limitar a possibilidade de apoio judiciário gratuito apenas às pessoas que carecem de meios suficientes, remetendo, em geral, para o direito nacional os procedimentos para o acesso à assistência jurídica.

<sup>43</sup> No que toca a este ponto, valem as considerações tecidas no ponto anterior, respeitantes a eventual desrespeito do direito de acesso a advogado por parte, também, dos requerentes de asilo que se encontrem detidos em CIT junto do aeroporto.

<sup>44</sup> Art. 10.º, n.º 4. Só podem ser impostos limites de acesso às instalações de detenção se, nos termos do direito nacional, forem objetivamente necessários por motivos de segurança, ordem pública ou gestão administrativa das instalações de detenção, desde que o acesso não seja fortemente limitado nem impossibilitado.

sórias em procedimento de asilo deve ser precedida da *identificação de pessoas especialmente vulneráveis*. Determina o art. 21.º da *Diretiva Acolhimento* que os Estados-Membros devem ter em conta a situação das pessoas vulneráveis, designadamente menores, menores não acompanhados, deficientes, idosos, grávidas, famílias monoparentais com filhos menores, vítimas de tráfico de seres humanos, pessoas com doenças graves, pessoas com distúrbios mentais e pessoas que tenham sido sujeitas a atos de tortura, violação ou outras formas graves de violência psicológica, física ou sexual, como as vítimas de mutilação genital feminina<sup>45</sup>. Nos termos do art. 17.º-A da Lei de Asilo, deve ser avaliada a necessidade de promoção de garantias processuais especiais para estes requerentes, cuja capacidade de exercer direitos e cumprir obrigações se encontre limitada *por força das circunstâncias pessoais*.

Ocorrendo uma falta de identificação, corre-se o risco de se deterem, continuamente, pessoas especialmente vulneráveis. Isso poderá ser tão mais grave quando, nos termos da Lei de Asilo, não deve ser aplicado a estas pessoas o regime especial dos pedidos apresentados em posto de fronteira. Uma identificação das vulnerabilidades deverá ter lugar imediatamente no próprio procedimento administrativo e, principalmente, aquando da detenção de requerentes de asilo em CIT junto do aeroporto. No entanto, deverá o juiz criminal, no decurso de validação da “manutenção” de requerente de asilo em CIT, *avaliar sempre* da possível ocorrência de tais vulnerabilidades. O juiz deve assumir-se, pois, como um verdadeiro garante da proteção dos direitos das pessoas mais vulneráveis neste contexto.

### 3.4. A manutenção da unidade familiar

No caso da detenção de crianças migrantes que cheguem juntamente com os membros da família, qualquer medida que se aplique deverá *sempre* preservar a unidade familiar — a não ser, claro está, que a isso se oponha o superior interesse da criança. Este é um princípio essencial e basilar, que muito importa recordar nos dias que correm. Com efeito, foram várias as imagens que, em 2018, nos chegaram dos Estados Unidos da América, em que famílias de migrantes foram brutalmente separadas nas fronteiras, sob o pretexto de sujeitar os progenitores adultos a medidas de detenção e as crianças a medidas de acolhimento. O culminar de um processo migratório jamais poderá dar-se com a imposição da privação daqueles que serão as figuras de referência e o único conforto das crianças migrantes em cenários totalmente desconhecidos. O nosso humanismo di-lo, mas também o dizem os vários instrumentos de proteção dos direitos humanos. Assim, o art. 8.º da CEDH, que proíbe as ingerências arbitrárias na família, incluindo a quebra da

---

<sup>45</sup> Transposta para a Lei de Asilo no art. 2.º, alínea y).

unidade familiar<sup>46</sup>, e o art. 9.º da Convenção dos Direitos da Criança, que dispõe que a criança não é separada de seus pais contra a vontade destes, salvo quando essa separação é necessária no interesse superior da criança. No mesmo sentido, a nossa Constituição garante, no art. 36.º, n.º 6, que os filhos não podem ser separados dos pais, a não ser para sua própria proteção.

O valor da unidade familiar é, pois, amplamente reconhecido, pelo que os instrumentos em matéria de imigração e asilo não o poderiam colocar em causa. Desde logo, a *Diretiva de retorno* assenta nesse princípio, como decorre do art. 5.º, alínea b). O art. 17.º dispõe, depois, que as *famílias detidas* devem ficar alojadas em locais separados que garantam a devida privacidade. A isto opõe-se qualquer medida que acarrete a separação da família e que faça crescer ao sofrimento do processo de detenção o sofrimento da privação do contacto com ambos os progenitores. A Lei de Imigração transpõe esta norma no art. 146.º, n.º 6. É essa também a redação do art. 11.º, n.º 4, da *Diretiva Acolhimento* e do art. 35.º-B, n.º 7, da Lei de Asilo.

Ora, entre nós já se tem decidido que crianças migrantes não devem ficar detidas, mas sim acolhidas em centro próprio, ainda que separadas dos pais, nos casos em que estes permanecem detidos. É necessário ser muito cauteloso no que respeita a estas decisões, evitando considerar-se automaticamente que o interesse superior da criança exigirá sempre a sua manutenção em liberdade, ainda que sacrificando o convívio com os progenitores. Neste contexto, aplaudimos uma recente decisão do Juízo de Família e Menores de Lisboa que, censurando a manutenção na Casa de Acolhimento para Crianças Refugiadas de duas crianças requerentes de asilo com seis anos e dez meses de idade separadas dos pais, determinou que “*nada justifica que os menores sejam apartados destes adultos que se apresentam como seus progenitores, como se de crianças não acompanhadas (ou ditas “separadas”) se tratasse*”. O Tribunal considerou que as crianças deveriam ser acolhidas “*juntamente com os progenitores, no Centro de Acolhimento para Refugiados do Conselho Português para os Refugiados — ou noutro centro em que os mesmos, presentemente, se encontrem — e não que permaneçam separadas destes*”<sup>47</sup>. Se é certo que desta decisão não é possível saber se os progenitores se encontravam ainda detidos no CIT junto do aeroporto, a verdade é que ela determina a *reunião familiar*, apontando que a mesma se deve processar em *centro não detentivo*. Esta decisão demonstrou, pois, que o interesse superior das crianças se deve sobrepor às preocupações de defesa da legalidade, que justificariam a manutenção dos progenitores em detenção, e aplicou aquela que deve ser, no nosso entender, a melhor solução para os casos de famílias com crianças: a preservação da unidade familiar e não aplicação de medida de detenção.

<sup>46</sup> Sobre este ponto, v. o nosso *Imigração e Direitos Humanos...*, cit., p. 360 e ss.

<sup>47</sup> Sentença de 11/09/2018, proc. n.º 19978/18.1T8LSB.

### 3.5. As condições de detenção

Por fim, ainda que passe todos os crivos e exigências procedimentais até agora referidos, a detenção de crianças migrantes terá de se processar, sempre, em condições adequadas e respeitadoras da sua condição de *crianças*. Da jurisprudência do TEDH decorre a exigência de que o local e condições da detenção sejam apropriados, sob pena de violação do art. 5.º da CEDH. Em casos mais graves, a forma de detenção de migrantes pode inclusivamente acarretar uma violação do art. 3.º da CEDH, nos termos do qual ninguém pode ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes. Essa foi a decisão em alguns casos decididos pelo TEDH. O Acórdão *Mubilanzila* é, neste ponto, paradigmático. No caso, as autoridades belgas haviam procedido à detenção, num centro para adultos, de uma criança com cinco anos de idade que havia entrado irregularmente no território, tendo depois sido devolvida ao país de origem. O TEDH considerou que, ao ter detido a criança nestas condições e posteriormente tê-la devolvido ao país de origem sem se certificar de que ela seria entregue à família, o Estado belga cometera um tratamento desumano e degradante, bem como uma detenção ilegal<sup>48</sup>. No ano de 2015, o TEDH condenou vários Estados por sujeitarem imigrantes e requerentes de asilo a condições de detenção impróprias. Merece destaque particular a decisão proferida a 1 de setembro desse ano, no caso *Khlaifia*, em que o TEDH condenou a Itália por sujeitar imigrantes em situação irregular a detenção num centro sobrelotado e sem acesso ao ar livre. O TEDH afirmou, inclusivamente, que, em geral, a manutenção de pessoas em centros sobrelotados constituiria, à partida, um tratamento proibido pelo art. 3.º da CEDH<sup>49</sup>. De momento o TEDH encontra-se a analisar o caso *Darboe e Camara c. Itália*, respeitante a duas crianças não acompanhadas, detidas com muitas outras crianças, durante meses, num centro de detenção para adultos. O centro encontrava-se seriamente sobrelotado e não dispunha de sistema de aquecimento, apesar das temperaturas extremas que se faziam sentir. As crianças tinham de dormir junto de adultos desconhecidos, o que as poderia expor a violência e a riscos de abuso sexual.

<sup>48</sup> Ac. de 12/10/2006, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Bélgica*, queixa n.º 13178/03 V. ainda o Ac. de 13/12/2011, proferido no caso *Kanagaratnam e outros c. Bélgica*, queixa n.º 15297/09. V., no mesmo seguimento, as várias condenações sofridas pela França (12/07/2016), pela detenção de crianças migrantes. Cfr., *inter alia*, A.B. e outros c. França, queixa n.º 11593/12.

<sup>49</sup> Ac. de 01/09/2015, *Khlaifia e outros c. Itália*, queixa n.º 16483/12. Reafirmou-se aí a jurisprudência firmada no caso *Georgia c. Rússia* (Ac. de 03/07/2014, queixa n.º 13255/07), em que o TEDH considerou que as condições de detenção em massa de nacionais da Geórgia, em celas confinadas, constituíam um tratamento desumano e degradante. Para além deste caso, uma detenção pode constituir um tratamento contrário ao art. 3.º se não respeitar a dignidade do detido, colocar a pessoa em situações de *stress* que ultrapassem os níveis justificados pela simples circunstância da detenção em si e não tomar em consideração a saúde e bem-estar do mesmo.

Por seu turno, também o art. 37.º da Convenção dos Direitos da Criança determina que nenhuma criança poderá ser sujeita a tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. A criança privada de liberdade deve ser tratada com a humanidade e o respeito devidos à dignidade da pessoa humana e de forma consentânea com as necessidades das pessoas da sua idade. Em particular, deve ser separada dos adultos, a menos que o seu superior interesse determine o contrário.

As normas europeias em matéria de asilo também dispõem de inúmeras exigências relativas às condições para a detenção de imigrantes em situação irregular e requerentes de asilo. A *Diretiva de retorno* dispõe, no art. 16.º, que a detenção se deve processar em centros especializados. A *Diretiva Acolhimento* exige que os requerentes de asilo sejam separados de outros estrangeiros que não tenham apresentado pedidos de proteção internacional. Determina ainda, categoricamente, que os requerentes tenham acesso a espaços ao ar livre (art. 10.º, n.º 2), obrigação transposta expressamente pelo art. 35.º-B, n.º 9, da Lei de Asilo<sup>50</sup>.

Ambas as Diretivas preveem exigências especiais para as crianças. Estas devem ter acesso a espaços de lazer e descanso, dotados de materiais lúdicos adequados à sua idade<sup>51</sup>. Mas mais. Exige-se ainda que seja possibilitado às crianças o *acesso à educação*, embora apenas “em função da permanência”<sup>52</sup>. Ora, uma vez que a duração máxima de detenção em processo migratório entre nós é de dois meses, julgamos que, a ser previsível uma detenção igual ou superior a um mês, tal acesso deve ser garantido. De facto, não podemos esquecer que a este mês, acrescerá o período de tempo que antecedeu o processo de retorno, bem como o período de readaptação e reinscrição no ensino no país de origem. Assim, deverá ser prestado um acompanhamento educativo adequado nas unidades de acolhimento<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> Alguns relatórios do Mecanismo Nacional de Prevenção (MNP) reportam, contudo, que esse requisito não é adequadamente cumprido no que respeita aos CIT dos aeroportos portugueses, referindo-se que os “espaços ao ar livre” consistem apenas em pequenas varandas rodeadas de paredes. MNP, *Tratamento dos Estrangeiros em Situação Irregular ou Requerente de Asilo nos Centros de Instalação Temporária ou Espaços Equiparados*, 2017, disponível in “<http://www.provedor-jus-pt>”.

<sup>51</sup> Art. 17.º, n.º 3, da *Diretiva de retorno* (transposto pelo art. 146.º-A, n.º 7, da Lei de Imigração) e art. 11.º, n.º 2, da *Diretiva Acolhimento*. Apesar de o art. 35.º-B da Lei do Asilo não o referir expressamente, esta exigência deverá entender-se que vigora por força da leitura da lei à luz dos parâmetros supralegais.

<sup>52</sup> Art. 17.º, n.º 3, da *Diretiva de retorno* (transposto pelo art. 146.º-A, n.º 7, da Lei de Imigração). A *Diretiva Acolhimento*, porém, não prevê o acesso à educação nos centros de detenção. Não obstante, garante o direito ao ensino, de forma geral, a qualquer menor requerente de asilo (art. 14.º). Logo, deve entender-se que esta obrigação vigora também no que se refere às crianças detidas, assim devendo ser interpretado o art. 53.º da Lei de Asilo. A coerência sistemática dos dois diplomas assim o exigiria, de resto, já que não faria sentido garantir-se tal direito às crianças imigrantes e não às crianças requerentes de asilo.

<sup>53</sup> Os centros localizados em zonas internacionais dos aeroportos dificilmente cumprirão estes requisitos. Veja-se, entre nós, o relatório de 2017 do MNP: “O MNP observou que esses espaços não reúnem as condições necessárias para o alojamento de famílias, nomeadamente a ausência de estruturas adequadas para a acomodação de crianças pequenas (...) Não se

Por fim, as duas Diretivas referem que deve ser garantida alguma abertura dos espaços de detenção à sociedade civil. A *Diretiva de retorno* dispõe que as organizações, os órgãos nacionais e internacionais e as organizações e os órgãos não governamentais relevantes e competentes devem ter a possibilidade de visitar os centros de detenção<sup>54</sup>. Já a *Diretiva Acolhimento* dispõe que os Estados-Membros devem possibilitar que os representantes do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados tenham a possibilidade de comunicar com os requerentes e de os visitar, em condições de respeito da privacidade<sup>55</sup>. Por seu turno, no caso *Riad e Idiab c. Bélgica*<sup>56</sup>, o TEDH considerou que uma detenção na zona internacional do aeroporto sem acompanhamento humanitário violava o art. 5.º da CEDH.

A referida abertura é tão mais importante quando estão em causa crianças, migrantes especialmente vulneráveis ou “*com necessidades de acolhimento especiais*”. Trata-se aí de casos que requerem um escrutínio mais exigente das condições de detenção e em que a abertura a apoios sociais, psicológicos ou educativos se revela com mais premência. A *Diretiva de retorno* determina, de facto, que deve *atribuir-se especial atenção* à situação das pessoas vulneráveis e devem ser prestados cuidados de saúde urgentes e o tratamento básico de doenças<sup>57</sup>. A *Diretiva Acolhimento*, por seu turno, dispõe que a saúde de tais pessoas vulneráveis, incluindo a saúde mental, “*deve ser uma prioridade das autoridades nacionais*”, pelo que deve ser assegurado o seu acompanhamento regular e o apoio adequado<sup>58</sup>. O legislador pretendeu reforçar que estas pessoas *necessitam de garantias e cuidados especiais*, os quais não se compadecerão, certamente, com um regime de detenção que promova o isolamento. Tal detenção poderá, nos casos das mencionadas vítimas de crimes graves, ou de requerentes de asilo que foram sujeitos a tortura ou tratamentos desumanos e degradantes, acarretar uma *segunda vitimização*.

---

*encontra definido um procedimento que garanta o fornecimento de alimentação adequada, em termos nutricionais, a grávidas e a lactantes, bem como a crianças e a pessoas idosas*”. Os mesmos relatórios dão ainda nota da ausência de quaisquer materiais lúdicos e adequados às crianças. V. *Tratamento dos Estrangeiros em Situação Irregular ou Requerentes de Asilo nos Centros de Instalação Temporária ou Espaços Equiparados*, 2017, disponível in “<http://www.provedor-jus-pt>”.

<sup>54</sup> Art. 16.º, n.º 4, transposto pelo art. 146.º-A, n.º 4, da Lei de Imigração, que, no entanto, possui uma redação que no nosso entender é mais restritiva, já que faz depender desse acesso a celebração de protocolos com o SEF: “*podem ser celebrados protocolos com organizações nacionais ou internacionais com trabalho reconhecido na área da imigração, visando definir a forma de autorização e condições de visita àqueles*”.

<sup>55</sup> Art. 10.º, n.º 3, transposto entre nós pelo art. 35.º-B, n.º 3, da Lei de Asilo.

<sup>56</sup> Ac. de 24/01/2008, *Riad e Idiab c. Bélgica*, queixas n.ºs 29787/03 e 29810/03.

<sup>57</sup> Art.16.º, n.º 3, transposto pelo art. 146.º-A, n.º 3, da Lei de Imigração, que dispõe que “*o estrangeiro detido em centro de instalação temporária ou espaço equiparado tem direito à prestação de cuidados de saúde urgentes e ao tratamento básico de doenças, devendo atribuir -se especial atenção à situação das pessoas vulneráveis, em especial menores, menores não acompanhados, pessoas com deficiência, idosos, grávidas, famílias com filhos menores e pessoas que tenham sido vítimas de tortura, violação ou outras formas graves de violência psicológica, física ou sexual*”.

<sup>58</sup> Art.11.º, n.º 1, transposto pelo art. 35.º-B, n.º 8, da Lei de Asilo.

Ao decidir da medida a aplicar, o juiz deverá ter presente quais as condições materiais e humanas oferecidas pelo CIT em análise. Revela a jurisprudência internacional — e também a prática nacional, como revelam os relatórios do MNP — que os CIT junto dos aeroportos poderão não oferecer condições apropriadas para a manutenção de crianças e outras pessoas vulneráveis nos mesmos<sup>59</sup>. Assim, deverá ser dada preferência a centros que cumpram as condições de acolhimento mencionadas no presente ponto, nomeadamente que estejam preparados para receber crianças e que sejam abertos à sociedade civil<sup>60</sup>.

#### 4. O CASO ESPECÍFICO DAS CRIANÇAS NÃO ACOMPANHADAS

Pela especificidade do seu tratamento e das suas necessidades, justifica-se estudar de forma autónoma o caso das crianças não acompanhadas. De facto, nas normas europeias e nacionais, são reservadas disposições específicas para as mesmas. E, se se tem evitado, na prática, sujeitar estas crianças a medidas de detenção, elas não deixam, ainda assim, de ter outras necessidades de proteção especiais que importa estudar.

A *Diretiva Acolhimento* define “menores não acompanhados” como os “menores que entrem no território dos Estados-Membros não acompanhados por um adulto que, por força da lei ou das práticas do Estado-Membro em questão, se responsabilize por eles e enquanto não estiverem efetivamente a cargo dessa pessoa; estão incluídos os menores que ficam desacompanhados após a entrada no território dos Estados-Membros” (art. 2.º, alínea e)). A Lei de Asilo define-os como correspondendo a quaisquer pessoas nacionais de países terceiros ou apátridas com idade inferior a 18 anos que cumpram os requisitos descritos naquela Diretiva (art. 2.º, alínea m)). Ora, apesar de as definições acabadas de referir não circunscreverem, em específico, a noção de *menor* ou, como preferimos, *criança não acompanhada* àquelas que tenham deduzido pedido de proteção internacional, a verdade é que as específicas garantias que de seguida iremos expor se aplicam legalmente, no quadro da

<sup>59</sup> O Ministro da Administração Interna emanou, a 24 de julho de 2018, despacho que determina que “a permanência máxima no EECIT dos menores de idade inferior a 16 anos, quando acompanhados, seja (...) de 7 dias úteis”. Ora, apesar de esta medida ser de aplaudir, ainda assim julgamos que a permanência por 7 dias de crianças, nessas zonas, pode ser excessiva, face à mencionada falta de condições desses espaços. Por outro lado, não se compreende a razão de a limitação apenas abranger crianças até 16 anos de idade. De facto, em bom rigor, a mesma deveria ser estendida até aos 18 anos de idade, por ser esse o conceito de menor de idade vigente em direito interno, correspondente com a noção de “Criança” dada pela Convenção dos Direitos da Criança.

<sup>60</sup> O Centro Habitacional de Santo António do Porto, apesar de não possuir uma ala própria para famílias, possibilita a circulação dos detidos durante o dia em várias zonas comuns, possui uma sala lúdica para crianças e dispõe ainda de acompanhamento permanente por parte do Serviço Jesuíta aos Refugiados, pela Organização Mundial das Migrações e pelos Médicos do Mundo.

UE e lei portuguesa, apenas a *requerentes de asilo*. E assim é porque as mesmas se inscrevem na *Diretiva Acolhimento*, que, como já se referiu, tem por objetivo estabelecer normas em matéria de acolhimento dos requerentes de proteção internacional nos Estados-Membros (art. 1.º). No mesmo sentido, a Lei de Asilo circunscreve a sua aplicação, também, aos requerentes de asilo, de refugiado e de proteção subsidiária (art. 1.º). Assim, uma interpretação restritiva destas normas determinaria que às demais crianças migrantes não acompanhadas se aplicaria a *Diretiva de retorno* e a Lei de Imigração. A divisão binária do nosso sistema normativo entre “imigração” e “asilo” acarretaria, pois, que as crianças *imigrantes* (i.e., *não requerentes de asilo*) *não acompanhadas* não beneficiariam, à partida, das garantias a seguir referidas.

No entanto, defendemos a extensão de algumas garantias previstas nas normas referentes aos procedimentos de asilo às demais crianças não acompanhadas. Na falta de um estatuto único de “crianças não acompanhadas”, defendemos que, para alguns efeitos, as mesmas deverão, independentemente do facto de terem ou não deduzido pedido de asilo, ser sujeitas a um tratamento unitário, de forma a ser respeitado o seu superior interesse. Tal tratamento derivará das normas constantes da lei de asilo que a seguir referiremos.

A Lei de Asilo contém, aliás, algumas normas que podem responder à necessidade de proteção de crianças migrantes não acompanhadas que não tenham deduzido pedido de asilo. O art. 79.º, n.º 13, determina que as comissões de proteção de crianças e jovens (CPCJ) com responsabilidades na proteção das crianças não acompanhadas que aguardam uma decisão sobre o repatriamento podem apresentar um pedido de proteção internacional em nome da criança, se em resultado da avaliação da respetiva situação pessoal considerarem que ela pode necessitar dessa proteção. Esta disposição merece-nos uma nota referente à exequibilidade e uma ressalva. Primeiro, para se dar execução prática à mesma, é necessário que se sinalize sempre, às entidades responsáveis no contexto da Lei de Crianças e Jovens em Perigo, a chegada de qualquer criança migrante não acompanhada ao nosso território. Depois, este poder que às mesmas é conferido deve ser tido como um verdadeiro *poder-dever*. No entanto, o mesmo merece-nos uma ressalva, referente ao poder de análise prévia concedido às CPCJ. Julgamos que as mesmas devem decidir apenas com base no *interesse superior da criança*, não se imiscuindo em questões referentes à necessidade de proteção internacional em sentido técnico (v.g., análise prévia sobre se a criança se pode qualificar como refugiada ou titular de proteção subsidiária). A verificação dos complexos requisitos para qualificação de alguém como refugiado ou titular de outro tipo de proteção deve ser deixada apenas ao SEF, aquando da decisão sobre o pedido de asilo, sob pena de as crianças não acompanhadas estarem sujeitas a dois crivos prévios.

#### 4.1. A proibição de detenção

A *Diretiva Acolhimento* determina, no art. 11.º, n.º 3, que a detenção de crianças não acompanhadas deve ocorrer unicamente em circunstâncias excepcionais, devendo ser envidados todos os esforços necessários para libertá-las logo que possível. As mesmas devem ser preferencialmente colocadas numa família de acolhimento e, em segunda hipótese, em “centros de acolhimento com instalações especiais para menores” ou “que disponham de instalações adequadas a menores”. O art. 35.º-B, n.º 6, da Lei de Asilo dá cumprimento a esta exigência. Por seu turno, o art. 26.º, n.º 2, da mesma lei determina que a instalação temporária de crianças não acompanhadas ou separadas *obedece a condições especiais*, nos termos internacionalmente recomendados, designadamente pelo ACNUR, UNICEF e Comité Internacional da Cruz Vermelha.

Apesar de a lei não mencionar expressamente que estas crianças não devem ser detidas, essa tem sido a prática seguida entre nós. Como decorre dos relatórios do *Asylum Information Database*, as crianças requerentes de asilo não acompanhadas que chegam a Portugal são em regra acolhidas na casa de acolhimento da Criança Refugiada, gerida pelo Conselho Português para os Refugiados. Confrontado com a chegada em território nacional de uma criança não acompanhada, o SEF reencaminha-a para a referida Casa, dando disso conhecimento ao Tribunal de Família e Menores para eventual instauração de processo de promoção e proteção. De acordo com os relatórios referidos, a referida instituição de acolhimento oferece condições e acompanhamento adequados às crianças.

Ultimamente, o SEF tem, inclusivamente, usado esse procedimento em relação a *todas as crianças não acompanhadas*, tenham elas ou não requerido asilo.

Esta prática é, sem dúvida, de aplaudir. Mas julgamos que a proteção das crianças não acompanhadas não pode estar apenas dependente de boas práticas, estejam elas ou não suportadas por despachos ou ordens ministeriais que não são suficientes para cumprir os requisitos da certeza jurídica. De facto, a lei deveria determinar expressamente que qualquer criança não acompanhada não deveria ser sujeita a medida de detenção. Não ocorrendo tal previsão, resta-nos perceber se podemos chegar a esse resultado através da interpretação das normas aplicáveis.

Começando pela proibição de detenção: deve entender-se que, quando o art. 26.º, n.º 2, da Lei de Asilo se refere a “*condições especiais, nos termos internacionalmente recomendados, designadamente pelo ACNUR, UNICEF e Comité Internacional da Cruz Vermelha*”, isso implica necessariamente a proibição de condições que envolvam a privação da liberdade, já que os referidos organismos têm vindo a defender a abolição de medidas detentivas a crianças migrantes.

Passando agora à extensão dessa norma a crianças não acompanhadas não requerentes de asilo. Consideramos que as garantias previstas na Lei de

Asilo para a proteção de crianças requerentes de asilo não acompanhadas devem ser estendidas às demais crianças não acompanhadas. De facto, no que toca a crianças desacompanhadas, o seu tratamento não pode estar dependente de circunstâncias procedimentais, como seja a dedução formal de um pedido de asilo, que as mesmas podem não ter capacidade de compreender e a autonomia para formular.

Mas ainda que se considere que as normas referentes à proteção de crianças não acompanhadas previstas na Lei de Asilo não são extensíveis às demais crianças migrantes, ainda assim dificilmente se pode considerar que a possibilidade de detenção passaria os crivos gerais referidos no ponto 3.

Desde logo, os parâmetros supralegais convocáveis apontam para uma condenação da aplicação de medidas de detenção a qualquer criança não acompanhada. Assim, o art. 17.º da *Diretiva de retorno* especifica que os menores não acompanhados só podem ser detidos em último recurso e por um prazo adequado, que deve ser o mais curto possível. As Diretrizes do Conselho da Europa para uma justiça amiga das Crianças, por seu turno, referem que a detenção de crianças desacompanhadas em processo migratório nunca pode ter como única justificação a falta de estatuto legal (§22).

No que toca às crianças não acompanhadas que se encontrem a tentar entrar no território, o art. 31.º da Lei de Asilo dispõe que as mesmas, quando cheguem ao posto de fronteira, não são admitidas a entrar no território, a não ser que haja quem as possa receber e esteja devidamente autorizado para o efeito. Uma leitura apressada poderia fazer crer que da conjugação desta norma com o art. 146.º-A da mesma lei decorreria que a criança não acompanhada aguardaria em detenção pela decisão sobre a sua entrada. De facto, a Lei de Imigração limita-se a referir que a ela “*deve ser concedido todo o apoio material e a assistência necessária à satisfação das suas necessidades básicas de alimentação, de higiene, de alojamento e assistência médica*”. No entanto, tal medida não passaria os crivos até agora analisados: é duvidoso que a privação da liberdade corresponda ao *superior interesse* da criança ou jovem desacompanhado e se afigure como a *única medida aplicável possível*, na falta de adultos que pudessem justificar uma detenção “por arrastamento”.

O mesmo se diga, de resto, das crianças ou jovens desacompanhados encontrados no território em situação irregular. De facto, nesses casos, uma possível detenção só seria de aplicar *para efeitos de afastamento do território*. Assim, teria de se ponderar, aí, desde logo, se tal afastamento seria possível e se corresponderia ao superior interesse da criança. Ora, a criança apenas poderá ser afastada para o país de origem se existirem provas suficientes de que as pessoas por ela responsáveis aí estarão disponíveis para a receber (art. 31.º, n.º 6, da Lei de Imigração). Depois, há que atender se o seu superior interesse aponta no sentido de tal regresso ao país de origem. Por exemplo, a criança ou jovem pode encontrar-se já de tal forma integrado entre nós que o seu desenvolvimento e bem-estar exigem que aqui permaneça. Nesse caso, a criança não deve ser afastada do nosso país, pelo que também nenhuma medida de coação deve ser aplicada. Se assim for, deverá

dar-se disso conhecimento ao Tribunal de Família e Menores, de forma a promover-se o seu encaminhamento para o sistema geral de proteção de crianças e jovens em perigo. Por outro lado, deverá promover-se a regularização do seu estatuto, devendo o Ministério Público junto do Tribunal de Família e Menores desencadear os trâmites necessários para o efeito<sup>61</sup>. Caso contrário, se estiverem cumpridos os requisitos para o seu regresso ao país de origem, ainda assim, durante o período que antecede tal regresso, dificilmente a detenção corresponderá ao superior interesse da criança e passará o crivo da *ultima ratio*, na falta de família que tivesse de ser detida.

Assim, também nestes casos defendemos a opção pelo reencaminhamento da criança para o sistema de proteção de crianças e jovens em perigo, dando devida notícia ao Tribunal de Família e Menores competente. Deverá ser este a decidir a medida adequada, tendo em conta a sua proteção, nomeadamente contra eventual envolvimento em redes de tráfico de pessoas. Nesse sentido, julgamos que o juízo de pequena instância criminal deverá abster-se de aplicar uma medida de detenção a qualquer criança migrante não acompanhada e deverá informar imediatamente o Tribunal de Família e Menores para aplicação de medida de promoção e proteção.

Desta forma, através da aplicação dos requisitos gerais, chegamos à conclusão de que as crianças imigrantes não acompanhadas beneficiarão da mesma proteção conferida pela Lei de Asilo às crianças requerentes de asilo não acompanhadas.

Não obstante, as referidas normas da Lei de Asilo permitem que as crianças não acompanhadas, com idade igual ou superior a 16 anos, sejam acolhidas em centros de acolhimento para requerentes adultos, se for no seu interesse superior. Há que reforçar algumas notas: em primeiro lugar, insistimos, tal colocação apenas será de aplicar se se revelar do interesse superior da criança (por exemplo, se a criança estabeleceu importantes laços de afetividade com outros requerentes de asilo já em idade adulta); em segundo lugar, tal acolhimento não deve, em princípio, *implicar privação da liberdade*, a não ser que o interesse em manter contacto com um adulto de referência prevaleça sobre o interesse da criança continuar em liberdade, mas separada deste último e, se assim for, deverá ser reavaliada a necessidade de detenção desse adulto, à luz do princípio da *ultima ratio* e tendo em conta que o mesmo poderá ser considerado como adulto “com criança a cargo”, para estes efeitos. Estes pontos são por demais importantes, já que a maior parte das crianças não acompanhadas que chega ao nosso país tem, precisamente, idade compreendida entre os 16 e os 18 anos.

---

<sup>61</sup> A Lei da Nacionalidade foi recentemente alterada pela Lei n.º 2/2018, de 5 de julho, tendo passado a prever-se que o Ministério Público deve promover processo de naturalização com dispensa das condições exigidas para os casos gerais para as crianças ou jovens estrangeiros com menos de 18 anos, acolhidos em instituição, na sequência de medida de promoção e proteção definitiva. V. art. 6.º, n.º 3, da Lei da Nacionalidade. Sobre este ponto v., ainda, o nosso já citado “Crianças não Acompanhadas...”.

Também o acolhimento de crianças não acompanhadas obedece ao princípio da unidade familiar. Assim, os irmãos devem ser mantidos juntos, tendo em conta os interesses superiores dos menores em questão (art. 24.º, n.º 2, da *Diretiva Acolhimento* e 78.º, n.º 2, alínea *b*), da Lei de Imigração). Importa ainda acrescentar que, de forma a manter a máxima estabilidade de vida possível das crianças, as alterações de local de acolhimento devem ser limitadas ao mínimo.

## 4.2. Representação

Uma vez que as crianças não acompanhadas chegam ao nosso país, por definição, sem qualquer adulto legalmente responsável pelas mesmas, importa tomar, o mais rapidamente possível, medidas que assegurem a sua representação, por uma pessoa responsável que as ajude a beneficiar dos direitos e cumprir as obrigações decorrentes do “estatuto” de requerente de asilo ou de regularização. Apesar de as normas neste contexto se inserirem, uma vez mais, no contexto do asilo, as mesmas deverão aplicar-se de forma análoga a crianças imigrantes não acompanhadas.

A criança não acompanhada deve ser imediatamente informada da designação do representante (art. 24.º da *Diretiva Acolhimento* e 79.º, n.º 1, da Lei de Asilo). Podem exercer as funções de representante entidades ou organizações não governamentais, bem como qualquer outra forma de representação legalmente admitida. Não poderão, porém, ser designados como representantes pessoas ou organizações cujos interesses estão ou podem entrar em conflito com os da criança não acompanhada. É o caso de pessoa pertencente ao SEF. Por outro lado, em atenção ao interesse de estabilidade, só em caso de necessidade deve haver mudança da pessoa que foi designada representante legal.

O representante deve desempenhar as suas funções de acordo com o princípio do interesse superior da criança e deve possuir os conhecimentos necessários. Mais deve explicar permanentemente à criança, de forma que a mesma entenda, os seus direitos e obrigações no decurso do procedimento de asilo ou de imigração. Mais uma vez, as Diretrizes do Conselho da Europa para uma Justiça amiga das crianças deverão ser aplicadas.

Um dos aspetos em que o representante legal será chamado a desempenhar um importante papel é o da determinação da idade do requerente de asilo. A maior parte das crianças não acompanhadas requerentes de asilo que chegam ao nosso país tem idade compreendida entre os 15 e os 17 anos. Todo o sistema de proteção de menores não acompanhados vigora até aos 18 anos, o que leva vários requerentes a invocar serem ainda menores. Para determinar a idade da criança não acompanhada, o SEF pode recorrer a perícia médica, através de exame não invasivo, presumindo-se que o requerente é menor se subsistirem fundadas dúvidas. As crianças não acompanhadas devem ser informadas de que a sua idade vai ser determinada através

de um exame pericial, devendo o respetivo representante dar consentimento para esse efeito (art. 79.º, n.º 7, da Lei de Asilo).

## 5. A CRIANÇA MIGRANTE COMO, PRIMEIRO E ACIMA DE TUDO, CRIANÇA

Terminamos esta reflexão sublinhando que o dever jurídico de proteção de *crianças migrantes* deriva das obrigações assumidas pelos Estados de *proteção das crianças em geral*. De facto, os Estados-Membros são parte de diversos instrumentos com valor vinculativo que lhes impõem tal dever de proteção, como a Convenção dos Direitos da Criança, que consagra um dever jurídico geral de proteção das crianças, bem como o art. 24.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>62</sup>. Assim, o Estado tem de proteger *todas as crianças*: sejam elas migrantes ou nacionais, estejam elas acompanhadas ou não, independentemente do seu estatuto ou circunstância documental e de terem ou não requerido asilo. Advogamos, assim, uma mudança de paradigma, que olhe para a criança migrante, primeiro e acima de tudo, tão-só como *criança*.

Isso implica que todas elas sejam tratadas como especialmente carecidas de proteção e que o seu superior interesse prevaleça sempre. Na pureza do objetivo, isso levar-nos-ia à conclusão de que se deveria pura e simplesmente *eliminar a possibilidade de detenção de crianças migrantes*. Se isso é exequível no que respeita às crianças não acompanhadas, tenham elas pedido asilo ou não, já no que respeita a crianças que cheguem com os seus pais já se poderá invocar ser mais difícil. Aí, a detenção de crianças acontecerá “por arrastamento” da medida aplicada aos progenitores. Ora, nesses casos, uma *detenção mediata* das crianças acompanhadas apenas poderá ser justificada em nome da preservação da unidade familiar, pois só aí o interesse superior da criança poderá apontar para a secundarização da garantia de liberdade. Mas, ainda assim, as mais recentes orientações internacionais têm insistido que a unidade familiar, só por si, não justifica a detenção. Importa, pois, que o juiz aplique primacialmente medidas alternativas. Ainda que se revele não ser de todo possível — o que só acontecerá em casos muito raros e excecionais —, o juiz deverá atender às condições do centro de instalação e determinar que a família seja recebida em espaços que se mostrem adequados e preparados para acolher crianças.

Julgamos que o futuro poderá vir a permitir uma evolução positiva. Entre nós, anuncia-se já a construção de novos centros de detenção e o estabelecimento de prazos máximos de permanência de crianças nos centros junto dos aeroportos. Por outro lado, o Direito Internacional está a dar sinais claros

<sup>62</sup> Para mais desenvolvimentos sobre este ponto, v. o nosso *Imigração e Direitos Humanos...*, p. 540 e ss.

de que a detenção de crianças migrantes não deixa de ser uma anomalia a eliminar rapidamente.

Se o trabalho da UE tem sido insuficiente neste contexto, o mesmo já não se dirá das Nações Unidas e do Conselho da Europa. Desde logo, importa lembrar a atividade do Comité dos Direitos da Criança, que, juntamente com outros organismos, tem insistido para que os Estados deixem de aplicar qualquer tipo de medida detentiva a crianças e famílias relacionada com motivos migratórios<sup>63</sup>. Este organismo tem insistido que os Estados devem aplicar medidas alternativas e em meio comunitário, baseadas numa ideia de *proteção*, já que as mesmas são mais adequadas para as etapas seguintes da vida das crianças, independentemente de as mesmas passarem pelo país de acolhimento, por um terceiro país ou regressarem ao país de origem. Nesse sentido, tem-se insistido que o tratamento das crianças migrantes não acompanhadas deve recair *sobre as entidades competentes para a proteção de crianças* e não sobre as autoridades administrativas de polícia de fronteiras. Isso vai ao encontro do que defendemos ao longo deste estudo: qualquer situação de detenção de crianças — acompanhadas ou não e independentemente do seu estatuto — deve ser imediatamente sinalizada ao Tribunal de Família e Menores competente, de forma a decidir-se qual a situação aplicável que mais salvaguarda o interesse e bem-estar dessas crianças. Basta lembrar, aliás, as cautelas com que entre nós se processa a autorização e acompanhamento dos filhos de detidas que vivam com as mães na prisão<sup>64</sup>.

O Comité das Crianças, no referido comentário, termina com uma orientação de princípio que subscrevemos integralmente: “*States need to have their priorities clear: the protection of children and youth and the principle of family unity are more important than the protection of borders*”.

Por outro lado, desde a Declaração de Nova Iorque para os Migrantes e Refugiados, de 19 de setembro de 2016, que a comunidade internacional tem vindo sistematicamente a atentar na questão das crianças detidas<sup>65</sup>. Com a assinatura do Pacto Global para as Migrações<sup>66</sup>, em dezembro de 2018, os Estados comprometer-se-ão a um conjunto de obrigações políticas, das quais destacamos as referentes ao tratamento das crianças migrantes. Com efeito, um dos princípios enunciados no Pacto é o da *Centralidade dada às Crianças*<sup>67</sup>.

<sup>63</sup> Committee on the Rights of the Child, Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, *General comments on the human rights of children in situations of international migration*, setembro de 2017.

<sup>64</sup> V. art. 7.º, alínea g), do Código de Execução de Penas.

<sup>65</sup> Assim, desde logo, a Resolução n.º 36/5 das Nações Unidas, que determina que os Estados devem respeitar plenamente os direitos das crianças, sem qualquer discriminação de qualquer tipo, e tendo em consideração que elas são, primeiro e acima de tudo, *crianças*.

<sup>66</sup> *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, convenção intergovernamental negociada em 13 de julho de 2018. No momento da escrita deste texto, o Pacto ainda não foi assinado, estando prevista a sua assinatura para 12 de dezembro de 2018, em Marraquexe.

<sup>67</sup> O Pacto assenta numa declaração de 10 princípios e numa enumeração de 23 objetivos. O princípio n.º 10 designa-se por “Abordagem adequada às crianças” (“Child-Sensitive”), de acordo com a qual o Pacto promoverá as obrigações internacionais relativas aos direitos das

Depois, o Pacto reforça a necessidade de os Estados caminharem no sentido de *abolir completamente a detenção de crianças em processos migratórios*<sup>68</sup>. Mais se afirma que as entidades destinadas à proteção de crianças devem ser prontamente informadas para efeitos de determinação do superior interesse da criança. O Pacto insiste ainda na necessidade de formação dos oficiais de imigração em matéria de direitos da criança, incluindo a prevenção da separação de famílias<sup>69</sup>, e na necessidade de sinalizar imediatamente as crianças não acompanhadas às entidades nacionais de proteção de crianças.

O Conselho da Europa tem vindo também a acompanhar estes desenvolvimentos. O seu Plano de Ação para a Proteção de Crianças Migrantes e Refugiadas na Europa sublinha ilustrativamente: *“in the context of migration, children should be treated first and foremost as children. It concerns all children in migration who arrive/have arrived in the territory of any Council of Europe member State, including asylum-seeking, refugee and migrant children”*<sup>70</sup>.

Esperemos, pois, que seja esse o caminho e que a lei portuguesa possa, também, acompanhá-lo. Até lá, resta ao juiz assumir-se como *juiz de proteção de crianças*, vendo aquelas que forem migrantes, acima de tudo — ou tão-só —, como *crianças carecidas de proteção*.

(novembro de 2018)

---

Crianças, e assenta no melhor interesse da Criança em todos os momentos, como consideração primacial em todos os contextos de migrações internacionais que envolvam crianças.

<sup>68</sup> Objetivo 13: “Usar a Detenção de Imigrantes apenas como medida de *ultima ratio* procurando alternativas”, alínea h): *“protect and respect the rights and best interests of the child at all times, regardless of their migration status by ensuring availability and accessibility of a viable range of alternatives to detention in non-custodial contexts, favouring community-based care arrangements, that ensure access to education and healthcare, and respect their right to family life and family unity, and by working to end the practice of child detention in the context of International migration”*.

<sup>69</sup> Objetivo 11: “Gerir fronteiras de forma integrada, segura e coordenada”, alínea e).

<sup>70</sup> Adotado pelo Conselho de Ministros em Nicosia, a 19 de maio de 2017.