

ELETRÔNICOS

Direito Internacional sem Fronteiras

A PROTEÇÃO À FAMÍLIA DE MIGRANTES NOS SISTEMAS INTERAMERICANO E EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

Family Reunification of Migrants in The European Human Rights System

Winnie Alencar Farias 

Universidade Federal de Natal – Natal, Rio Grande do Norte, Brasil.

RESUMO: O presente artigo possui como objeto de estudo as famílias de migrantes situadas nos contextos interamericano e europeu. Nesse sentido, busca investigar e comparar como ocorre a proteção dessas famílias no âmbito de cada um dos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos. Para tanto, foi feita uma pesquisa de abordagem qualitativa, de objetivo descritivo por meio do estudo da bibliografia, dos documentos e da jurisprudência pertinente. Em um primeiro momento, possui como objetivo a investigação de como ocorre a defesa desse grupo no âmbito de cada um dos Sistemas citados, de forma a examinar a proteção normativa aplicável e os direitos consagrados na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), respectivamente. Em um segundo momento, também possui como objetivo a abordagem das semelhanças e das diferenças entre os dois sistemas regionais, mais especificamente no que concerne aos parâmetros para reunificação familiar, bem como as interseções do tema com o Direito Internacional das Crianças e Adolescentes e o princípio da não discriminação. Nesse sentido, concluiu-se que os pronunciamentos da Corte IDH possuem como ponto de partida a proteção conferida às crianças e adolescentes, ao passo que o TEDH possui uma interpretação mais assentada na margem de apreciação aos Estados.

Palavras-chave: Reunificação Familiar. Direito Internacional dos Migrantes. Sistema Europeu de Direitos Humanos. Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

ABSTRACT: This article seeks to investigate how the protection of the family of migrants occurs within the scope of the Inter-American and European Human Rights Systems. For that, at first, it investigates how the defense of this group occurs in the scope of each of the systems mentioned, examining the applicable normative protection and the rights enshrined in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights (Inter-American Court) and in the Court European Human Rights (ECtHR), respectively. In a later section, the similarities and differences between the two regional systems will be addressed, more specifically with

regard to the parameters for family reunification, as well as the intersections with the International Law of Children and Adolescents and the principle of non-discrimination.

Keywords: Family Reunification. International Law of Migrants. European Human Rights System. Inter-American Human Rights System.

1 INTRODUÇÃO

Não é incomum, considerando as circunstâncias difíceis as quais estão inseridos alguns grupos de migrantes, como os refugiados e os solicitantes de asilo, que estes se separem de suas famílias ao tentarem escapar de conflitos ou de perseguições religiosas, raciais, políticas, ou em razão de sua nacionalidade, por exemplo. Nesse contexto, é comum que um integrante da família viaje sozinho primeiro, na esperança de que, em um momento posterior, sua família irá encontrá-lo no local de destino.

Nesses casos, a reunificação familiar ainda se torna mais urgente visto que as famílias “deixadas para trás” também se encontram em risco ao permanecerem nas zonas de conflitos. Nessa conjuntura, a reunificação familiar rápida não é apenas uma política adequada a ser adotada pelos Estados, podendo, inclusive, ser equiparada, à uma questão de evacuação humanitária (COUNCIL OF EUROPE, 2017, p. 12).

Para além de garantir a segurança e a proteção dos demais membros da família, restaurar a unidade familiar é um aspecto imprescindível para promover um sistema de apoio aos refugiados e demais solicitantes de proteção internacional. Além disso, a reunificação é uma etapa importantíssima para conferir a essas pessoas uma maior sensação de normalidade, bem como, ajudar em seus processos de integração.

Impossibilitados de retornar aos seus Estados de origem, os efeitos da *não reunificação familiar* são devastadores, especialmente no tocante à saúde mental e ao bem-estar psicológico. Além disso, identifica-se, ainda, que os migrantes podem entrar em um estado de isolamento econômico e social.

Em relação a esse tema, registra-se que muitos refugiados sofrem com estresse e ansiedade em decorrência da perda de contato com a família; o sentimento de abandono, de culpa e de raiva é experienciado por membros da família deixados em zonas de guerra, acampamentos ou ambientes inseguros; e ademais, há ainda uma preocupação financeira, posto que frequentemente os refugiados enviam dinheiro para amparar a família (CHOUMMANIVONG; POOLE; COOPER, 2014, p. 90-91).

Assim, conclui-se que a reunificação familiar é essencial para os grupos de migrantes que gozam dessa proteção internacional. Outro ponto a ser ressaltado é que tornar a reunificação familiar um processo acessível e rápido também ajuda a promover a travessia segura e legal para os demais membros da família, reduzindo os perigos envolvidos na imigração irregular, como o tráfico de pessoas (UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, 2018, p. 1).

Em relação à normativa aplicável no Sistema Global, o Estatuto dos Refugiados (1951) não prevê o direito à reunificação familiar. No âmbito do Direito Internacional dos Refugiados, há apenas uma recomendação na Ata Final da Conferência de Plenipotenciários para que os governos tomem as medidas necessárias para a proteção das famílias dos refugiados (UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, 2001, p. 11).

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, por sua vez, garante o direito à vida familiar tanto no artigo 16 da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), quanto no artigo 23 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966). Ademais, o Comitê de Direitos Humanos se manifestou sobre o direito de reunificação familiar nos Comentários Gerais n° 15¹ e 19².

A Convenção sobre Direito das Crianças (1989) também consagra o direito à reunificação familiar nos artigos 9 e 10. Ademais, estabelece o melhor interesse da criança em seu artigo 3° e, além disso, o artigo 22, parágrafo 2° reforça a lógica da unidade familiar para crianças refugiadas. Ademais, o Comitê dos Direitos da Criança no Comentário Geral n° 6 dispõe que a reunificação familiar no Estado de origem não é do melhor interesse da criança quando seu retorno puder acarretar um risco razoável (COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, 2005, p. 9).

Feitas as considerações introdutórias a respeito da importância da proteção da família, especialmente no tocante à reunificação familiar, bem como às normativas aplicáveis no Sistema Global de Proteção de Direitos Humanos, este artigo irá se debruçar sobre o tema a partir das perspectivas regionais interamericana e europeia para, posteriormente, traçar as semelhanças e diferenças entre os dois sistemas de proteção de direitos humanos.

2 A PROTEÇÃO DA FAMÍLIA DE MIGRANTES NO ÂMBITO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Em relação a proteção normativa aplicável, o artigo 17 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) reconhece a proteção da família e estabelece em seu primeiro parágrafo que “a família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado”. Além disso, o parágrafo segundo do artigo 11, no tocante à proteção da honra e da dignidade, determina que a família não pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas.

Em consonância com esses dispositivos, a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948) também reconhece o direito à proteção da vida familiar contra ataques abusivos em seu artigo V e o direito à constituição e proteção da família no artigo VI. Ademais, o Protocolo de San Salvador (1988) também assegura o direito à constituição e proteção da família em seu artigo 15.

Por sua vez, a família também goza de proteção pelo disposto no artigo 16 do Protocolo de San Salvador, cujo conteúdo aduz que “toda criança tem o direito de crescer ao

¹ O Comentário Geral n° 15 dispõe que “em certas circunstâncias, um estrangeiro pode desfrutar da proteção do Pacto, mesmo em relação à entrada ou residência, por exemplo, quando surgem considerações de [...] respeito pela vida familiar” (tradução nossa). HUMAN RIGHTS COMMITTEE. *CCPR General Comment No. 15: The Position of Aliens Under the Covenant*, 1986. Disponível em: <https://www.refworld.org/pdfid/45139acfc.pdf>.

² O Comentário Geral n° 19 dispõe que “a possibilidade de viver juntos implica a adoção de medidas cabíveis, tanto em nível interno como, conforme o caso, em cooperação com outros Estados, para garantir a unidade ou reunificação das famílias, particularmente quando seus membros são separados por motivos políticos, econômicos ou semelhantes razões” (tradução nossa). HUMAN RIGHTS COMMITTEE. *CCPR General comment No. 19: Article 23 (The Family)*, 1990. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/45139bd74.html>.

amparo e sob a responsabilidade de seus pais; salvo em circunstâncias excepcionais, reconhecidas judicialmente, a criança de tenra idade não deve ser separada de sua mãe”.

Nessa perspectiva, o artigo 19 da Convenção Americana (CADH) e o artigo VII da Declaração Americana (DADDH) fazem, ainda, referência à proteção da infância. Relacionar a proteção da família com os direitos das crianças e adolescentes é necessário, vez que o Direito Internacional dos Direitos Humanos reconhece a família como o núcleo central de proteção da infância e da adolescência, bem como admite o direito das crianças das crianças à convivência familiar (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2013, p. 17).

Uma vez superado o exame da proteção aplicável à família migrante no arcabouço jurídico interamericano, é necessário averiguar como esses direitos são consagrados na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Para tanto, iremos examinar as conclusões extraídas da Opinião Consultiva OC-17/02 (2002)³, do Caso Família Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional da Bolívia (2013), da Opinião Consultiva OC-21/14 (2014)⁴ e do Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana (2014).

No que se diz respeito à proteção familiar, a OC-17/02 (2002), cujo conteúdo versa a respeito da condição jurídica e dos direitos humanos das crianças, fixa o entendimento de que o Estado é obrigado a favorecer o desenvolvimento e fortalecimento do núcleo familiar, de maneira que o reconhecimento da família como elemento natural e fundamental da sociedade, com direito à proteção da sociedade e do Estado constitui um princípio fundamental do Direito Internacional dos Direitos Humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2002, p. 64).

Outro ponto a ser considerado é o fato de que, ao tratar da separação excepcional da criança de sua família, a Corte IDH dialoga expressamente com o entendimento adotado pelo TEDH e conclui que a criança deve permanecer em seu núcleo familiar, salvo se existirem razões determinantes, justificadas pelo seu interesse superior, para separá-lo de sua família. Nesse caso, a separação deve ser, além de excepcional, preferencialmente temporária (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2002, p. 67).

No Caso Família Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional da Bolívia (2013), a Corte ressalta, primeiramente, a relação intrínseca existente entre o direito à proteção da família e os direitos das crianças. Em seguida, ao se pronunciar sobre a participação das crianças em procedimentos que possam ter caráter sancionatório, em virtude de uma violação ao regime de imigração adotado pelo Estado, a Corte afirma ser de especial importância a contribuição das crianças, haja vista que esse procedimento pode resultar na separação da família e, conseqüentemente, afetar o bem-estar delas.

Nesse sentido, especificamente sobre o processo de expulsão da Família Pacheco na qualidade de estrangeiros em situação irregular, a Corte pontua que as crianças Frida Edith, Juana Guadalupe e Juan Ricardo Pacheco Tineo deveriam ter sido consideradas como partes interessadas pelas autoridades. Assim, a Corte entendeu que o Estado Boliviano tratou as crianças como objetos condicionados aos direitos dos pais e não como sujeitos de direitos,

³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva Oc-17/2002 De 28 De Agosto De 2002, Solicitada Por La Comisión Interamericana De Derechos Humanos, 2002*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf. Acesso em: 28 de out. de 2021.

⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer Consultivo Oc-21/14 De 19 De Agosto De 2014 Solicitado Pela República Argentina, República Federativa Do Brasil, República Do Paraguai E República Oriental Do Uruguai, 2014*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf. Acesso em: 28 de out. de 2021.

fato que resultou na condenação pela violação dos artigos 17 e 19 da CADH⁵, dentre outros (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2013, p. 73-74).

No que se refere ao Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana (2014), a Corte IDH considerou que a privação de liberdade e a expulsão de Bersson Gelin foi feita de maneira discriminatória e sem fins legítimos. Nesse sentido, a separação de Gelin de seu filho menor de idade também foi considerada injustificada. Assim, a República Dominicana foi condenada por violar o direito à proteção familiar, bem como a obrigação de respeitar os direitos sem discriminação.

Ainda nesse caso, a Corte IDH observa que, em relação a separação da família Sensión, a República Dominicana ainda não havia reconhecido a competência contenciosa da Corte, de modo que não poderia pronunciar-se sobre a expulsão da senhora Ana Virgínia Nolasco e suas filhas. Entretanto, uma vez reconhecida a competência da Corte, o Estado tinha a obrigação de adotar medidas para reunificar os membros da família. Considerando que o Estado nada fez para viabilizar a reunificação, conclui-se que a República Dominicana violou as obrigações relativas à proteção da família e ao princípio da não discriminação (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2014, p. 146).

Por sua vez, a OC-21/14 (2014), que trata dos direitos e garantias de crianças no contexto da migração e/ou em necessidade de proteção internacional, discorre acerca do direito à vida familiar das crianças no marco de procedimentos de expulsão ou deportação de seus progenitores por motivos migratórios em seu capítulo XV. Nessa perspectiva, a Corte IDH ressalta que o termo “familiares” deve ser interpretado em sentido amplo, de modo que não há um modelo único de família e que pertence ao Estado a obrigação de determinar em cada caso a constituição do núcleo familiar da criança (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2014, p. 100-101).

A Corte IDH impõe ao Estado a obrigação de efetuar uma ponderação entre a proteção da unidade familiar e os interesses estatais legítimos, para que no contexto de um caso concreto, a expulsão de um ou ambos os progenitores não levem a uma ingerência abusiva ou arbitrária na vida familiar da criança. Sob esta ótica, propõe que o Estado considere as seguintes circunstâncias particulares:

- (a) a história de imigração, o lapso temporal da estadia e a extensão dos laços do progenitor e/ou de sua família com o país receptor; (b) a consideração sobre a nacionalidade, guarda e residência dos filhos da pessoa que se pretende expulsar; (c) o alcance da afetação gerada pela ruptura familiar devido à expulsão, incluindo as pessoas com quem a criança vive, assim como o tempo que permaneceu nesta unidade familiar, e (d) o alcance da

⁵ Artigo 17. Proteção da família. 1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado. 2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção. 3. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos contraentes. 4. Os Estados Partes devem tomar medidas apropriadas no sentido de assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o casamento e em caso de dissolução do mesmo. Em caso de dissolução, serão adotadas disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos. 5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento. Artigo 19. Direitos da criança. Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

perturbação na vida diária da criança se mudasse sua situação familiar devido a uma medida de expulsão de uma pessoa responsável pela criança, de maneira a ponderar estritamente estas circunstâncias à luz do interesse superior da criança, em relação ao interesse público imperativo que se busca proteger (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 104).

Ademais, a Corte considera que nos casos em que a criança tiver direito à nacionalidade do país do qual um ou ambos os progenitores podem ser expulsos em razão de uma situação migratória irregular, ou se cumprir as condições legais para residir permanentemente ali, é axiomático que a criança conserve o direito de seguir desfrutando da vida familiar no país. Em outras palavras, a Corte IDH considera desproporcional a ruptura da unidade familiar ocasionada pela expulsão do progenitor que cometeu infrações administrativas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014, p. 104).

Uma vez que os aspectos relevantes acerca da proteção da família no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos foram apresentados, examinaremos a seguir a proteção consagrada no Sistema Europeu de Direitos Humanos.

3 A PROTEÇÃO DA FAMÍLIA DE MIGRANTES CONSAGRADO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

Em relação à normativa aplicável, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (1950) prevê, em seu artigo 8º, o direito ao respeito pela vida privada e familiar⁶. Nesse sentido, o texto convencional dispõe que não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito, senão quando houver previsão na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, proteção da saúde ou da moral, ou proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Para aplicar o artigo supracitado, especialmente no tocante à reunificação familiar, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), vêm desenvolvendo, jurisprudencialmente, parâmetros ao longo dos últimos trinta anos. Nesse sentido, inicialmente, os primeiros casos do TEDH sobre o tema foram decididos de maneira muito conservadora.

No caso *Abdulaziz, Cabales e Balkandali v. United Kingdom* (1985), três mulheres migrantes, residentes de forma permanente e legal, contestaram o fato do governo não permitir que seus cônjuges as encontrassem e permanecessem com elas. Como o casamento foi contraído após a imigração, o TEDH entendeu, que como o caso não versa sobre uma família pré-constituída que havia sido deixada em outro país, não haveria obstáculos para que a vida familiar se estabelecesse no país de origem de seus maridos, por exemplo.

⁶ Artigo 8º. Direito ao respeito pela vida privada e familiar. 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Assim, o TEDH reconheceu a aplicabilidade do artigo 8º ao caso, mas fixou entendimento de que tal situação não constituiria uma violação do direito à vida isoladamente. Contudo, o Tribunal ponderou que tais regras não se aplicavam às esposas dos residentes do gênero masculino. Assim, em virtude da reconhecida discriminação de gênero, o TEDH entendeu que o artigo 8º foi violado não de forma isolada, mas em conjunto com o art. 14^o, em virtude da diferença de tratamento dispensada (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 1985). A aplicação conservadora é depreendida do fato da violação não ter sido reconhecida por si só, mas em razão da discriminação.

Outros dois casos que exemplificam bem o início dessa jurisprudência mais inflexível são os casos *Gül v. Switzerland* (1996) e *Ahmut v. The Netherlands* (1996). Em ambos os casos, os pais desejavam que seus filhos pudessem juntar-se a eles nos países em que estavam (UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, 2018). O TEDH não reconheceu violação ao artigo 8º, sob o mesmo argumento do caso anterior: não haveria impossibilidade para desfrutar da vida familiar em outro lugar.

Esse é um dos critérios utilizados amplamente utilizados pelo TEDH no tocante à reunificação familiar. Existem alguns casos mais recentes em que a (in)existência de obstáculos intransponíveis para que a vida familiar seja usufruída em outro lugar, conhecido como *elsewhere approach*, foi mitigada. Nesse sentido, no tocante à admissão de crianças que desejam reunir-se com seus pais, podemos citar o caso *Sen v. The Netherlands* (2001).

O caso *Sen v. The Netherlands* (2001) foi, inclusive, a primeira decisão positiva do TEDH no que se diz respeito à reunificação familiar (MOTZ, 2017). Neste caso, um casal turco, com duas filhas nascidas na Holanda, desejava reunir-se com sua filha mais velha, nascida e domiciliada na Turquia. Para o Tribunal, este caso distinguiu-se dos casos *Ahmut* e *Gül* porque o casal possuía uma vida familiar já estabelecida na Holanda, onde eles residiam legalmente, e as crianças nascidas nesse país não possuíam ligações culturais com a Turquia.

Em virtude disso, o TEDH determinou que o modo mais apropriado de desenvolver a vida familiar, considerando a pouca idade da terceira filha, seria trazê-la para a Holanda. Importante ressaltar que, ao não considerar essa solução como o único meio possível para gozar da vida familiar, mas sim como a mais adequada essa decisão afastou-se do severo *elsewhere approach* dos casos precedentes.

Nesse caso, bem como o caso *Tuquabo-Tekle And Others v. The Netherlands* (2006), o qual também envolve um casal, com filhos nascidos na Holanda, que deseja reunir-se com a filha mais velha que mora em outro país, indicam que os casos os quais envolvem o desenvolvimento de crianças que já moram no país de destino, pode haver há uma flexibilização do critério a respeito da (in)existência de obstáculos intransponíveis para que a vida familiar seja desfrutada em outro lugar.

Outro fator importante fixado pelo TEDH é o fato de a família ter sido separada de forma involuntária ou não. Esse critério é de especial relevância para os refugiados, conforme se depreende dos casos *Tanda-Muzinga v. France* (2014) e *Mugenzi v. France* (2014), os quais tratam de refugiados que enfrentaram dificuldades para participar do procedimento para reunificação familiar, especialmente no tocante à comprovação do vínculo parental e às idades dos filhos.

⁷ Artigo 14. Proibição de discriminação. O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação.

Nestes casos, o Tribunal entendeu que considerando que ambos foram identificados como refugiados e que o princípio da reunificação familiar foi reconhecido pelas autoridades, era de suma importância que os pedidos fossem examinados de maneira rápida, atenta e diligente.

Assim, o TEDH observou que esse grupo de migrantes enfrentou diversas dificuldades, não obstante já terem passado por experiências traumáticas. Ademais, o tempo transcorrido para proferir a decisão final sobre a reunificação familiar foi excessivo, especialmente dadas as circunstâncias do caso (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2014, p. 5).

Em relação aos refugiados, o Tribunal Europeu tem sido mais sensível à sua situação e têm reforçado a proteção do direito à reunificação familiar. Primeiramente, o *elsewhere approach* não é aplicável a este grupo, haja vista que existem obstáculos intransponíveis para o estabelecimento da vida familiar no país de origem e, tampouco é apropriado presumir que os refugiados possam se mudar para um terceiro país. Em segundo lugar, no tocante à separação familiar (in)voluntária, o TEDH entende que as circunstâncias forcem a fuga deste grupo (COUNCIL OF EUROPE, 2017, p. 21).

Outro parâmetro eleito pelo TEDH é a incidência do melhor interesse da criança no caso. Em relação a sua aplicação, o Tribunal observa, sobretudo, sua idade, sua situação em seu país de origem e até que ponto são dependentes dos pais (MOTZ, 2017). A título de exemplificação desse parâmetro, o caso *El Ghatet v. Switzerland* (2016) concluiu que o tribunal interno se limitou a examinar tal princípio de maneira sucinta, o que constituiu uma violação ao artigo 8º da CEDH. Tal critério deve ser suficientemente refletido na argumentação das autoridades nacionais.

Ainda no que se diz respeito à utilização desse último critério, se faz necessário discutir o julgamento do caso *I.A.A. v. United Kingdom* (2016). O caso trata do pedido de cinco filhos somalis para que se reúnem com sua mãe e seu segundo marido no Reino Unido. Muito embora os tribunais nacionais tenham admitido que seria melhor para os requerentes que estes se juntassem à sua mãe, o TEDH fixou o entendimento de que melhor interesse das crianças não pode ser um “trunfo” que enseje a admissibilidade (UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, 2018, p. 22).

Adicionalmente, o TEDH concluiu que os requerentes não eram mais crianças tão jovens; que atingiram uma idade em que presumivelmente não necessitam de tantos cuidados como as crianças mais novas; e, que cresceram no ambiente cultural e linguístico de seu país de origem. Além do interesse superior da criança ter sido mitigado nesse caso, o TEDH entendeu que a vida familiar poderia ser desfrutada em outro lugar, em decorrência da ausência de risco de maus tratos (UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, 2018, p. 22).

Um segundo caso relevante no tocante à mitigação do superior interesse da criança é o *Ejimson v. Germany* (2018), o qual se diz respeito à recusa de uma solicitação de residência de um homem nigeriano, que desejava gozar de uma vida familiar com sua filha. Em 2002, ele foi condenado por tráfico de drogas e, em 2003, foi expedida uma decisão ordenando sua expulsão para a Nigéria. Em sede administrativa, a autorização de residência foi negada considerando o fato de que já havia uma decisão final de expulsão e o fato de que ele não possuía um passaporte válido.

Inicialmente, o Tribunal reiterou que o artigo 8 não garante o direito de um estrangeiro de entrar ou residir em um determinado país, nem impõe uma obrigação geral de um Estado autorizar a residência de um estrangeiro em seu território ou a emitir uma

autorização de residência. Ademais, estabeleceu como parâmetros: a análise de até que ponto a vida familiar seria efetivamente rompida, a extensão dos vínculos no Estado e, se existem obstáculos intransponíveis (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2018, p. 16).

Um outro critério estabelecido pelo TEDH é se a vida familiar foi criada em um momento em que as pessoas envolvidas sabiam, devido à situação migratória de uma delas, que a manutenção dessa vida familiar no Estado seria precária. Nesse sentido, e considerando a gravidade dos delitos cometidos pelo requerente, o Tribunal entendeu que ele poderia entrar na Alemanha duas vezes ao ano, durante quatro semanas, para ver sua filha. Ademais, considerando ainda que a menina atingiria os dezoito anos em breve, o TEDH entendeu que não houve violação do artigo 8 neste caso (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2018, p. 18).

Em relação ao caso *Ejimson v. Germany* (2018), a discussão sobre o superior interesse da criança parece ter sido feita de forma mais pragmática, especialmente se comparada com as conclusões feitas no caso *El Ghatet v. Switzerland* (2016). Nesse sentido, no tocante à solicitação de residência ter sido negada, a Corte considera justa a decisão tomada e desconsidera os interesses da filha. Assim, ainda que o Tribunal tivesse chegado à mesma conclusão, deveria ter havido um exame da atuação das autoridades nacionais à luz desse princípio (KLAASSEN, 2018).

Essa situação demonstra como, mesmo com o estabelecimento de alguns critérios e havendo similaridade entre as duas circunstâncias, visto que se tratavam de casos em que os pais buscavam estar com os filhos com idades próximas à da maioria, a jurisprudência do Sistema Europeu de Direitos Humanos não é necessariamente uniforme. Na verdade, é construída a partir de vários casos concretos e, em razão disso, por vezes, é inconsistente.

Outro ponto jurisprudencial importante a ser observado pelo TEDH é o fato de que as restrições para reunificação familiar não devem ser discriminatórias. Nesse sentido, se faz necessário mencionar o artigo 14 da CEDH, o qual versa sobre a proibição de discriminação. No caso *Biao v. Denmark* (2016), o Tribunal entendeu que houve uma diferença de tratamento injustificada, de modo que a legislação permitia a reunificação familiar apenas para aqueles que eram cidadãos dinamarqueses há 28 anos. O TEDH entendeu que, nesse caso, houve uma discriminação indireta, em razão da etnia (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2016).

Em sentido similar, há um caso mais recente: *MA v. Denmark* (2021), o qual se diz respeito a um homem sírio que recebeu uma proteção subsidiária temporária na Dinamarca em julho de 2015 e teve o seu pedido de reunificação familiar com sua esposa rejeitado, sob a justificativa de que não havia completado o prazo de três anos de residência no Estado. Nesse sentido, o Tribunal concluiu que, não obstante a margem de apreciação do Estado, impor um período de espera de três anos violou o direito à vida familiar (EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2021).

Contudo, o Tribunal não considerou necessário examinar separadamente a possível violação do artigo 14 conjugada ao artigo supracitado. Assim, uma crítica pertinente a ser feita, é que o TEDH foi omissivo ao não se pronunciar sobre o tratamento diferenciado que foi dado aos que gozam de uma proteção subsidiária e aos que gozam do status de refugiado, no caso em questão.

Assim, enquanto o Tribunal não se manifesta diretamente sobre o assunto, dois argumentos defendem a diferença de tratamento levada a cabo pelos Estados. O primeiro afirma que a Convenção de 1951 privilegiaria os refugiados, enquanto o segundo se diz

respeito à natureza temporalmente limitada da proteção subsidiária. Em relação à primeira hipótese, refugiados e beneficiários de proteção subsidiária estão frequentemente tratados de maneira similar, de modo que mesmo esse segundo grupo goza da proteção do *non refoulement* (COUNCIL OF EUROPE, 2017, p. 25).

Ademais, em relação à segunda hipótese, é preciso sublinhar que mesmo o status de refugiado é temporário e está sujeito à uma mudança das circunstâncias no Estado de origem. Nesse sentido, a duração da estadia será determinada principalmente em razão de tais circunstâncias e não da duração da autorização de residência que lhes é concedida. Até porque, havendo necessidade, a permissão concedida deverá ser estendida (COUNCIL OF EUROPE, 2017, p. 25).

De todo modo, há uma dificuldade em harmonizar a diferença de tratamento conferida aos refugiados e beneficiários da proteção subsidiária com o artigo 14 da CEDH, de maneira que é imprescindível uma análise mais pormenorizada do assunto por parte do TEDH.

4 SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS NA PROTEÇÃO DA FAMÍLIA A PARTIR DA COMPARAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Tanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, possuem, nas decisões que envolvem o direito de proteção à família, aproximações com o princípio da não discriminação. Nesse sentido, ambos os casos *Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana* (2014), da Corte IDH, e *Biao v. Denmark* (2016), do TEDH, envolvem condenações que reconhecem a discriminação levada à cabo contra famílias de migrantes, em circunstâncias diferentes.

Outra questão que frequentemente é associada ao direito de proteção à família, são os direitos de proteção da infância. Dessa maneira, as Opiniões Consultivas OC-17/02 (2002), OC-21/14 (2014) e o Caso *Família Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional da Bolívia* (2013), da Corte IDH, e o caso *El Ghatet v. Switzerland* (2016), do TEDH, consideram os direitos das crianças, em casos relacionados à migração, especialmente no tocante à aplicação do princípio do melhor interesse da criança.

Entretanto, a abordagem em relação à proteção da criança e à proteção da família, em cada Sistema Regional, é feita de maneira diferente. Em primeiro lugar, a proteção normativa do Sistema Americano é mais desenvolvida se comparada ao Sistema Europeu, visto que possui um maior número de dispositivos salvaguardando a família e, sobretudo, a infância. Entretanto, a jurisprudência do Sistema Europeu é mais volumosa, havendo mais decisões a respeito das famílias migrantes. Inclusive, em virtude desse desenvolvimento mais expressivo, o Sistema Europeu desenvolveu mais parâmetros para a reunificação familiar ao longo dos últimos anos.

Assim, nos casos envolvendo imigração, o ponto de partida do TEDH é o direito do Estado de controlar a entrada e residência de estrangeiros em seu território. A partir da jurisprudência do TEDH em relação ao artigo 8, conclui-se que o Tribunal, por adotar uma visão mais estadocêntrica, oferece alguma proteção contra expulsão de migrantes estabelecidos há muito tempo, mas, por outro lado, prevê uma proteção menor e mais precária para a entrada de migrantes e suas famílias (COSTELLO, 2016, p. 128).

Ao passo em que o TEDH confere uma margem de apreciação aos Estados, a qual deve respeitar os limites da lei, bem como deve agir de modo proporcional e justificado, a Corte

IDH adota uma postura mais garantista. Nesse sentido, é perceptível, por exemplo, a aplicação do princípio do melhor interesse da criança de forma mais ampla e robusta, havendo diversas manifestações jurisdicionais da Corte sobre o assunto.

A Corte IDH estimula a participação das crianças em processos dos quais podem resultar na separação da família, de modo que estas são concebidas como verdadeiros sujeitos de direitos. Ademais, no entendimento interamericano, conforme visto anteriormente, se uma criança possui direito à nacionalidade e os pais correm o risco de serem expulsos devido à sua situação migratória irregular, não é proporcional que haja a ruptura da unidade familiar.

Sob esta perspectiva, é possível concluir que a proteção da família, no contexto interamericano, é associada e, até mesmo, derivada da proteção das crianças e adolescentes. Dessa forma, percebe-se que não há o estudo dos direitos da família e da reunificação familiar de forma apartada dos direitos e garantias dos infantes, como ocorre no Sistema Europeu.

Na verdade, o TEDH firmou diversas orientações para a reunificação familiar, sendo apenas algumas delas, não todas, relacionadas com os interesses das crianças. Dentre os critérios fixados, os mais utilizados e os apresentados nesse artigo foram: a inexistência de obstáculos intransponíveis para o usufruto da vida familiar; a separação ter sido de maneira involuntária (ou não); se os envolvidos enfrentam risco de vida no Estado de origem; o melhor interesse da criança quando há crianças envolvidas e, nessa lógica, se são jovens, e em que ambiente cultural e linguístico cresceram; e se a vida familiar foi criada num momento em que os envolvidos sabiam que, devido à situação migratória de um deles, seria mantida de maneira precária.

Considerando a multiplicidade de parâmetros, bem como o grande número de casos na jurisprudência que se refere à família migrante, também é perceptível que a jurisprudência do Sistema Europeu carece de uniformidade. Justamente por se erguer a partir das particularidades de cada caso individualmente analisado e dos múltiplos fatores envolvidos, por vezes, são produzidas decisões inconsistentes, quando comparadas com precedentes judiciais anteriores, como ilustrado no exame do caso *Ejimson v. Germany* (2018).

No caso supracitado, assim como no caso *I.A.A. v. United Kingdom* (2016), a incidência do princípio do interesse superior da criança foi modulada, em observação às demais circunstâncias dos dois casos. No Sistema Interamericano, por outro lado, tal princípio refletiu sobre os casos analisados e nas opiniões consultivas, de forma extremamente predominante.

Ademais, outra diferença entre as jurisprudências no tocante ao emprego do princípio da não discriminação está no fato de que o TEDH não se pronunciou acerca da distinção feita por alguns Estados europeus entre a proteção conferida aos refugiados e àqueles que gozam de proteção subsidiária.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo, foi traçada uma comparação entre os Sistemas Internacionais de Proteção de Direitos Humanos no que se refere aos direitos da família migrante e sua salvaguarda. Para tanto, foram apresentadas as normativas aplicáveis, bem como a jurisprudência pertinente ao tema de cada um dos Sistemas. Por fim, uma vez estudados os

aspectos relevantes, foi feito o confronto entre as manifestações jurisdicionais proferidas pela Corte IDH e pelo TEDH.

A partir das semelhanças e diferenças identificadas nos casos selecionados dos Sistemas Interamericano e Europeu de Direitos Humanos, foi possível identificar como se dá a tutela da reunificação familiar em cada contexto regional, bem como as confluências com demais direitos, notadamente o Direito Internacional das Crianças e o princípio da não discriminação.

Nesse sentido, é importante ponderar que a Corte IDH e o TEDH abordam temas em comum de maneiras diferentes. Os pronunciamentos da Corte Interamericana sobre o direito à família dos migrantes estão enraizados na proteção conferida às crianças e adolescentes, de modo que, em regra, a criança deve permanecer em seu núcleo familiar.

De maneira diversa, as sentenças do Tribunal Europeu sobre o tema consideram uma série de outros fatores para além do superior interesse da criança. Ademais, é preciso sublinhar que, em matéria de migrações, o TEDH, em regra, adota uma lógica mais estadocêntrica, de forma a conferir uma margem de apreciação aos Estados.

Ainda sobre a jurisprudência no âmbito europeu, é importante assinalar que, em virtude do grande número de casos, bem como observando os diversos fatores que são considerados em matéria de reunificação familiar, e, além disso, entendendo que os casos possuem muitas similitudes e dessemelhanças entre si, as decisões proferidas no Sistema Europeu são menos uniformes que as emitidas no Sistema Interamericano.

REFERÊNCIAS

C CHOUMMANIVONG, GE POOLE & A COOPER. *Refugee family reunification and mental health in resettlement*, 2014. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/1177083X.2014.944917?cookieSet=1>. Acesso em: 25 de out. de 2021.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *El derecho del niño y la niña a la familia: Cuidado alternativo. Poniendo fin a la institucionalización en las Américas*, 2013. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/informe-derecho-nino-a-familia.pdf>. Acesso em: 28 de out. de 2021.

COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General comment no. 6 (2005)*, 2005. Disponível em: <https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC6.pdf>. Acesso em: 26 de out. de 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso De Personas Dominicanas Y Haitianas Expulsadas Vs. República Dominicana Sentencia De 28 De Agosto De 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas)*, 2014. Disponível em: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf. Acesso em: 28 de out. de 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Estado Plurinacional De Bolivia Sentencia De 25 De Noviembre De 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones Y Costas)*, 2013. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_esp.pdf. Acesso em: 28 de out. de 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva Oc-17/2002 De 28 De Agosto De 2002, Solicitada Por La Comisión Interamericana De Derechos Humanos*, 2002. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf. Acesso em: 28 de out. de 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer Consultivo Oc-21/14 De 19 De Agosto De 2014 Solicitado Pela República Argentina, República Federativa Do Brasil, República Do Paraguai E República Oriental Do Uruguai*, 2014. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf. Acesso em: 28 de out. de 2021.

COSTELLO, Cathryn. *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford: Oxford University Press, 2016.

COUNCIL OF EUROPE. *Realising the right to family reunification of refugees in Europe*, 2017. Disponível em: <https://rm.coe.int/prems-052917-gbr-1700-realising-refugees-160x240-web/1680724ba0>. Acesso em: 25 de out. de 2021.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Of Abdulaziz, Cabales And Balkandali V. The United Kingdom (Application No. 9214/80; 9473/81; 9474/81)*, 1985. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57416%22%5D%7D>. Acesso em: 2 de nov. de 2021.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Of Biao V. Denmark (Application No. 38590/10)*, 2016. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-163115%22%5D%7D>. Acesso em: 11 de nov. de 2021.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Of Ejimson V. Germany (Application No. 58681/12)*, 2018. Disponível em: <https://www.asylumlawdatabase.eu/sites/default/files/alddfiles/CASE%20OF%20EJIMSON%20v.%20GERMANY.pdf>. Acesso em: 9 de nov. de 2021.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case Of M.A. V. Denmark (Application No. 6697/18)*, 2021. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-211178%22%5D%7D>. Acesso em: 11 de nov. de 2021.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Family reunification procedure: need for flexibility, promptness and effectiveness*, 2014. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-4817913-5875206&filename=003-4817913-5875206.pdf>. Acesso em: 7 de nov. de 2021.

HUMAN RIGHTS COMMITTEE. *CCPR General Comment no. 15: The Position of Aliens Under the Covenant*, 1986. Disponível em: <https://www.refworld.org/pdfid/45139acfc.pdf>. Acesso em: 1 de nov. de 2021.

KLAASSEN, Mark. *The Best Interests Of The Child In Deportation Cases: An Analysis Of Ejimson V. Germany*, 2018. Disponível em: <https://strasbourgobservers.com/2018/03/30/the-best-interests-of-the-child-in-deportation-cases-an-analysis-of-ejimson-v-germany/>. Acesso em: 9 de nov. de 2021.

MOTZ Stephanie A. *Family Reunification for Refugees in Switzerland: Legal Framework and Strategic Considerations*, 2017. Disponível em: <https://www.unhcr.org/dach/wp-content/uploads/sites/27/2017/11/201710-CSDM-UNHCR-FamReun-for-Refugees-in-Switzerland.pdf>. Acesso em: 5 de nov. de 2021.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *Background Note for the Agenda Item: Family Reunification in the context of resettlement and integration*, 2001. Disponível em: <https://www.unhcr.org/3b30baa04.html>. Acesso em: 25 de out. de 2021.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *CCPR General Comment no. 19: Article 23 (The Family)*, 1990. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/45139bd74.html>.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. *The “Essential Right” to Family Unity of Refugees and Others in Need of International Protection in the Context of Family Reunification*, 2018. Disponível em: <https://www.unhcr.org/5a8c413a7.pdf>. Acesso em: 2 de nov. de 2021.

DADOS DO PROCESSO EDITORIAL

Recebido em: 20 de abril de 2022;
Controle de plágio: 22 de abril de 2022;
Decisão editorial preliminar: 22 de abril de 2022;
Retorno rodada de correções: 18 de julho de 2022;
Decisão editorial final: 18 de agosto de 2022;

Editora: TEBAR, N. B. C.
Correspondente: FARIAS, W. A.