



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**Migração irregular na União Europeia: a
Diretiva Retorno
Detenção de crianças migrantes no âmbito do processo de
afastamento**

Isadora Vieira Costa Angeli

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2024



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

Migração irregular na União Europeia: a Diretiva Retorno

Detenção de crianças migrantes no âmbito do processo de afastamento

Isadora Vieira Costa Angeli

Orientadora: Maria Benedita Menezes de Gusmão Peixoto de Queiroz

Mestrado em Direito

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2024

*“Vós, porém, esforçai-vos, e não desfaleçam as vossas mãos;
porque a vossa obra terá uma recompensa.”*

2 Crônicas 15:7

Agradecimentos

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, pois tudo o que conquistei até aqui, tudo o que eu sou, é graças a Ele e para Ele.

À minha família, minha amada família, agradeço por serem o meu pilar, o meu sustento e a minha motivação diária para lutar pelos meus sonhos. A eles devo tudo.

Aos meus pais, agradeço a oportunidade de realizar este Mestrado, o incentivo diário e o apoio incondicional em todas as etapas da minha vida.

À minha mãe, agradeço por me lembrar todos os dias de onde vem a minha força, por acreditar em mim mais que ninguém, por me acalmar nos momentos de maior pressão e por nunca deixar faltar uma palavra de amor e uma demonstração de carinho.

Ao meu pai, agradeço por nunca medir esforços para realizar os meus sonhos.

À minha irmã pequena, que ao longo de todo o meu percurso acadêmico foi o meu sustento, minha dose diária de energia, que cuidou de mim quando mais precisei e que me acalmou tantas vezes de uma forma que só ela consegue.

À minha querida amiga Frida, que mesmo tão distante fisicamente foi meu apoio incondicional nesta etapa. A ela agradeço pela longa amizade, pela paciência, pela parceria e pelo encorajamento diário que não me deixou desistir.

Por fim, agradeço à minha orientadora, Professora Doutora Benedita Menezes Queiroz, pela paciência e compreensão que teve ao longo deste percurso, assim como por me incentivar a seguir em frente quando eu já estava desesperançada.

Resumo

A presente dissertação tem como escopo responder à seguinte questão: a detenção para efeitos de afastamento de crianças migrantes que se encontram em situação irregular na União Europeia viola os *standards* impostos pelos direitos fundamentais e humanos?

A Diretiva Retorno prevê a possibilidade de deter crianças migrantes no âmbito dos procedimentos de retorno, levantando sérias preocupações em relação aos direitos fundamentais e humanos das crianças e, em especial, ao princípio do interesse superior da criança.

Para responder a essa indagação, analisaremos os motivos que levaram ao surgimento de um forte consenso internacional contra a aplicação da medida de detenção aos menores e veremos, em especial, o que o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e o Comité dos Direitos da Criança têm a dizer sobre esta medida.

Veremos, por fim, o que as novas propostas, como a Reformulação da Diretiva Retorno e o Novo Pacto para as Migrações e Asilo, sugerem em relação à prática da detenção de crianças migrantes irregulares.

Palavras-chave: Migração Irregular, Diretiva Retorno, Afastamento, Detenção, Interesse Superior da Criança, Direitos Humanos, Novo Pacto para as Migrações e Asilo

Abstract

The aim of this dissertation is to answer the following question: does the detention for the purpose of removal of migrant children who are in an irregular situation in the European Union violate the standards imposed by fundamental and human rights?

The Return Directive provides for the possibility of detaining migrant children as part of return procedures, raising serious concerns about children's fundamental and human rights, and particularly the principle of the best interests of the child.

To answer this question, we will analyze the reasons that have led to the emergence of a strong international consensus against the application of the detention measure to minors and we will see, in particular, what the European Court of Human Rights and the Committee on the Rights of the Child have to say about this measure.

Finally, we will see what the new proposals, such as the Recast Return Directive and the New Pact for Migration and Asylum, suggest in relation to the practice of detaining irregular migrant children.

Keywords: Irregular Migration, Return Directive, Removal, Detention, Best Interests of the Child, Human Rights, New Pact for Migration and Asylum

Índice

1. Introdução.....	1
2. O fenómeno da migração irregular – a terminologia usada pela Diretiva Retorno..	4
3. Diretiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho – a Diretiva Retorno	6
4. A Diretiva Retorno e o regime da detenção pré-afastamento.....	11
5. A detenção de crianças – uma análise à luz do Direito Europeu e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem	16
5.1. O princípio do interesse superior da criança e a sua implicação na detenção	18
5.2. A proposta de reformulação da Diretiva Retorno – implicações quanto à detenção de menores.....	23
6. O novo Pacto em matéria de Migração e Asilo – implicações quanto à detenção .	24
7. Conclusão	29
8. Bibliografia.....	31

1. Introdução

A imigração é um fenômeno comum a épocas e locais diversos. Pode afirmar-se que se trata de uma realidade intrínseca à condição humana, pois onde existem seres humanos, surgem sociedades e, conseqüentemente, movimentos migratórios. Esses movimentos são muitas vezes impulsionados pela busca por melhores oportunidades e condições de vida, refletindo as necessidades e aspirações individuais de cada migrante¹.

Os movimentos migratórios nunca foram tão intensos como na atualidade. Numa economia global baseada no desenvolvimento desigual dos territórios, é comum encontrar pessoas que fogem da pobreza em todo o mundo subdesenvolvido, buscando melhores oportunidades e condições fora do seu país de origem. Nos últimos anos as migrações têm sido grandemente incentivadas não só pela procura de melhores condições de vida e de oportunidades de emprego, mas também por guerras e dilemas políticos². Na verdade, são diversas as razões e impulsos por trás da decisão de imigrar, não se limitando apenas à busca por melhores oportunidades económicas ou profissionais, como geralmente se presume.

A identificação e monitoramento da migração irregular se revelam tarefas complexas, dada sua ocorrência à margem das normas regulatórias estabelecidas pelos países e frequentemente visando evitar a deteção. A irregularidade refere-se ao estatuto de uma pessoa num determinado momento ou durante um determinado período, e não à pessoa. Os migrantes podem “entrar e sair” da situação de irregularidade à medida que as leis e as políticas mudam³, por isso, as alterações do estatuto migratório de um indivíduo, são também difíceis de acompanhar. Conseqüentemente, o conhecimento atual dos níveis e da dinâmica da migração irregular é limitado, sobretudo à escala mundial⁴. Estima-se que a 1 de janeiro de 2022, 23,8 milhões de cidadãos de países terceiros residiam num Estado-Membro da União Europeia (UE), o que representa 5,3 % da população da UE. A

¹ Gil, Ana Rita (2021). *Imigração e Direitos Humanos*. 2.ª Edição. Petrony Editora, p. 23.

² A título de exemplo, veja-se a migração forçada da população ucraniana devido à Guerra entre a Ucrânia e a Rússia. A 15 de Fevereiro de 2024, registavam-se na Europa mais de 6 milhões de refugiados ucranianos. Dados da UNHCR, disponíveis em <https://data.unhcr.org/en/situations/ukraine> (consultado em 02/03/2024).

³ Por exemplo, os migrantes que fogem de conflitos e perseguições nos seus países e procuram proteção noutro país podem ser contabilizados como migrantes irregulares quando atravessam a fronteira, mas o seu estatuto pode tornar-se regular quando pedem asilo. Além disso, os migrantes com estatuto regular num país podem tornar-se indocumentados após a expiração do seu visto ou autorização.

⁴ *Irregular Migration*. Migration Data Portal (2022, Setembro 29) <https://www.migrationdataportal.org/themes/irregular-migration>.

nível global, dados do Relatório Mundial sobre Migração 2022⁵, o último publicado pela ONU, mostram que, em 2020, existiam 281 milhões de migrantes internacionais, o que equivale a 3,6% da população mundial. No relatório anterior, divulgado em 2019, o número contabilizado era de 272 milhões de migrantes internacionais, ou seja, 3,5% da população global.

A percepção da migração tem-se tornado cada vez mais complexa e gerado discussões em torno de questões de vária ordem como a soberania nacional, o emprego, a identidade cultural e nacional, as relações externas e internacionais, a segurança e a ordem pública. É inegável que o fenómeno da migração está em constante expansão. Por isso, a migração constitui hoje um tema recorrente nos debates públicos, sendo uma das principais componentes da política estadual⁶.

Nos debates públicos mais recentes, um tópico frequentemente discutido é o do retorno (ou regresso) dos migrantes que se encontram em situação irregular na União Europeia. De facto, por se tratar de um processo complexo e multidirecional, a migração pode eventualmente culminar no retorno ao país de origem. Embora o retorno possa ser uma consequência natural do término de um projeto migratório, em muitos casos ele acontece de forma involuntária devido a situações como o afastamento forçado ou no contexto de uma falta de oportunidades e experiências desafiadoras no país de destino, por vezes acompanhadas pela ameaça de serem forçados a retornar ao país de origem⁷.

O afastamento⁸ dos imigrantes irregulares na União Europeia é um tema de considerável importância e complexidade, estando regulado especialmente pela Diretiva Retorno, que estabelece as normas e procedimentos comuns para os Estados-Membros em relação à detenção e ao retorno de nacionais de países terceiros em situação irregular.

A Diretiva Retorno visa promover o regresso voluntário de imigrantes irregulares através da harmonização das condições de regresso e do estabelecimento de normas mínimas no que diz respeito ao período da detenção, à interdição de entrada na UE e às garantias processuais. Apesar de obstar a que os Estados-Membros apliquem normas menos favoráveis do que aquelas ditadas no seu texto, a verdade é que a implementação

⁵ World Migration Report (2022). International Organization for Migration (IOM), Geneva. <https://publications.iom.int/books/world-migration-report-2022> (consultado em 02/03/2024).

⁶ GIL, Ana R. (2021), op. cit., p. 23.

⁷ OECD (2020), Sustainable Reintegration of Returning Migrants: A Better Homecoming, OECD Publishing, Paris, p. 12.

⁸ Como explica ANA RITA GIL, os termos “afastamento”, “regresso” ou “retorno” são muitas vezes utilizados nos instrumentos de Direito da UE para se referirem à medida de expulsão de um nacional de país terceiro para o seu país de origem. Gil, A.R. (2021), *Imigração e Direitos Humanos*. Op. cit., p. 29. A Diretiva Retorno define o termo “afastamento” como “o transporte para fora do Estado-Membro”.

da Diretiva Retorno tem sido objeto de controvérsia e críticas, que apontam para violações dos direitos humanos dos imigrantes durante os procedimentos de detenção e retorno, ressaltando, nomeadamente, a falta de redes de apoio, oportunidades económicas limitadas e até mesmo riscos à segurança pessoal dos imigrantes. Além disso, o processo de afastamento muitas vezes resulta em separação de famílias e impactos psicológicos negativos nos indivíduos afetados. Mais ainda, uma forte crítica é feita à possibilidade, prevista na Diretiva, de deter crianças migrantes – estejam elas acompanhadas ou não – para efeitos de afastamento.

De facto, desde que assegurem as normas mínimas estabelecidas pela Diretiva Retorno, os Estados-Membros podem adotar políticas individuais em relação ao afastamento de imigrantes irregulares. Algumas dessas políticas são mais rigorosas do que outras, refletindo as diferentes abordagens e prioridades de cada país em relação à migração. A verdade é que os Estados-Membros têm sido reticentes em limitar os seus poderes soberanos de controlo da imigração e essa resistência reflete muitas vezes abordagens mais rigorosas em relação à imigração e dificulta a implementação efetiva de uma política europeia comum de migração, levando a desafios e obstáculos na busca por uma abordagem integrada para questões migratórias na UE.

Na presente dissertação, nosso foco será aprofundar a compreensão da questão da detenção de imigrantes irregulares para efeitos de afastamento na União Europeia, com especial atenção para a detenção de crianças menores, procurando dar uma resposta à seguinte questão: a detenção para efeitos de afastamento de crianças migrantes que se encontram em situação irregular na União Europeia viola os *standards* impostos pelos direitos fundamentais e humanos?

Começaremos por debruçar-nos sobre o fenómeno da imigração irregular, que nos levará à análise da Diretiva Retorno e do seu regime. Em seguida, abordaremos a questão da detenção em particular, e o modo como esta está regulada na Diretiva. Passaremos depois à análise da discussão em torno da detenção de crianças migrantes no âmbito do afastamento, de uma perspetiva dos direitos fundamentais e humanos, dando especial atenção às críticas e preocupações levantadas, sobretudo às relacionadas aos direitos humanos e ao bem-estar das crianças migrantes, e às iniciativas de reforma e recomendações de organizações internacionais. Exploraremos, por fim, a questão da detenção do ponto de vista do Novo Pacto em matéria de Migrações e Asilo. Nosso objetivo será fornecer uma análise da questão da detenção de crianças migrantes, da perspetiva dos direitos fundamentais e humanos, contribuindo para o debate e

desenvolvimento de políticas migratórias eficazes no contexto da imigração na União Europeia, nomeadamente no que toca à proteção dos direitos das crianças migrantes no contexto do afastamento.

2. O fenómeno da migração irregular – a terminologia usada pela Diretiva Retorno

Visando a presente dissertação contribuir para o debate sobre os direitos das crianças migrantes no contexto do seu afastamento do país de acolhimento devido à sua estadia de forma irregular num Estado da UE, tal como previsto na Diretiva Retorno, começaremos por definir aquilo que se deverá entender por “afastamento”, “regresso” e “retorno”, abordando de seguida aquilo que denominamos de “fenómeno da migração irregular”.

A Diretiva Retorno começa desde logo por definir no seu artigo 3.º os termos mais recorrentes no seu texto, esclarecendo que o “regresso” se refere ao “processo de retorno de nacionais de países terceiros” e que o “afastamento” constitui o “transporte físico [desses nacionais] para fora do Estado-Membro”. A Comissão Europeia decidiu utilizar estes termos neutros ao invés do termo “expulsão” uma vez que este último era entendido de forma distinta pelos diferentes Estados-Membros⁹, sendo por isso mais difícil de definir. No entanto, em matéria de imigração, a maioria dos instrumentos de proteção de direitos humanos¹⁰ e até a própria Constituição portuguesa¹¹ usam o termo “expulsão”¹², embora na legislação portuguesa este termo seja reservado para decisões judiciais, enquanto o termo “afastamento” é utilizado para descrever medidas administrativas aplicadas a estrangeiros em situação irregular, conforme especificado nos artigos 134.º e seguintes da Lei de Imigração. No âmbito do presente estudo utilizaremos qualquer um dos mencionados termos para descrever o ato unilateral de um Estado que ordena a partida de estrangeiros presentes em seu território¹³.

O retorno muitas vezes constitui a consequência da presença irregular de um migrante no país de destino e refere-se ao processo de voltar ou ser levado de volta ao país de origem, a um país de trânsito ou a outro país terceiro. No caso dos imigrantes em situação

⁹ Sobre este ponto, v. Teresa Fajardo Del Castillo (2009), *La Directiva sobre el Retorno de los Inmigrantes en Situación Irregular*, p. 464.

¹⁰ Veja-se o art. 13.º do PIDCP e o art. 4.º do Protocolo n.º 4 Adicional à CEDH. Além disso, o termo “expulsão” foi desde o início adotado pelos órgãos de garantia da CEDH – v., a título de exemplo, a decisão da ComEDH de 03/10/1975, *Becker c. Dinamarca*, queixa n.º 7011/75 disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-75008%22%5D%7D>.

¹¹ Veja-se os artigos 27.º, n.º 3 e 33.º, n.º 1 e 2 da CRP.

¹² Gil, Ana R. (2021), op. cit., p. 30.

¹³ Gil, Ana R. (2021), op. cit., p. 30.

irregular¹⁴, que são, de acordo com a Diretiva Retorno, os nacionais de países terceiros “que não preencham ou tenham deixado de preencher as condições de entrada previstas no artigo 5.º do Código das Fronteiras Schengen”¹⁵, este processo ocorre através das fronteiras internacionais, entre um país de acolhimento ou de trânsito e o país de origem.

O retorno pode ocorrer de forma voluntária ou forçada. O retorno voluntário refere-se ao regresso assistido ou autônomo de um migrante ao seu país de origem, país de trânsito ou outro destino, com base numa decisão voluntária¹⁶. O retorno voluntário pode ocorrer de forma espontânea, sem o apoio dos Estados ou outra assistência internacional ou nacional, ou ser assistido, envolvendo apoio administrativo, logístico ou financeiro, incluindo assistência à reintegração, para migrantes que não podem ou não desejam permanecer no país de acolhimento. O retorno forçado, por sua vez, refere-se ao regresso – assistido ou não – de um migrante ao seu país de origem, país de trânsito ou outro destino, de forma involuntária, podendo envolver força, compulsão ou coerção¹⁷. Embora frequentemente não seja percebida dessa maneira, a migração de retorno pode assumir a forma de migração forçada, implicando o regresso forçado do migrante ao seu país de origem. Enquanto tipo de migração forçada, a migração de retorno geralmente se materializa na modalidade de deportação, envolvendo o retorno involuntário que o migrante não aceita, ou no caso do regresso assistido, que implica um retorno involuntário aceito pelo migrante. No cenário de deportação, a coerção é explicitamente envolvida, incluindo a detenção pelas autoridades antes do transporte através das fronteiras internacionais até o país de origem. Já nos regressos assistidos, a coerção é mais implícita, já que apesar de o migrante não ser privado da sua liberdade, não tem outra alternativa legal para além de deixar o país em questão. Em ambos os cenários, a migração de retorno pode ser caracterizada como forçada.

No contexto da detenção de menores para efeitos de afastamento, que constitui o cerne do nosso estudo, referimo-nos à forma de retorno forçado, que envolve em muitos casos a colocação de crianças migrantes em centros de detenção, levantando sérias preocupações em relação aos direitos das crianças e ao seu bem-estar¹⁸ e colocando em

¹⁴ Glossário da Organização Internacional para as Migrações (OIM) sobre Migração, 2019. Disponível em https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml_34_glossary.pdf.

¹⁵ Isto é, aqueles que não tenham um título de residência válido nos termos do Direito da União Europeia.

¹⁶ Glossário da OIM sobre Migração, 2019.

¹⁷ Glossário da OIM sobre Migração, 2019.

¹⁸ Sobre o efeito nocivo da detenção em crianças, ver Alice Farmer (2013), *The Impact of Immigration Detention on Children*, *Forced Migration Review* 44, pp. 14-16, disponível em <https://www.fmreview.org/sites/fmr/files/FMRdownloads/en/detention/farmer.pdf> ((OECD), 2020)

causa os princípios e normas internacionais de direitos humanos, como o direito à liberdade, à proteção contra o tratamento cruel, desumano ou degradante, e o direito à preservação da unidade familiar e ainda o interesse superior da criança, como estabelecido no artigo 3.º, n.º1 da Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC).

Embora não exista uma definição universalmente aceite de migração irregular, a Organização Internacional para as Migrações (OIM) define-a como “o movimento de pessoas que ocorre à margem das leis, regulamentos ou acordos internacionais que regem a entrada ou saída do Estado de origem, trânsito ou destino”. Em todo o caso, o facto dessas pessoas migrarem irregularmente não isenta os Estados da obrigação de proteger os seus direitos, até porque há categorias de migrantes que podem não ter outra opção senão recorrer a canais de migração irregular, como os refugiados, vítimas de tráfico ou crianças migrantes não acompanhadas¹⁹. No caso das crianças migrantes, a CDC estabelece que os direitos de todas as crianças devem ser respeitados, protegidos e cumpridos pelos Estados Partes, e que as mesmas devem ser protegidas por estes contra qualquer forma de discriminação ou punição, sem qualquer tipo de discriminação com base no seu estatuto ou no dos seus pais ou tutores legais²⁰.

Neste sentido, a Diretiva Retorno tem o propósito de facilitar a adoção de políticas nacionais sobre o retorno de migrantes irregulares. Através do estabelecimento de normas e procedimentos comuns para o retorno de nacionais de países terceiros em situação irregular na UE, busca-se uma abordagem uniforme em toda a União, com o objetivo central de garantir uma abordagem justa, humanitária e legalmente sólida para lidar com a migração irregular na UE, assegurando o pleno respeito pelos direitos fundamentais e humanos dos migrantes – incluindo as crianças – em todas as fases do processo de retorno.

3. Diretiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho – a Diretiva Retorno

Nos últimos anos, sobretudo após 2015, com as chegadas de requerentes de asilo e migrantes irregulares à UE, tem sido uma prioridade política a nível europeu garantir a efetividade dos retornos de nacionais de países terceiros em situação irregular e elevar a taxa de regresso da UE. Para esse efeito, em 2008 os Estados-Membros acordaram regras comuns em matéria de regresso, dando origem à Diretiva 2008/115/CE – também conhecida por Diretiva Retorno ou Diretiva Regresso (doravante designada por Diretiva)

¹⁹ OIM (2011), Key Migration Terms. Disponível em <https://www.iom.int/key-migration-terms>

²⁰ Convenção sobre os Direitos da Criança, Artigo 2.º.

– que constitui o principal ato legislativo que estabelece normas e procedimentos harmonizados a utilizar pelos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular no seu território²¹.

Foi longo o processo que levou à adoção da Diretiva pelo Parlamento Europeu e o Conselho Europeu a 16 de Dezembro de 2008. Por isso, começaremos este capítulo contextualizando o seu surgimento, passando depois para uma análise do seu regime, em especial no que toca à detenção pré-afastamento de crianças migrantes, para em seguida analisar o impacto da utilização desta medida.

3.1. Contextualização da origem da Diretiva Retorno

A política de imigração na União Europeia passou por um processo de comunitarização gradual. Inicialmente, a UE carecia de uma política comum de imigração devido à sensibilidade do tema e à falta de consenso entre os Estados-Membros²². Foi com o Tratado de Maastricht que a temática da política comum de imigração foi abordada pela primeira vez através da criação de um quadro institucional para lidar com questões de imigração e asilo na esfera europeia, predominantemente com um enfoque intergovernamental.

O Tratado de Amsterdão veio posteriormente substituir o método intergovernamental pelo método comunitário, transferindo para as instituições europeias a competência legislativa em matéria de imigração. Contudo, foi no Conselho Europeu de Tampere de 15 e 16 de Outubro de 1999 que se estabeleceu uma estratégia política para desenvolver uma política unificada de imigração e asilo na União Europeia²³, visando “promover a coesão económica e social em toda a União.”²⁴

Mais tarde, no Conselho Europeu de 4 e 5 de Novembro de 2004, foi adotado o Programa de Haia, onde a Comissão estabeleceu como uma das prioridades da União a definição de uma abordagem equilibrada para a gestão da imigração, apelando à “definição de uma política eficaz de afastamento e repatriamento, baseada em normas comuns, para proceder aos repatriamentos em condições humanamente dignas e com pleno respeito pelos direitos fundamentais e a dignidade das pessoas.”²⁵ Nesse sentido,

²¹ OECD (2020), op. cit. p. 40

²² Matos, Fátima Loureiro de (2010). A Diretiva Europeia “Retorno” (Diretiva 2008/115/CE). Custos e benefícios para uma política comum de imigração. Em Migrações e Interculturalidade. op. cit., p. 68

²³ V. Considerando 1.º do Preâmbulo da Diretiva 2008/115/CE.

²⁴ Matos, Fátima Loureiro de (2010), op. cit., p. 69

²⁵ V. Considerando 2.º do Preâmbulo da Diretiva 2008/115/CE.

uma das medidas proposta pelo Programa de Haia foi a criação de um enquadramento legal para expulsar imigrantes irregulares – o que se veio a consubstanciar com a aprovação da Diretiva Retorno em 2008²⁶.

Com o intuito de promover a cooperação na gestão da imigração, conforme delineado no Programa de Haia, a Comissão Europeia implementou, em 2005, o plano de “Abordagem Global da Imigração”, que destacou a urgência de uma estratégia comum de imigração na Europa para gerenciar de forma eficiente os fluxos migratórios, ao mesmo tempo em que assegura a proteção dos direitos fundamentais dos nacionais de países terceiros.

Os fracassos nos modelos de integração de imigrantes implementados a nível nacional motivaram uma abordagem mais proativa por parte dos Estados-Membros para estabelecer regras comunitárias mais precisas de controle e administração da imigração, com o intuito de alcançar uma maior uniformidade nas práticas nacionais. Esse cenário culminou na aprovação da Diretiva Retorno em julho de 2008, três anos após²⁷ a apresentação da primeira proposta²⁸ do grupo de trabalho da Comissão Liberdades Cívicas, Justiça e Assuntos Internos (LIBE)²⁹.

A Diretiva, que estabelece normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular, constitui um marco na criação de uma política de imigração europeia, buscando unificar o normativo dos diferentes Estados-Membros no que diz respeito aos procedimentos de repatriação de imigrantes em situação irregular. Os seus principais objetivos são promover o regresso voluntário, estabelecer normas mínimas no que diz respeito ao período de detenção e à interdição de entrada na UE e as garantias processuais daqueles imigrantes³⁰.

O objeto da Diretiva, identificado desde logo no seu artigo 1.º, revela uma preocupação com os direitos fundamentais dos estrangeiros durante o processo de regresso, destacando os deveres dos Estados-Membros em matéria de proteção dos direitos do Homem. Esta preocupação é também demonstrada nos considerandos 22.º e

²⁶ Matos, Fátima Loureiro de (2010), op. cit., p. 69

²⁷ O longo período das negociações deveu-se às diferenças entre os Estados-Membros no que diz respeito, sobretudo, às questões do afastamento coercivo, do período de detenção e da interdição de entrada na UE.

²⁸ O Conselho Europeu de Bruxelas de 4 e 5 de Novembro de 2004, do qual resultou o Programa Haia, convidou a Comissão LIBE a apresentar uma proposta, a qual se consubstanciou na [COM \(2005\) 391 final](#), de 1/09/2005.

²⁹ Matos, Fátima Loureiro de (2010), op. cit., p. 66.

³⁰ Veja-se a este respeito o comunicado de imprensa relativo à aprovação da Diretiva Retorno: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/press/pr_focus/2008/PT/03A-DV-PRESSE_FCS\(2008\)06-25\(32672\)_PT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/press/pr_focus/2008/PT/03A-DV-PRESSE_FCS(2008)06-25(32672)_PT.pdf)

24.º da Diretiva, que destacam a necessidade de atender ao “interesse superior da criança” e ao “respeito pela vida familiar” na sua aplicação e impõem o respeito pelos direitos fundamentais e princípios consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CFUE). O considerando 17.º esclarece ainda que quando se recorra à medida de detenção contra os nacionais de países terceiros, estes “deverão ser tratados de forma humana e digna, no respeito pelos seus direitos fundamentais e nos termos do direito internacional e do direito nacional”. Pese embora toda esta alusão ao respeito pelos direitos fundamentais seja de enaltecer, no que toca à detenção pré-afastamento, restam-nos dúvidas quanto à efetiva conformidade da Diretiva com a proteção dos direitos fundamentais e humanos dos imigrantes. Mais especificamente, a efetiva garantia dos direitos das crianças migrantes no âmbito da detenção pré-afastamento, uma vez que são vários os relatos³¹ sobre a falta de condições dos centros de detenção e o tratamento desumano a que muitas vezes os imigrantes são sujeitos nos mesmos. Além disso, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) constata³² que muitas vezes as crianças migrantes são detidas em centros não adaptados às suas especiais necessidades enquanto menores, o que pode conduzir à ilegalidade da detenção e à violação do direito das crianças à liberdade, tutelado pelo art. 5.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH)³³. Por exemplo, no acórdão *Mubilanzila Mayeke e Kaniki Mitunga c. Bélgica* o TEDH considerou que existia uma violação do artigo 5.º, n.º 1, alínea f) da CEDH, relativamente à criança requerente, com o fundamento de que a mesma tinha sido detida num centro fechado destinado a estrangeiros adultos em situação irregular, nas mesmas condições que um adulto, que não eram, por conseguinte, adequadas à sua situação extremamente vulnerável ligada ao seu estatuto de estrangeiro menor não acompanhado. O Tribunal considerou que o direito à liberdade da criança não

³¹ O Comité dos Direitos Humanos (CDH) das Nações Unidas já expressou diversas vezes a sua preocupação relativamente às condições de detenção dos imigrantes nos vários Estados-Membros, nomeadamente no que diz respeito à sobrelotação, higiene inadequada, fornecimento de alimentos, cuidados médicos, entre outros. Neste sentido, ver CDH (2008), *Concluding Observations: France*, §17-18; CDH (2010), *Concluding Observations: Poland*, § 18.º; CDH (2014), *Concluding observations on the second periodic report of Malta*, § 16-18. Há também vários casos do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) que concluem que as condições de detenção a que os imigrantes são sujeitos constituem tratamento degradante, em violação do artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos – v., por exemplo, *Tabesh v. Greece*, 8256/07 (26 de Novembro de 2009), § 41-44; *Efremidze v. Greece*, 33225/08 (21 de junho de 2011), § 32-42; e *Mahammad and Others v. Greece*, 48352/12 (15 de Janeiro de 2015), § 46-49.

³² V. a título de exemplo, TEDH, *Mubilanzila Mayeka and Kaniki Mitunga v. Belgium*, 13178/03 (12 de Outubro de 2006), § 102-105; TEDH, *Muskhadzhiyeva and Others v. Belgium*, 41442/07 (19 de Janeiro de 2010), § 73; TEDH, *Kanagaratnam and Others v. Belgium*, 15297/09 (13 de Dezembro de 2011), § 86-88.

³³ Majcher, Izabella (2020), op. cit. p. 510.

tinha sido garantido suficientemente. No mesmo sentido, no acórdão *Kanagaratnam e Outros c. Bélgica*, o TEDH considerou que apesar de as crianças em causa terem sido acompanhadas pela mãe durante o período de detenção, esse não era motivo suficiente para considerar não haver uma violação do direito à liberdade dessas crianças, concluindo assim também pela violação do art. artigo 5.º, n.º 1, alínea f) da CEDH.

Desde a sua adoção no Parlamento Europeu, a Diretiva tem sido alvo de acessos debates, tendo sido considerada no Parlamento português uma “derrota para as organizações de direitos humanos”³⁴, que defendem que a mesma não atende adequadamente aos padrões de direitos humanos. A Diretiva continua a ser objeto de debates contínuos não só na literatura³⁵ e nos meios de comunicação, como também entre órgãos e organizações internacionais³⁶, que apontam várias críticas à Diretiva, entre as quais destacamos aquelas que se referem à detenção de menores, regulada em especial no artigo 17.º da Diretiva, e que constituirá o cerne do nosso estudo. Na verdade, são vários os atores que alertam para a necessidade de garantir que os direitos das crianças sejam protegidos durante os procedimentos de retorno e de encontrar soluções alternativas à detenção que protejam os direitos e o bem-estar das crianças migrantes. Aliás, a CDC estabelece que os Estados Partes devem proteger as crianças contra todas as formas de discriminação e punição, independentemente do seu estatuto ou do estatuto dos seus pais, representantes legais ou familiares³⁷. Sendo todos os Estados-Membros da UE signatários da CDC, têm obrigações legais de respeitar os direitos enunciados na Convenção e assegurar a sua aplicação a cada criança em sua jurisdição³⁸. Acontece que muitos Estados-Membros tentam, cada vez mais³⁹, fazer regressar as crianças migrantes aos seus

³⁴ Intervenção da deputada Celeste Correia na Assembleia da República de 03 de Julho de 2008.

³⁵ Neste sentido, destacamos a obra da autora Izabella Majcher – *The European Union Return Directive and Its Compatibility with International Human Rights Law* – em que a mesma discute a compatibilidade da Diretiva com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, concluindo que embora um dos objetivos da Diretiva fosse garantir o pleno respeito pelos direitos humanos dos imigrantes aquando da sua aplicação, a verdade é que a Diretiva não esteve, e nem está, à altura do seu objetivo. Relativamente à detenção de crianças, a autora critica o facto de a Diretiva não exigir aos Estados que devolvam as crianças não acompanhadas aos seus pais ou tutores, antes permitindo que essas crianças sejam enviadas para “instalações de acolhimento adequadas”. op. cit., p. 675.

³⁶ V., por exemplo: PICUM (2022), *Immigration Detention and De Facto Detention: What Does The Law Say?*; FRA (2023), *Children in migration: fundamental rights at European borders*; IOM, UNHCR, UNICEF (2022), *Safety and Dignity for Refugee and Migrant Children: Recommendations for alternatives to detention and appropriate care arrangements in Europe*.

³⁷ CDC, Artigo 2.º.

³⁸ CDC, Artigo 1.º.

³⁹ Note-se que a nível europeu há um constante apelo à eficácia dos regressos de imigrantes irregulares. Veja-se, por exemplo, a Recomendação da Comissão Europeia relativa ao aumento da eficácia dos regressos na aplicação da Diretiva Retorno ([Recomendação \(UE\) 2017/432 da Comissão de 7 de março de 2017](#)); a Recomendação da Comissão que estabelece um Manual do Regresso comum a utilizar pelas autoridades competentes dos Estados-Membros no exercício de atividades relacionadas com o regresso ([Recomendação](#)

países de origem ou de trânsito, mas, como veremos, nem sempre isso é feito em conformidade com as obrigações internacionais em matéria de direitos da criança, nem com respeito pelo interesse superior da criança, apesar de a Diretiva Retorno determinar que este deve ser sempre uma consideração primordial no contexto da detenção de menores e de famílias⁴⁰.

Importa lembrar que há diversas convenções internacionais em matéria de direitos humanos que servem de referência para avaliar a legalidade da aplicação deste instrumento de Direito da UE⁴¹, entre elas, a já mencionada Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950, e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966. Aliás, o próprio texto da Diretiva menciona algumas normas e princípios internacionais concretos em matéria de direitos humanos, tais como o interesse superior da criança, o direito à vida familiar, o princípio da não repulsão, o princípio de proporcionar condições de detenção humanas e dignas e de respeitar a dignidade e a integridade psíquica das pessoas em situação irregular, para além das referências aos “direitos fundamentais” e às “obrigações em matéria de direitos humanos”, como vimos. Algumas disposições foram claramente inspiradas pelas normas de direitos humanos do Conselho da Europa e refletem a sua linguagem – os artigos 16.º e 17.º da Diretiva, relativos às condições de detenção, são um bom exemplo disso, tendo-se baseado em grande medida nas Orientações do Conselho da Europa sobre o regresso forçado (Manual do Regresso, 2017⁴²)⁴³. Por isso, ao longo deste estudo abordaremos a questão da detenção de crianças migrantes tendo em conta as normas e princípios estabelecidos nas referidas convenções internacionais em matéria de direitos humanos.

4. A Diretiva Retorno e o regime da detenção pré-afastamento

Nos últimos tempos, o retorno de imigrantes irregulares – incluindo crianças – tornou-se um elemento-chave nas estratégias de gestão de fluxos migratórios dos Estados-

(UE) 2017/2338 da Comissão de 16 de novembro de 2017); e ainda a Recomendação relativa ao reconhecimento mútuo das decisões de regresso e à agilização dos regressos na aplicação da Diretiva Retorno (Recomendação (UE) 2023/682 da Comissão de 16 de março de 2023). Recorde-se também que o Novo Pacto em matéria de Migração de Asilo fala na necessidade e importância de criar uma “política eficaz de regresso”.

⁴⁰ V. art. 5.º, alínea a) e art. 17.º, n.º 5 da Diretiva; e ainda o considerando 22.º.

⁴¹ Para um maior entendimento da questão do papel do Direito Internacional dos Direitos Humanos no contexto da Diretiva Retorno, ver Molnár, T. (2019). *The Place and Role of International Human Rights Law in the EU Return Directive and in the Related CJEU Case-Law: Approaches Worlds Apart?*, disponível em https://real.mtak.hu/85079/1/9789004354227_IALP44_04-Molnar_proof-01.pdf

⁴² <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017H2338&from=PT>

⁴³ Molnár, T. (2019). op. cit. p. 112.

Membros. De facto, em 2012-2013 o Relator Especial das Nações Unidas para os Direitos Humanos dos Migrantes concluiu que “a detenção sistemática de migrantes em situação irregular passou a ser vista como um instrumento legítimo no contexto da gestão da migração da União Europeia”⁴⁴. Muitos governos consideram que o retorno dos imigrantes irregulares é essencial para preservar a integridade dos sistemas de asilo e de imigração regular, uma vez que um sistema eficaz de retorno serve como fator de dissuasão para ajudar a reduzir a migração irregular, impedir a exploração dos migrantes por redes criminosas de introdução clandestina de migrantes, e promover vias legais seguras de imigração. Mais ainda, um sistema eficaz de retorno sustenta o direito soberano dos Estados de controlar suas fronteiras e determinar quem pode entrar e permanecer em seus territórios. Como resultado, diversos Estados adotam políticas que visam facilitar ou regulamentar o retorno desses imigrantes irregulares, entre elas a detenção pré-afastamento.

No contexto da migração, a detenção é uma “medida administrativa não punitiva ordenada por uma autoridade ou autoridades administrativas ou judiciais com o objetivo de restringir a liberdade de uma pessoa através do confinamento, para que outro procedimento [de imigração] possa ser aplicado”⁴⁵. Em geral, a aplicação desta medida se justifica devido à presença irregular no território de um Estado, ou no âmbito de um processo de expulsão⁴⁶.

Na UE, a detenção de imigrantes é tipicamente aplicada pelos Estados para impedir a entrada no seu território, para efetuar procedimentos de regresso, durante os procedimentos de asilo e ainda no contexto dos procedimentos de transferência do Regulamento de Dublin. A Diretiva Retorno – aquela que interessa para o nosso estudo – permite aos Estados-Membros deter imigrantes em situação irregular “a fim de preparar o regresso e/ou efetuar o processo de afastamento”⁴⁷, estabelecendo várias regras nesse sentido numa tentativa de harmonizar as práticas nacionais e evitar a adoção de medidas menos favoráveis pelos Estados-Membros no que toca às condições da detenção. Este instrumento de Direito da UE estabelece um regime abrangente de detenção de imigrantes, que dispõe sobre os fundamentos da detenção (artigo 15.º, n.º 1), as

⁴⁴ Crépeau, F. (2013). Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants. Regional study: management of the external borders of the European Union and its impact on the human rights of migrants. A/HRC/23/46.

⁴⁵ Glossário de Asilo e Migração da *European Migration Network*.

⁴⁶ Gil, Ana Rita (2021), op. cit., p. 676.

⁴⁷ Art. 15.º, n.º 1 da Diretiva.

salvaguardas (artigo 15.º, n.º 4, 5 e 6), a revisão da detenção (artigo 15.º, n.º 3) e as condições de detenção (artigo 16.º).

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) tem desempenhado um papel importante na interpretação desta Diretiva, tendo proferido diversos acórdãos sobre as disposições da Diretiva. Dada a força vinculativa *erga omnes* das decisões do TJUE, as interpretações feitas por este Tribunal em matéria de regresso são de extrema importância para garantir que haja um equilíbrio cuidadoso entre, por um lado, os interesses legítimos dos Estados-Membros em repatriar efetivamente os migrantes em situação irregular e, por outro, os direitos fundamentais e humanos dos imigrantes na aplicação da Diretiva.

A Diretiva estabelece um procedimento harmonizado em duas fases. Numa primeira fase, por meio da decisão de regresso, é concedido ao nacional de país terceiro que se encontra em situação irregular um prazo para a partida voluntária, que deve situar-se entre os sete e trinta dias⁴⁸. Caso o migrante irregular não cumpra o dever de regresso, uma medida de afastamento é tomada numa segunda fase para executar esse dever e, assim, assegurar o transporte físico do referido migrante para fora do respetivo Estado-Membro.

Em conformidade com o disposto no artigo 8º da Diretiva, para efeitos de execução do dever de regresso e enquanto o procedimento de afastamento estiver pendente, aqueles que se recusam a acatar o retorno voluntário podem ser detidos e mantidos em um dos “Centros de Detenção Especializados” espalhados pela UE. A Diretiva permite também – de acordo com o seu artigo 16.º, n.º 1 – que os Estados-Membros recorram a estabelecimentos prisionais no caso de não terem condições para assegurar aos nacionais de países terceiros a sua detenção num centro especializado. Porém, nesse caso, determina que os nacionais de países terceiros que sejam colocados em detenção devem ficar separados dos presos comuns. No processo *Pham*⁴⁹, o TJUE sublinhou que, mesmo que a pessoa em causa tenha dado o seu consentimento, não é legal detê-la juntamente com presos comuns.

A detenção pode ser imposta por um período máximo de seis meses. No entanto, em casos específicos⁵⁰, esse período pode ser prorrogado por mais doze meses, até um período

⁴⁸ Em Portugal, a “Lei da Imigração” (Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho) estabelece de forma mais favorável, no seu artigo 138.º, que esse prazo deve situar-se entre os 10 (dez) e 20 (vinte) dias.

⁴⁹ TJUE. Caso n.º C-474/13, de 17 de julho de 2014, § 22-23.

⁵⁰ De acordo com o artigo 15.º, n.º 6 da Diretiva, estes casos específicos referem-se àquelas situações em que “independentemente de todos os esforços razoáveis que tenham envidado, se preveja que a operação de afastamento dure mais tempo, por força de falta de cooperação do nacional de país terceiro em causa ou atrasos na obtenção da documentação necessária junto de países terceiros”.

máximo de dezoito meses. No caso *Kadzoed*⁵¹, o TJUE conclui que uma vez ultrapassado esse período máximo, o indivíduo já não pode ser detido para efeitos de afastamento. O Tribunal observa que o n.º 6 do artigo 15.º não permite que o limite máximo seja ultrapassado em nenhuma circunstância, incluindo a ordem pública e a segurança pública. Assim, decorrido o período máximo de detenção, a pessoa deve ser libertada. Esta interpretação é importante naqueles casos em que deixe de existir uma “perspetiva razoável de afastamento”, uma vez que, nestes casos, a manutenção da detenção depois de ultrapassado o período máximo pode deixar os migrantes numa situação de limbo legal, onde vivem no território da UE de forma irregular, sem estatuto de proteção e sujeitos a uma série de vulnerabilidades. Nesse caso, a detenção pode tornar-se arbitrária e violar os direitos fundamentais do migrante. A Diretiva baseia-se no princípio de que a detenção deve ser uma medida de último recurso, aplicável apenas quando necessário, pelo período mais curto possível e enquanto as medidas de afastamento estiverem em curso e forem executadas com a devida diligência, logo, como sublinhou o TJUE no processo *Kadzoev*, a detenção não pode ser justificada se não houver uma perspetiva razoável de afastamento.

No que respeita às decisões de detenção, para além dos requisitos específicos estabelecidos no artigo 15.º da Diretiva, as autoridades responsáveis devem observar também os requisitos gerais estabelecidos nos artigos 12.º e 13.º da Diretiva, que são manifestações dos direitos fundamentais a uma boa administração, a ser ouvido, a um recurso efetivo e a um processo equitativo. Uma vez que esses direitos fazem parte integrante da ordem jurídica da União Europeia⁵², é determinante que sejam respeitados aquando das decisões de detenção.

A imposição de uma detenção para efeitos de afastamento constitui uma grave ingerência no direito fundamental e humano à liberdade das pessoas (previsto nos artigos 6.º da CDFUE e 5.º da CEDH), por isso, a Diretiva sujeita a decisão de detenção a limitações estritas.

A Diretiva prevê que a detenção seja usada como uma medida de último recurso, apenas aplicável quando existe risco de fuga ou quando o nacional de país terceiro estiver a entrar o procedimento de afastamento, e desde que não seja possível aplicar medidas

⁵¹ TJUE. Caso n.º C-357/09, de 30 de Novembro de 2009, § 62 e 71.

⁵² Veja-se, a título de exemplo, os artigos 41.º e 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

alternativas⁵³. Apesar dos apelos de vários atores⁵⁴ à utilização de medidas alternativas à detenção, vários Estados-Membros continuam a optar pela aplicação desta medida restritiva da liberdade no âmbito dos procedimentos de afastamento. É evidente que esta medida passou a fazer parte essencial da gestão migratória em toda a União Europeia: durante a incorporação da Diretiva em suas legislações nacionais, onze Estados-Membros adotaram o limite máximo de detenção de dezoito meses, enquanto outros dez Estados-Membros ampliaram os períodos máximos de detenção em relação à legislação anterior à adoção da Diretiva. Como indica um Relatório da Organização Mundial de Saúde (OMS)⁵⁵, embora seja difícil analisar as tendências de detenção devido à disponibilidade limitada de dados e à falta de coleta sistemática de informações, parece que o número de detenções aumentou durante 2015, não tendo diminuído posteriormente. Anualmente, aproximadamente 100.000 indivíduos são detidos na UE por motivos relacionados à migração⁵⁶. Em 2020, alguns países da UE aumentaram a capacidade dos seus centros de detenção, nomeadamente em caso de afluxo maciço de nacionais de países terceiros e de procedimentos de regresso⁵⁷.

A detenção pode ser ordenada quer pelas autoridades administrativas, quer pelas autoridades judiciais, ficando em todo o caso sujeita à reapreciação periódica, seja a pedido do detido, seja oficiosamente. Se a ordem de detenção for dada por autoridades administrativas, esta fica sujeita a um controlo jurisdicional célere da sua legalidade, que deve ser decidido “o mais rapidamente possível a contar do início da detenção”⁵⁸.

Quando se deva ao incumprimento do dever de regresso, a detenção pré-afastamento é acompanhada de uma proibição de entrada na UE, que não deve exceder os cinco anos, exceto se “o nacional de país terceiro constituir uma ameaça grave para a ordem pública,

⁵³ Capítulo IV, artigo 15.º da Diretiva.

⁵⁴ Estes incluem, nomeadamente, o Comité dos Direitos das Crianças (CDC), a Organização Internacional para as Migrações (OIM), a Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia (FRA), a Plataforma de Cooperação Internacional para os Migrantes Indocumentados (PICUM), o próprio Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), a Organização “Save the Children” e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF)

⁵⁵ World Health Organization (2022). *Addressing the health challenges in immigration detention, and alternatives to detention: a country implementation guide*. <https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/353569/9789289057929-eng.pdf?sequence=2&isAllowed=y>.

⁵⁶ Global Detention Project (2021) Annual Report: Global Tools, Local Impact. <https://www.globaldetentionproject.org/global-detention-project-annual-report-global-tools-local-impact>

⁵⁷ European Union Agency for Asylum (2021). EASO Asylum Report 2021. <https://euaa.europa.eu/easo-asylum-report-2021>.

⁵⁸ Capítulo IV, artigo 15.º da Diretiva. Note-se que, neste caso, o prazo razoável para que o controlo jurisdicional seja feito deve ser determinado em função das circunstâncias de cada caso.

a segurança pública ou a segurança nacional”⁵⁹. No caso *Celaj*⁶⁰, o TJUE referiu que a Diretiva Retorno não se opõe à legislação nacional que prevê uma pena de prisão como sanção penal para os nacionais de países terceiros que reentrem ilegalmente no país em violação de uma proibição de entrada. No entanto, refere que a imposição de tal sanção deve estar sujeita ao respeito do artigo 11.º da Diretiva e dos direitos fundamentais, nomeadamente os garantidos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

5. A detenção de crianças – uma análise à luz do Direito Europeu e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Apesar de não ser proibida à luz do direito europeu e internacional, a detenção de crianças imigrantes põe em causa vários princípios e normas internacionais de direitos humanos – nomeadamente, o direito à liberdade, à proteção contra o tratamento cruel, desumano ou degradante, o direito à vida familiar e o interesse superior da criança –, devendo por isso ser sujeita aos princípios da necessidade e proporcionalidade⁶¹, o que significa que só deve ser imposta de forma excecional e em último recurso, quando não houver nenhuma alternativa não privativa da liberdade que seja viável no caso concreto⁶². Neste sentido, a Diretiva Retorno prevê, no seu artigo 15.º, n.º 1, que a detenção apenas seja imposta se no caso concreto não puderem ser aplicadas outras medidas menos coercivas. Referindo-se em particular ao caso dos menores, determina no seu artigo 17.º, n.º 1 que durante o processo de retorno os mesmos possam ser detidos juntamente com suas famílias ou separados delas e colocados em centros de detenção, mas apenas como uma medida de último recurso e pelo período mais curto possível, exigindo que sejam respeitadas as garantias específicas estabelecidas nesse artigo. Esta disposição reflete o artigo 37.º, alínea b) da CDC, do qual decorre que a detenção pré-afastamento de crianças não pode ser legal se não existirem salvaguardas que garantam que esta é utilizada apenas como medida de último recurso e pelo menor período apropriado. O artigo 17.º, n.º 5 da Diretiva dita ainda que o superior interesse da criança deve ser uma consideração primordial no contexto da detenção de crianças enquanto se aguarda o retorno, refletindo assim o artigo 3.º, n.º 1 da CDC, que exige que seja primordialmente tido em conta o interesse superior da criança ao determinar se e como uma criança deve ser privada da

⁵⁹ Artigo 11.º da Diretiva.

⁶⁰ TJUE, Caso n.º C-290/14, de 01 de Outubro de 2015.

⁶¹ Como refere Izabella Majcher, quando a detenção diga respeito a pessoa vulneráveis – como é o caso das crianças – a avaliação da necessidade e proporcionalidade deve ser ainda mais rigorosa.

⁶² Majcher, Izabella (2020), op. cit. p. 405.

sua liberdade; o artigo 24.º, n.º 2 da Carta dos Direitos Fundamentais da UE (CDFUE), que estabelece que todos os atos relativos às crianças devem ter em conta o seu superior interesse; e o artigo 24.º, n.º 1 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), segundo o qual toda criança tem direito às medidas de proteção exigidas pela sua condição de menor.

Como refere Izabella Majcher⁶³, a permissibilidade da detenção pré-afastamento pela Diretiva Retorno constitui uma exceção ao direito à liberdade, previsto no art. 5.º, n.º 1, alínea f) da CEDH. De acordo com este artigo, a “detenção de uma pessoa contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição” pode ser justificada sob a CEDH. No entanto, a detenção apenas é compatível com esta exceção se não for arbitrária. O TEDH já esclareceu que para que a detenção não seja considerada arbitrária ela “deve ser efetuada de boa-fé; deve estar estreitamente relacionada com o motivo de detenção invocado pelo Governo; o local e as condições de detenção devem ser adequados; e a duração da detenção não deve exceder o que é razoavelmente necessário para o objetivo prosseguido”⁶⁴.

O TEDH tem uma vasta jurisdição acerca da detenção de menores para fins imigratórios. Em conformidade com o estabelecido na CDC e na Diretiva Retorno, a regra do recurso à detenção apenas como medida de último recurso está bem assente na jurisprudência do TEDH. Por exemplo, no caso *Rahimi c. Grécia*, o TEDH considerou que houve uma violação do art. 5.º, n.º 1 da CEDH pois as autoridades da Grécia não consideraram o interesse superior da criança, nem verificaram se a sua detenção era a medida de último recurso e se poderia ter sido substituída por outra medida menos coercitiva que garantisse de igual forma a sua expulsão⁶⁵. Em outro caso, *Popov c. França*, uma falha em avaliar se a detenção dos menores foi a medida de último recurso, não substituível por uma medida alternativa, levou o TEDH a concluir também pela violação do art. 5.º, n.º 1 da CEDH⁶⁶. Nos casos subsequentes, o Tribunal tornou-se ainda mais rigoroso na avaliação do uso da detenção como medida de último recurso, estabelecendo que a detenção de crianças em conjunto com os seus pais só estaria em conformidade com o art. 5.º, n.º 1 da CEDH quando as autoridades nacionais pudessem provar que a detenção só foi aplicada após verificado que nenhuma medida alternativa

⁶³ Majcher, Izabella (2020), op. cit. p. 349.

⁶⁴ TEDH, *Mikolenko c. Estónia*, n.º 10664/05, de 8 de Outubro de 2009, § 60.

⁶⁵ TEDH, *Rahimi c. Grécia*, n.º 8687/08, de 5 de Abril de 2011, § 108-109.

⁶⁶ TEDH, *Popov c. França*, nos. 39472/07 e 39474/07, de 19 de Janeiro de 2012, § 119.

menos restritiva poderia ser implementada em seu lugar⁶⁷. Assim, nos casos *A.B. e Outros c. França* e *R.M. e Outros c. França*, considerou que houve uma violação do art. 5.º, n.º 1 porque não havia nenhuma indicação de que as autoridades francesas tivessem verificado a possibilidade de aplicar medidas alternativas à detenção que fossem menos coercivas⁶⁸. Apesar disso, esta “regra do último recurso” tem-se tornado obsoleta⁶⁹, uma vez que há, atualmente, por considerar-se que a detenção nunca é do interesse superior da criança, tal como foi claramente afirmado pelo Comité dos Direitos da Criança, pelo TEDH, bem como por outros tribunais e autoridades de direitos humanos⁷⁰. Assim, há um consenso entre estes atores no sentido de que as crianças não devem ser detidas por motivos relacionados com a imigração, independentemente do seu estatuto legal ou migratório ou do estatuto dos seus pais⁷¹, uma vez que esta medida não está de acordo com o seu superior interesse. Ao invés, medidas alternativas que tenham em conta as especiais necessidades da criança e, sobretudo, o seu interesse superior, devem ser utilizadas no âmbito dos procedimentos migratórios.

5.1. O princípio do interesse superior da criança e a sua implicação na detenção

A CDC é considerada a principal Convenção Internacional relativa aos direitos da criança, e estabelece um conjunto abrangente de direitos e princípios para proteger as crianças em todo o mundo. O artigo 3.º, n.º 1 da CDC confere à criança o direito a que o seu interesse superior seja avaliado e tido em conta como uma consideração primordial em todas as ações ou decisões que lhe digam respeito. Isto se justifica pela especial condição das crianças, marcada pela sua dependência, menoridade, estatuto jurídico e, frequentemente, incapacidade de expressão. A Convenção refere-se ainda ao interesse

⁶⁷ V., por exemplo: TEDH, *A.B. e Outros c. França*, 11593/12, § 123; TEDH, *A.M. e Outros c. França*, 24587/12, § 67; TEDH, *R.C. e V.C. c. França*, 76491/14, § 55; TEDH, *R.K. e Outros c. França*, 68264/14, § 85; TEDH, *R.M. e Outros c. França*, 33201/11, § 86.

⁶⁸ TEDH, *A.B. e Outros c. França*, § 124-125, e *R.M. e Outros c. França*, § 87-88.

⁶⁹ Majcher, Izabella (2020). op. cit. p. 410.

⁷⁰ V., por exemplo: Joint general comment No. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 23 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of children in the context of international migration in countries of origin, transit, destination and return, 16 November 2017, CMW/C/GC/4-CRC/C/GC/23, em: <http://www.refworld.org/docid/5a12942a2b.html>; European Court of Human Rights, Factsheet: Unaccompanied migrant minors in detention (2024), em: http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Unaccompanied_migrant_minors_detention_ENG.pdf; and Inter-Agency Working Group (IAWG), Ending Child Immigration Detention, em: https://endchilddetention.org/wp-content/uploads/2016/09/IAWG_Advocacy-Brochure_Aug-2016_FINAL-web.pdf

⁷¹ IOM, UNHCR e UNICEF (2022). *Safety and Dignity* op. cit. 6.

superior da criança noutros artigos, como por exemplo no artigo 37.º, alínea c), relativo à detenção de menores, que especialmente nos interessa.

O conceito de “interesse superior da criança” é na verdade anterior à Convenção, já estava consagrado na Declaração dos Direitos da Criança de 1959 (artigo 2.º), na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (arts. 5, alínea b) e 16, n.º 1, alínea d)), bem como em instrumentos regionais e em leis nacionais e internacionais⁷². Este conceito tem por objetivo assegurar o pleno e efetivo gozo de todos os direitos reconhecidos na CDC e o desenvolvimento integral da criança, que, como esclarece o Comité dos Direitos das Crianças, abrange o seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral, psicológico e social. Assim, a plena aplicação do conceito de interesse superior da criança exige o desenvolvimento de uma abordagem baseada nos direitos, e que envolva todos os atores no sentido de garantir o desenvolvimento integral da criança e promover a sua dignidade humana⁷³.

De acordo com o Comité, o interesse superior da criança é um conceito que abrange três vertentes: é um direito substantivo, um princípio jurídico fundamental e interpretativo e uma regra de procedimento. Como direito, exige que as decisões relativas à criança priorizem seu bem-estar. Como princípio interpretativo, exige que a interpretação das leis favoreça o interesse da criança. Como regra de procedimento, exige que no processo de tomada de qualquer decisão relativa a crianças, os Estados considerem o possível impacto dessa decisão na criança e justifiquem como o interesse da criança foi observado na tomada de decisão⁷⁴. Neste sentido, os Estados Partes devem integrar o interesse superior da criança em todas as ações públicas, especialmente em medidas de execução e processos administrativos e judiciais; assegurar que todas as decisões judiciais e administrativas, bem como as políticas e a legislação relativas às crianças, demonstrem a prioridade dada ao interesse superior da criança⁷⁵; e, em caso de conflito com os direitos consagrados na Convenção, identificar possíveis soluções que sejam do interesse superior da criança⁷⁶. Além disso, o interesse superior da criança implica que, em qualquer decisão relativa às crianças, os Estados Partes devem ter em atenção os demais princípios consagrados na Convenção, como o direito à não discriminação (artigo 2.º), o direito à

⁷² UN Committee on the Rights of the Children (2013). *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration*. CRC/C/GC/14. p. 3.

⁷³ *Idem*. p. 4, § 5.

⁷⁴ *Idem*. p. 4, § 6.

⁷⁵ *Idem* p. 5, § 14.

⁷⁶ *Idem*. p. 9, § 33.

vida, à sobrevivência e ao desenvolvimento (artigo 6.º), o direito a ser ouvido (artigo 12.º) e o direito à vida familiar (artigo 16.º).

No que à medida da detenção diz respeito, o impacto negativo que esta pode ter na saúde física e mental das crianças e no seu desenvolvimento, mesmo quando são detidas por um curto período ou com as suas famílias, leva à conclusão – não só pelo Comité dos Direitos das Crianças, como também por diversos outros órgãos, organismos e entidades – de que a detenção de crianças para fins de imigração não está de acordo com o interesse superior da criança e que, portanto, deve ser sempre proibida⁷⁷, não devendo ser utilizada sequer como medida de último recurso. Como veremos adiante, existem medidas alternativas que permitem aos Estados garantir o respeito pelo interesse superior da criança ao mesmo tempo em que possibilitam o controlo do fluxo migratório e que devem começar a ser utilizadas efetivamente na prática.

O Comité dos Direitos da Criança sublinha que a entrada ou permanência irregular não deve ser equiparada à prática de crimes, e que embora a possibilidade de deter crianças como último recurso exista no direito penal juvenil, não se deve aplicar aos processos de imigração, uma vez que tal nunca seria do interesse superior da criança. Além disso, o interesse superior da criança em não ser detida também se estende à sua família, uma vez que a CDC protege o direito da criança à vida familiar e estabelece que as crianças nunca devem ser separadas dos seus pais ou tutores, a menos que tal seja considerado no seu superior interesse. Assim, quando é do interesse superior da criança permanecer com a sua família, o Comité salientou que a proibição de detenção se estende também aos pais da criança. Nestes casos, devem ser encontradas soluções não privativas da liberdade para toda a família⁷⁸. Aliás, o TEDH afirma, ao abrigo do artigo 8.º da CEDH, que o interesse superior da criança não pode limitar-se apenas a manter a família unida e que as autoridades estatais são obrigadas a tomar todas as medidas necessárias para pôr termo à detenção de famílias e proteger o direito à vida familiar⁷⁹.

Assim, apesar de a legislação da UE estipular atualmente que as crianças migrantes podem ser colocadas em regime de detenção, como último recurso, se tal for do seu interesse superior, a verdade é que é muito difícil justificar que a detenção é realizada no

⁷⁷ Méndez, Juan E (2015). *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment*. 5 de Março de 2015. A/HRC/28/68, p. 17., § 80.

⁷⁸ UN News Center, “UN Child Rights Experts call for EU-wide ban on child immigration detention”. Comunicado de Imprensa, 21 de Fevereiro de 2018. Disponível em <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2018/02/un-child-rights-experts-call-eu-wide-ban-child-immigration-detention>

⁷⁹ Ver: *Popov c. França*, § 147; *Bistiéva e outros c. Polónia*, § 85; *Nikoghosyan e outros c. Polónia*, § 84.

interesse superior da criança. Em regra, esta medida implica uma violação das obrigações dos Estados-Membros nos termos do art. 3.º, n.º 1 da CDC. Além disso, a jurisprudência do TEDH demonstra que a utilização da medida da detenção leva muitas vezes também à violação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), nomeadamente dos artigos 3.º (referente à proibição do tratamento cruel, desumano ou degradante), 5.º, n.º 1 (referente ao direito à liberdade e segurança) e 8.º (relativo ao direito à vida familiar)⁸⁰. No caso *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga v. Bélgica*⁸¹, em que uma criança não acompanhada de cinco anos de idade foi detida durante dois meses num centro para adultos, considerando que a detenção não correspondia ao interesse superior da criança, o Tribunal decidiu que houve uma violação dos artigos 3.º, 5.º, n.º 1, e 8.º da CEDH. Em *Rahimi c. Grécia*⁸², em que um menor de quinze anos, não acompanhado, foi detido num centro de detenção de adultos durante dois dias em condições muito precárias, o Tribunal considerou que existia uma violação dos artigos 3º e 5.º, n.º 1, devido ao facto de as autoridades não terem considerado o interesse superior da criança e não terem examinado se a detenção tinha sido aplicada como medida de último recurso. Mais recentemente, em *Moustahi c. França*⁸³, em que as autoridades associaram arbitrariamente duas crianças a um adulto não relacionado, incluindo os seus nomes na ordem de afastamento do adulto, com o objetivo de permitir a sua detenção e posterior afastamento do país, em vez de salvaguardar o seu interesse superior, o Tribunal concluiu pela violação dos artigos 3.º, 5.º, n.º 1, e 8.º da CEDH.

No mesmo sentido, em 2018, numa intervenção que nos parece particularmente importante, o Presidente do Comité dos Direitos da Criança da ONU, Renate Winter, apelou expressamente à proibição da detenção de menores, afirmando que “a legislação da UE não deve permitir a detenção de crianças no contexto da imigração, mesmo como último recurso”. Winter sublinhou que a detenção de crianças, quer não acompanhadas, quer com base no seu estatuto migratório ou no dos seus pais, nunca é do interesse superior da criança e constitui uma violação dos direitos da criança”. Winter lembrou que “todos os Estados-Membros da UE ratificaram a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e não deve haver disposições na legislação da UE que permitam práticas que violem as obrigações internacionais dos Estados-Membros”. Por fim, ressalta

⁸⁰ European Court of Human Rights, Factsheet: Unaccompanied migrant minors in detention (2024) http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Unaccompanied_migrant_minors_detention_ENG.pdf

⁸¹ TEDH. Caso n.º 13178/03, de 12 de Outubro de 2006.

⁸² TEDH. Caso n.º 8687/08, de 5 de Abril de 2011.

⁸³ TEDH. Caso n.º 9347/14, de 25 de Junho de 2020.

que “para proteger verdadeiramente as crianças, a UE e os seus Estados-Membros devem redirecionar os recursos dos centros de detenção para soluções não privativas de liberdade e baseadas nos direitos humanos”. No mesmo sentido, Juan Méndez apelou ao fim desta prática durante o seu mandato como Relator Especial das Nações Unidas sobre a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos e degradantes, referindo que “a privação da liberdade de crianças com base no seu estatuto migratório ou no dos seus pais nunca é do interesse superior da criança, excede o requisito da necessidade, torna-se grosseiramente desproporcionada e pode constituir um tratamento cruel, desumano ou degradante das crianças migrantes”⁸⁴.

Ora, com a comunidade europeia e internacional empenhada em desenvolver “alternativas à detenção não privativas de liberdade e baseadas na comunidade”, em particular para as crianças, com o objetivo de “pôr termo à prática da detenção de crianças no contexto da migração internacional”⁸⁵, parece-nos que o recurso continuado à detenção de crianças a nível europeu está em clara contradição com os compromissos assumidos a nível internacional e regional para pôr termo a esta prática. Como temos visto ao longo deste estudo, embora haja vários atores a apelar à adoção de alternativas à detenção pelos Estados-Membros, a verdade é que a detenção ainda é uma prática comum⁸⁶, e embora existam diversas alternativas plausíveis⁸⁷ à disposição dos Estados-Membros que lhes permite manter um certo controle enquanto simultaneamente respeitam o direito à liberdade e o interesse superior da criança, a verdade é que as alternativas à detenção em regra permanecem em desuso⁸⁸.

⁸⁴ Juan E Méndez (2015). *Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment*. A/HRC/28/68, p. 17., § 80.

⁸⁵ Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration, disponível em: <http://www.iom.int/resources/global-compact-safe-orderly-and-regular-migration/res/73/195>; e Global Compact on Refugees, disponível em: www.unhcr.org/gcr/GCR_English.pdf

⁸⁶ Em 2021, a OIM, o ACNUR e a UNICEF realizaram uma análise das práticas relacionadas com a detenção de crianças imigrantes em toda a região europeia. A análise indicou que entre os 38 países analisados, a detenção de crianças em famílias é permitida pelo quadro jurídico nacional em 27 países, enquanto a detenção de crianças não acompanhadas é permitida pelo quadro jurídico nacional em 19 países. Entre estes países, a maioria (26 países) aplica a detenção de crianças antes do seu afastamento.

⁸⁷ De facto, como afirma o Comité dos Direitos da Criança, já existem várias práticas promissoras na Europa e noutros países, que permitem uma gestão eficaz da migração, garantindo simultaneamente a proteção do interesse superior da criança. Estas práticas incluem a colocação das crianças e das suas famílias na comunidade; o acesso a serviços num ambiente protetor, numa base não discriminatória, com informação e apoio claros e adequados às crianças; e a nomeação de tutores no ponto de chegada ou aquando da primeira identificação da criança não acompanhada.

⁸⁸ EMN (2022), *Detention and alternatives to detention in international protection and return procedures*. p. 11. https://home-affairs.ec.europa.eu/system/files/2022-05/EMN_Study_on_detention_0.pdf

5.2. A proposta de reformulação da Diretiva Retorno – implicações quanto à detenção de menores

Em Setembro de 2018 a Comissão Europeia apresentou o seu projeto de reformulação da Diretiva Retorno. De acordo com a Comissão “desde a entrada em vigor da Diretiva Regresso, em 2010, verificou-se um aumento da pressão migratória sobre os Estados-Membros e a União no seu conjunto. Devido a esse aumento, tornou-se mais importante do que nunca responder aos desafios relacionados com o regresso efetivo de migrantes em situação irregular.”⁸⁹.

Assim, com o objetivo de reforçar a eficácia da política da UE em matéria de regresso, a Comissão propõe a alteração de várias disposições da Diretiva relativas principalmente à partida voluntária (artigo 9.º), às proibições de entrada (artigo 13.º), às vias de recurso (artigo 16.º) e à detenção dos indivíduos que regressam (artigo 18.º). Propõe igualmente a introdução de novas disposições que definam o risco de fuga (artigo 6.º), imponham uma obrigação de cooperação aos repatriados (artigo 7.º), imponham aos Estados-Membros a obrigação de criar um sistema de gestão dos regressos (artigo 14.º) e criem um procedimento de fronteira para adotar determinadas decisões de regresso (artigo 22.º). A Comissão esclarece ainda que “as alterações específicas propostas não alteram o âmbito de aplicação da diretiva nem afetam a proteção dos atuais direitos dos migrantes, nomeadamente no que diz respeito ao superior interesse da criança, à vida familiar e ao estado de saúde” e que “a Diretiva continua a garantir o pleno respeito dos direitos fundamentais dos migrantes”⁹⁰.

Ora, com a proposta de reformulação da Diretiva Retorno, havia uma certa esperança de que a detenção de crianças passasse de facto a ser proibida pela Diretiva⁹¹, em concordância com as recomendações dos diversos atores europeus e internacionais que apelavam à proibição desta medida. No entanto, a proposta veio na verdade ampliar os motivos que podem justificar a detenção pré-afastamento através do estabelecimento de uma lista não exaustiva de motivos de detenção – através da supressão da palavra “só” no artigo 18.º proposto – e da introdução de novos motivos possíveis de detenção não relacionados com o procedimento de regresso, mas antes com preocupações de segurança pública ou nacional. O mesmo artigo 18.º proposto obrigaria ainda alguns Estados-

⁸⁹ Comissão Europeia. *Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular (reformulação)*. [COM \(2018\) 634 final](#). 12 de Setembro de 2018. p. 1.

⁹⁰ *Idem.* op. cit. p. 3.

⁹¹ Majcher, Izabella (2020) *The European Union Return Directive...* op. cit. p. 415.

Membros a prolongar o período de detenção estabelecido na legislação nacional, uma vez que exige um período máximo de detenção nunca inferior a três meses, enquanto o texto atualmente em vigor permite o estabelecimento de um período máximo de detenção inferior a três meses⁹². Além disso, surpreendentemente, a proposta de reformulação da Diretiva não acrescenta nada para obrigar, ou mesmo incentivar a utilização de alternativas à detenção. Contrariamente ao que se esperava, e apesar de todas as críticas e recomendações feitas à esta medida, a disposição relativa à detenção de menores e famílias manteve-se inalterada. Apesar disso, o aumento dos casos em que os adultos podem ser detidos pode significar o mesmo para os filhos que os acompanham, isto é, a justificativa para a detenção de crianças pode ser ainda mais ampla.

Tal como afirma Anastasia Karatzas⁹³, se de facto a possibilidade de detenção de crianças migrantes se mantiver na reformulação da Diretiva, a UE ficará aquém dos padrões internacionais. Esta situação é problemática, uma vez que a prática da detenção de crianças migrantes já está muito difundida na UE⁹⁴. Se não houver uma ação no sentido de erradicar a prática, ou ao menos de prever alternativas viáveis e eficazes na legislação da UE, iremos assistir a uma proliferação da detenção de menores para fins imigratórios.

6. O novo Pacto em matéria de Migração e Asilo – implicações quanto à detenção

Depois de vários anos de negociação, no passado dia 10 de Abril de 2024, o Novo Pacto em matéria de Migração e Asilo foi aprovado no Parlamento Europeu⁹⁵ apesar dos protestos contra a sua adoção e dos avisos de mais de 50 Organizações da Sociedade Civil⁹⁶ que alertam para o facto de que o Pacto “normalizará o recurso arbitrário à detenção de imigrantes, incluindo crianças e famílias” e “utilizará procedimentos de ‘crise’ para permitir a expulsão de imigrantes”.

O Pacto inclui um pacote de nove instrumentos, entre os quais cinco leis: o Regulamento sobre o rastreio; o Regulamento revisto relativo aos procedimentos de asilo;

⁹² Crego, M. D. (2019). *Recasting the Return Directive*. p. 6. <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2019/apr/ep-briefing-new-returns-proposal.pdf>

⁹³ Karatzas, Anastasia (2022). *Bringing child immigration detention to an end: The case of EU return procedures*. p. 7.

⁹⁴ De acordo com o Global Detention Project, pelo menos 20 dos 27 Estados-Membros da UE já mantiveram crianças migrantes em detenção. Também, a UNICEF declarou de forma incisiva que o princípio do último recurso raramente é observado.

⁹⁵ <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20240408IPR20290/meps-approve-the-new-migration-and-asylum-pact>

⁹⁶ <https://picum.org/blog/open-letter-eu-human-rights-risks-migration-pact/>

o Regulamento Eurodac revisto; o Regulamento relativo à gestão do asilo e da migração; e o Regulamento relativo às crises.

Através do Regulamento relativo ao rastreio e de novos procedimentos nas fronteiras no âmbito do Regulamento revisto relativo aos procedimentos de asilo (em cuja análise nos centraremos), a Comissão propõe o estabelecimento de uma “fase de pré-entrada” obrigatória, com implicações para o direito à liberdade, protegido pela CEDH (artigo 5.º), pelo PIDCP (artigo 9.º) e pela CDFUE (artigo 6.º).

No contexto da gestão das fronteiras externas da UE, o Pacto estabelece a obrigação de realizar o rastreio de todas as chegadas em todas as fronteiras, com o objetivo de identificar rapidamente o procedimento adequado para aqueles que chegam às fronteiras sem cumprir as condições de entrada. Estes controlos implicam verificações exaustivas de segurança, saúde e identidade, a recolha de impressões digitais e o registo na base de dados Eurodac, aplicando-se a todas as pessoas resgatadas no mar, detidas no território ou que cheguem a uma fronteira e solicitem proteção internacional, mesmo que inicialmente não atendam às condições de entrada⁹⁷. O Regulamento relativo ao rastreio sugere que os migrantes que não preencham as condições de entrada previstas no Código das Fronteiras Schengen⁹⁸ (artigos 3.º e 4.º do Regulamento) sejam registados e rastreados para determinar a sua identidade e efetuar controlos sanitários e de segurança, o que pode demorar até cinco dias (n.º 3 do artigo 6.º). Em circunstâncias excecionais, este período pode ser prorrogado por mais cinco dias. A proposta deixa ao critério da legislação nacional a determinação das situações em que o rastreio exige a detenção (exposição de motivos, secção 2), mas no documento de trabalho dos serviços da Comissão⁹⁹, esta escreve que “durante o rastreio, os migrantes serão detidos pelas autoridades nacionais competentes” (considerando 5.1.2). Este facto sugere que a privação de liberdade, até 10 dias, é pelo menos uma característica provável e esperada do processo de rastreio.

Por sua vez, na proposta alterada¹⁰⁰ de Regulamento relativo aos procedimentos de asilo a Comissão propõe dois tipos de procedimentos de fronteira: o procedimento de

⁹⁷ Proposta de Regulamento que introduz uma triagem dos nacionais de países de terceiros nas fronteiras externas, COM (2020) 612 de 23 de Setembro de 2020, Artigos 1.º e 2.º.

⁹⁸ Regulamento (UE) 2016/399 de 9 de março de 2016 que estabelece o código da União relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (Código das Fronteiras Schengen), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0399>.

⁹⁹ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020SC0207&from=EN>.

¹⁰⁰ Vem alterar a Proposta de Regulamento que institui um procedimento comum de proteção internacional na União Europeia e que revoga a Diretiva 2013/32/EU, COM(2016) 467 final, de 13 de Julho de 2016, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:2c404d27-4a96-11e6-9c64-01aa75ed71a1.0002.02/DOC_1&format=PDF

fronteira para a análise dos pedidos de proteção internacional (artigo 41.º) e o procedimento de fronteira para efetuar o regresso (artigo 41.º-A), que têm por finalidade avaliar rapidamente, nas fronteiras externas, se se trata de pedidos infundados ou inadmissíveis e concretizar rapidamente o regresso de quem não possui um direito de permanência” (Considerando 40-A). O Considerando 40-F determina que “embora o procedimento de fronteira para a apreciação de um pedido de proteção internacional possa ser aplicado sem recurso a detenção, os Estados-Membros devem, no entanto, poder aplicar os motivos para detenção durante o procedimento de fronteira”. O procedimento de asilo na fronteira aplicar-se-á aos requerentes de asilo que “têm poucas probabilidades de obter asilo”, cujo pedido é fraudulento ou abusivo, ou que são considerados um risco para a segurança. Estes pedidos devem ser analisados no prazo de 12 semanas. Após este período, os requerentes têm o direito de entrar no território (n.º 11 do artigo 41.º). Enquanto o pedido estiver a ser analisado, os requerentes sujeitos ao procedimento de fronteira não serão autorizados a entrar no território do Estado-Membro (n.º 6 do artigo 41.º). De acordo com a proposta alterada, as crianças não acompanhadas e as famílias com crianças de idade inferior a doze anos devem ser isentas dos procedimentos de fronteira, embora em determinados casos estes possam ser-lhes aplicados (n.º 5.º do artigo 41.º). Isto significa que os requerentes, incluindo crianças entre os doze e os dezoito anos, poderão ser detidos até doze semanas nas zonas fronteiriças ou de trânsito. Esta proposta alterada prevê ainda que aos requerentes de asilo cujos pedidos tenham sido negados no procedimento de asilo na fronteira sejam imediatamente aplicados procedimentos de regresso, a fim de acelerar as práticas existentes e colmatar as lacunas entre o asilo e o regresso e de forma a “eliminar os riscos de movimentos não autorizados” e enviar “uma mensagem clara aos passadores”¹⁰¹ (Considerando 31-A e artigo 35.º-A). Assim, os requerentes cujos pedidos sejam indeferidos no âmbito do procedimento de asilo na fronteira (referido no artigo 41.º) não são autorizados a entrar no território do Estado-Membro e serão objeto de um procedimento de regresso na fronteira, igualmente limitado a 12 semanas, período durante o qual deverão ser mantidos em locais na fronteira externa ou zonas de trânsito, ou nas proximidades destas (n.º 2 do artigo 41.º-A). Os requerentes de asilo que tenham sido detidos durante o procedimento de asilo na fronteira e que deixem de ter um direito de permanência na sequência do indeferimento dos seus pedidos,

¹⁰¹ Comissão Europeia, COM(2020) 609 final, p. 5.

podem continuar detidos, para impedir a entrada no território do Estado-Membro, preparar o regresso ou concretizar o processo de afastamento (n.º 5. Do artigo 41.º-A).

Além disso, no Regulamento relativo às crises, estão previstas regras excepcionais que serão acionadas caso o sistema de asilo da UE seja ameaçado por uma chegada súbita de refugiados, como aconteceu em 2015-2016, ou por uma situação de força maior, como foi a pandemia do COVID-19. Nestas circunstâncias, as autoridades nacionais serão autorizadas a aplicar medidas mais rigorosas, incluindo períodos mais longos de detenção. De facto, de acordo com a proposta, o procedimento de asilo nas fronteiras pode ser prolongado por mais oito semanas, podendo chegar assim às 20 semanas (Considerando 17.º e alínea b) do artigo 4.º). Assim, em combinação com o rastreio que precede o encaminhamento para o procedimento de fronteira, que pode ser alargado para 10 dias em tempos de crise, o procedimento de asilo na fronteira poderá demorar quase 32 semanas. O procedimento fronteiriço para efetuar os regressos também pode ser prorrogado por oito semanas, o que o levará a um máximo de 20 semanas. Em termos cumulativos, os procedimentos fronteiriços para as pessoas que chegam em tempo de crise duram nove meses. Para além de não haver qualquer esclarecimento sobre a forma como o prolongamento do prazo permitirá fazer face a uma eventual crise, este Regulamento provavelmente irá aumentar provavelmente os riscos de violações dos direitos fundamentais.

Ora, apesar das preocupações com os direitos humanos demonstradas ao longo dos vários textos (por exemplo, na proposta do Regulamento relativo ao rastreio, em que é prevista a criação de um mecanismo independente de controlo das fronteiras para fiscalizar as violações dos direitos fundamentais nas fronteiras da UE – artigo 7.º e considerando 23 da proposta), essas propostas indicam, a nosso ver, uma possível normalização e ampliação do uso da detenção de migrantes pela UE.

Está implícito nos vários Regulamentos que a detenção de imigrantes continuará a estar sujeita ao princípio do “último recurso”, em conformidade com as normas jurídicas regionais e internacionais e que, por conseguinte, devem ser exploradas alternativas para respeitar este princípio. No entanto, como se pode concluir da análise das normativas acima, com a imposição de um procedimento de rastreio pré-entrada, a detenção nas fronteiras se tornou a abordagem por definição, comprometendo assim o princípio de que a detenção só deve ser aplicada como medida de último recurso e desincentivando o uso de alternativas à detenção. De facto, o Pacto tem como elemento central a prevenção da entrada de pessoas no território dos Estados-Membros, determinando que os Estados

realizem procedimentos de controlo, asilo e regresso ainda nas fronteiras externas ou na sua proximidade. Assim, é difícil prever como os Estados poderão aplicar medidas alternativas à detenção, assegurando simultaneamente esta prevenção de entrada.

Além disso, importa lembrar que o Pacto refere que procurará tirar partido de propostas anteriores, como a proposta de 2018 de reformulação da Diretiva Retorno. Se de facto esta proposta for aprovada, como vimos no capítulo anterior, o resultado será um alargamento dos motivos pelos quais os nacionais de países terceiros podem ser detidos e uma diluição das disposições relativas às alternativas à detenção.

Esta proposta de reforma da política de migração e asilo da UE não se coaduna com o debate dos órgãos e organismos de direitos humanos e atores a nível europeu e internacional contra a utilização da medida de detenção (em especial no caso das crianças) e a favor de medidas alternativas no âmbito do processo de retorno, não proibindo a prática em relação às crianças, nem exigindo explicitamente a utilização de medidas alternativas no caso dos menores.

Se os procedimentos nas fronteiras vierem a ser codificados na legislação da UE, tal como proposto no Pacto da UE, a detenção prolongada de imigrantes, incluindo crianças, tornar-se-á inevitavelmente uma prática. Além disso, existe um elevado risco de detenção sistemática nas fronteiras, em violação dos direitos humanos internacionais e do direito dos refugiados¹⁰².

Quanto às crianças migrantes, a organização “Save the Children” já havia alertado que caso o Pacto viesse a ser aprovado, conduziria a violações flagrantes dos direitos das crianças¹⁰³. De facto, as propostas do Novo Pacto não isentam as crianças da aplicação alargada da detenção para efeitos de imigração, pese embora menciona algumas vezes a necessidade de dar especial atenção às carências específicas das crianças e atender ao princípio do interesse superior das mesmas. A nosso ver, esta proliferação do uso da detenção tem um impacto significativo no direito das crianças migrantes que chegam às fronteiras da UE sozinhas ou acompanhadas dos seus familiares e correm o risco de ser detidas no âmbito de procedimento obrigatório de rastreio, de não receber asilo ou outra forma de proteção com base na sua situação e necessidades específicas, e de não poder ter acesso à educação, saúde, habitação ou apoio psicossocial devidos a qualquer criança.

¹⁰² International Commission of Jurists (2021). *Detention in the EU Pact proposals – Briefing paper*. p. 14.

¹⁰³ <https://reliefweb.int/report/world/historically-bad-new-eu-pact-migration-and-asylum-normalises-rights-violations-and-endangers-children>

No mesmo sentido que a Comissão Internacional de Juristas, acreditamos que deve ficar claro, no Regulamento relativo ao rastreio, que as crianças – definidas como qualquer pessoa com idade inferior a 18 anos – não devem ser detidas e que devem ser procuradas e utilizadas alternativas à detenção para todas as crianças. Consideramos que o Regulamento relativo aos procedimentos de asilo as crianças e os membros das suas famílias, devem ser isentas dos procedimentos de fronteira e não devem ser detidas, uma vez que tal medida não está de acordo com o interesse superior da criança, nem tampouco com o respeito pela vida familiar.

7. Conclusão

A imigração irregular é, sem dúvida, um desafio significativo para toda a UE, afetando não apenas os Estados-Membros diretamente envolvidos nas rotas migratórias, mas também aqueles que enfrentam suas consequências indiretas, como pressões econômicas e sociais. É compreensível que os Estados-Membros busquem exercer o seu poder soberano para controlar os fluxos migratórios em seus territórios, como parte de sua responsabilidade com os seus cidadãos e para garantir a segurança e a estabilidade interna. No entanto, é crucial que, no exercício desse poder, atuem em conformidade com os princípios fundamentais de direitos humanos e respeitem os compromissos assumidos internacionalmente, especialmente aqueles derivados de tratados e convenções ratificados, como a CDC, que estabelece um conjunto abrangente de direitos e princípios para proteger as crianças em todo o mundo, reconhecendo o superior interesse da criança como uma consideração primordial em todas as ações ou decisões que lhes dizem respeito. Isso implica que os Estados devem adotar medidas que promovam o bem-estar e o desenvolvimento integral das crianças, levando em consideração sua vulnerabilidade e suas necessidades específicas. Portanto, ao lidar com questões relacionadas à imigração irregular, os Estados devem adotar uma abordagem que equilibre suas preocupações legítimas de segurança e controle de fronteiras com o respeito pelos direitos das crianças migrantes. Isso significa que devem procurar ativamente alternativas à detenção de crianças, reconhecendo que a detenção pode ter impactos adversos significativos em seu bem-estar físico, mental e emocional. Acreditamos que o uso de medidas alternativas não privativas da liberdade pode de facto contribuir de melhor forma para o cumprimento dos procedimentos de imigração.

Apesar das críticas e recomendações da comunidade europeia e internacional no sentido de abolir a detenção de crianças migrantes, esta prática não é explicitamente

proibida nem ao nível das normas internacionais, nem das normas europeias. Por isso, os Estados continuam a deter crianças migrantes em situação irregular por diversas razões, entre as quais facilitar o seu afastamento no âmbito do controlo dos fluxos migratórios¹⁰⁴. Apesar de existirem abordagens mais eficazes e humanas do que a detenção para atingir este objetivo¹⁰⁵, muitos Estados preferem deter as crianças a integrá-las na comunidade. No entanto, esta prática não se coaduna com o princípio do interesse superior da criança e tem um impacto profundo e negativo nestes menores, prejudicando a sua saúde psicológica e física e comprometendo o seu desenvolvimento¹⁰⁶. Referimo-nos a um grupo extremamente vulnerável, nomeadamente devido à sua idade, estágio de desenvolvimento, necessidades específicas e maior suscetibilidade a traumas e abusos. Antes de serem classificadas como migrantes, as crianças são, em primeiro lugar e acima de tudo, crianças e, como tal, todas as proteções da CDC e de outros instrumentos que tutelem os direitos das crianças se aplicam sem distinção ou discriminação, independentemente do seu estatuto migratório¹⁰⁷. É importante que o interesse superior da criança tenha precedência sobre as considerações relativas ao estatuto migratório¹⁰⁸.

Respondendo à pergunta que nos trouxe até aqui, acreditamos que a possibilidade de deter de crianças migrantes, tal como prevista na Diretiva Retorno, viola os *standards* impostos pelos direitos fundamentais e humanos. A jurisprudência do TEDH relativa à detenção de crianças e as críticas e recomendações de diversos órgãos, organismos e outros atores a nível europeu e internacional mostram que esta medida viola princípios fundamentais, tratados e instrumentos internacionais de direitos humanos, como a CDC e a CEDH, tem impactos negativos na saúde e no desenvolvimento das crianças, não assegura o desenvolvimento integral da criança e nem promove a sua dignidade humana, não estando assim de acordo com o seu superior interesse.

Embora haja um reconhecimento crescente da necessidade de encontrar alternativas à detenção de crianças migrantes, e abolir o uso da detenção, como destacado por vários atores internacionais e organizações da sociedade civil, propostas recentes, como o Novo

¹⁰⁴ Com o aumento do número de migrantes irregulares em todo o mundo, os Estados têm cada vez mais interesse em adotar políticas que lhes permitam controlar a migração. Uma dessas políticas é a detenção, à qual os Estados têm recorrido, não poupando nem mesmo as crianças migrantes da sua aplicação.

¹⁰⁵ De acordo com Anastasia Karatzas (mas não só), as alternativas baseadas na comunidade e na gestão de casos são as mais adequadas no caso das crianças por serem mais benéficas para a sua saúde mental e bem-estar.

¹⁰⁶ Karatzas, A. (2022), op. cit., pp. 4-5.

¹⁰⁷ Corlett, D., Mitchell, G., Van Hove, J., Bowring, L., & Wright, K. (2012). *Captured Childhood...* pp. 20-32

¹⁰⁸ TEDH, *Popov c. França*, nos. 39472/07 e 39474/07, de 19 de Janeiro de 2012, § 91.

Pacto em Matéria de Migração e Asilo da UE e a Proposta de Reformulação da Diretiva Retorno parecem falhar em garantir a proteção adequada dos direitos das crianças. Ao contrário, essas propostas podem ampliar as situações em que a detenção é justificada e não exigem explicitamente o uso de medidas alternativas.

Portanto, é evidente que ainda há um longo caminho a percorrer na garantia dos direitos das crianças migrantes, e é crucial que os Estados e organizações europeias e internacionais ajam de acordo com suas obrigações legais e éticas para garantir o bem-estar e a proteção dessas crianças vulneráveis. Isso inclui, a nosso ver, um esforço no sentido de abolir a detenção de crianças para fins de imigração e de implementar alternativas baseadas nos direitos humanos e no interesse superior da criança.

8. Bibliografia

- (CRC), U. C. (2013, Maio 29). General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), CRC /C/GC/14.
- (ICJ), I. C. (2021). *Detention in the EU Pact proposals - Briefing paper*.
- (OECD), T. O. (2020). *Sustainable Reintegration of Returning Migrants: A Better Homecoming*. Paris: OECD Publishing.
- (2022). *Addressing the health challenges in immigration detention, and alternatives to detention: a country implementation guide*. . World Health Organization , Copenhagen.
- Castillo, T. F. (2009). La Directiva sobre el Retorno de los Inmigrantes en Situación Irregular. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*.
- Children in migration: fundamental rights at European borders. (2023, Dezembro). Council of Europe e FRA - EU Agency for Fundamental Rights.
- Concluding observations of the Human Rights Comitee: Poland. CCPR/C/POL/CO/6. 15 de Novembro de 2010*. (2010). Geneva: United Nations, Human Rights Comitee.
- Concluding observations of the Human Rights Committee: France. CCPR/C/FRA/CO/4. 31 de Julho de 2008*. (2008, Julho 31). Geneva: United Nations, Human Rights Comitee.
- Concluding observations on the 2nd periodic report of Malta. CCPR/C/MLT/CO/2. 21 de Novembro de 2014*. (2014.). United Nations, Human Rights Comitee.

- Corlett, D., Mitchell, G., Van Hove, J., Bowring, L., & Wright, K. (2012). *Captured Childhood: Introducing a new model to ensure the rights and liberty of refugee, asylum, seeker and irregular migrant children affected by immigration detention*. Melbourne: International Detention Coalition.
- Crego, M. D. (2019). *EU Legislation in Progress: Recasting the Return Directive*. European Parliamentary Research Service.
- Crépeau, F. (2013). *Report of the Special Rapporteur on the human rights of migrants. Regional study: management of the external borders of the European Union and its impact on the human rights of migrants. A/HRC/23/46*. United Nations, Human Rights Council.
- (2022). *Detention and alternatives to detention in international protection and return procedures*. European Migration Network (EMN).
- (2021). *EASO Asylum Report 2021. Annual Report on the Situation of Asylum in the European Union*. European Asylum Support Office.
- (2016). *Ending Child Immigration Detention*. Inter-Agency Working Group (IAWG) to End Child Immigration Detention.
- Farmer, A. (2013). The Impact of Immigration Detention on Children. *Forced Migration Review 44*.
- Gil, A. R. (2021). *Imigração e Direitos Humanos*. Lisboa: Petrony Editora.
- (2022). *Global Detention Project Annual Report - April 2022*. Global Detention Project, Geneva.
- (2017). *Joint general comment No. 4 (2017) of the Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families and No. 23 (2017) of the Committee on the Rights of the Child on State obligations regarding the human rights of child*. UN Committee on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families (CMW).
- Majcher, I. (2020). *The European Union Returns Directive and Its Compatibility with International Human Rights Law: Analysis of Return Decision, Entry Ban, Detention and Removal*. Leiden, Boston: Brill Nijhoff.
- Majcher, I., & Gionco, M. (2022). *Immigration Detention and The Facto Detention: What does the Law say?* Brussels, Belgium: PICUM.
- Matos, F. L. (2010). A Directiva Europeia “Retorno” (Directiva 2008/115/CE). Custos e benefícios para uma política comum de imigração. In *Migrações e Interculturalidade*.

- Méndez, J. E. (2015, Março 5). Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment. A/HRC/28/68. Geneva: United Nations, Human Rights Council.
- Molnár, T. (2019). The Place and Role of International Human Rights Law in the EU Return Directive and in the Related CJEU Case-Law: Approaches Worlds Apart? In *EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes*. Leiden: Koninklijke Brill NV.
- (2022, Maio). *Safety and Dignity for Refugee and Migrant Children: Recommendations for alternatives to detention and appropriate care arrangements in Europe*. IOM, UNHCR, UNICEF.
- (2024). *Unaccompanied migrant minors in detention - factsheet*. European Court of Human Rights.