



Sofia Felício Caseiro

**Longe de casa, longe da justiça? – O acesso à justiça por parte dos refugiados**

*Away from home, away from justice? – the access to justice for the refugees*

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre) na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas, Menção em Direito Internacional Público e Europeu, sob orientação do Doutor Jónatas Eduardo Mendes Machado*

Coimbra

2016

*«Mas hoje o respeito pelo homem, condição da nossa ascensão, está em perigo. As convulsões do mundo moderno mergulharam-nos nas trevas. A verdade de ontem morreu e a de amanhã está por construir. (...) E assim, enquanto nos dividimos em relação aos métodos, corremos o risco de não reconhecer que todos os nós nos apressamos para o mesmo fim.»*

*Antoine de Saint-Exupéry  
“Carta a um Refém” (1943)*

## Agradecimentos

O nosso trabalho, assim como a nossa vida e a pessoa que somos é fruto das experiências e das pessoas que nos rodeiam. Esta dissertação não seria possível sem o apoio de todos aqueles que de alguma forma moldaram a minha vida, a minha forma de pensar e a minha forma de estar. É a todos eles que dirijo os meus agradecimentos.

À minha família pela paciência, confiança e amor que me fazem avançar e que me permitem ser quem sou. À minha mãe, ao meu irmão e ao meu namorado por terem aturado as crises, os desânimos, mas também as conquistas na caminhada que resultou neste trabalho.

Aos meus amigos e colegas de faculdade pelo apoio, pelo estímulo e pela partilha de angústias e alegrias ao longo destes seis anos de percurso académico.

À Secção de Defesa dos Direitos Humanos da Associação Académica de Coimbra pelos ensinamentos, pela amizade e pelas oportunidades que fizeram crescer como ser humano, como jurista e como ativista pelos direitos humanos durante 4 excelentes anos. Ao Grupo de Juristas da Amnistia Internacional que num curto espaço de tempo contribuiu imenso para a minha evolução e me permitiu ter confiança nas minhas capacidades.

Ao *Ius Gentium Conimbrigae* – Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra pela oportunidade de participação no programa *Youth to Youth* que contribuiu para o aprofundamento dos meus acontecimentos em Direitos Humanos e sobretudo na problemática dos direitos dos refugiados essencial para a escolha do tema desta dissertação. Em especial, à Dra. Ana Filipa Neves e à Dra. Catarina Gomes pela simpática disponibilidade.

Ao meu orientador Doutor Jónatas Eduardo Mendes Machado cuja orientação foi imprescindível para que pudesse definir o rumo deste trabalho.

A todos os meus professores que desde o ensino básico, passando pela Escola Secundária Afonso Lopes Vieira e pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, influenciaram a minha educação e a minha forma de ver o mundo e de lidar com ele.

Agradeço, do fundo do coração, a todos e a cada um de forma especial, pois sem eles nada do que sou, poderia ser.

## Resumo

O trabalho desenvolvido ao longo desta dissertação diz respeito à realidade atual da situação dos refugiados e requerentes de asilo. A efetivação dos direitos humanos destes não poderá afirmar-se sem que exista um efetivo acesso à justiça.

Através da análise dos instrumentos de direito internacional, determinantes para a definição das obrigações do Estado para com os refugiados e dos seus direitos fundamentais, compreendemos os mecanismos em utilização para que a garantia de um direito à justiça efetiva, ao mesmo tempo que apontamos as lacunas existentes nessa legislação.

Esta dissertação debruça-se sobre alguns momentos essenciais na vida dos refugiados e requerentes de asilo, em que existe uma maior vulnerabilidade e, conseqüentemente, momentos em que será necessária a aplicação de mecanismos garantísticos e um efetivo acesso à justiça para que sejam assegurados os direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Refugiados, Acesso à Justiça, Requerentes de Asilo, Campos de Refugiados, Direitos Fundamentais, País de Origem Seguro, País Terceiro Seguro

## Abstract

The work developed throughout this dissertation refers to the present situation of refugees and asylum seekers. The effective realization of Human Rights is not possible without an effective access to justice.

Through the study of international law instruments, that are crucial to the definition of States obligations towards refugees and towards their fundamental rights we are able to understand the mechanisms in use so that access to justice can be guaranteed, while we point out faults in the legislation.

This dissertation refers to essential moments in the life of refugees and asylum seekers, where a special vulnerability is evident. Accordingly, in these moments there is a special need for the application of effective mechanisms to access justice so that fundamental rights can be assured.

**Key-Words:** Refugees, Access to Justice, Asylum Seekers, Refugee Camps, Fundamental Rights, Safe Country of Origin, Safe Third Country

## Résumé

Le travail effectué tout au long de cette dissertation tient en compte la réalité actuelle de la situation des réfugiés et des demandeurs d'asile. La mise en place des Droits de l'Homme e pourra pas s'affirmer s'il n'existe pas un réel accès à la justice.

A travers l'analyse des instruments du Droit International déterminants pour la définition des obligations de l'Etat pour les réfugiés et de ses droits fondamentaux, nous comprenons les mécanismes en marche pour une garantie du droit à la justice réelle, en même temps que nous signalons les lacunes existantes au sein de cette législation.

Cette dissertation s'intéresse sur quelques moments essentiels de la vie des réfugiés et demandeurs d'asile, où il existe une plus grande vulnérabilité et, en conséquence, des moments où il sera nécessaire l'application des mécanismes de garantie et un effectif accès à la justice pour que les droits fondamentaux soient assurés.

**Mots clés:** Réfugiés, Accès à la Justice, Demandeurs d'Asile, Camps de Réfugiés, Droits Fondamentaux, Pays d'origine sûr, Pays tiers sûr

## Lista de Siglas e Abreviaturas

UE	União Europeia
ONU	Organização das Nações Unidas
TUE	Tratado da União Europeia
TFUE	Tratado de Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
CEDH	Convenção Europeia de Direitos Humanos
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
SECA	Sistema Europeu Comum de Asilo
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
ONG	Organização Não-Governamental
ECRE	European Council for Refugees and Exiles

## Índice

<b>AGRADECIMENTOS.....</b>	<b>III</b>
<b>RESUMO .....</b>	<b>IV</b>
<b>LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS.....</b>	<b>VI</b>
<b>ÍNDICE .....</b>	<b>VII</b>
<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>PARTE I - ENQUADRAMENTO LEGAL.....</b>	<b>3</b>
<b>1 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL .....</b>	<b>3</b>
1.1 O direito à proteção judicial em geral .....	4
1.2 O acesso à justiça positivado .....	5
1.2.1 Na Constituição da República Portuguesa .....	5
1.2.2 Na DUDH.....	9
1.2.3 Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos .....	10
1.2.4 No direito da União Europeia .....	12
1.2.4.1 Na Carta dos Direitos Fundamentais da UE .....	18
1.2.5 Na Convenção Europeia dos Direitos Humanos.....	22
<b>2 O DIREITO DOS REFUGIADOS .....</b>	<b>26</b>
2.1.1 O Direito Internacional dos Refugiados.....	26
2.1.1.1 Os instrumentos internacionais de Direitos Humanos .....	29
a) Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamento Cruéis, Desumanos ou Degradantes .....	31
b) Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos .....	33
c) Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais .....	33
2.1.2 Convenção de Genebra de 1951 e o Protocolo Adicional de 1967 .....	35

2.1.2.1	Definição de refugiado .....	37
a)	“em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas” .....	38
b)	“se encontre fora do país de que tem a nacionalidade” .....	42
c)	“e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país” .....	42
d)	“ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar” .....	43
2.1.2.2	Cláusulas de Exclusão .....	44
a)	Pessoas que já usufruem de proteção internacional.....	44
b)	Pessoas que não necessitam de proteção internacional.....	45
c)	Pessoas que não merecem proteção internacional.....	45
2.1.2.3	Cláusula de Cessação .....	51
a)	Alteração das circunstâncias pessoais do refugiado.....	53
b)	Alteração das circunstâncias no país de origem.....	55
2.1.2.4	As alterações do Protocolo Adicional de 1967.....	59
2.1.2.5	ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (breve referência).....	60
2.1.3	O Princípio do <i>non-refoulement</i> .....	61
2.1.4	Outras Pessoas que necessitam de Proteção (breve referência) .....	65
2.1.4.1	Refugiados de facto.....	65
2.1.4.2	Requerentes de Asilo.....	68
2.1.4.3	Deslocados Internos .....	70
2.1.5	O direito da União Europeia .....	72
2.1.5.1	Competência da UE em matéria de Asilo.....	73
2.1.5.2	O escopo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia .....	76
2.1.5.3	Sistema Europeu Comum de Asilo .....	77
2.1.5.3.1	Diretiva “Procedimentos de Asilo” .....	78
2.1.5.3.2	Diretiva “Condições de Acolhimento” .....	79
2.1.5.3.3	Diretiva de Reconhecimento/Estatuto de Refugiado (2011/95) .....	80
2.1.5.3.4	Os regulamentos de Dublin e EURODAC – breve referência .....	80

2.1.6	Direito de asilo no ordenamento jurídico-constitucional português – breve referência .....	82
<b>PARTE II – O ACESSO À JUSTIÇA POR PARTE DOS REFUGIADOS.....</b>		<b>86</b>
<b>3</b>	<b>O ACESSO À JUSTIÇA POR PARTE DOS REFUGIADOS .....</b>	<b>86</b>
<b>3.1</b>	<b>A administração da justiça no campo de refugiados.....</b>	<b>87</b>
3.1.1	A Administração do Campo de Refugiados em geral .....	87
3.1.2	O Direito vigente no Campo de Refugiados .....	89
3.1.3	Mecanismos de resolução de conflitos extrajudiciais .....	91
3.1.4	Análise crítica .....	94
<b>3.2</b>	<b>O acesso à justiça durante o procedimento de asilo.....</b>	<b>95</b>
3.2.1	Direito ao Recurso da decisão do requerimento de asilo.....	97
3.2.2	Direito a ser informado.....	99
3.2.3	Direito à Assistência judiciária.....	102
3.2.4	Detenção de requerentes de asilo .....	104
3.2.5	Análise Crítica.....	107
<b>3.3</b>	<b>O recurso às instâncias internacionais .....</b>	<b>109</b>
3.3.1	O acesso ao TJUE.....	109
3.3.2	O acesso ao TEDH.....	112
3.3.3	Análise Crítica.....	115
<b>4.</b>	<b>A REGRA DO “SAFE COUNTRY” / PAÍSES SEGUROS– CONSEQUÊNCIAS DA SUA APLICAÇÃO.....</b>	<b>116</b>
<b>4.1</b>	<b>Análise Crítica .....</b>	<b>119</b>
<b>CONCLUSÃO .....</b>		<b>120</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>		<b>122</b>
<b>JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA.....</b>		<b>129</b>

## Introdução

Hoje, um em cada 122 humanos é um refugiado, um deslocado interno ou um requerente de asilo, segundo os dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. O fenómeno que assumimos como mote para este trabalho não é novo, as provas da existência de refugiados remontam a cerca do ano 600 d.C.

Em termos genéricos, o refugiado é alguém que busca um lugar melhor para viver, uma pessoa que não se sente segura no seu país por temer perseguição, por qualquer motivo, sentindo-se forçado a abandonar o seu país de origem, a cidade onde nasceu, viveu, criou uma família, para que possa viver em paz novamente.

O refugiado sai do seu país em busca de segurança, justiça e paz que o seu Estado não quer ou não lhe consegue assegurar. É dever de todos os Estados promover a efetivação dos direitos humanos de todos os indivíduos. É nesta lógica que se insere o Direito Internacional dos Refugiados, e mais amplamente o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto de Refugiado, como pedra basilar nesse direito internacional dos refugiados, prevê os direitos básicos a que um refugiado, e requerente de asilo em alguns casos, deve ter acesso. Ficará à responsabilidade do Estado proporcionar-lhes esse acesso.

Desta forma e por entendermos que não será possível a efetivação dos direitos humanos sem que exista uma possibilidade de os reclamar, focaremos o nosso estudo, especificamente no acesso à justiça por parte desta população.

Iniciaremos a nossa análise pelo enquadramento legal das duas realidades que queremos integrar, o acesso à justiça e o direito dos refugiados. Quanto a estes estudaremos os problemas essenciais, doutrinários e práticos.

Percorreremos os momentos de maior vulnerabilidade na vida destas pessoas, começando por uma análise à administração da justiça dentro dos campos que albergam refugiados em trânsito ou deslocados internos. Competir-nos-á igualmente analisar o acesso à justiça no momento do requerimento de asilo. Não nos cingiremos, contudo, à análise do acesso aos tribunais, mas refletiremos também no direito à informação e à assistência judiciária, e nas condições de detenção durante os procedimentos de asilo. Abster-nos-emos, contudo, do estudo das garantias processuais dos refugiados em matéria penal por compreendermos que

extensão e a importância exigiria maior desenvolvimento e concentração, não sendo este o principal objetivo da nossa dissertação.

Ademais, será pertinente o estudo do acesso aos tribunais internacionais, nomeadamente ao Tribunal de Justiça da União Europeia e ao Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, para entendermos quais as oportunidades existentes para recurso por parte da população refugiada.

Por fim, e como em todo o trabalho atentaremos no direito derivado da União Europeia, refletiremos na regra dos países seguros, implementada nos procedimentos de asilo em todos os Estados-membros da UE.

O nosso objetivo último, será o de compreender a extensão e a efetividade do acesso à justiça por parte desta população, cuja especial vulnerabilidade deve ser atendida.

*Nota:* durante a redação desta dissertação realizou-se a 23 de junho de 2016, no Reino Unido um referendo sobre a permanência deste Estado na União Europeia. Nesta votação o voto favorável à saída venceu com 52%. Até à data ainda não foi acionado o artigo 50º do Tratado da União Europeia, nem foi redigido nenhum tipo de acordo sobre a saída do Reino Unido da União Europeia. Qualquer referência que surja nesta dissertação sobre a posição do Reino Unido na legislação europeia, deverá ter esta nota em consideração.

## PARTE I - Enquadramento Legal

### 1 O acesso à justiça como direito fundamental

O acesso à justiça é um direito fundamental na construção do Estado de Direito Democrático. Mais do que determinar e justificar os direitos fundamentais dos indivíduos, o verdadeiro desafio da contemporaneidade é o de os proteger e efetivar. O acesso à justiça, em todas as suas dimensões é um pressuposto para que se alcance este objetivo.<sup>1</sup>

A oportunidade de defender o seu direito perante uma instância independente e neutra num processo ordinário é um pré-requisito para a existência social do indivíduo e uma necessidade humana no enquadramento atual do Estado.<sup>2</sup>

A realização de uma sociedade democrática não será possível sem que seja assegurado o primado do direito, essencial para a proteção dos direitos humanos. Há vários elementos que compõem o primado do direito.<sup>3</sup> Incluímos aqui, o direito a um julgamento justo, o direito a um tratamento igualitário perante a lei e perante tribunais - estes devem ser independentes e imparciais -, o direito a audiência pública, o direito à presunção de inocência, o direito a ser julgado sem demora excessiva, o direito a uma defesa adequada e a estar presente no julgamento, o direito a obter comparência e a interrogar ou fazer interrogar testemunhas, o direito à assistência gratuita por um Interpretre; o acesso a mecanismos de proteção judiciais justos e eficazes, o cumprimento do princípio “*nulla poena sine lege*” e por fim ao direito à caução.<sup>4</sup> Das diversas dimensões que aqui enumerámos colocaremos em evidência as que serão relevantes para a específica situação de vulnerabilidade dos refugiados, que estará em destaque exaustivamente *infra*.<sup>5</sup>

O direito de acesso ao direito é amplo decompondo-se em várias dimensões. Uma dessas dimensões é o direito de acesso aos tribunais ou direito à via judicial, que assume

---

<sup>1</sup> CABRAL, Marcelo Malizia; **Concretização do Direito Humano de Acesso à Justiça: Imperativo Ético do Estado Democrático de Direito** in Estado do Rio Grande; Coleção Administração Judiciária - Coletânea de Trabalhos de Conclusão de Curso Apresentados ao Programa de Capacitação em Poder Judiciário Estado do Rio Grande do Sul; 1ª edição; Porto Alegre; Estado do Rio Grande do Sul - Poder Judiciário, Tribunal de Justiça; 2009; p. 63-64

<sup>2</sup> KLAMARIS, Nikolaos Kan.; EFSTRATIOU, Pavlos-Michael E.; **Access to Justice as a Fundamental Right** in *Revue Hellénique de Droit International*; 1998, vol. 51, n. ° 1; p. 298

<sup>3</sup> MOREIRA, Vital; GOMES, Carla Marcelino (versão portuguesa); **Comprender os Direitos Humanos - Manual de Educação para os Direitos Humanos**; 1ª edição; Coimbra; Ius Gentium Conimbrigae - Centro de Direitos Humanos; 2014; p.225

<sup>4</sup> MOREIRA, Vital; GOMES, Carla Marcelino; 2014; **Comprender os Direitos...**; *idem*; pp.227-233

<sup>5</sup> *Vide infra*, Parte II

uma enorme relevância quando falamos de acesso à justiça. A via judicial não é, contudo, o único meio de acesso à justiça, sendo nosso dever referir aqui a importância dos métodos de resolução de conflitos não-jurisdicionais ou extra-jurisdicionais como a conciliação a mediação ou o recurso administrativo.<sup>6</sup>

### 1.1 O direito à proteção judicial em geral

O direito procedimental de proteção judicial, *i.e.*, o direito de acesso aos tribunais pode ser concretizado verticalmente (quantitativamente) e horizontalmente (qualitativamente).<sup>7</sup>

A concretização do direito de proteção judicial exprime-se, em primeiro lugar, na sua dimensão quantitativa, no direito a um julgamento dos méritos da causa. Consideramos que o direito à proteção judicial se satisfaça com a mera existência de uma decisão preliminar, quando não exista necessidade de analisar o mérito da causa, no entanto temos presente que este não é o verdadeiro objetivo da proteção judicial.<sup>8</sup>

Ao mesmo tempo, a proteção judicial é concretizada através do direito a uma decisão de provisão cautelar. As provisões cautelares surgem no âmbito de um dever de proteção judicial rápida, que nem sempre pode ser imediatamente efetiva por força das regras do Estado de Direito. Através da concessão de provisões cautelares é possível a garantia de proteção que não se torne irrelevante no término dos procedimentos.<sup>9</sup>

Por fim, a concretização vertical traduz-se no direito à execução da sentença. Esta é claramente uma *conditio sine qua non* do conteúdo e da função da proteção judicial. Somente com a garantia de execução da decisão judicial temos uma proteção completa. Sem essa garantia, a execução da sentença ficaria à mercê da *bona fides* das contrapartes. Contudo, as medidas de execução de sentença devem ser enquadradas no princípio da proporcionalidade, não resultar em abuso de direito e ter sempre como limite o princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>10</sup>

Qualitativamente, o direito à proteção judicial concretiza-se no direito a estar presente em tribunal e a uma defesa adequada; no direito de manter afirmações quanto aos factos

---

<sup>6</sup> GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital; **Constituição da República Portuguesa Anotada**; 4ª edição; Coimbra; Coimbra Editora; 2014; p. 409

<sup>7</sup> KLAMARIS, Nikolaos Kan.; EFSTRATIOU, Pavlos-Michael E.; 1998; *idem*; p. 292

<sup>8</sup> KLAMARIS, Nikolaos Kan.; EFSTRATIOU, Pavlos-Michael E.; 1998; *idem*; pp. 294-295

<sup>9</sup> KLAMARIS, Nikolaos Kan.; EFSTRATIOU, Pavlos-Michael E.; 1998; *idem*; p. 295

<sup>10</sup> KLAMARIS, Nikolaos Kan.; EFSTRATIOU, Pavlos-Michael E.; 1998; *idem*; pp. 295-296

e aos entendimentos legais perante o tribunal; no direito de participar no processo e no julgamento; no direito a participar como terceira parte no processo quando este afeta os seus direitos ou interesses.<sup>11</sup>

O direito à produção de prova é sublinhadamente relevante para a concretização da proteção judicial pois sem esta o objetivo do processo judicial não seria alcançável. As partes têm assim direito a apresentar provas que permitam o esclarecimento dos factos as quais o Estado está vinculado a considerar e avaliar. A proibição do direito à apresentação de prova não é consonante com o direito de acesso de justiça, assim como não é o abuso do direito, que existe quando, por exemplo, o direito se exerça através da apresentação de provas obtidas ilegalmente.<sup>12</sup>

Subsistem algumas questões doutrinárias sobre a inclusão do direito ao recurso no conteúdo do direito à proteção judicial. Propugnamos pela inclusão, tendo como evidência principal a previsão contida no 7º Protocolo Adicional à Convenção Europeia dos Direitos Humanos que prevê o direito ao recurso como direito humano. A letra do Protocolo apenas se refere ao recurso em causas criminais, no entanto, tendo em consideração a possível interpretação teleológica da norma, o argumento a favor da existência de um direito ao recurso em geral é mais plausível do que um argumento *a contrario*.<sup>13</sup>

## 1.2 O acesso à justiça positivado

### 1.2.1 Na Constituição da República Portuguesa

O acesso ao direito e à tutela jurisdicional efetiva estão contemplados no artigo 20º da Constituição da República Portuguesa. Estamos perante um direito fundamental, inerente ao Estado de Direito, que constitui uma garantia indispensável para a proteção de direitos fundamentais.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> KLAMARIS, Nikolaos Kan.; EFSTRATIOU, Pavlos-Michael E.; 1998; *idem*; p. 296

<sup>12</sup> KLAMARIS, Nikolaos Kan.; EFSTRATIOU, Pavlos-Michael E.; 1998; *idem*; p.297

<sup>13</sup> KLAMARIS, Nikolaos Kan.; EFSTRATIOU, Pavlos-Michael E.; 1998; *idem*; pp.297-298

<sup>14</sup> GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital; 2014; **Constituição da República...**; *idem*; p.408

O Estado tem assim dever, através da legislação ordinária, de disponibilizar um leque de processos ao indivíduo para que este possa efetivamente fazer valer os seus direitos perante as autoridades competentes, compreendendo aqui tanto as vias jurisdicionais como as não-jurisdicionais.<sup>15</sup>

O direito consagrado neste preceito é complexo e composto por outros direitos conexos, diversos, mas de equivalente importância. Todos eles são considerados pela doutrina como parte integrante de um direito geral à proteção jurídica. Encontramos o direito de acesso ao direito e o direito de acesso aos tribunais no n.º 1; em número subsequente encontra-se previsto o direito à informação e consulta jurídicas, assim como o direito à assistência de advogado. A ausência de um destes direitos pode comprometer a realização do Estado de Direito propugnado pela CRP.<sup>16</sup>

Apesar de esquematicamente enquadrado no capítulo relativo a direitos fundamentais, a norma contida no artigo 20º não se esgota na proteção dos direitos fundamentais, estendendo-se a qualquer *direito ou interesse legalmente protegido*.<sup>17</sup>

Importa referir que, na Constituição, podemos encontrar direitos fundamentais expressamente previstos (formais), mas também aqueles que se encontram constitucionalmente protegidos por via da cláusula aberta (artigo 16º), a que nos referimos como “direitos fundamentais atípicos”. Esta distinção será relevante no momento de depreender qual o regime de direitos fundamentais que aplicamos no caso concreto do acesso ao direito.<sup>18</sup>

Seguimos a visão de CANOTILHO<sup>19</sup> que defende que nos encontramos perante um “*direito fundamental formal que carece de densificação através de outros direitos fundamentais materiais*”<sup>20</sup>. O direito fundamental formal previsto assegura constitucionalmente o núcleo essencial de garantia, sem que seja densificado o seu conteúdo. A densificação legal criará os referidos conteúdos, outros direitos fundamentais que entrarão na proteção de nível constitucional através da cláusula aberta.<sup>21</sup>

---

<sup>15</sup> GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital; 2014; Constituição da República...; idem; p.408

<sup>16</sup> GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital; 2014; Constituição da República...; idem; p.409

<sup>17</sup> GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital; 2014; Constituição da República...; idem; p.410

<sup>18</sup> DUARTE, Ronnie Preuss; **Garantia de Acesso à Justiça-os direitos processuais fundamentais**; 1ª edição; Coimbra; Coimbra Editora; 2007; pp.118-119

<sup>19</sup> GOMES CANOTILHO, J.J.; **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**, 7ª edição (7ª reimpressão); Coimbra; Almedina; 2003; pp. 490-491

<sup>20</sup> DUARTE, Ronnie Preuss; 2007; *idem*; p. 123

<sup>21</sup> DUARTE, Ronnie Preuss; 2007; *idem*; p.123

Os direitos conexos concretizam-se no ordenamento jurídico português através da Lei 34/2004, de 29 de julho, alterada e republicada pela Lei 47/2007, de 28 de agosto. A legislação ordinária prevê os moldes em que são garantidos o direito à consulta jurídica (artigos 14º e ss.), o patrocínio judiciário, o apoio judiciário (artigos 16º e ss.) e o direito à informação (artigo 4º).

O direito à justiça não seria materialmente existente se a lei fundamental não garantisse a sua não afetação nos casos de insuficiência de meios económicos. Esta definição, aqui indeterminada - por ser deixada na competência da legislação ordinária - encontra-se no anexo da Lei 34/2004, que vigora com as alterações anteriormente referidas. Contudo, estas regras, apesar de serem definidas discricionariamente pelo legislador ordinário, não poderão ser restritivas ao ponto de colocar em causa o acesso à justiça, tendo em conta que a sua definição está relacionada com o nível de taxas e custas judiciais. Não se prevê a gratuitidade de acesso à justiça, mas sim a igualdade de acesso para que ninguém deixe de poder efetivar os seus direitos, colocando assim em causa os princípios do Estado de Direito.<sup>22</sup>

O número 3 do artigo 20º chama ao acesso à justiça a proteção do segredo de justiça. Esta proteção não será um direito atribuído ao indivíduo, mas ao invés a consideração do segredo de justiça como uma das importantes dimensões da tutela jurisdicional. Novamente, nenhuma referência é efetuada no sentido de determinar este conceito, deixando a concretização nas mãos do legislador ordinário.<sup>23</sup>

A alusão ao processo equitativo do número 4, transporta-nos para a análise do princípio da equitatividade ou *due process*. Entendemos, a par com CANOTILHO e MOREIRA<sup>24</sup>, que a previsão da CRP quer referir-se a uma aceção ampla do princípio, incluindo o “*processo justo na sua conformação legislativa (exigência de um procedimento legislativo devido na conformação do processo)*” e também o “*processo materialmente informado pelos princípios materiais da justiça nos vários momentos processuais*”.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital; 2014; **Constituição da República...**; *idem*; p.411

<sup>23</sup> GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital; 2014; **Constituição da República...**; *idem*; pp.413-414

<sup>24</sup> *A contrario*, entende MIRANDA, Jorge; **Constituição e Processo Civil in Direito e Justiça**; 1994; vol. VIII; Tomo 2; pp. 9-26; com uma compreensão mais redutiva, entendendo que o processo equitativo previsto no artigo 6º da CEDH é “um processo em que nenhuma das partes tenha mais direitos do que a outra e em que ambas estejam em pé de igualdade quer quanto ao modo de exporem suas razões, quanto às consequências que se tirarão do como como são expostas” como referido em DUARTE, Ronnie Preuss; 2007; *idem*; pp. 125-126

<sup>25</sup> GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital; 2014; **Constituição da República...**; *idem*; p.415

Para compreendermos a densificação deste princípio da equitatividade é necessário considerar tanto a jurisprudência do TEDH quanto ao artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos humanos, como a doutrina na matéria. Densificamos assim o princípio do processo equitativo através dos seguintes direitos:

*“(1) direito à igualdade de armas ou direito à igualdade de posições no processo (...); (2) o direito de defesa e o direitos ao contraditório (...); (3) direito a prazos razoáveis de acção ou de recurso (...); (4) direito à fundamentação das decisões; (5) direito à decisão em tempo razoável, (6) direito ao conhecimento dos dados processuais; (7) direito à prova (...); (8) direito a um processo orientado para a justiça material (...)”<sup>26</sup>*

Não será possível estarmos perante um processo equitativo conquanto a violação de um dos direitos enumerados. Relativamente ao direito de obter uma decisão em tempo razoável – densificador do princípio do processo equitativo, mas também previsto no número 4 – sabemos que a decisão de medidas cautelares, por natureza céleres e provisórias, são o instrumento que permite ao tribunal prolongar os prazos de decisão sem que exista o perigo de que a decisão final, quando chegar, seja empiricamente irrelevante.<sup>27</sup>

A Constituição não determina, de forma expressa, a inclusão de um direito subjetivo ao duplo grau de jurisdição no seu texto. Aliás, como anteriormente analisámos, a doutrina discute se será necessária a consagração deste direito para que exista um efetivo direito à proteção judicial. O legislador ordinário dispõe de liberdade de conformação no que toca aos níveis de recurso e aos seus requisitos, sendo certo que não pode regular de forma discriminatória, nem limitar o seu acesso de forma excessiva, tendo sempre em mente o princípio da não retroatividade, nomeadamente em sede de restrição de direitos, liberdades e garantias.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital; 2014; **Constituição da República...**; *idem*; pp.415-416, com supressões nossas

<sup>27</sup> KLAMARIS, Nikolaos Kan.; EFSTRATIOU, Pavlos-Michael E.; 1998; *idem*; p.295

<sup>28</sup> GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital; 2014; **Constituição da República...**; *idem*; p.418

### 1.2.2 Na DUDH

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>29</sup>, o direito a recurso efetivo para tribunais surge no artigo 8º como pedra basilar do sistema de proteção dos direitos fundamentais, pois apenas desta forma é possível caminhar para um real Estado de Direito baseado no Primado do Direito.

Este direito foi introduzido numa fase avançada da redação da DUDH, por proposta dos delegados dos países Latino-Americanos que argumentaram pela inexistência de outra norma que permitisse aos indivíduos reclamar ou fazer valer os seus direitos humanos violados perante o Estado.<sup>30</sup>

Podemos colocar em questão qual a amplitude do escopo de proteção que se encontra no artigo 8º. Ao considerarmos apenas protegidos os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei podemos encontrar-nos na situação de excluirmos os próprios direitos previstos na DUDH, o que acontece quando as leis domésticas são insatisfatórias na proteção desses direitos.<sup>31</sup> Contudo, não era entendimento à época da redação da DUDH que os direitos fundamentais tenham uma dupla dimensão, formal e material, o que nos permite hoje considerar que a expressão “*direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei*”<sup>32</sup> deve ser interpretada como sinónimo dos direitos subjetivos dos cidadãos.<sup>33</sup>

Para complementar o acesso à justiça enquanto direito humano fundamental, o artigo 10º chega assegurando o julgamento justo, equitativo, em igualdade, perante um tribunal independente e imparcial.

A conjugação do artigo 8º com o artigo 10º permite-nos inferir a presença de várias garantias começando no acesso à justiça, passando pela efetividade desse acesso, assim como a garantia de ter um juiz independente e imparcial a analisar a sua causa, num processo público e com direitos de formar contraditório.<sup>34</sup>

---

<sup>29</sup>A Declaração Universal dos Direitos Humanos será referida, de agora em diante, como Declaração ou DUDH

<sup>30</sup> EIDE, Asbjørn *et. al.*; **The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary**; 1ª edição; Oslo; Scandinavian University Press; 1992; p. 144

<sup>31</sup> EIDE, Asbjørn *et. al.*; 1992; *idem*; p.144

<sup>32</sup> Artigo 8º, *in fine* da Declaração Universal dos Direitos Humanos

<sup>33</sup> DUARTE, Ronnie Preuss; 2007; *idem*; pp. 59-60

<sup>34</sup> DUARTE, Ronnie Preuss; 2007; *idem*; p. 59

### 1.2.3 Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (doravante PIDCP), assinado e ratificado pela Assembleia Geral das Nações Unidas a 16 de dezembro de 1966, entrou em vigor em 1976. Na ordem jurídica portuguesa, este Pacto tem efeito desde 1978.<sup>35</sup> Diferentemente dos textos legais que até agora analisámos, este instrumento de direito internacional chega-nos com uma previsão mais densificada e concretizadora do acesso à justiça em geral e aos órgãos jurisdicionais em particular.

O preceito-chave aqui em estudo será o artigo 14º que determina, ao primeiro olhar, a igualdade de acesso perante os tribunais, que se devem caracterizar pela sua independência e imparcialidade. Esta uniformização no que toca ao acesso aos tribunais deve valer para todos os órgãos jurisdicionais domésticos e não apenas para aqueles a quem compete as causas do foro civil e penal (os únicos referidos no artigo 14º).<sup>36</sup>

À semelhança da DUDH, o PIDCP garante também um processo equitativo. O processo judicial deve-se caracterizar pela não discriminação no acesso, mas também pela igualdade de armas no decorrer no mesmo. Em consonância com o estipulado sobre o escopo do Pacto no seu artigo 2º, n.º 1- *“Cada Estado Parte no presente Pacto compromete-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se encontrem nos seus territórios e estejam sujeitos à sua jurisdição (...)”* – esta equitatividade deve ser garantida a todos os estrangeiros, apátridas, requerentes de asilo, imigrantes, refugiados, assim como o é aos cidadãos desse Estado. Em caso de necessidade, para que a garantia seja assegurada, deve ser disponibilizado, a título gratuito um intérprete que permita ao indivíduo ter acesso à informação e ao processo numa língua que entenda.<sup>37</sup>

Para que o preceito seja cumprido, o processo deve ser público. Verificamos aqui a concretização do conceito através da previsão da possibilidade de audiências à porta fechada quando se coloque em causa no processo interesse *“dos bons costumes, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática”*<sup>38</sup>, as partes podem também alegar que seja do seu interesse uma audiência privada. Quando a publicidade prejudique interesses

---

<sup>35</sup> Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos disponível em: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/cidh-dudh-direitos-civis.html> (acesso a 10/07/2016)

<sup>36</sup> UN Human Rights Committee (HRC); **General comment no. 32, Article 14, Right to equality before courts and tribunals and to fair trial**; 23 August 2007; CCPR/C/GC/32; disponível em: <http://www.refworld.org/docid/478b2b2f2.html> (acesso a 10/07/2016); p. 2

<sup>37</sup> UN Human Rights Committee (HRC); 2007; *idem*; p. 2

<sup>38</sup> Artigo 14º, n.º 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos

da justiça, o próprio tribunal pode determinar que a audiência seja privada, contudo, a sentença que dela resulta será obrigatoriamente pública.<sup>39</sup>

Avançando no artigo, o número 2 sublinha o direito à presunção de inocência, significando assim que o ónus da prova caberá à acusação. Deve salientar-se a este propósito que a detenção prévia ao julgamento nunca poderá ser entendida como assunção de culpa a nenhum grau e não pode, jamais, comprometer a presunção de inocência.<sup>40</sup>

Enquanto o número 3 enumera os direitos do indivíduo em processo penal, a alínea subsequente determina os princípios bases a ter em conta num Regime Especial em matéria penal para pessoas jovens, a previsão de um direito a indemnização na circunstância de erro judiciário assegura-se no número 6.

Com uma marca sublinhadamente inovadora, relativamente à DUDH, o número 5 prevê o direito a dupla jurisdição no âmbito penal. A expressão “*culpada de crime*”, na tradução portuguesa<sup>41</sup>, assim como acontece perante a versão oficial inglesa que utiliza a expressão “*criminal offence*” não deve ser interpretada em sentido restritivo, segundo recomendações do Comité dos Direitos Humanos da ONU.<sup>42</sup>

O direito ao recurso considera-se violado não só quando a lei doméstica previr que a sentença em 1ª instância seja final, mas também quando uma sentença de absolução não seja passível de recurso.<sup>43</sup>

A derradeira alínea do 14º artigo do PIDCP contempla a previsão do princípio *ne bis in idem*, princípio base do processo penal, que impede que determinado indivíduo seja julgado no mesmo ou em outro tribunal pelos mesmo factos. Todavia, tal não impede um novo julgamento nas situações em que a audiência foi realizada *in absentia*.<sup>44</sup>

No escopo procedimental, o artigo 14º deve relacionar-se com o artigo 2º, n.º 3. Este ditame determina o dever de todos os Estados-Parte de garantir que todos os indivíduos tenham acesso a recurso eficaz, quando os direitos e liberdades previstos nesse instrumento forem violados, mesmo quando essa violação seja patrocinada por pessoas no exercício das

---

<sup>39</sup> Artigo 14º, n.º 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos

<sup>40</sup> UN Human Rights Committee (HRC); 2007; *idem*; p. 9

<sup>41</sup> Devemos referir que aos olhos do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, artigo 53º, as versões oficiais, que fazem fé são apenas as que constam em chinês, inglês, francês, russo e espanhol sendo que a tradução portuguesa não valerá perante o Comité dos Direitos Humanos da ONU.

<sup>42</sup> UN Human Rights Committee (HRC); 2007; *idem*; p.14

<sup>43</sup> UN Human Rights Committee (HRC); 2007; *idem*; p.14

<sup>44</sup> UN Human Rights Committee (HRC); 2007; *idem*; p.16

suas funções oficiais<sup>45</sup>. Ao mesmo tempo, o Estado deve garantir que as autoridades estatais, tanto judiciárias como administrativas e legislativas, contemplem os direitos da pessoa que forma o recurso incluindo a possibilidade de aceder a outro nível jurisdicional<sup>46</sup>, e que fazem cumprir os resultados desse recurso.<sup>47</sup> Esta previsão vincula os Estados a modificar a legislação interna no sentido aqui contemplado.<sup>48</sup>

O acesso à justiça não será sempre um preceito que caminhe pelos corredores dos tribunais sozinho, por isso, quando o processo não é protagonizado pelos princípios enunciados e resulta na aplicação da pena de morte ou na admissão em juízo de uma confissão obtida através de tortura ou outros tratamentos degradantes, estamos perante violação do artigo 14º, mas também do artigo 6º e 7º, respetivamente. Nas situações em que seja realizada uma detenção com base no artigo 9º do PIDCP e em que o indivíduo não seja presente em tribunal estão em violação os artigos 9º, n.º3<sup>49</sup> e 14º, n.º3, alínea c).<sup>50</sup>

As garantias do artigo 14º devem, por fim, ser salvaguardadas quando estamos perante decisões judiciais sobre as situações do artigo 13º<sup>51</sup> que faz referências ao respeito pelo *due process*.<sup>52</sup>

#### 1.2.4 No direito da União Europeia

É relevante, para o entendimento do nosso estudo, compreendermos a génese de proteção dos direitos fundamentais no seio da União Europeia.

Sabemos, que inicialmente, o sistema de proteção dos direitos fundamentais da União Europeia se encontrava assente num catálogo não escrito, ou seja, se um ato comunitário

---

<sup>45</sup> Artigo 2º, n.º3, alínea a) do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos

<sup>46</sup> Artigo 2º, n.º3, alínea b) do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos

<sup>47</sup> Artigo 2º, n.º3, alínea c) do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos

<sup>48</sup> EIDE, Asbjørn *et. al.*; 1992; *idem*; p.144

<sup>49</sup> Artigo 9º, n.º3 do PIDCP “3. *Todo o indivíduo preso ou detido sob acusação de uma infração penal será prontamente conduzido perante um juiz ou uma outra autoridade habilitada pela lei a exercer funções judiciárias e deverá ser julgado num prazo razoável ou libertado. A detenção prisional de pessoas aguardando julgamento não deve ser regra geral, mas a sua libertação pode ser subordinada a garantir que assegurem a presença do interessado no julgamento em qualquer outra fase do processo e, se for caso disso, para execução da sentença.*”

<sup>50</sup> UN Human Rights Committee (HRC); 2007; *idem*; p.17

<sup>51</sup> Artigo 13º do PIDCP “*Um estrangeiro que se encontra legalmente no território de um Estado Parte no presente Pacto não pode ser expulso, a não ser em cumprimento de uma decisão tomada em conformidade com a lei e, a menos que razões imperiosas de segurança nacional a isso se oponham, deve ter a possibilidade de fazer valer as razões que militam contra a sua expulsão e de fazer examinar o seu caso pela autoridade competente ou por uma ou várias pessoas especialmente designadas pela dita autoridade, fazendo-se representar para esse fim.*”

<sup>52</sup> UN Human Rights Committee (HRC); 2007; *idem*; p.18

violasse um direito fundamental não existiria, no contexto do direito europeu, qualquer parâmetro de validade ou mecanismo formal de proteção.<sup>53</sup> Podemos aqui referir a existência de uma “*aparente desvinculação dos poderes comunitários aos direitos fundamentais.*”<sup>54</sup>

A evolução desta situação dá-se por força da expansão dos limites de intervenção do Direito Comunitário que rapidamente evidencia a importância da proteção dos direitos fundamentais, pois onde existem poderes com capacidade para se imiscuir na esfera particular dos cidadãos poderá haver “*espaço para dúvidas sobre o seu valor intrínseco à luz dos direitos fundamentais.*”<sup>55</sup>

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE)<sup>56</sup> assumiu uma importante posição no estabelecimento deste parâmetro de validade que referimos, lançando gradualmente as bases do que consideramos hoje os pilares do direito da União Europeia em matéria de direitos fundamentais.<sup>57</sup> Numa primeira fase, acórdãos como *Stork*<sup>58</sup>, *Nold*, *Geitling*<sup>59</sup> e *Sgarlata*<sup>60</sup> chegam com uma afirmação impreterível de que as ordens jurídicas nacionais não podem constituir parâmetro de validade do Direito Europeu, não existindo qualquer alternativa referida para o Tribunal. Mais tarde, o acórdão *Stauder*<sup>61</sup> abre nova era quanto à proteção dos direitos fundamentais na União, quando o TJUE se refere aos direitos individuais como constantes nos princípios gerais de direito comunitário, “*cuja observância é assegurada pelo Tribunal.*”<sup>62</sup> Estes princípios gerais do direito comunitário são densificados mais tarde, no

---

<sup>53</sup> GONÇALVES, Maria Natália Faria dos Santos; **O âmbito de vinculação da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia**; Coimbra; 2013; Tese de doutoramento; p.54

<sup>54</sup> GONÇALVES, Maria Natália Faria dos Santos; 2013; *idem*; p.55

<sup>55</sup> GONÇALVES, Maria Natália Faria dos Santos; 2013; *idem*; p.55

<sup>56</sup> O Tribunal de Justiça da União Europeia, doravante TJUE, é o órgão jurisdicional da União Europeia responsável por garantir “*o respeito do direito na interpretação e aplicação dos Tratados*” (artigo 19º TUE)

<sup>57</sup> GONÇALVES, Maria Natália Faria dos Santos; 2013; *idem*; p.56

<sup>58</sup> Acórdão proferido pelo TJUE relativamente ao caso da *Empresa Friedrich Stork & Co. contra Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço* (proc. 1/58) disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61958CJ0001&from=PT> (acesso 10/07/2016)

<sup>59</sup> Acórdão proferido pelo TJUE relativamente aos processos apensos 36/59, 37/59, 38/59 e 40/59 relativamente ao caso *Consórcios de venda do carvão do Ruhr “Präsident” e outros contra a Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço* disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61959CJ0036&qid=1467329208432&from=PT> (acesso a 10/07/2016)

<sup>60</sup> Acórdão proferido pelo TJUE relativamente ao caso *Marcello Sgarlata e outros contra Comissão da CEE* (proc. 40/64) disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0040&qid=1467329741657&from=PT> (acesso a 10/07/2016)

<sup>61</sup> Acórdão proferido pelo TJUE relativamente ao caso *Erich Stauder contra Cidade de Ulm* (proc. 29/69) disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61969CJ0029&qid=1467329841247&from=PT> (acesso a 10/07/2016)

<sup>62</sup> GONÇALVES, Maria Natália Faria dos Santos; 2013; *idem*; p.56

caso *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>63</sup>, através de referência “à figura das ‘tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros’”<sup>64</sup>. Como componente substantiva destes princípios foram igualmente considerados os instrumentos internacionais de proteção aos Direitos Humanos (acórdão *Nold*) de que os Estados-Membros são parte.<sup>65</sup>

Entre estes instrumentos internacionais de Direitos Humanos, encontram-se a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP), a Carta Social Europeia (CSE), convenções da OIT, e outras.<sup>66</sup>

Por fim, no caso *Hauer*<sup>67</sup>, ficou determinado que os direitos fundamentais protegidos pelo TJUE seriam aplicáveis aos atos das instituições da UE.<sup>68</sup> Este caminho protagonizado pelo TJUE foi a génese do vocabulário de Direitos Fundamentais da UE.

Em matéria de direitos fundamentais, os Tratados deixaram-nos vaguear no vazio até Amesterdão, em 1997. As alterações que surgem com Maastricht (1992) e Amesterdão (1997) trazem duas importantes “*dimensões garantísticas dos direitos fundamentais*”<sup>69</sup>, o respeito por estes direitos é agora não só uma condição de permanência na União, mas também condição de adesão para os novos membros.<sup>70</sup>

Atualmente, o artigo 7º do TUE – cuja construção atual corresponde à redação do artigo F modificado pelo Tratado de Amesterdão - prevê a possibilidade de sanções efetivas para os Estados-membros nos quais exista “*uma violação grave e persistente, por parte de*

---

<sup>63</sup> Acórdão proferido pelo TJUE relativamente ao caso *Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (proc. 11/70) disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61970CJ0011&qid=1467329970569&from=PT> (acesso a 10/07/2016)

<sup>64</sup> GONÇALVES, Maria Natália Faria dos Santos; 2013; *idem*; p.57

<sup>65</sup> GONÇALVES, Maria Natália Faria dos Santos; 2013; *idem*; p.58

<sup>66</sup> MOREIRA, Vital; **Os direitos fundamentais na União Europeia** in MOREIRA, Vital; “Respublica” Europeia – Estudos de Direito Constitucional da União Europeia; 1ª edição; Coimbra; Coimbra Editora; 2014; p.143

<sup>67</sup> Acórdão proferido pelo TJUE relativamente ao caso *Liselotte Hauer contra Land Rheinland-Pfalz* (proc. 44/79) disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1467330479158&uri=CELEX:61979CJ0044> (acesso a 10/07/2016)

<sup>68</sup> GONÇALVES, 57-58

<sup>69</sup> MOREIRA, Vital; 2014; **Os direitos fundamentais...**; *idem*; p.149

<sup>70</sup> MOREIRA, Vital; 2014; **Os direitos fundamentais...**; *idem*; p.149

um Estado-membro, de algum dos princípios enunciados no n.º1 do artigo 6º<sup>71</sup> ”<sup>72</sup>. Estas sanções podem implicar a suspensão de “alguns direitos decorrentes da aplicação do presente Tratado ao Estado-Membro em causa, incluindo o direito de voto do representante do Governo desse Estado-Membro no Conselho”.<sup>73</sup>

É, contudo, o artigo 6º do TUE, que nos enumera as bases do sistema de proteção de Direitos Fundamentais da UE, que se inclui a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>74</sup> – agora com a mesma força jurídica que os Tratados - e também a Convenção Europeia da Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, a que nos referimos como Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH).

Quanto ao enquadramento da CEDH como parte da conjuntura de proteção dos direitos fundamentais da União Europeia, cumpre-nos deixar algumas notas sobre o seu enquadramento à luz dos Tratados e os recentes desenvolvimentos neste aspeto.

Sob chancela do artigo 6º, n.º 2

*“A União adere à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Essa adesão não altera as competências da União, tal como definidas nos Tratados.”*<sup>75</sup>

Sobre este artigo, é relevante o “Protocolo Relativo ao n.º 2 do Artigo 6º do Tratado da União Europeia respeitante à Adesão da União à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais” que visa assegurar que no acordo não afeta as competências da União e contém regras específicas quanto às instâncias de controlo.

A proposta formal de adesão da UE à CEDH remonta 1979, quando ainda existia apenas uma Comunidade Económica Europeia, apenas o Tratado de Lisboa veio consagrar

---

<sup>71</sup> O artigo 6º, n.º 1 do TUE sob a epígrafe “Direitos fundamentais da União” prevê o reconhecimento por parte da União dos “direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico dos Tratados. De forma alguma o disposto na Carta pode alargar as competências da União, tal como definidas nos Tratados. Os direitos as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII da Carta que regem a sua interpretação e aplicação e tendo na devida conta as anotações a que a Carta faz referência, que indicam as fontes dessas disposições.”

<sup>72</sup> Artigo 7º, n.º 1 do Tratado da União Europeia

<sup>73</sup> Artigo 7º, n.º 2, *in fine* do Tratado da União Europeia

<sup>74</sup> Para mais desenvolvimentos, *vide infra* 2.1.4.1

<sup>75</sup> Artigo 6º, n.º1 do Tratado da União Europeia

nos Tratados esta possibilidade. Por essa altura, o TJUE já teria consagrado o corpo normativo da Convenção como princípios gerais do direito comunitário.<sup>76</sup>

Muita tinta tem corrido sobre a adesão da União Europeia à CEDH. A primeira demonstração de interesse na adesão surge numa época em que não existia um catálogo de direitos fundamentais próprio da União. A CEDH surge como solução considerando que todos os Estados-membros da União são parte e que o TJUE determinado por definitivo a vinculação da UE aos direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, tratava-se de um instrumento de direitos humanos consensual entre os Estados-membros ao que se adicionava a possibilidade de um mecanismo judicial de proteção adicional dos direitos nela contemplados quando violados por direitos da UE.<sup>77</sup>

A adesão da UE à CEDH tornar-se-ia evidente ao considerarmos que todos os atos dos Estados-membros, individualmente, devem respeitar os direitos previstos neste instrumento. A partir do momento em que os Estados transferem competência, de assuntos antes domésticos agora transnacionais, para a UE, esses atos já não têm que respeitar a Convenção. Por outro lado, sendo os Estados obrigados a transpor os atos da UE para a sua ordem jurídica interna, esses atos de execução deverão ter a CEDH como parâmetro de validade. Em suma, esta adesão seria uma forma de *“colmatar o défice de direitos fundamentais criado pela integração europeia.”*<sup>78</sup>

A Carta dos Direitos Fundamentais da UE, apesar de ter surgido como um mecanismo de proteção interno da União, não substitui a proteção que poderia ser dada pela Convenção. Como MOREIRA refere seria

*“ilógico que, diferentemente dos seus Estados-membros, os atos da União, praticados ao abrigo de poderes transferidos por aqueles – e que estariam sujeitos à jurisdição do TEDH se não tivesse havido essa transferência -, ficassem isentos desse escrutínio judicial depois de passarem a ser competência da União.”*<sup>79</sup>

A expansão das competências da UE implica a afetação da esfera jurídica de particulares que não têm qualquer proteção externa à União, tal não sucederia com a adesão da

---

<sup>76</sup> MOREIRA, Vital; **A questão da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos** in MOREIRA, Vital; “Respublica” Europeia – Estudos de Direito Constitucional da União Europeia; 1ª edição; Coimbra; Coimbra Editora; 2014; p.213

<sup>77</sup> MOREIRA, Vital; 2014; **A questão da adesão...**; *idem*; p.214

<sup>78</sup> MOREIRA, Vital; 2014; **A questão da adesão...**; *idem*; p. 214

<sup>79</sup> MOREIRA, Vital; 2014; **A questão da adesão...**; *idem*; p. 214-215

União à CEDH, que proporcionaria aos cidadãos europeus o controlo e a proteção por parte do TEDH.<sup>80</sup>

Vários argumentos contrários à adesão tiveram também voz neste processo. Um dos principais considerandos defendidos pelos objetores é o facto da CEDH se tratar de uma convenção interestadual e a União Europeia não ser um Estado, que ficaria assim sujeita a ser alvo de queixas de terceiros Estados. Contudo, e como já referimos, apesar da União não ser um Estado, tem vindo a acumular poderes legislativos, administrativos e judiciais que podem, potencialmente, imiscuir-se na esfera jurídica dos particulares, tendo certo que “o risco de lesão dos direitos fundamentais das pessoas sujeitas à jurisdição da União não é menor do que o risco proveniente da ação dos Estados.”<sup>81</sup>

Mais, considerou-se que esta adesão podia colocar em causa a autonomia do direito da UE na medida em que este seria colocado sob juízo de um parâmetro normativo externo.<sup>82</sup> Este argumento foi adotado pelo TJUE na sua ‘Opinião sobre a Proposta de Acordo de Adesão da União Europeia à CEDH e os Problemas Identificados na sua Relação com o Direito da União Europeia’<sup>83</sup>.

O TJUE suportou ainda a sua decisão alegando que numa eventualidade de adesão, os Estados-membros entre si e com a UE se relacionariam como partes contratantes da CEDH, o que iria implicar uma violação do princípio da confiança mútua que deve prevalecer nas relações dentro da UE, considerando que, pela Convenção, todos teriam que estar alerta a violações dos direitos fundamentais pelas restantes partes contratantes. Desta forma, pôr-se-ia em causa a autonomia do Direito da UE.<sup>84</sup>

Adicionalmente, o Protocolo n.º 16 da CEDH prevê que os tribunais dos Estados-membros requeiram ao TEDH pedidos de esclarecimento e coloquem questões relacionadas com a interpretação ou aplicação dos direitos e liberdades previstos pela Convenção e pelos seus protocolos anexos. Ora, considerando a situação de adesão, em que a CEDH seria parte integrante do direito da UE, e segundo o TJUE, este mecanismo afetaria o procedimento

---

<sup>80</sup> MOREIRA, Vital; 2014; *A questão da adesão...*; *idem*; p. 215

<sup>81</sup> MOREIRA, Vital; 2014; *A questão da adesão...*; *idem*; p. 215

<sup>82</sup> MOREIRA, Vital; 2014; *A questão da adesão...*; *idem*; p. 215

<sup>83</sup> TJUE; *Opinion 2/13* – “The Court of Justice delivers its opinion on the draft agreement on the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and identifies problems with regards to its compatibility with EU law”; 2014; disponível em: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140180en.pdf> (acesso a 01/06/2016)

<sup>84</sup> TJUE; 2014; *Opinion 2/13...*; *idem*

preliminar desse Tribunal pondo em causa a sua autonomia e efetividade.<sup>85</sup> O que está em causa é, na realidade, uma possível “*desautorização*’ do Tribunal de Justiça da União”<sup>86</sup> no caso de uma possível condenação da União. No entanto, e como nos recorda MOREIRA, o mesmo sucede com todos os outros tribunais constitucionais e tribunais superiores dos Estados-parte da Convenção, o que não coloca em causa a sua autoridade. Aliás, o TEDH não se pronuncia sobre a validade do ato interno, nem sobre o mérito de uma hipotética decisão judicial interna, ele apenas verifica a sua (in)compatibilidade com a Convenção.<sup>87</sup>

Para rematar a sua opinião desfavorável à adesão da UE à Convenção Europeia de Direitos Humanos, o TJUE socorre-se do Tratado de Funcionamento da União Europeia que, no seu artigo 344º estabelece que os Estados não devem utilizar outro método de disputa relativamente à interpretação e aplicação dos Tratados que não aqueles previstos neles.<sup>88</sup>

A proposta de adesão redigida não contempla, aos olhos do TJUE, as particularidades do Direito da União, não sendo por isso compatível com este.<sup>89</sup>

Em suma, temos hoje, de acordo com o artigo 6º do TUE, um catálogo de direitos fundamentais constituído pela Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia – que analisaremos já de seguida – e pelos princípios gerais do Direito da União que correspondem, na sua substância, aos direitos fundamentais garantidos pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos – que analisaremos mais à frente – e pelas tradições constitucionais comuns aos Estados-membros.<sup>90</sup> É através destes instrumentos que compreenderemos a proteção do acesso à justiça na União Europeia.

#### 1.2.4.1 Na Carta dos Direitos Fundamentais da UE

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (doravante CDFUE) proclamada a 7 de dezembro de 2000, é hoje o catálogo de direitos fundamentais da União Europeia. Em consonância com o que analisámos *supra*<sup>91</sup>, este instrumento tem um valor jurídico equiparado aos tratados por força do artigo 6º do Tratado da União Europeia.

---

<sup>85</sup> TJUE; 2014; **Opinion 2/13...**; *idem*

<sup>86</sup> MOREIRA, Vital; 2014; **A questão da adesão...**; *idem*; p. 215

<sup>87</sup> MOREIRA, Vital; 2014; **A questão da adesão...**; *idem*; p. 215

<sup>88</sup> TJUE; 2014; **Opinion 2/13...**; *idem*

<sup>89</sup> TJUE; 2014; **Opinion 2/13...**; *idem*

<sup>90</sup> Artigo 6º, n.º 3 do Tratado da União Europeia

<sup>91</sup> *Vide* 2.1.4

No que diz respeito ao acesso à justiça, a Carta dedica o Capítulo VI a esta temática, tendo como ponto de partida os direitos assegurados na Convenção Europeia dos Direitos Humanos, de que todos os Estados-membros da UE são parte.<sup>92</sup>

O Capítulo tem como preceito chave o artigo 47º, com a epígrafe “*Direito à ação e a um tribunal imparcial*”. O preceito desdobra-se por três parágrafos que concretizam alguns dos ditames deste direito:

*“Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal nos termos previstos no presente artigo.*

*Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo.*

*É concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efetividade do acesso à justiça.”<sup>93</sup>*

Desde logo, apresenta-se em evidência o direito de ação, baseado no artigo 13º da CEDH, mas com um âmbito de proteção mais alargado por influência da jurisprudência<sup>94</sup> do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Esta jurisprudência considera o direito à ação e a tribunal imparcial um princípio geral do direito da União baseado nas tradições constitucionais comuns dos Estados-membros.<sup>95</sup> Assim, este princípio será também aplicável aos

---

<sup>92</sup> A interpretação da CDFUE tem a particularidade de ser auxiliada por comentários a cargo do *Praesidium* da Convenção que têm como objetivo clarificar as disposições da Carta tendo em conta o Direito da União e o espírito dos preceitos. Vide MOREIRA, Vital; “**Respublica**” Europeia – Estudos de Direito Constitucional da União Europeia; 1ª edição; Coimbra; Coimbra Editora; 2014; Anexo III

<sup>93</sup> Artigo 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

<sup>94</sup> Referimo-nos nomeadamente aos acórdãos do TJUE sobre os casos *Johnston* (proc.222/84); *Heylens* (proc. 222/86) e *Borelli* (proc. C-97/91). Para mais desenvolvimentos sobre estes contributos vide MESQUITA, Maria José Rangel de; **Artigo 47º - Direito à ação e a um tribunal imparcial** in SILVEIRA, Alessandra e CANOTILHO, Mariana; *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*; 1ª edição; Coimbra; Almedina; 2013; pp. 537-544

<sup>95</sup> MESQUITA, Maria José Rangel de; 2013; *idem*; p.538

Estados-membros quando em sede de aplicação de instrumentos de direito europeu. Isto significa que o artigo 47º se aplicará tanto às instituições da UE como aos seus Estados-membros quando nos encontrarmos perante a execução de atos da União.<sup>96</sup>

O direito a um processo equitativo perante um tribunal imparcial num prazo razoável está contido ainda no primeiro parágrafo do artigo. A concretização deste direito tem como pilar o artigo 6º, n.º 1 da CEDH<sup>97</sup>. O processo equitativo aplica-se no caso de litígios civis, mas não só.<sup>98</sup>

A norma contempla também o direito à defesa e à assistência judiciária. Estas garantias são de imperiosa importância perante a finalidade da igualdade de acesso aos tribunais. O direito de acesso aos recursos jurisdicionais não deve ser “denegado por insuficiência de meios económicos”<sup>99</sup>, porquanto existe um sistema de apoio judiciário perante o Tribunal de Justiça da UE<sup>100</sup> e a legislação doméstica deve determinar normas neste sentido, para que seja efetivado o acesso à justiça em todos os casos.<sup>101</sup>

No seguimento do Capítulo em análise, surge-nos o artigo 48º sob epígrafe “Presunção de inocência e direitos de defesa”. Tendo como base o artigo 6º, n.ºs 2 e 3 da CEDH, este direito deve ser interpretado tendo “um sentido e um âmbito iguais aos do direito garantido pela CEDH”.<sup>102</sup> Reconhecemos igualmente a influência do artigo 11º, n.º 1 da DUDH quanto à previsão do princípio *in dubio pro reo*, da mesma forma que está presente o espírito do artigo 14º, n.º 2 do PIDCP.<sup>103</sup>

A preocupação com a definição e com as implicações da presunção de inocência levou a Comissão Europeia a redigir o *Livro Verde sobre a Presunção de Inocência*<sup>104</sup>, em

---

<sup>96</sup> Anotação *ad* artigo 47º - Direito à ação e a um tribunal imparcial *in* MOREIRA, Vital; “**Respublica**” Europeia – Estudos de Direito Constitucional da União Europeia; 1ª edição; Coimbra; Coimbra Editora; 2014; p.519

<sup>97</sup> MESQUITA, Maria José Rangel de; 2013; *idem*; p.537

<sup>98</sup> Anotação *ad* artigo 47º - Direito à ação e a um tribunal imparcial *in* MOREIRA, Vital; 2014; “**Respublica**” Europeia...; *idem*; p.519

<sup>99</sup> MESQUITA, Maria José Rangel de; 2013; *idem*; p.544

<sup>100</sup> Anotação *ad* artigo 47º - Direito à ação e a um tribunal imparcial *in* MOREIRA, Vital; 2014; “**Respublica**” Europeia...; *idem*; p. 519

<sup>101</sup> MESQUITA, Maria José Rangel de; 2013; *idem*; p.544

<sup>102</sup> Anotação *ad* artigo 48º - Presunção de inocência e direitos de defesa *in* MOREIRA, Vital; 2014; “**Respublica**” Europeia...; *idem*; p. 520

<sup>103</sup> LOUREIRO, Flávia Norversa; PITON, André; **Artigo 48º - Presunção de inocência e direitos de defesa** *in* SILVEIRA, Alessandra e CANOTILHO, Mariana; Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada; 1ª edição; Coimbra; Almedina; 2013; p.545

<sup>104</sup> **Livro Verde sobre a Presunção de Inocência** disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:52006DC0174> (acesso 10/07/2016)

2006. Este estudo tem como base jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que deverá ser tido em conta à luz das regras de interpretação que nos são indicadas no artigo 52º, n.º 2 da CDFUE.<sup>105</sup> Perante o princípio *in dubio pro reo* considera-se na maioria dos ordenamentos jurídicos que o ónus da prova deverá recair sobre a acusação, sendo que o acusado, presumindo-se inocente, não terá dever algum de provar essa inocência, mas terá, melhor, deverá ser-lhe assegurado o direito de se defender de acusações que sejam constituídas contra a sua pessoa.<sup>106</sup>

Ainda assim considerando, a Comissão, perante a análise de casos julgados do TEDH, revela três exceções perante as quais o ónus da prova não recairá somente na acusação. Falamos da circunstância em que estamos ante infrações de responsabilidade objetiva, infrações em que se inverte o ónus da prova ou em casos em que é proferida ordem de confisco.<sup>107</sup>

Os específicos direitos de defesa assegurados no número 2 do artigo 48º estão enumerados no número 3, do artigo 6º da CEDH, assim estabelecem-se como mínimos a garantir o direito a ser notificado da acusação, detalhadamente, e numa língua que compreenda (quando necessário deve ser disponibilizado um intérprete), no mais curto período de tempo possível.<sup>108</sup> Também aqui a Comissão se preocupou em esclarecer a concretização algumas questões que se poderiam levantar recorrendo à jurisprudência do TEDH, surgiu então, em 2003, o *Livro Verde sobre garantias processuais dos suspeitos e arguidos em procedimentos penais na União Europeia*<sup>109</sup>. Das várias temáticas abordadas neste documento referimos a importância da alusão ao direito a um intérprete competente para que exista um efetivo conhecimento e perceção do processo por parte do suspeito ou acusado; da proteção adequada para categorias especialmente vulneráveis e do direito a conhecer os seus direitos.<sup>110</sup>

O âmbito material de aplicação do artigo 48º, assim como o dos artigos 49º e 50º é uma temática que desperta alguma discussão doutrinal. Considerando o artigo 52º da

---

<sup>105</sup> Anotação *ad* artigo 48º - Presunção de inocência e direitos de defesa *in* MOREIRA, Vital; 2014; “**Respublica” Europeia...**; *idem*; p. 520

<sup>106</sup> LOUREIRO, Flávia Norversa; PITON, André; 2013; *idem*; p. 548

<sup>107</sup> LOUREIRO, Flávia Norversa; PITON, André; 2013; *idem*; p. 548

<sup>108</sup> LOUREIRO, Flávia Norversa; PITON, André; 2013; *idem*; p. 549

<sup>109</sup> Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:52003DC0075> (acesso 23-06-2016)

<sup>110</sup> Abordaremos estas temáticas na Parte II do nosso estudo.

CDFUE<sup>111</sup>, deve ser considerado o âmbito de acordo com o previsto na CEDH. Ora, considerando que nesta matéria a letra da Convenção refere também a aplicação no foro penal, o TEDH tem vindo a sustentar que se podem incluir também procedimentos repressivos não penais.<sup>112</sup>

A cauda do capítulo “Justiça” da Carta, composta pelos artigos 49º e 50º, relaciona-se especificamente com os procedimentos penais.

O artigo 49º explana os “*Princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas*”, ou seja, “*retoma a regra clássica da não retroatividade das leis e das penas*”<sup>113</sup>, por inspiração do artigo 7º da CEDH. O número três desta norma encontra sentido nas tradições constitucionais comuns dos Estados-membros e pela jurisprudência do TJUE consagrando o princípio da proporcionalidade dos delitos e das penas.<sup>114</sup>

Por fim, o artigo 50º sob epígrafe “*Direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito*” positiva o princípio *ne bis in idem*, do qual encontramos correspondência no artigo 4º do Protocolo n.º 7 adicional à CEDH. Devemos considerar esta regra aplicável entre os órgãos jurisdicionais de um Estado-membro, mas também entre órgãos jurisdicionais de outros Estados-membros. As exceções à aplicação do princípio *ne bis in idem* são reguladas pelo artigo 52º, n.º 1 da CDFUE na sua qualidade de cláusula horizontal referente a restrições.<sup>115</sup>

Estes são os termos em que o acesso à justiça é assegurado como direito fundamental na União Europeia, tanto para os Estados-membros enquanto executores do direito comunitário, como para as próprias instituições vinculadas ao cumprimento da Carta com valor jurídico equivalente ao dos tratados que constituem a lei fundamental.

### 1.2.5 Na Convenção Europeia dos Direitos Humanos

No artigo 6º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos encontramos a garantia de proteção judicial composta por vários elementos como o acesso os tribunais, os requisitos

---

<sup>111</sup> Artigo 52º da CDFUE sob epígrafe “*Âmbito e interpretação dos direitos e dos princípios*”

<sup>112</sup> LOUREIRO, Flávia Norversa; PITON, André; 2013; *idem*; p. 552

<sup>113</sup> Anotação *ad* artigo 49º - Princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas *in* MOREIRA, Vital; 2014; “**Respublica**” **Europeia...**; *idem*; p. 520

<sup>114</sup> Anotação *ad* artigo 49º - Princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas *in* MOREIRA, Vital; 2014; “**Respublica**” **Europeia...**; *idem*; p. 520

<sup>115</sup> Anotação *ad* artigo 50º - Direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito *in* MOREIRA, Vital; 2014; “**Respublica**” **Europeia...**; *idem*; p. 521

de legalidade, independência e imparcialidade desse tribunal; normas mínimas nos procedimentos dos tribunais, incluindo o direito a audiência preliminar, a um julgamento justo e público contemplando a “igualdade de armas” e com uma duração adequada. O preceito prevê ainda que os tribunais tenham a independência e poder suficiente para rever os factos, disponibilidade para aplicar normas provisórias e no fim do processo, força para fazer aplicar a sentença final.<sup>116</sup> Sobre a publicidade do processo judicial, a norma específica a possibilidade de audiência à porta fechada quando esteja em causa valores de moralidade,

*“da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes do processo o exigirem ou, na medida julgada estritamente necessária ao tribunal, quando em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.”<sup>117</sup>*

A letra do preceito estabelece o direito a um julgamento justo relativamente à determinação dos direitos e obrigações de carácter civil, ou quanto a uma acusação em matéria penal.<sup>118</sup> Contudo, a jurisprudência e a doutrina preconizam um entendimento alargado da aplicação do princípio, as interpretações restritivas efetuadas em alguns ordenamentos jurídicos europeus em que o legislador limita o acesso aos tribunais em certas matérias, não cumprem o espírito desta norma da CEDH. O entendimento restritivo desta norma impediu já a sua aplicação em casos de migração e asilo, por estes não caberem na categoria de determinação de direitos ou obrigações de carácter civil.<sup>119</sup><sup>120</sup> Esta posição foi assumida e sublinhada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que declarou, no acórdão *Delcourt*.<sup>121</sup>

*“In a democratic society within the meaning of the Convention, the right to a fair administration of justice holds such a prominent place that a restrictive*

---

<sup>116</sup> KLAMARIS, Nikolaos Kan.; EFSTRATIOU, Pavlos-Michael E.; 1998; *idem*; p.299

<sup>117</sup> Artigo 6º, n.º 1, *in fine* da Convenção Europeia dos Direitos Humanos

<sup>118</sup> FRA - European Union for Human Rights; Conselho da Europa; **Manual de legislação europeia sobre asilo, fronteiras e imigração**; 1ª edição; Luxemburgo, Publications Office of the European Union; 2014; p.104

<sup>119</sup> FRA - European Union for Human Rights; Conselho da Europa; 2014; **Manual de legislação...**; *idem*; p.104

<sup>120</sup> Acórdão proferido pelo TEDH relativo ao caso *Maaouia c. França*, §38, §39, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-58847> (acesso a 10/07/2016)

<sup>121</sup> KLAMARIS, Nikolaos Kan.; EFSTRATIOU, Pavlos-Michael E.; 1998; *idem*; p.300

*interpretation of Article 6 (1) would not correspond to the aim and the purpose of that provision.*”<sup>122</sup>

Sobre o acesso aos tribunais, como parte do direito de proteção judicial, o TEDH veio também sublinhar, no caso *Golder*<sup>123</sup>, que este não se resume apenas à existência de um tribunal competente, mas deve relacionar-se especificamente com a possibilidade concreta de levar uma determinada causa em concreto a julgamento em tribunal com os requisitos referidos.<sup>124</sup>

O número 2 prevê a presunção de inocência em que o ónus da prova, na maioria dos casos, recai sobre a acusação – excepcionando as situações que o TEDH já considerou.<sup>125</sup>

O último parágrafo explana os direitos processuais do arguido. O suspeito ou o arguido deve ser informado no mais curto espaço de tempo possível, em língua que compreenda e o mais detalhadamente possível, quais as acusações que lhe são imputadas (alínea a); tem igualmente direito a meios de defesa e a tempo para a preparar (alínea b). O indivíduo deve poder defender-se a si próprio ou ser assistido por um defensor à sua escolha, ou quando não tenha meios para remunerar um defensor, deve-lhe ser assegurado o apoio de um defensor oficioso (alínea c); no mesmo sentido, deve ser providenciado um intérprete para que o arguido compreenda o processo (alínea e). É garantido, por fim, o direito de “*interrogar ou fazer interrogar testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação*”<sup>126</sup>.

Os direitos processuais não se restringem ao artigo 6º da CEDH. Encontramos no artigo 5º, n.º 2 o direito de informação da pessoa a quem a liberdade foi limitada, sobre as razões da sua prisão e de acusações formuladas contra si. Esta informação deve ser disponibilizada num curto espaço de tempo e em língua compreendida pelo sujeito.<sup>127</sup>

---

<sup>122</sup> Acórdão proferido pelo TEDH relativo ao caso *Delcourt c. Bélgica*, §25, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-57467> (acesso a 10/07/2016)

<sup>123</sup> Acórdão proferido pelo TEDH relativo ao caso *Golder c. Reino Unido*, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-57496> (acesso a 10/07/2016)

<sup>124</sup> KLAMARIS, Nikolaos Kan.; EFSTRATIOU, Pavlos-Michael E.; 1998; *idem*; p. 300

<sup>125</sup> *Vide supra* 2.1.4.1

<sup>126</sup> Artigo 6º, n.º 3, alínea d) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

<sup>127</sup> FRA - European Union for Human Rights; Conselho da Europa; 2014; **Manual de legislação...**; *idem*; p.170

Já o número 4, do artigo 5º prevê o recurso a um tribunal nos casos de privação de liberdade, para que o tribunal se pronuncie rapidamente sobre a legalidade da detenção, ou no caso da sua ilegalidade, emita uma ordem de libertação.<sup>128</sup>

As garantias acima referidas são direitos subjetivos dos cidadãos, o que significa que cada indivíduo tem direito a aceder aos órgãos competentes, objetivando a efetivação dessas garantias ou reclamando o seu direito a indemnização como ressarcimento dessa violação.<sup>129</sup>

O corpo normativo da Convenção Europeia dos Direitos Humanos integra, ainda nesta temática, o artigo 13º da CEDH que assegura que qualquer pessoa tenha garantido o recurso efetivo

*“numa instância nacional para queixas apresentadas ao abrigo da Convenção. O princípio da subsidiariedade confere aos Estados a principal responsabilidade por garantir o cumprimento das obrigações que lhes incumbem por força da CEDH, só recorrendo ao TEDH em última instância.”<sup>130</sup>*

Por força deste preceito, os Estados-parte da CEDH devem promover as diligências necessárias para que a sua ordem jurídica inclua o direito ao recurso efetivo nos moldes previstos.<sup>131</sup>

A jurisprudência do TEDH em referência ao acesso à justiça tem vindo a determinar que não é necessário que exista violação de outro direito previsto na CEDH para que se invoque a violação do artigo 13º. A primeira vez que o tribunal estabeleceu essa possibilidade foi no acórdão relativo ao caso *Aksoy c. Turquia*<sup>132</sup>, vivia-se o ano de 1996, entendeu-se perante o caso *sub judice* que o artigo 13º impõe também a obrigação de promover investigações efetivas e completas no caso de incidentes de tortura e por isso, existiria espaço para uma violação independente do preceito.<sup>133</sup>

Segundo os trabalhos preparatórios do artigo 13º o seu objetivo é o de providenciar aos indivíduos justiça ao nível nacional, quando os direitos previstos na Convenção sejam

---

<sup>128</sup> FRA - European Union for Human Rights; Conselho da Europa; 2014; **Manual de legislação...**; *idem*; p.170

<sup>129</sup> DUARTE, Ronnie Preuss; 2007; *idem*; p.62

<sup>130</sup> FRA - European Union for Human Rights; Conselho da Europa; 2014; **Manual de legislação...**; *idem*; p. 16

<sup>131</sup> EIDE, Asbjørn *et. al.*; 1992; *idem*; p.143-144

<sup>132</sup> Acórdão do TEDH relativa ao caso *Aksoy c. Turquia* disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58003> (acesso em 10/07/2016)

<sup>133</sup> TRINDADE, Augusto Cançado; **The Access of Individuals to International Justice**; 1ª edição; Oxford; Oxford University Press; 2011; p. 66

violados, antes que se tenha de lançar mão a mecanismos internacionais para os efetivar, como a ação no TEDH. A efetividade do direito de acesso à justiça diminuirá quando a não existir oportunidade de submeter a CEDH ao juízo de autoridades nacionais.<sup>134</sup>

O certo é que o artigo 13º é um direito autónomo, integrante do Estado de Direito que não se desassocia dele, nem da sociedade democrática em que nos inserimos.<sup>135</sup> A sua aplicação em conjunto ou independentemente do artigo 6º deverá ser analisado caso a caso, no entendimento do TEDH para que sejam cumpridos os requisitos de *due process* necessários ao acesso ao direito efetivo.<sup>136</sup>

## 2 O Direito dos Refugiados

É importante uma clarificação sobre em que consiste o direito dos refugiados e quais as suas principais fontes legais.

Neste número iremos enfatizar a efetivação do direito ao asilo, como previsto nos instrumentos internacionais de Direitos Humanos, começando na Declaração Universal dos Direitos Humanos, passando pela Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto de Refugiados de 1951<sup>137</sup>, o seu Protocolo Adicional de 1967, analisando por fim a legislação europeia nesta temática.

Entenderemos assim o quadro legal em que estão inseridos os refugiados para que possamos compreender quais os obstáculos ao acesso à justiça com que se cruzam no seu caminho.

Na Convenção de Genebra encontramos normas que para além de irem ao encontro com as necessidades e direitos dos refugiados, também obrigam os Estados relativamente à sua responsabilidade de protegerem os refugiados.<sup>138</sup>

### 2.1.1 O Direito Internacional dos Refugiados

O Direito Internacional dos Refugiados é um conjunto de instrumentos legais e de normas costumeiras, cujo principal texto legal é a Convenção das Nações Unidas sobre o

---

<sup>134</sup> TRINDADE, Augusto Cançado; 2011; **The Access...**; *idem*; p.68

<sup>135</sup> TRINDADE, Augusto Cançado; 2011; **The Access...**; *idem*; p.69

<sup>136</sup> TRINDADE, Augusto Cançado; 2011; **The Access...**; *idem*; p.69

<sup>137</sup> Adotaremos, daqui em diante, as expressões “Convenção”, “Convenção de Genebra” ou “Convenção de 1951” para nos referirmos à Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto de Refugiados de 1951

<sup>138</sup> EDWARDS, Alice; **International Refugee Law** in MOELCKLI, Daniel, et. al.; International human rights law; New York; Oxford University Press; 2013; p. 512

Estatuto de Refugiados de 1951 que determina as condições de elegibilidade, de exclusão, de cessação, os direitos e os deveres inerentes ao estatuto de refugiado.

Contudo, não podemos, perante esta temática, descurar a análise de instrumentos gerais do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Este será um conjunto de direitos aplicáveis a todas as pessoas independentemente do seu estatuto ou da sua situação migratória. Opera em paralelo com o Direito Internacional dos Refugiados tendo o seu conteúdo muitas semelhanças.<sup>139</sup>

O Direito Internacional dos Refugiados assume-se como um corpo de leis que regula o estatuto e os direitos dos refugiados e as soluções de segurança para a sua situação a longo prazo.<sup>140</sup>

Entendemos que exista, no país de origem, uma falência no âmbito da proteção do respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos. Podemos procurar aqui um paralelismo situacional com o “Estado-falhado” de que nos fala CANOTILHO<sup>141</sup>. Para que exista um Estado-falhado ou *failed state* existem duas características que é imperativo denotar. Em primeiro lugar uma incapacidade ao nível jurídico-internacional do Estado, revelando-se

*“incapaz de apelar para outros Estados ou para a ONU a fim de acudir a situações humanitárias carecidas de auxílio inadiável ou para acordar no envio de forças de intervenção capazes de assegurar o mínimo de segurança interna”*<sup>142</sup>

Esta falência toca a soberania internacional, enquanto a outra característica se relaciona com a soberania interna do Estado. Para que se considere que estamos perante um *failed state* deve também existir uma incapacidade jurídica interna do Estado que se manifesta através da ineptidão para cumprir deveres básicos do Estado *“impedindo a violência privada e monopolizando o poder de coacção física legítima”*<sup>143</sup>. Por esta linha de pensamento compreendemos que em determinadas situações, que se poderão traduzir em situações que justifiquem uma intervenção humanitária no Estado<sup>144</sup>, surge uma incapacidade de proteger a própria população.

---

<sup>139</sup> EDWARDS, Alice; 2013; **International...**, *idem*; p.512

<sup>140</sup> EDWARDS, Alice; 2013; **International...**, *idem*; p.514

<sup>141</sup> GOMES CANOTILHO, J.J.; **Intervenções Humanitárias e Sociedade de Risco. Contributos para uma Aproximação ao Problema do Risco nas Intervenções Humanitárias** in *Nação e Defesa*; Primavera 2001; vol. 97; pp.23-26

<sup>142</sup> GOMES CANOTILHO, J.J.; 2001; **Intervenções...**, *idem*; p.25

<sup>143</sup> GOMES CANOTILHO, J.J.; 2001; **Intervenções...**, *idem*; p.25

<sup>144</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a Intervenção Humanitária nas situações de “Estado-falhado” *vide* GOMES CANOTILHO, J.J.; 2001; **Intervenções...**, *idem*; p.23-26

A proteção que os refugiados procuram quando atravessam a fronteira do seu país de origem é equivalente àquela que o seu Estado deixou de lhes providenciar, por não querer ou por não poder.

O direito internacional dos direitos humanos tem vindo a colocar o indivíduo como “*unidade primária e sujeito por excelência do direito internacional*”<sup>145</sup> e assim, no sentido de que o Estado é apenas um “*recurso institucional*”<sup>146</sup> ao serviço dos seus cidadãos, entendemos que a soberania se traduz hoje no dever dos Estados efetivarem e promoverem os direitos fundamentais das suas populações.<sup>147</sup> A soberania estadual encontra-se limitada pelo direito internacional e por valores globais como a dignidade da pessoa humana e pelos direitos fundamentais.<sup>148</sup>

Estamos perante a ideia universalista do Direito Internacional dos Direitos Humanos, em contraposição com uma teoria de particularismo ou “*estadocêntrica*”<sup>149</sup>. Os defensores daquela teoria universalista propugnam a existência da igualdade entre todos os indivíduos simplesmente pela condição de serem seres humanos. É esta a igualdade que “*deve prevalecer sobre a soberania do Estado e é o que capacita o indivíduo a ser portador de direitos universais*”.<sup>150</sup>

Em contraponto, a visão particularista entende o Estado como um fim em si. Para os defensores desta teoria “*o objetivo da preservação da paz internacional não pode ser alcançado sem a afirmação da soberania do Estado*”.<sup>151</sup> Aqui o foco principal estará na garantia da autonomia do Estado e não na proteção do indivíduo, o que coincide com a teoria do Direito Internacional tradicional.<sup>152</sup>

Admitimos assim um entendimento de soberania, afastado dos conceitos tradicionais de soberania com cariz absolutista<sup>153</sup>, sinónimo de responsabilidade a vários níveis. Primeiro, a soberania deve ser compreendida como um dever de cada Estado de “*exercer com*

---

<sup>145</sup> MACHADO, Jónatas E.M.; **Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro**; 3ª edição; Coimbra; Coimbra Editora; 2006; p.185

<sup>146</sup> MACHADO, Jónatas E.M.; 2006; **Direito internacional...**; *idem*; p.185

<sup>147</sup> MACHADO, Jónatas E.M.; 2006; **Direito internacional...**; *idem*; p.185

<sup>148</sup> MACHADO, Jónatas E.M.; 2006; **Direito internacional...**; *idem*; p.185

<sup>149</sup> MORIKAWA, Mónica Mieko; **Deslocados internos: entre a soberania do Estado e a protecção internacional dos Direitos do Homem : uma crítica ao sistema internacional de protecção dos refugiados**; 1ª edição; Coimbra; Coimbra Editora; 2006; p.285

<sup>150</sup> MORIKAWA, Mónica Mieko; 2006; **Deslocados internos...**; *idem*; p.285

<sup>151</sup> MORIKAWA, Mónica Mieko; 2006; **Deslocados internos...**; *idem*; pp.285-286

<sup>152</sup> MORIKAWA, Mónica Mieko; 2006; **Deslocados internos...**; *idem*; p.286

<sup>153</sup> “*As obras de autoridades como JAN BODIN, MAQUIAVEL, VATTEL, HOBBS, JELLINEK, etc. contribuíram para que a soberania fosse definida como um poder supremo e ilimitado, e servisse, consequentemente para*

*responsabilidade (as) funções de Estado.*”<sup>154</sup> Em segundo lugar, o Estado tem a responsabilidade de garantir a efetividade dos direitos humanos dos seus cidadãos e de cooperar com a comunidade internacional na solução dos problemas globais. Esta responsabilidade “*não é um ‘elemento externo’ de limitação da soberania, mas um elemento constitutivo da própria soberania.*”<sup>155</sup>

Em suma, confirmando os ensinamentos de KANT sabemos que “*a soberania deriva dos direitos universais do indivíduo*”<sup>156</sup> e por isso, quando um indivíduo procura proteção noutro país significa que necessita de uma proteção equivalente.

### 2.1.1.1 *Os instrumentos internacionais de Direitos Humanos*

A primeira conceção que devemos ter em conta relativamente ao direito de asilo é que estamos perante um direito da pessoa, contido, pela primeira vez como tal na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) no artigo 14º.

Até à sua previsão na DUDH, o direito de asilo era encarado como “*um acto de boa-vontade do Estado de acolhimento*”<sup>157</sup>, a sua consagração da Declaração acrescentou-lhe a dimensão subjetiva que nos permite afirmar o asilo como um direito humano. Contudo, o carácter não vinculativo da DUDH não permite afirmar que exista, no direito internacional, um direito do indivíduo ao asilo, *i.e.*, que o possa exigir da parte de qualquer Estado se fundamentando no previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos. O direito ao asilo está configurado desta forma em ordens jurídicas internas, por força das suas leis fundamentais, o que permitirá a determinados indivíduos invoca-lo perante esses Estados.<sup>158</sup>

Considerando o contemplado no artigo 14º da DUDH, a norma estabelece que em caso de perseguição, todos têm direito de procurar asilo noutro país que não o da sua nacionalidade. Contudo, esta norma não impõe ao Estados a obrigação de receber os requerentes de asilo e lhes providenciar proteção.<sup>159</sup> Entendemos, que esta seja uma visão incorreta da

---

*legitimar teoricamente as monarquias absolutistas” in ALMEIDA, Francisco Ferreira de; **Direito Internacional Público**; 2ªedição; Coimbra; Coimbra Editora; 2003; p. 217*

<sup>154</sup> MORIKAWA, Mónica Mieko; 2006; **Deslocados internos...**; *idem*; p.291

<sup>155</sup> MORIKAWA, Mónica Mieko; 2006; **Deslocados internos...**; *idem*; p.291

<sup>156</sup> MORIKAWA, Mónica Mieko; 2006; **Deslocados internos...**; *idem*; p.292

<sup>157</sup> OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto; **O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa - Âmbito de Proteção de um Direito Fundamental**; 1ª edição; Coimbra; Coimbra Editora; 2009; p.99

<sup>158</sup> OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto; 2009; **O Direito de Asilo...**; *idem*; p.99

<sup>159</sup> ORAÁ, Jaime; GÓMEZ ISA, Felipe; **La Declaración Universal de los Derechos Humanos - un breve comentario en su 50 aniversario**; 2ªedição; Bilbao; Universidad de Deusto; 1998; p-58

realidade jurídica pois o único propósito da Convenção de 1951 será precisamente o de providenciar proteção internacional ou asilo àqueles que preencherem os requisitos determinados por essa convenção internacional.<sup>160</sup>

Podemos constatar que apenas recentemente se começou a procurar formas de articulação da proteção de refugiados como matéria de direito internacional tendo por base a vontade dos Estados assumirem as obrigações derivadas dos instrumentos jurídicos de Direitos Humanos, em contraposição com a discricionariedade e boa vontade humanitária dos governos nacionais que antes caracterizava as ações nesta matéria.<sup>161</sup>

Introduzimos aqui, de acordo com a melhor doutrina, o conceito de “Proteção Complementar”<sup>162</sup> que será a proteção assegurada pelos Estados que tem por base os instrumentos jurídicos de Direito Internacional dos Direitos Humanos que complementam, igualmente, a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados. Este tipo de proteção deve-se distinguir da proteção garantida aos indivíduos por motivos solidários como idade, a saúde ou os laços familiares existentes que em nada se relaciona com a obrigação de proteção que deve ser assegurada por força do direito internacional.<sup>163</sup>

Foram necessárias três décadas de discussões a nível internacional e europeu para que se chegasse a uma aproximação legal harmonizada do que se deveria entender por “proteção complementar”, em paralelo com extensiva jurisprudência debruçada sobre o artigo 3º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (pelo TEDH), no artigo 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (pelo Comité dos Direitos Humanos) e no artigo 3º da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outras Penas, Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (pelo Comité contra a Tortura).<sup>164</sup>

O Comité Executivo do ACNUR, na 56ª Sessão em 2005, adotou “*Conclusions on The Provision on International Protection Including Through Complementary Forms of Protection*” que se revelou ser uma peça importante – apesar de se tratar de um instrumento de *soft-law* - para a assunção das obrigações internacionais por parte dos Estados.<sup>165</sup>

---

<sup>160</sup> EDWARDS, Alice; 2013; **International...**, *idem*; p.515

<sup>161</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; **The Refugee in International Law**; 3ª edição; Oxford; Oxford University Press; 2011; p.285

<sup>162</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; pp.285 e ss.

<sup>163</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; pp.285 - 286

<sup>164</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.296

<sup>165</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.296

Este documento insta os Estados a cumprirem as obrigações decorrentes não só da Convenção de Genebra de 1951 e do seu Protocolo Adicional de 1967, como fundamento basilar do direito internacional dos refugiados; mas também outros tratados internacionais e regionais de direitos humanos e direito humanitário dos quais decorram obrigações de proteção para os Estados. A “proteção complementar” deverá ser promovida, segundo este documento, junto de todos aqueles que não preenchem os requisitos expressos na Convenção de 1951 mas que de acordo com todos os outros instrumentos internacionais também necessitam de proteção.<sup>166</sup>

De entre as fontes de direito internacional em que podemos encontrar fundamento para a proteção complementar encontram-se o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP) de 1966, a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984<sup>167</sup> e a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais<sup>168</sup> de 1950.

#### **a) Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamento Cruéis, Desumanos ou Degradantes**

Quanto ao artigo 3º da Convenção contra a Tortura, este não foi concebido como mecanismo de proteção alternativo, contudo foi já fundamento de discussão na jurisprudência internacional e doméstica que tem vindo a reafirmar que o escopo da norma é a proteção de indivíduos contra a sua “devolução” para *“um outro Estado quando existam motivos sérios para crer que [a pessoa] possa ser submetida a tortura”*<sup>169</sup>. Esta previsão traz-nos uma grande inovação no que toca ao princípio da não-repulsão, pois, ao contrário do que sucede com o artigo 33º da Convenção de Genebra<sup>170</sup>, não oferece lugar para exceções, abrangendo todos aqueles que estejam na situação descrita apesar de não usufruírem do estatuto de refugiado previsto pela Convenção de 1951.<sup>171</sup>

Relativamente aos restantes preceitos previstos nos instrumentos de Direito Internacional dos Direitos Humanos que referimos, o artigo 3º da Convenção da Tortura é algo

---

<sup>166</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.296

<sup>167</sup> Doravante, Convenção contra a Tortura

<sup>168</sup> Ou Convenção Europeia dos Direitos Humanos, à qual no referiremos como CEDH

<sup>169</sup> Artigo 3º da Convenção contra a Tortura

<sup>170</sup> *Vide infra* 2.2.3

<sup>171</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.301

restrito. A não-repulsão apenas é proibida no caso de tortura, cujo conceito nos é apresentado no artigo 1º desse instrumento como

*“qualquer ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa com os fins de, nomeadamente, obter dela ou de uma terceira pessoa informações, confissões, a punir por um ato que ela ou uma terceira pessoa cometeu ou se suspeita que tenha cometido, intimidar ou pressionar essa pessoa, ou por qualquer outro motivo baseado numa forma de discriminação, desde que essa dor e esses sofrimentos sejam infligidos por um agente público ou qualquer outra pessoa agindo a título oficial, a sua instigação ou o seu consentimento expresso ou tácito. Este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legítimas, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionados.”*<sup>172</sup>

Desta forma denotamos que tanto o artigo 7º do PIDCP como o artigo 3º da CEDH, ambos contemplando a proibição da tortura, tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes nos providenciam um escopo de proteção mais abrangente do qual não nos conseguimos assegurar apenas pela aplicação da Convenção da Tortura.<sup>173</sup>

Mais, a definição de tortura considerada neste instrumento legal admite apenas atos promovidos ou instigados pelo Estado. Este requisito de envolvimento estatal não surge nos restantes instrumentos jus-internacionais referidos o que contribui novamente para o alargamento da proteção sob essas normas. A questão mais preocupante neste aspeto será o facto de ser legítima a repulsão para um Estado em que o risco de tortura ou tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes sejam protagonizados por atores não-estatais: terá o Estado capacidade de providenciar proteção suficiente nesta situação?<sup>174</sup> Desde logo, se tinha essa capacidade porque é que o indivíduo se viu obrigado a abandonar o seu país de origem?

O artigo 3º da Convenção da Tortura peca ainda por excluir do conceito de tortura os atos que são tidos como sanções legítimas perante a lei. O preceito não é explícito sobre que referência legal se deve considerar: a doméstica ou a internacional. As decisões do Comité contra a Tortura, nomeadamente perante o caso PQL c. Canadá<sup>175</sup>, conduzem-nos ao

---

<sup>172</sup> Artigo 1º, n.º 1 da Convenção da Tortura

<sup>173</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.302

<sup>174</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; pp.302-303

<sup>175</sup> Sobre a situação *sub judice*: “The author of the communication is P.Q.L., a Chinese national currently under an order of deportation issued by the Canadian immigration authorities. He alleges that his deportation

corpo normativo chinês “*imprisonment and the normal conditions of detention do not such constitute torture as defined by the Convention and interpreted by the Committee*”<sup>176</sup>. Muitas críticas emergem sobre a remissão do Comité para a legislação doméstica do país em questão, de entre elas, coloca-se a possibilidade de esta prática constituir um incentivo para que os Estado contemplem atos de tortura como “sanções legítimas” no seio do ordenamento jurídico.<sup>177</sup>

Enquanto proteção complementar, o preceito que temos vindo a analisar poderá ser a ‘válvula de escape’ necessária para aqueles que não conseguem provar a existência de uma conexão entre a tortura, como forma de perseguição, e os fundamentos requeridos pela Convenção de 1951. Perante a Convenção contra a Tortura o indivíduo terá que provar a existência de “motivos sérios para crer” a existência de perigo a ser submetida a tortura. A ameaça não tem que ser altamente provável, mas tem que ser mais que uma mera teoria de suspeição, terá de ser uma ameaça dirigida àquele indivíduo em particular e não baseada numa ameaça generalizada.<sup>178</sup>

## **b) Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos**

Como já referimos, o artigo 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos tem um âmbito de proteção mais abrangente do que o preceito que acabámos de analisar, no entanto não prevê expressamente uma proibição de repulsão. O Comité dos Direitos Humanos tem interpretado que não é possível que a pessoa seja ‘devolvida’ ao seu país quando exista um verdadeiro risco de violação de qualquer um dos direitos contemplados no PIDCP. O ‘verdadeiro risco’ é determinado pela análise dos desígnios do país para o qual a pessoa poderá ser enviada assim como pelo padrão de comportamentos do país em situações similares.<sup>179</sup>

## **c) Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais**

---

*to China would constitute a violation by Canada of article 3 of the Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. He is represented by counsel.”* In Comunicação Nº. 57/1996 do Comité contra a Tortura disponível em: <http://www.refworld.org/docid/518cb29c4.html> (acesso a 10/07/2016)

<sup>176</sup> Comunicação Nº. 57/1996, §5.4 do Comité contra a Tortura, *idem*

<sup>177</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.303

<sup>178</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; pp.303-305

<sup>179</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; pp.305-306

A proteção complementar providenciada pela Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH) vai além do artigo 3º que referimos como mais abrangente que o seu homónimo na Convenção da Tortura. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos tem vindo a demonstrar um importante valor de precedente no que toca às decisões sobre migração e remoção que tendem a impor aos Estados limitações na sua soberania.<sup>180</sup>

A não-repulsão tem sido mais desenvolvida pelo TEDH com fundamento no artigo 3º da CEDH. Jurisprudência nos casos *Soering*<sup>181</sup> e *Chahal*<sup>182</sup> vêm enfatizar a natureza absoluta do artigo 3º e a sua inderrogabilidade mesmo perante a conduta do requerente.<sup>183</sup>

No que toca aos direitos socioeconómicos e culturais não encontramos na lei força suficiente para defendermos um direito à não-repulsão.<sup>184</sup> O artigo 3º sustentará um requerimento com este tipo de fundamentos, considerando que as condições para as quais o indivíduo regressaria possam ser caracterizadas como inumanas ou degradantes. O TEDH tem, no entanto, apresentado uma visão muito estrita nesta matéria, os requerentes devem apresentar uma fundamentação excecional, para lá da falta de medicação, alojamento ou emprego, para que o requisito se considere correspondido. É o risco individual que está em causa é que deve ser provado.<sup>185</sup>

Assim também o TEDH tem vindo a defender que os Estados recetores não têm que corresponder aos mesmos *standards* que os Estados-Parte da CEDH. Os Estados podem promover a repulsão de indivíduos para países que não providenciam o mesmo leque de direitos como previstos na CEDH, tendo certo que não existirá nenhuma violação flagrante de determinado direito aquando do regresso. Por esta posição o Tribunal pretende evitar um influxo em massa de migrantes em busca de melhores condições económicas de vida.<sup>186</sup>

Outros direitos que têm vindo a ser considerados pelo TEDH como potenciais fundamentos para uma proteção da repulsão são o artigo 2º que contempla o direito à vida e

---

<sup>180</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.310

<sup>181</sup> Para mais desenvolvimentos *vide* Acórdão do TEDH sobre o caso *Soering c. The United Kingdom* disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619> (acesso a 10/07/2016)

<sup>182</sup> Para mais desenvolvimentos *vide* Acórdão do TEDH sobre o caso *Chahal c. The United Kingdom* disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58004> (acesso em 10/07/2016)

<sup>183</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.311

<sup>184</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.314

<sup>185</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; pp.314-315

<sup>186</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.315

excepcionalmente os artigos 5º e 6º<sup>187</sup> - direito à liberdade e à segurança e direito a um processo equitativo, respetivamente.<sup>188</sup>

Uma proteção com base no artigo 2º da CEDH pode prevenir a expulsão em caso de riscos generalizados à vida, contudo em nenhum caso foi ainda concedida proteção com base neste preceito. A pena de morte está excluída do artigo 2º, mas a proibição da pena de morte nos Protocolos 6 e 13 adicionais à CEDH tem sido interpretada pelos Estados-Membros da UE no sentido que será proibida a expulsão quando o indivíduo possa deparar-se com tal sanção.<sup>189</sup>

Ao depararmos-nos com violações dos artigos 8º a 11º, sabemos que deverá existir um exercício de equilíbrio de interesses. As políticas migratórias têm um interesse para o Estado como um meio de promoção para outros objetivos a alcançar como a segurança nacional e pública, a saúde pública, os direitos e liberdades dos outros, a saúde socioeconómica do país ou a prevenção da desordem e do crime. Assim sendo, o Estado tem direito de interferir com esses direitos, que podem ser invocados como fundamento para impedir o retorno de um indivíduo, mas que têm um escopo particular<sup>190</sup>. Para que o Estado possa imiscuir-se na efetivação desse direito deve ter motivo legítimo para tal, essa interferência deve estar prevista na lei e deve ser absolutamente necessária e não apenas desejável.<sup>191</sup>

É, desta forma que podemos encontrar nos instrumentos internacionais de Direitos Humanos a proteção complementar aos refugiados que poderão encontrar-se fora da proteção da Convenção de Genebra de 1951 que analisaremos de seguida.

### 2.1.2 Convenção de Genebra de 1951 e o Protocolo Adicional de 1967

O sistema internacional de proteção internacional tem por base a Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto de Refugiado adotada em Genebra a 28 de julho de 1951 na Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre Estatuto dos Refugiados e Apátridas. A Convenção entrou em vigor a 22 de abril de 1954 cumprindo o estipulado no seu

---

<sup>187</sup> *Vide Supra* 2.1.5

<sup>188</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.316

<sup>189</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.317

<sup>190</sup> Entre os artigos 8º a 11º da CEDH encontramos previstos o direito ao respeito pela vida privada e familiar, a liberdade de pensamento, de consciência e de religião, a liberdade de expressão e a liberdade de reunião e de associação.

<sup>191</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.317

artigo 43º, que determina a entrada em vigor no “nonagésimo dia seguinte à data do depósito do sexto instrumento de ratificação ou adesão.”<sup>192</sup>

A Convenção afirma-se pela premente necessidade de rever e codificar acordos internacionais relativos ao estatuto de refugiados de forma a estender o escopo e a proteção que ofereciam até então<sup>193</sup>, da mesma forma foi importante para homogeneizar o conceito de refugiado vigente nos Estados Contratantes.<sup>194</sup>

Este instrumento basilar no quadro legal do direito dos refugiados contém normas que vão de encontro aos direitos e necessidades dos refugiados mas também prevê obrigações dos países de asilo para a proteção dos refugiados.<sup>195</sup>

Segundo proposta de EDWARDS<sup>196</sup>, que agora expomos, a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados pode dividir-se em cinco elementos essenciais. Em primeiro lugar, encontramos a essencialíssima definição de Refugiado, *i.e.*, os elementos que devem existir para que se atribua a determinado indivíduo o estatuto de refugiado. Como veremos, esta definição foi elaborada de acordo com a conjuntura socio-económico-cultural que se vivia em 1951, tendo como resultado uma rápida desatualização, colmatada não só pelo seu Protocolo Adicional de 1967, mas também pelos instrumentos regionais dedicados à temática.

Em segundo lugar, a Convenção determina no seu artigo 3º o princípio da não-discriminação, obrigando os Estados Contratantes à aplicação do normativo sem poder diferir a aplicação de acordo com a “*raça, religião ou país de origem*”<sup>197</sup>. Um terceiro elemento deste instrumento legal, consubstancia-se na previsão do princípio do *non-refoulement* ou princípio da não-repulsão, essencial para a efetivação de direitos fundamentais dos refugiados.<sup>198199</sup>

Por fim, a Convenção traz-nos dois elementos fundamentais para a proteção dos refugiados. A garantia de não-penalização – nem administrativa, nem criminal - no caso de entrada ou permanência irregular estabelecida no artigo 31º é assegurada a todos aqueles que

---

<sup>192</sup> Artigo 43º, nº1 da Convenção de Genebra

<sup>193</sup> SPIJKERBOER, Thomas; **Full Circle? The Personal Scope of International Protection in the Geneva Convention and the Draft Directive on Qualification** in SOUSA, Constança Urbano de; BRUYCKER, Philippe de; *The Emergence of a European Asylum Policy*; 1ª edição; Bruxelas; Bruylant; 2004; p.171

<sup>194</sup> WEIS, Paul; **The International Protection of Refugees** in *The American Journal of International Law*; 1954; vol. 48; p.194

<sup>195</sup> EDWARDS, Alice; 2013; **International....**, *idem*; p.512

<sup>196</sup> EDWARDS, Alice; 2013; **International....**, *idem*; pp.515-516

<sup>197</sup> Artigo 3º da Convenção de 1951, *in fine*

<sup>198</sup> *Vide infra* 2.2.3

<sup>199</sup> EDWARDS, Alice; 2013; **International....**, *idem*; p.516

obtenham o estatuto de refugiado. O último princípio contido na Convenção que nos cumpre referir prende-se com o exercício mais abrangente possível dos direitos fundamentais estipulados nos artigos 3º a 34º da Convenção, dos quais são titulares todos aqueles que usufruem do estatuto previsto.<sup>200</sup>

#### 2.1.2.1 Definição de refugiado

O primeiro artigo da Convenção de Genebra vem definir as condições paramétricas para a concessão do estatuto de refugiado:

*“receando, com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar.”*

##### a) “receando, com razão ser perseguida”

O primeiro excerto da definição que nos compete analisar “*receando, com razão ser perseguido*” remete-nos para uma componente subjetiva que deve ser tida em conta aquando da análise do pedido de asilo.<sup>201</sup> Trata-se de escrutinar a existência de um estado de espírito muito pessoal, de uma condição subjetiva inerente ao indivíduo em busca de asilo.<sup>202</sup> Esta avaliação efetua-se a par da análise do elemento objetivo que aqui subjaz: a situação fáctica que caracteriza o país de origem do requerente de asilo.<sup>203</sup> Sobre a situação vivida no país de origem do requerente as informações a obter devem encontrar alguma isenção nas suas fontes, ou seja, as fontes oficiais do Estado não devem ser consideradas pois o Estado não assumirá falência na proteção de um dos seus cidadãos. Devem procurar-se fontes independentes como Organizações Não-Governamentais (ONGs) que tenham contactos ou trabalho desenvolvido naquela região em particular.<sup>204</sup>

---

<sup>200</sup> EDWARDS, Alice; 2013; **International...**, *idem*; p.516

<sup>201</sup> ACNUR; **Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado - De acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto de Refugiados**; ACNUR Brasil | Comité Nacional para os Refugiados; 2002; p.12

<sup>202</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.12

<sup>203</sup> ABRAÃO, Carlos; **Refugiados: Definição e Cláusulas de Exclusão** in *FMU Direito - Revista Eletrónica*; Jan/Jun 2010; vol.24; n. 33; p.146

<sup>204</sup> ABRAÃO, Carlos; 2010; **Refugiados...**; *idem*; pp. 146-147

De qualquer forma, a consideração deste elemento no decorrer do processo de asilo deve ser feita em consonância com a avaliação de personalidade do indivíduo – a título de exemplo – para uma pessoa pode ser mais ou menos relevante a coartação da sua liberdade de exprimir opiniões e ideologias, potenciais motivos de perseguição.<sup>205</sup>

Por fim, quanto à avaliação da existência de um temor de perseguição, o Manual do ACNUR de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado esclarece que este medo pode ou não ser baseado em experiências pessoais, ou seja, o temor de perseguição pode ser fundamentado em experiências de pessoas próximas ao requerente de asilo que o tenham impulsionado a buscar segurança para lá das fronteiras do seu país de origem.<sup>206</sup>

Não existe uma definição consensual sobre o que deve ser entendido por perseguição. Contudo, o Manual do ACNUR abraça o texto do artigo 33º da Convenção como perseguição, que será aplicável na avaliação do pedido de asilo. Para esses efeitos considera-se que o requerente de asilo é vítima de perseguição quando *“a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas em virtude da sua raça religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas”*.<sup>207</sup> Também aqui, deverá existir uma visão abrangente do conceito contabilizando também as características personalísticas do indivíduo.<sup>208</sup>

Em breve nota sobre a identificação do perseguidor podemos afirmar, hoje, que tanto o Estado como os agentes privados podem assumir esse papel.<sup>209</sup>

**a) “em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas”**

Os fundamentos da perseguição, contemplados no texto do artigo 1º A, devem ser da mesma forma, alvo de interpretação e consideração. Os requerentes de asilo podem afirmar o temor de perseguição com base num ou mais fundamentos expressos no artigo. Hodiernamente os fundamentos apresentados contemplam-se parcos para fazer face às realidades das populações que buscam segurança fora das fronteiras do seu país de origem, por essa razão

---

<sup>205</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.13

<sup>206</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.13

<sup>207</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.14

<sup>208</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.15

<sup>209</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.17

focaremos novos fundamentos apresentados pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, os desafios que estes apresentam e de que forma se podem aplicar.

O indivíduo pode sofrer de perseguição em razão da sua raça. O conceito deve, hoje, ser mais abrangente incluindo todos os grupos étnicos. A mera pertença a determinado grupo étnico não é suficiente para fundamentar o requerimento de asilo, no entanto, há situações em que pelas circunstâncias particulares em que se encontra o grupo, o simples facto de fazer parte dele pode ser suficiente para justificar o medo de sofrer de perseguição.<sup>210</sup>

O temor de ser perseguido em virtude da religião entende-se, desde logo, como uma consequência da proclamação na Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 18º) e no Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (artigo 18º) do direito à liberdade de pensamento, consciência e de religião. Esta liberdade pode ser coartada através de várias manifestações: “como a proibição de fazer parte de uma comunidade religiosa, de praticar o culto em privado ou em público, da educação religiosa ou a imposição de graves medidas discriminatórias sobre pessoas por praticarem a sua religião ou pertencerem a uma comunidade religiosa específica”.<sup>211</sup>

A perseguição com fundamento da religião observa-se, geralmente, em Estados que admitem apenas a religião oficial.<sup>212</sup> No caso de estarmos perante um Estado laico, a perseguição pode provir de grupos religiosos intolerantes,<sup>213</sup> este é um dos casos em que o papel de perseguidor é atribuído a um ente privado.

Quando o artigo 1º-A da Convenção refere que é possível existir perseguição em razão da nacionalidade, o Manual de Procedimentos acautela para o entendimento amplo de “nacionalidade” não só enquanto vínculo jurídico que conecta o indivíduo ao Estado, um sinónimo de cidadania, mas também entendido como pertença um grupo étnico ou linguístico. Esta interpretação não é aceite unanimemente<sup>214</sup>, no entanto, consideramos que exista espaço no sentido em que é necessário proteger minorias, *e.g.*, linguísticas que possam ser alvo de perseguição no país de origem onde se tenham verificado transformações na sua constituição territorial ou jurídica.

---

<sup>210</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.17

<sup>211</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.18

<sup>212</sup> ABRAÃO, Carlos; 2010; **Refugiados...**; *idem*; p.149

<sup>213</sup> ABRAÃO, Carlos; 2010; **Refugiados...**; *idem*; p.150

<sup>214</sup> *Vide* ABRAÃO, Carlos; 2010; **Refugiados...**; *idem*; p.148

A pertença a um grupo social específico é o mais desafiante dos fundamentos pelos quais se pode justificar um requerimento de asilo. É necessário atendermos à definição providenciada pelo ACNUR, para que possamos compreender a extensão que deve ser dada a esta justificativa.

*“um grupo social específico é um grupo de pessoas que compartilha uma característica comum, além do fundado temor de perseguição, ou que é percebido como um grupo pela sociedade. A característica será, em geral, algo inato, imutável ou que é fundamental para a identidade, consciência ou exercício dos direitos de um indivíduo.”*<sup>215</sup>

Atendendo a esta definição podemos considerar como enquadrados em grupo social específico as mulheres, famílias, tribos, grupos profissionais e homossexuais como, aliás, tem sido feito.<sup>216</sup> Há um perigo subjacente à flexibilidade deste fundamento: o de que ele seja interpretado de forma a incluir todas as razões supérfluas, *i.e.*, não previstas na Convenção.<sup>217</sup> Porém, o instrumento legal não nos disponibiliza nenhuma lista taxativa de quais os grupos possam ser abrangidos por esta justificativa, assim, o ACNUR defende que o conceito deve ser entendido *“de maneira evolutiva, aberto à natureza diversificada e mutante dos grupos em diversas sociedades e das normas internacionais de direitos humanos.”*<sup>218</sup>

Ainda sobre a interpretação deste fundamento<sup>219</sup> vale debruçarmo-nos sobre o papel da perseguição. Esta não deve ser considerado elemento definitivo de um grupo social, ou seja, não podemos definir um grupo social específico pela perseguição que os seus membros sofrem ou por partilharem medo de perseguição. Pode, no entanto, suceder que a ação persecutória contra um grupo seja fator relevante para determinar a visibilidade do mesmo nessa sociedade.<sup>220221</sup>

---

<sup>215</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.86

<sup>216</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.92

<sup>217</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.92

<sup>218</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.92

<sup>219</sup> Este fundamento foi alvo de uma análise específica pelo Segundo Grupo de Consultas Globais sobre a Proteção Internacional, em setembro de 2001, de onde resultou o documento “Diretrizes sobre Proteção Internacional nº2 – “Pertencimento a um grupo social específico” no contexto do Artigo 1ºA (2) da Convenção de 1951 e/ou seu Protocolo de 1967 relativos aos Estatuto dos Refugiados” que aqui analisamos como parte integrante do **Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado - De acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto de Refugiados**

<sup>220</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.94

<sup>221</sup> Concretizando esta situação citamos o exemplo referido em ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; que concerne o caso *Applicant A. v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs (1997)* – “Apesar de a conduta persecutória não ter o condão de definir o grupo social, as ações dos agentes de perseguição podem servir para identificar

Existem certas características dos grupos sociais específicos, já enraizadas na prática dos Estados, que facilitam a comprovação por parte dos requerentes de asilo. Primeiramente, não existe uma necessidade de coesão no seio do grupo, apenas releva a partilha de uma característica em comum pelos membros do grupo.<sup>222</sup>

Em segundo lugar, o requerente de asilo não precisa de demonstrar que todos os membros do grupo sofrem ou sofreram de perseguição para comprovar a existência do grupo.<sup>223</sup>

Mais, o tamanho do grupo não será relevante para a aplicação do fundamento. O mesmo critério de aplicação vigora quanto a outras razões de fundamentação do pedido de asilo considerando que, *e.g.*, o Estado pode procurar reprimir ideologias políticas ou religiosas partilhadas pela maioria da sociedade, contudo, não se pode negar proteção internacional com o argumento de que o grupo que está a ser alvo de perseguição tenha um número de membros elevado.<sup>224</sup>

Por fim, pertencer a um grupo social específico não constitui, à partida, fundamento suficiente para fundamentar o pedido de asilo, contudo, perante circunstâncias específicas o simples facto de pertencer a esse grupo avizinha-se motivo suficiente para temer a perseguição.<sup>225</sup>

Para que o pedido de asilo seja concedido com base num temor de perseguição em virtude das opiniões políticas devem ser consideradas algumas notas. O facto de um indivíduo possuir opiniões políticas diferentes das que o Governo do seu país abraça não justifica um requerimento de asilo por si só. O requerente deve demonstrar que tem medo de sofrer perseguição por esses motivos. Infere-se, assim, que é necessário que as autoridades tenham conhecimento destas opiniões dissidentes e que as atribuem a essa pessoa em particular.<sup>226</sup>

---

*ou até mesmo provocar a criação de um grupo social específico da sociedade. Homens canhotos não constituem um grupo social específico. No entanto, se eles forem perseguidos pelo fato de serem canhotos, sem dúvida alguma eles rapidamente passariam a ser identificados na sua sociedade como um grupo social específico. A perseguição por eles serem canhotos criaria uma percepção pública de que eles são um grupo social específico. Mas, ainda assim, seria o atributo de ser canhoto, e não a perseguição, que permitira a identificação como um grupo social específico.”*

<sup>222</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.95

<sup>223</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.95

<sup>224</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.95

<sup>225</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.18

<sup>226</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.19

A existência de um nexo de causalidade entre as opiniões expressadas e as medidas que o requerente sofre ou teme sofrer é difícil de estabelecer. Na prática, essas medidas figuram-se em sanções por hipotéticos atos criminosos praticados contra o poder vigente.<sup>227</sup>

**b) “se encontre fora do país de que tem a nacionalidade”**

Tendo por base as razões analisadas, é igualmente necessário, para que se defira o pedido de asilo, que o requerente “*se encontre fora do país de que tem a nacionalidade*”.<sup>228</sup> Estamos perante uma condição geral do estatuto de refugiado, trata-se de uma condição lógica tendo em conta que não há lugar para a proteção internacional se o indivíduo estiver dentro da jurisdição do seu país de origem. A referência a nacionalidade aqui feita incluirá o país de residência quando se tratar de uma situação de apatridia.<sup>229</sup>

Se o indivíduo estiver em fuga de eventual perseguição de um país que não é o da sua nacionalidade, não necessitará de proteção internacional porque pode regressar ao seu país de nacionalidade onde poderá ser protegido.<sup>230</sup>

**c) “e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país”**

Ainda quanto à questão da nacionalidade colocada, o artigo 1ºA (2) da Convenção continua: “*e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país*”. Estarão aqui contempladas as situações em que o requerente de asilo esteja impedido de usufruir da proteção do país de onde é nacional. Este impedimento pode ser inerente ao próprio Estado – estado de guerra no país, guerra civil, distúrbios graves – aumentando assim o temor de perseguição que fundamenta o pedido de asilo.<sup>231</sup>

Nesta linha cumpre-nos ainda dizer que o requerente de asilo que recusa a proteção do seu país de origem que esteja habilitado a providenciar-lhe proteção verá o seu pedido de asilo recusado. A expressão “*não queira*” contemplada no artigo aplica-se apenas no caso de o temor de perseguição do indivíduo provenha desse mesmo Estado de que é nacional.

---

<sup>227</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.19

<sup>228</sup> Artigo 1º A (2) da Convenção de Genebra de 1951

<sup>229</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.20

<sup>230</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.20

<sup>231</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.21

De outra forma, a Convenção de 1951 não admite que o requerente preencha as condições para adquirir estatuto de refugiado.<sup>232</sup>

**d) “ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar”**

Por último, o artigo 1ºA (2) refere-se à situação dos refugiados apátridas “*ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar.*” O Manual do ACNUR ressalva que os apátridas, pela simples razão de não terem nacionalidade, não são refugiados. No entanto, se o seu pedido de asilo, admitido fora do seu país de residência habitual, for fundamentado por um dos motivos anteriormente analisados deve ser considerado e analisado nos mesmos pressupostos que outro qualquer requerimento de asilo.<sup>233</sup>

Os apátridas não têm cidadania num Estado específico<sup>234</sup> e conseqüentemente “*não têm uma rede de segurança básica de uma nacionalidade*”.<sup>235</sup>

A situação de apatridia pode surgir em dois contextos, em primeiro lugar, pelos movimentos migratórios, *i. e.*, surgindo como migrantes nos vários países de receção. Podem igualmente existir apátridas que se encontram no seu próprio país, ou seja, encontram-se no país onde nasceram ou onde residem a longo prazo mas não têm a nacionalidade desse país.<sup>236</sup>

Propõem-se soluções simples para a situação exposta em segundo lugar. É aconselhado o reconhecimento de nacionalidade ou a naturalização destas pessoas de forma a acautelar a segurança e o respeito pelos direitos humanos. Contudo, existem contextos em que o vínculo a determinado país não é tão evidente, nestes casos há instrumentos específicos que devem estar disponíveis para resolver a situação, como mecanismos de determinação efetiva e estatutos de proteção que devem estar vigentes até à naturalização, entendida como a solução duradoura.<sup>237</sup>

---

<sup>232</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.22

<sup>233</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.22

<sup>234</sup> MOREIRA, Vital; GOMES, Carla Marcelino; *idem*; p.506

<sup>235</sup> MOREIRA, Vital; GOMES, Carla Marcelino; *idem*; p.506

<sup>236</sup> GYULAI, Gábor; **Country Information in Asylum Procedures - Quality as a Legal Requirement in the EU**; 1ª edição; Budapest; Hungarian Helsinki Committee; 2011; p.276

<sup>237</sup> GYULAI, Gábor; 2011; **Country...**; *idem*; p.276

### 2.1.2.2 Cláusulas de Exclusão

As Cláusulas de Exclusão, previstas no artigo inicial da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados, aplicam-se na fase subsequente da análise do pedido de asilo apenas depois de analisados e cumpridos os critérios de elegibilidade que anteriormente estudámos (previstos no artigo 1º A).<sup>238</sup>

Como nota prévia incumbe-nos esclarecer que o objetivo destas cláusulas é o de proteger o estatuto de refugiado de eventuais abusos e precaver contra a eventual impunibilidade de criminosos de guerra (não podemos olvidar o contexto pós-guerra em que a Convenção foi originalmente concebida).<sup>239</sup>

Podemos dividir as cláusulas de exclusão em três grupos distintos: no artigo 1º D encontramos os casos em os requerentes de asilo já beneficiam de uma proteção internacional; numa segunda referência estão as situações em os sujeitos não necessitam de proteção (artigo 1º E) e por fim, prevê-se a circunstância do requerente de asilo que é excluído da concessão do estatuto por não merecer usufruir dessa proteção (artigo 1º F).

#### a) Pessoas que já usufruem de proteção internacional

*“Artigo 1ºD*

*D. Esta Convenção não será aplicável às pessoas que actualmente beneficiam de protecção ou assistência da parte de um organismo ou instituição das Nações Unidas para os Refugiados.*

*Quando essa protecção ou assistência tiver cessado por qualquer razão sem que a sorte dessas pessoas tenha sido definitivamente resolvida, em conformidade com as resoluções respectivas aprovadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas, essas pessoas beneficiarão de pleno direito do regime desta Convenção.” (sublinhado nossos)*

Nos casos de que se ocupa o artigo 1º D existe já uma proteção internacional proporcionada por uma instituição internacional. Podemos encontrar aplicações práticas deste preceito remetendo para a Agência das Nações Unidas para a Reconstrução da Coreia ou para o Organismo de Obras Públicas e Socorro aos Refugiados da Palestina no Próximo Oriente (criado para o acorrer aos refugiados no Paquistão).<sup>240</sup>

<sup>238</sup> ABRAÃO, Carlos; *Refugiados... idem*; pp.152-153

<sup>239</sup> ABRAÃO, Carlos; **Refugiados...**; *idem*; p.166

<sup>240</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.30

Não é sem dúvidas que aceitamos esta exclusão que nos pode trazer alguma ambiguidade quanto à sua interpretação: devemos considerar apenas os refugiados que recebiam proteção ou assistência à data da entrada em vigor da Convenção ou devemos também incluir os descendentes daqueles refugiados palestinos que resultaram de eventos posteriores?<sup>241</sup>

Acolhemos o entendimento de que o artigo 1º D não deve ser interpretado restritivamente quanto ao reconhecimento dos refugiados palestinianos como um grupo,<sup>242</sup> mas deve sim, reconhecer que a proteção dada para determinado evento que continua automaticamente ao abrigo da Convenção.<sup>243</sup>

### **b) Pessoas que não necessitam de proteção internacional**

*“Artigo 1º E*

*Esta Convenção não será aplicável a qualquer pessoa que as autoridades competentes do país no qual estabeleceu residência considerem com os direitos e obrigações adstritos à posse da nacionalidade desse país.”(sublinhado nosso)*

O artigo 1º E existe para excluir as pessoas que não necessitam da proteção internacional, isto é, apesar de cumprirem todos os critérios de elegibilidade para usufruírem do estatuto de refugiado recebem já proteção de um país, que não o país de origem, não carecendo de proteção internacional.<sup>244</sup>

Esclarecendo, a cláusula refere-se a indivíduos que tenham residência, de forma permanente, num país e que apesar de não ser aí nacionais têm os seus direitos equiparados.<sup>245</sup>

### **c) Pessoas que não merecem proteção internacional**

*“Artigo 1º F*

*As disposições desta Convenção não serão aplicáveis às pessoas acerca das quais existam razões ponderosas para pensar:*

---

<sup>241</sup> ODELLO; Marco; **Il diritto dei rifugiati. Elementi di diritto internazionale, europeo e italiano**; Angeli Franco; 2013; p.103

<sup>242</sup> ODELLO, Marco; 2013; **Il diritto...**; *idem*; p.103

<sup>243</sup> ACNUR; *Manual...idem*;p.30

<sup>244</sup> ODELLO; Marco; 2013; **Il diritto...**; *idem*; pp.104-105

<sup>245</sup> ACNUR; *Manual...idem*; p.31

(a) *Que cometeram um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a Humanidade, segundo o significado dos instrumentos internacionais elaborados para prever disposições relativas a esses crimes;*

(b) *Que cometeram um grave crime de direito comum fora do país que deu guarida, antes de neste serem aceites refugiados;*

(c) *Que praticaram actos contrários aos objectivos e princípios das Nações Unidas.”*

No artigo 1º F são contemplados os casos em que ao requerente de asilo não é atribuído estatuto de refugiado por este não o *merecer*. Não podemos desassociar a conjuntura temporal em que a Convenção foi elaborada – esta exclusão só começou a ser prevista depois da IIª Guerra Mundial.<sup>246</sup> O certo é que a sociedade internacional pretendeu, através da Convenção de 1951, proteger aqueles que eram perseguidos *injustamente*.<sup>247</sup>

Mais recentemente, podemos denotar um crescente interesse no artigo 1º F, consequência do aumento de pedidos de asilo, mas também do interesse em processar criminosos internacionais. O aumento da aplicação desta cláusula é também evidente corolário dos progressos do direito penal internacional – a extradição para o *locus delicti* já não é a única forma de assegurar a responsabilização penal dos autores de determinado crime. Prova disso mesmo é a aplicação da afamada *jurisdição universal* que legitima as jurisdições internas a processarem os indivíduos pela prática de crimes fora do seu território nacional.<sup>248</sup>

O artigo 1º F está dividido em três alíneas (que percorreremos individualmente) que serão aplicadas desde que existam “razões ponderosas para pensar” que foram cometidos os atos nelas enumerados.<sup>249</sup> Isto significa que não se exige apresentação de nenhuma prova formal para que a exclusão tenha validade,<sup>250</sup> demonstrando igualmente a importância de uma aplicação cuidadosa e restritiva das cláusulas excludentes.<sup>251</sup>

---

<sup>246</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.31

<sup>247</sup> ABRAÃO, Carlos; 2010; **Refugiados...**; *idem*; p.155

<sup>248</sup> GILBERT, Geoff; *Current issues in the application of the exclusion clauses*; Cambridge: Cambridge University Press; 2003; disponível em: <http://www.refworld.org/docid/470a33ba0.html> (último acesso a 05/06/2015); pp.429 -430

<sup>249</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p..34

<sup>250</sup> *vide* HELLER, Kevin Jon; **What Happens to the Acquitted?** in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21; 2008; pp. 663-680; onde o autor problematiza as situações em que os indivíduos já foram julgados e absolvidos por um Tribunal Penal Internacional. HELLER denota, no entanto, que nessas situações a cláusula de exclusão patente no artigo 1º F ainda prevalece pois a absolvição é entendida como uma falha de prova por parte da acusação e não como comprovação da inocência do arguido e por isso ainda existem “razões sérias para pensar” que o agora requerente de asilo, praticou um dos atos enumerados no artigo 1º F.

<sup>251</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.34

- i. «cometeram crimes contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade» (alínea a)

Os critérios para definição destes crimes devem ser inferidos dos “*instrumentos internacionais elaborados para prever disposições relativas a esses crimes*”<sup>252</sup>. Os instrumentos devem ser tratados e convenções internacionais que qualifiquem o crime – v.g. o Acordo de Londres (1945), o Estatuto do Tribunal Militar Internacional, o Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional, entre outros.

Esta questão já foi levantada pela jurisprudência<sup>253</sup>: as partes questionavam a consistência das definições dos crimes nos vários instrumentos, comumente referidos pela doutrina, assim como a conciliação que deveria ser feita. BAGARIC e VRACHNAS defendem que o tribunal agiu corretamente ao aplicar a definição contida nos artigos 7º e 8º do Estatuto de Roma (ER). Para os autores, o Estatuto de Roma elaborado para o Tribunal Penal Internacional (TPI) traz definições já existentes no direito internacional costumeiro sendo assim o melhor instrumento para ter como base na aplicação da cláusula de exclusão da alínea a do artigo 1º F.<sup>254</sup>

Assim, devemos considerar como “*crimes contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade*” aqueles enumerados no artigo 5º do Estatuto de Roma para o TPI – o crime de genocídio (caracterizado no artigo 6º), os crimes contra a Humanidade (caracterizados no artigo 7º), os crimes de guerra (caracterizados no artigo 8º) e o crime de agressão.

O crime de agressão está contemplado através de um “regime” especial dentro do Estatuto de Roma. Ele apenas é referido na alínea d), n.º1, do artigo 5º e no seu n.º 2 que prevê que o TPI terá competência para julgar o crime de agressão na medida em que tal for definido nos termos dos artigos 121º a 123º do ER (que preveem as alterações aos Estatutos).

Na conferência de Kampala em 2010, foram negociadas alterações ao Estatuto de Roma que entrarão em vigor a 1 de janeiro de 2017, entre elas, o aditamento dos artigos sobre o crime de agressão os seus elementos e as condições de jurisdição do TPI.

O artigo 8 bis definirá o crime individual de agressão como:

---

<sup>252</sup> Artigo 1º F, alínea a) da Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto de Refugiado

<sup>253</sup> Atendemos aqui ao caso *SRYYY v. Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs* julgado pelo Tribunal Federal Australiano citado em BAGARIC, Mirko; VRACHNAS, John; **Migration and Refugee Law in Australia: Cases and Commentary**; pp. 366-368; disponível em <http://bit.ly/1AOHPD9>; (acesso a 10/07/2016)

<sup>254</sup> BAGARIC, Mirko; VRACHNAS, John; 2007; **Migration...; idem**; p. 367

«the individual crime of aggression as the planning, preparation, initiation or execution by a person in a leadership position of an act of aggression.»<sup>255</sup>

O ato de agressão será portanto definido como o uso de força armada por um Estado contra outro Estado sem justificação de legítima defesa ou autorização pelo Conselho de Segurança da ONU. Importa um limite mínimo: o ato de agressão deve constituir uma manifesta violação da CNU.

Considerando os elementos contidos nas definições do Estatuto de Roma – e a consequente densificação alcançada na jurisprudência do TPI - entendemos então que esta cláusula de exclusão afetará os sujeitos que estavam numa posição de liderança nos seus países de origem. Encontramos aqui aquela categoria de pessoas com poder para determinar uma agressão ou o início de uma guerra.<sup>256</sup>

ii. «cometeram crime grave de direito comum» (alínea b)

Aqui encontram-se excluídos os indivíduos que, antes de chegarem ao país de refúgio, cometeram crimes graves de direito comum.

O objetivo desta alínea excludente é tratar com justiça o refugiado que tenha cometido um crime comum de natureza menos grave (v.g. furto de automóvel como meio para atravessar a fronteira) ou um crime político.<sup>257</sup>

Importa, portanto definir o conceito de crime político. O ACNUR recomenda ao aplicador<sup>258</sup> que se considere tanto a natureza como a finalidade do crime: para que seja um crime político o ato ilícito deve ter sido cometido por razões genuinamente políticas sem qualquer interesse pessoal ou repercussões para proveito próprio.<sup>259</sup> Deve, ao mesmo tempo, existir nexo de causalidade entre o crime cometido e os propósitos e objetivos invocados. O elemento político da infração deve prevalecer sobre a sua natureza delituosa, isto é, é difícil aceitar a natureza política do crime se o caso envolver atos atrozes.<sup>260</sup>

---

<sup>255</sup> **Resolution RC/Res.6 - Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court on the crime of aggression** disponível em: [http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf) (acesso a 10/07/2016)

<sup>256</sup> GILBERT, Geoff; 2003; **Current Issues...**; *idem*; pp.433-435

<sup>257</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.32

<sup>258</sup> O Manual do ACNUR, no qual nos apoiamos, é utilizado pelos profissionais a quem compete analisar os pedidos de asilo nos respetivos países recetores.

<sup>259</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.32

<sup>260</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p..32

O crime comum grave é difícil de definir estando dependente das diferentes conotações existentes nos vários sistemas legais. Amparamo-nos, contudo, de um ponto comum: a pena deve ser significativa quando considerada na legislação do país em causa.<sup>261</sup>

No momento de avaliar a natureza do crime todos os fatores relevantes devem ser considerados – as circunstâncias agravantes, as circunstâncias atenuantes, a pena já cumprida ou o benefício do sujeito por indulto ou amnistia.<sup>262</sup>

GILBERT coloca pertinentes questões sobre a relação desta alínea com as normas de extradição em vigor.<sup>263</sup> Há autores que defendem, com base na análise dos *travaux préparatoires* da Convenção de 1951, que esta cláusula só se poderia aplicar nos casos em que os sujeitos ainda não tivessem sido arguidos num processo-crime, sendo assim considerados “*extraditáveis*”. Não podemos aceitar este entendimento, desde logo porque o artigo 1º F (b) pode ser aplicado quando uma pessoa tiver sido condenada por um crime grave e já cumpriu a sentença, como depreendemos pela interpretação literal da norma.

O autor entende que se os redatores quisessem associar a cláusula à extradição o teriam feito de forma evidente, depreendemos, portanto, que não se pode entender uma ligação direta entre o artigo 1º F (b) e a extradição.<sup>264</sup>

Numa última nota atinente à aplicação da norma é a necessidade de equilíbrio que se deve procurar “*entre a natureza da infração supostamente cometida pelo requerente e o grau da perseguição temida*”.<sup>265</sup>

*«Se uma pessoa tem fundado temor de vir a sofrer grave perseguição, por exemplo, que ponha em perigo a sua vida ou liberdade o crime cometido terá que ser muito grave para justificar a incidência da cláusula de exclusão. Se a perseguição temida não é tão grave, será necessário considerar a natureza do crime ou crimes que, presumivelmente, ele tenha cometido para, somente então, determinar se o solicitante não é, na realidade, um fugitivo da justiça ou se a sua conduta criminosa não se sobrepõe à sua condição de refugiado de boa fé.» (sublinhados nossos)*<sup>266</sup>

---

<sup>261</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.33

<sup>262</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p..33

<sup>263</sup> GILBERT, Geoff; 2003; **Current Issues...**; *idem*; pp.447-449

<sup>264</sup> GILBERT, Geoff; 2003; **Current Issues...**; *idem*; p. 448

<sup>265</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.33 §156

<sup>266</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.33

Quando os acordos de extradição dão a possibilidade, a determinado Estado, de escolher entre julgar ou extraditar o indivíduo, a opção pelo julgamento penal no seu território implica a concessão do direito de asilo.<sup>267</sup>

iii. «cometeram atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas»

Esta cláusula vai abarcar os atos não abrangidos pelas alíneas anteriores. Sabemos que os crimes contra a paz, contra a humanidade e os crimes de guerra são atos contrários aos objetivos e princípios da ONU.<sup>268</sup>

Os objetivos e princípios das Nações Unidas estão expostos nos dois primeiros artigos da Carta das Nações Unidas e no seu preâmbulo. Exige-se, contudo, que o requerente de asilo seja culpado dessas ações.<sup>269</sup> Dizemos “culpado” adotando a expressão GILBERT, no entanto, o mesmo alerta-nos para o facto de que os princípios e objetivos da ONU nem sempre levarem à responsabilização criminal individual de um indivíduo. Sugere-se, na doutrina, que o objetivo dos relatores da Convenção seria o de abarcar aqui as violações de direitos humanos que não caberiam no rol de crimes contra a humanidade.<sup>270</sup>

Há perigo na aplicação desta alínea pela imprecisão do seu texto, o que poderá levar a indeferimentos sem fundada justificação de pedidos de asilo por parte dos Estados.<sup>271</sup>

Em paralelo com a imprecisão dos atos que possam constar no rol desta alínea, surge a problemática do âmbito subjetivo de aplicação da alínea. A Carta das Nações Unidas aplica-se aos Estados e se assim o tivermos como certo uma violação dos objetivos e princípios das Nações Unidas só poderá ser praticado por quem tiver uma posição hierarquicamente superior no aparelho governativo para a praticar.<sup>272</sup>

A Resolução 1377 do Conselho de Segurança da ONU, aprovada a 12 de novembro de 2001, num claro contexto de combate ao terrorismo pós 11 de setembro, insta os Estados para que neguem refúgio a terroristas.<sup>273</sup> Os atos terroristas são, sem sombra de dúvida, atos

---

<sup>267</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.34

<sup>268</sup> ABRAÃO, Carlos; 2010; **Refugiados...**; *idem*; p.162

<sup>269</sup> GILBERT, Geoff; **Current Issues in the application of the exclusion clauses** in (ed.) FELLER, Erika; TÜRK, Voljer; NICHOLSON, Frances; *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*; 1ª edição; Cambridge; Cambridge University Press; 2003; p.455

<sup>270</sup> GILBERT, Geoff; 2003; **Current Issues...**; *idem*; p.455

<sup>271</sup> GILBERT, Geoff; 2003; **Current Issues...**; *idem*; p.455-456

<sup>272</sup> GILBERT, Geoff; 2003; **Current Issues...**; *idem*; p.456

<sup>273</sup> GILBERT, Geoff; 2003; **Current Issues...**; *idem*; p.456

contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas e por isso esta Resolução do Conselho de Segurança vem apenas reafirmar a legitimidade de aplicação da alínea c) do artigo 1º F da Convenção no caso do requerente de asilo estar envolvido em atos terroristas. Nesta linha de argumentação, é manifesto que a norma se aplicará a indivíduos particulares em nada relacionados com os órgãos governativos de um Estado.<sup>274</sup>

Em suma, estamos perante uma cláusula excessivamente vaga que proporcionará o uso abusivo por parte dos Estados. Considerando que o artigo 1º F, alínea c) se consubstancia numa limitação do direito fundamental ao asilo deve sempre procurar-se uma interpretação restritiva da mesma. Concordamos com GILBERT defendendo um âmbito subjetivo limitado apenas àqueles com altas responsabilidades no Estado que poderão ser protagonistas de atos contrários aos objetivos e princípios constantes na Carta das Nações Unidas.<sup>275</sup>

### 2.1.2.3 Cláusula de Cessação

Nos últimos anos temos vindo a assistir a um incremento no interesse pela aplicação das cláusulas de cessação do estatuto de refugiado. Este tem sido entendido como uma consequência de várias circunstâncias: a democratização em países até então sob égide de regime ditatorial, a preocupação em não transformar o asilo num meio facilitador da imigração clandestina, as tentativas de utilização da proteção temporária como forma de lidar com grandes fluxos migratórios, a pressão da utilização da repatriação voluntária como forma definitiva de lidar com a deslocação das populações, o desenvolvimento de parâmetros que caracterizam as situações de efetiva voluntariedade na repatriação, a frustração dos Estados relativamente a emergências prolongadas no que toca a refugiados e por fim, o dilema que subjaz ao regresso dos refugiados perante situações de conflito, perigo ou instabilidade no seu país de origem.<sup>276</sup>

Podemos encontrar a Cláusula de Cessação do Estatuto de Refugiado no artigo 1º C da Convenção de Genebra:

*“Esta Convenção, nos casos mencionados a seguir, deixará de ser aplicável a qualquer pessoa abrangida pelas disposições da secção A acima:*

---

<sup>274</sup> GILBERT, Geoff; 2003; *Current Issues...*; *idem*; p.457

<sup>275</sup> GILBERT, Geoff; 2003; *Current Issues...*; *idem*; p. 457

<sup>276</sup> FITZPATRICK, Joan; BONOAN, Rafael; *Cessation of refugee protection in* (ed.) FELLER, Erika; TÜRK, Voljër; NICHOLSON, Frances; *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*; 1ª edição; Cambridge; Cambridge University Press; 2003; p.492

*(1) Se voluntariamente voltar a pedir a protecção do país de que tem a nacionalidade; ou*

*(2) Se, tendo perdido a nacionalidade, a tiver recuperado voluntariamente; ou*

*(3) Se adquiriu nova nacionalidade e goza da protecção do país de que adquiriu a nacionalidade; ou*

*(4) Se voltou voluntariamente a instalar-se no país que deixou ou fora do qual ficou com receio de ser perseguido; ou*

*(5) Se, tendo deixado de existir as circunstâncias em consequência das quais foi considerada refugiada já não puder continuar a recusar pedir a protecção do país de que tem a nacionalidade;*

*Entendendo-se, contudo, que as disposições do presente parágrafo se não aplicarão a nenhum refugiado abrangido pelo parágrafo (1) da secção A do presente artigo que possa invocar, para se recusar a pedir a protecção do país de que tem a nacionalidade, razões imperiosas relacionadas com perseguições anteriores;*

*(6) Tratando-se de uma pessoa que não tenha nacionalidade, se, tendo deixado de existir as circunstâncias em consequência das quais foi considerada refugiada, está em condições de voltar ao país no qual tinha a residência habitual;*

*Entendendo-se, contudo, que as disposições do presente parágrafo se não aplicarão a nenhum refugiado abrangido pelo parágrafo (1) da secção A do presente artigo que possa invocar, para se recusar a voltar ao país no qual tinha a residência habitual, razões imperiosas relacionadas com perseguições anteriores.”*

Há, desde logo, duas razões-base de que nos podemos socorrer de forma a agilmente interpretarmos a norma: as primeiras quatro cláusulas de cessação baseiam-se na vontade própria do refugiado<sup>277</sup> enquanto as duas últimas têm por base uma alteração das circunstâncias que fundamentaram, na sua fase inicial, o pedido de asilo.<sup>278</sup>

A distinção deve ser sublinhada entre a cessação do estatuto de refugiado e a anulação do estatuto de refugiado. Este último relaciona-se com o facto do pedido de asilo ter sido

---

<sup>277</sup> European Council on Refugees and Exiles (ECRE); European Legal Network on Asylum (ELENA); **Background Paper for the International Course on the Application of Article 1C and Article 1F of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees**; Dinamarca; European Council on Refugees and Exiles; 2003; p.48

<sup>278</sup> ODELLO, Marco; **Il diritto dei rifugiati. Elementi di diritto internazionale, europeo e italiano**; 1ª edição; Angeli Franco; 2013; p.127

analisado com base em circunstâncias errôneas, *e.g.*, se o requerente tinha outra nacionalidade que era desconhecida no procedimento ou se os factos concretos alegados nos procedimentos não correspondiam à realidade.<sup>279</sup> Dá-se portanto a anulação do estatuto de refugiado quando este não deveria ter sido concedido de todo ao requerente, o que se apresenta claramente distinto das situações em que se aplicam as cláusulas de cessação.

As cláusulas de cessação têm caráter negativo e são taxativas devendo por isso, ser interpretadas de forma restritiva.<sup>280</sup> Apenas devem ser aplicadas se consequentemente se alcançar uma situação efetiva, ou seja, o estatuto de refugiado não deve cessar se isso significar que o indivíduo ficará numa situação de incerteza.<sup>281</sup>

#### a) Alteração das circunstâncias pessoais do refugiado

Quanto às cláusulas de cessação que são dependentes da vontade do refugiado, podemos encontrar três elementos:

*“(a) voluntariedade: o refugiado deve agir voluntariamente;*

*(b) intenção: o refugiado deve querer, com a sua atuação, voltar a valer-se da proteção do país da sua nacionalidade;*

*(c) proteção efetiva: o refugiado deve efetivamente obter tal proteção”<sup>282</sup>*

Sobre estes elementos podemos inferir algumas conclusões de que nos dá conta o Manual do ACNUR. Se o elemento de voluntariedade não existir, o refugiado não perde o seu estatuto,

*“se ele receber instruções de uma autoridade, por exemplo, do seu país de residência, para praticar, contra a sua vontade, um ato que poderia ser interpretado como um desejo de valer-se da proteção do país da sua nacionalidade (como solicitar um passaporte nacional ao seu Consulado), não deixará de ser considerado um refugiado apenas por obedecer a essas instruções.”<sup>283</sup>*

Uma renovação do passaporte, apesar de poder significar uma renovação do vínculo do indivíduo com o seu país de origem ou de uma intenção, nem sempre o é. Com ausência de prova em contrário existe a presunção de que o refugiado tem intenção de voltar ao seu

---

<sup>279</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.25

<sup>280</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.25

<sup>281</sup> ECRE; ELENA; 2003; **Background Paper...**; *idem*; p.52

<sup>282</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; pp.25-26

<sup>283</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.26, §120

país de origem.<sup>284</sup> A análise destas situações deve ser feita de acordo com os elementos referidos e claro, através do testemunho do refugiado pois tal é imprescindível para que se possa analisar a voluntariedade e a intenção necessárias para a cessação.<sup>285</sup> Estas medidas devem ser implementadas com rigor de modo a que as cláusulas de cessação não se transformem em armadilhas para os incautos ou em penalizações para aqueles que agem com ingenuidade.<sup>286</sup>

Ainda quanto a esta presunção formada aquando da obtenção de um passaporte ou de uma autorização de entrada no país de origem, ela cairá quando o passaporte não seja suficiente para o regresso em conformidade ao país de origem.<sup>287</sup>

Questionamos aqui, a par com FITZPATRICK e BONOAN, se deverá aplicar-se nestes casos uma presunção se existe um desconhecimento fáctico de uma disponibilidade de proteção nacional efetiva por parte do país de origem, apesar da emissão de passaporte ou autorização de entrada.<sup>288</sup> Para que haja fruição da relação de cidadania com o Estado, o refugiado deve, não só agir em conformidade, mas efetivamente receber essa proteção.<sup>289</sup> Parece-nos que a análise individual e casuísta se torna imperiosa na aplicação destas cláusulas de cessação, tal como defende o ACNUR.<sup>290</sup>

Nas situações questionáveis em que o refugiado faz visitas de curta duração ao seu país de origem, os Estados têm vindo a adotar que exista esta intenção de voltar a usufruir da proteção do país, é também necessária cautela na aplicação da presunção.<sup>291</sup> O refugiado tem, aos olhos dos tratados internacionais de direitos humanos, o direito de regressar ao país de origem, mas esta possibilidade não deve ser uma obrigação ou imposição feita pelos países de receção, é um direito individual.<sup>292</sup>

A possibilidade de cessação do estatuto de refugiado surge no caso de aquisição de nacionalidade. Compete-nos distinguir quando a aquisição de nacionalidade é provocada por imposição da lei ou quando se trata de uma reaquisição voluntária.<sup>293</sup> Quando a lei prevê a

---

<sup>284</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.26

<sup>285</sup> FITZPATRICK, Joan; BONOAN, Rafael; 2003; **Cessation...**; *idem*; p.524

<sup>286</sup> FITZPATRICK, Joan; BONOAN, Rafael; 2003; **Cessation...**; *idem*; p.525

<sup>287</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.26

<sup>288</sup> FITZPATRICK, Joan; BONOAN, Rafael; 2003; **Cessation...**; *idem*; p.526

<sup>289</sup> ODELLO, Marco; 2013; **Il diritto...**; *idem*; p.126

<sup>290</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.27

<sup>291</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.27

<sup>292</sup> FITZPATRICK, Joan; BONOAN, Rafael; 2003; **Cessation...**; *idem*; p.526

<sup>293</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.27

aquisição de nacionalidade sujeita a oposição por parte do indivíduo e este, tendo pleno conhecimento e consciência das circunstâncias, não se opuser, estamos perante uma reacquirição voluntária da nacionalidade que poderá resultar na cessação do estatuto.<sup>294</sup>

O parágrafo (3) do artigo 1º C prevê a cessação do estatuto quando há aquisição de uma nova nacionalidade. Normalmente, e por isso pugna o artigo 34º da Convenção de Genebra<sup>295</sup>, trata-se da aquisição da nacionalidade do país de asilo. Se não for esse o caso, o estatuto cessará de igual forma pois já não existe necessidade de uma proteção internacional.<sup>296</sup>

Por fim, o parágrafo (4) do artigo 1º C contempla a possibilidade de um restabelecimento no país que o refugiado teria inicialmente abandonado. Esta norma aplicar-se-á tanto a refugiados com nacionalidade como a refugiados apátridas e presume um “restabelecimento voluntário”, *i.e.*,

*“Isso deve ser entendido como o regresso ao país de sua nacionalidade ou da sua residência habitual anterior com o objetivo de residir permanentemente. Uma visita temporária de um refugiado ao seu país de origem, sem um passaporte nacional, com um documento de viagem emitido pelo seu país de residência, não constitui “voltar a estabelecer-se” e não significa a perda da condição de refugiado no âmbito presente da cláusula.”*<sup>297</sup>

Facilmente podemos entender fundamento nesta cláusula de cessação. Se o refugiado regressa ao seu país de origem finda o cumprimento dos critérios de inclusão previstos no artigo 1º A, desde logo pelo facto de o indivíduo já não se encontrar fora do seu país de nacionalidade ou de residência habitual (no caso dos apátridas).<sup>298</sup>

No rigor da preservação da segurança do refugiado, o preceito exige prova de que o regresso foi, de facto, voluntário procurando que exista uma (re)filiação subjetiva e uma presença objetiva duradoura.<sup>299</sup>

## **b) Alteração das circunstâncias no país de origem**

---

<sup>294</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.27

<sup>295</sup> Artigo 34º da Convenção de Genebra – “Naturalização - Os Estados Contratantes facilitarão, em toda a medida do possível, a assimilação e naturalização dos refugiados. Esforçar-se-ão em especial por apressar o processo de naturalização e por diminuir, em toda a medida do possível, as taxas e encargos desse processo.”

<sup>296</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p. 27

<sup>297</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p. 28, §134

<sup>298</sup> FITZPATRICK, Joan; BONOAN, Rafael; 2003; **Cessation...**; *idem*; p.528

<sup>299</sup> FITZPATRICK, Joan; BONOAN, Rafael; 2003; **Cessation...**; *idem*; p.529

Quando tratamos a aplicação das cláusulas de cessação previstas nos parágrafos (5) e (6) do artigo 1º C da Convenção de Genebra, que se baseiam na alteração das circunstâncias no país de origem que fundamentaram o pedido de asilo, há várias considerações relevantes a refletir.

Primeiramente, devemos referir que os Estado têm, aos olhos da Convenção de Genebra, legitimidade para invocarem e aplicarem esta cláusula relativamente a refugiados a quem providenciam asilo.<sup>300</sup> De acordo com o artigo 35º da mesma Convenção, na implementação destas cláusulas o ACNUR tem um papel de supervisão e cooperação com os Estados-Parte.<sup>301</sup>

Depois, quanto à interpretação destas duas cláusulas de cessação, as diretrizes provenientes do ACNUR, advertem-nos para o entendimento da expressão “*circunstâncias*” como alterações fundamentais que devem ocorrer no país de origem, *i. e.*, alterações que removerão, presumivelmente, o fundamento do temor de perseguição que baseia qualquer pedido de asilo. No entanto, a análise destas alterações não deve ser tão frequente que prejudique o sentimento de segurança do refugiado.<sup>302</sup>

Para a análise destas “*circunstâncias*” os Estados e o ACNUR desenvolveram uma lista de critérios e conceitos para a correta determinação da existência das mesmas de forma a justificarem a aplicação das cláusulas de cessação dos parágrafos (5) e (6) do artigo 1º C. O enfoque destes critérios prende-se com a extensão e durabilidade dos desenvolvimentos a nível societário e político, no país de origem, que resultem numa verdadeira alteração.<sup>303</sup>

A Comissão Executiva do ACNUR<sup>304</sup> define, na sua Conclusão nº 69 que na aplicação de cláusulas de cessação:

*“States must carefully assess the fundamental character of the changes in the country of nationality or origin, including the general human rights situation, as well as the particular cause of fear of persecution, in order to make sure*

---

<sup>300</sup> ODELLO, Marco; 2013; **Il diritto...**; *idem*; p.129

<sup>301</sup> FITZPATRICK, Joan; BONOAN, Rafael; 2003; **Cessation...**; *idem*; p.495

<sup>302</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.25

<sup>303</sup> FITZPATRICK, Joan; BONOAN, Rafael; 2003; **Cessation...**; *idem*; p.495

<sup>304</sup> A Comissão Executiva do ACNUR ou *Executive Committee of the High Commissioner's Programme* é um dos órgãos governativos do ACNUR: “*UNHCR's governing ExCom meets in Geneva annually to review and approve the agency's programmes and budget, advise on international protection and discuss a wide range of other issues with UNHCR and its intergovernmental and non-governmental partners. ExCom's Standing Committee meets several times each year to carry on the body's work between plenary sessions.*” in <http://www.unhcr.org/pages/49c3646c83.html> (acesso 10/07/2016)

*in an objective and verifiable way that the situation which justified the granting of refugee status has ceased to exist*”<sup>305</sup>

É, portanto, necessária uma completa transformação política no país de origem para que o Estado de Asilo possa acionar a cláusula geral de cessação do estatuto de refugiado. Essas transformações podem ter várias manifestações ao nível político – através da rejeição de legislação opressiva, da realização de eleições democráticas, da declaração de amnistias ou do desmantelamento de serviços de segurança opressiva – mas devem ter um caráter efetivo.<sup>306</sup> Devem ser alterações estáveis, duradouras e consolidadas.<sup>307</sup> Ou seja, enquanto existir risco da situação regredir voltando à conjuntura inicial - aquela que deu mote à busca de asilo por parte do refugiado - o estatuto do refugiado não pode cessar por iniciativa do país de recepção.

Existem três tipos de situação em que estas alterações têm propensão para ocorrer: a autodeterminação de um Estado, o sucesso no processo de transição para uma democracia e a resolução de um conflito civil.<sup>308</sup>

As cláusulas de cessação não são muito empregadas pelos países de asilo por várias razões. Em primeiro lugar, há disponibilidade de soluções alternativas como a repatriação voluntária; depois, a alteração das circunstâncias no país de origem é difícil de determinar.<sup>309</sup>

O procedimento necessário para que se possam invocar estas cláusulas deve passar por três fases, uma primeira de consulta ao país de origem; a segunda de realização de uma avaliação isenta, para que se compreenda o contexto sociopolítico e económico vivido no país de origem. A última fase consubstancia-se de um despacho administrativo de um memorando que declare a aplicação dos artigos 1º C (5) e (6) aos refugiados originários do país em questão.<sup>310</sup>

Aplicar a cessação do estatuto de refugiado não significa necessariamente a repatriação do refugiado, *i.e.*, o refugiado poderá permanecer no país de asilo sob outro estatuto legal.<sup>311</sup>

---

<sup>305</sup> Executive Committee Conclusion 69 (XLIII) disponível em: <http://www.unhcr.org/3ae68c431c.html> (acesso 10/07/2016)

<sup>306</sup> FITZPATRICK, Joan; BONOAN, Rafael; 2003; *Cessation...*; *idem*; p.495

<sup>307</sup> FITZPATRICK, Joan; BONOAN, Rafael; 2003; *Cessation...*; *idem*; p.496

<sup>308</sup> FITZPATRICK, Joan; BONOAN, Rafael; 2003; *Cessation...*; *idem*; p.501

<sup>309</sup> FITZPATRICK, Joan; BONOAN, Rafael; 2003; *Cessation...*; *idem*; p.501

<sup>310</sup> FITZPATRICK, Joan; BONOAN, Rafael; 2003; *Cessation...*; *idem*; p.503

<sup>311</sup> FITZPATRICK, Joan; BONOAN, Rafael; 2003; *Cessation...*; *idem*; p.512

Quando os Estados se fazem valer deste instrumento, o objetivo basta-se, na maioria das vezes, por uma transferência administrativa de responsabilidade pelo refugiado de um governo para outro. Pode também ter como objetivo a aceleração da determinação de estatuto para novos requerentes de asilo provenientes desse país de origem.<sup>312</sup>

O artigo 1º C foi incorporado em algumas leis dos Estados-Parte da Convenção, no entanto, algumas destas transposições combinam os casos de cessação com a revogação ou anulação do estatuto de refugiado, ou com a exclusão prevista no artigo 1º F, ou com a expulsão prevista no artigo 33º, número 2 que se dedica às exceções ao princípio do *non-refoulement*<sup>313</sup> ou não repulsão.<sup>314</sup>

Como anteriormente referimos, nem sempre a aplicação das cláusulas de cessação leva a uma automática ordem de repatriação do refugiado. Para além da possibilidade do indivíduo poder permanecer no Estado sob égide de um distinto estatuto legal, surgem em paralelo outras situações que se identificam como exceções às cláusulas de cessação baseadas na alteração de circunstâncias no país de origem.<sup>315</sup>

As cláusulas em análise apenas se aplicam quando seja possível garantir que as alterações fundamentais que se fizeram sentir no país de origem são suficientes para extinguir o temor de perseguição alegado pelos requerentes de asilo aquando da sua chegada. Não obstante, existirão sempre indivíduos cujo risco de perseguição de que eram alvo persiste apesar das transformações que se deram. Quanto a estes, não cessará o estatuto convencional de refugiado.<sup>316</sup>

O mesmo acontecerá quando os sujeitos tenham “*compelling reasons*” que advêm de situações de perseguição anteriores e que não deixam lugar à cessação do estatuto.<sup>317</sup> Nestes casos, a permanência do estatuto de refugiado nem sempre é a melhor solução, apesar de ser a que melhor se conjuga com a Convenção.<sup>318</sup>

Aos olhos da maioria das leis nacionais, o sujeito sobre o qual cessa o estatuto de refugiado, encontra-se apto para regressar ao seu país de origem. Apesar disso, e como já

---

<sup>312</sup> FITZPATRICK, Joan; BONOAN, Rafael; 2003; **Cessation...**; *idem*; p.513

<sup>313</sup> Utilizaremos a expressão “*non-refoulement*” no original francês a par da expressão portuguesa “não repulsão” adotada em MOREIRA, Vital; GOMES, Carla Marcelino; 2014; **Compreender os Direitos...**; *idem*; p. 507

<sup>314</sup> FITZPATRICK, Joan; BONOAN, Rafael; 2003; **Cessation...**; *idem*; p.513

<sup>315</sup> FITZPATRICK, Joan; BONOAN, Rafael; 2003; **Cessation...**; *idem*; p.517

<sup>316</sup> FITZPATRICK, Joan; BONOAN, Rafael; 2003; **Cessation...**; *idem*; p.517

<sup>317</sup> FITZPATRICK, Joan; BONOAN, Rafael; 2003; **Cessation...**; *idem*; p.517

<sup>318</sup> FITZPATRICK, Joan; BONOAN, Rafael; 2003; **Cessation...**; *idem*; p.518

vimos, existem outros instrumentos internacionais de direitos humanos que podem condicionar o regresso desses indivíduos. Os Estados de Asilo têm aqui a responsabilidade de proporcionar a permanência destas pessoas no seu território, de preferência com um estatuto legal, podendo ou não ser o estatuto convencional de refugiado.<sup>319</sup>

A última exceção que podemos contemplar será encontrada na lei dos próprios países de receção. Por vezes os Estados incluem na sua legislação justificações de cariz humanitário que podem fundamentar requerimentos de asilo que, tendo em conta apenas a definição contemplada no artigo 1ºA da Convenção de 1951, não seriam diferidos. Assim, grupos especialmente vulneráveis, pessoas com laços familiares no país de asilo ou indivíduos que ficariam economicamente vulneráveis se sujeitos ao retorno serão imunes a uma cessação do estatuto patrocinada pelo Estado de asilo.<sup>320</sup>

#### 2.1.2.4 *As alterações do Protocolo Adicional de 1967*

A Convenção de Genebra de 1951 foi redigida num contexto pós 2ª-Guerra Mundial e rapidamente se tornou desatualizada. Em 1967, em Nova Iorque foi adotado o Protocolo Adicional à Convenção com o objetivo de dar resposta às situações de refugiados que foram emergindo.

A definição contida na Convenção de 1951 restringia cronológica e geograficamente o escopo de aplicação do estatuto previsto na Convenção. Com o Protocolo em 1967, as limitações geográficas foram retiradas, preservando as exceções declaradas anteriormente pelos Estados.

É também em razão deste Protocolo que é enfatizada a necessidade de cooperação entre os Estados-Parte e o ACNUR no que toca à implementação da Convenção e ao dever de monitorização do órgão das Nações Unidas. O Protocolo prevê expressamente a substância desta cooperação que deve ser feita através da transmissão de informações e dados estatísticos por parte dos Estados-Parte sobre a condição dos refugiados, a aplicação do Protocolo e da Convenção e sobre todas os instrumentos legislativos ou regulatórios que sejam emitidos sobre esta temática.<sup>321</sup>

---

<sup>319</sup> FITZPATRICK, Joan; BONOAN, Rafael; 2003; **Cessation...**; *idem*; p.518

<sup>320</sup> FITZPATRICK, Joan; BONOAN, Rafael; 2003; **Cessation...**; *idem*; p.518

<sup>321</sup> MOREIRA, Vital; GOMES, Carla Marcelino; 2014; **Comprender os Direitos...**; *idem*; p. 511

Os termos de adesão ao Protocolo estão previstos no artigo V que não restringem a adesão a não-membros da Convenção de Genebra. Esta política resultou na consequente adesão de 146 Estados ao Protocolo, mas de apenas 145 à Convenção de 1951 (são 142 os Estados- Parte de ambos os instrumentos).<sup>322</sup>

Quanto a eventuais questões judiciais sobre a interpretação ou aplicação do Protocolo entre os Estados, estas caberão na jurisdição do Tribunal Internacional de Justiça, à semelhança do previsto no artigo 38º da Convenção.<sup>323</sup>

Numa última observação podemos concluir que o Protocolo chega como uma mui necessária atualização à Convenção de 1951 que, pelas alterações que foram ocorrendo nos organismos de direito internacional ao longo do tempo, a transformou num documento redigido num momento histórico muito específico e que deve ser atualizado para que seja um instrumento legal que seja capaz de responder aos problemas hodiernos.<sup>324</sup>

#### 2.1.2.5 ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (breve referência)

Esta organização humanitária global e não-política com um mandato específico da Assembleia Geral das Nações Unidas para providenciar proteção aos refugiados e procurando soluções para essa situação em conjunto com os governos.<sup>325</sup>

O mandato do ACNUR inclui a supervisão da aplicação das Convenções Internacionais sobre a Proteção dos Refugiados. Essa supervisão consubstancia-se num conjunto de medidas que incluem a proteção de diretrizes legais e políticas e de posições intervindo como *amicus curiae* nos tribunais nacionais e internacionais, envolvendo-se com os governos através de métodos diplomáticos, monitorizar a implementação de obrigações dos tratados nos Estados.<sup>326</sup>

Como referido, com o Protocolo Adicional à Convenção em 1967, os Estados-Parte têm o dever de cooperar com o ACNUR no exercício das suas funções e de informar a organização sobre as suas normas diretamente relacionadas com refugiados.<sup>327</sup>

---

<sup>322</sup> Dados confirmados a 10/07/2016 em: <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b73b0d63.pdf>

<sup>323</sup> Artigo IV do Protocolo Anexo à Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto de Refugiado

<sup>324</sup> EDWARDS, Alice; **Age and gender dimensions in international refugee law** in FELLER, Erika; TÜRK, Volker; NICHOLSON, Frances; *Refugee Protection in International Law*; 1ª edição; Cambridge; Cambridge University Press; 2003; p.46

<sup>325</sup> EDWARDS, Alice; 2013; **International...**; *idem*; p.514

<sup>326</sup> EDWARDS, Alice; 2013; **International...**; *idem*; p.515

<sup>327</sup> EDWARDS, Alice; 2013; **International...**; *idem*; p.515

### 2.1.3 O Princípio do *non-refoulement*

O direito à proteção contra a expulsão ou devolução forçada (*non-refoulement*) está previsto no artigo 33º da Convenção de 1951 sobre o Estatuto de Refugiados:

*“Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou sua liberdade sejam ameaçadas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas.”*

Desde logo, a Convenção não permite reservas a este artigo<sup>328</sup> o que revela a essencialidade deste direito para a proteção dos refugiados estatutários. Todos os indivíduos que preenchem os critérios do artigo 1ºA são titulares deste direito, ademais incluem-se aqui os refugiados que no momento estejam a aguardar decisão sobre o seu pedido de asilo.<sup>329</sup>

Existem algumas divergências na interpretação do princípio que têm a sua génese na conferência embrionária da Convenção em 1951, que tocam duas questões distintas. Num primeiro momento procura-se esclarecer se o artigo 33º se aplica extraterritorialmente, ou seja, quando se trate de indivíduos que ainda não atravessaram a fronteira física do Estado de receção.

Neste contexto surgem duas posições distintas. Em 2007, o “Advisory Opinion” do ACNUR fez entender que um ato de *refoulement* poderia incluir expulsão, extradição, deportação, remoção, transferência informal, rendição, rejeição ou não-admissão na fronteira. Esta perspetiva foi igualmente confirmada por outros instrumentos de direito internacional como a Convenção da Organização da União Africana, a Resolução (67)14 do Conselho de Ministros da Conselho da Europa sobre asilo para pessoas em perigo de perseguição, os Princípios relativos ao Tratamento de Refugiados adotados pelo Comité Jurídico Consultivo Afro-Asiático, várias conclusões do Comité Executivo do ACNUR e legislação europeia.<sup>330</sup>

---

<sup>328</sup> Vide artigo 42º da Convenção de 1951 – “No momento da assinatura, ratificação ou adesão, qualquer Estado poderá formular reservas aos artigos da Convenção que não os artigos 1, 3, 4, 16 (1), 33, 36 a 46, inclusive.”

<sup>329</sup> HURWITZ, Ágnes; **The collective responsibility of states to protect refugees**; 1ª edição; Oxford; Oxford University Press; 2009; pp.174-175

<sup>330</sup> HURWITZ, Ágnes; 2009; **The collective...**; *idem*; p. 176

Contudo, não foi esta a perspectiva em vista durante os trabalhos preparatórios da Convenção em 1951. Para o representante suíço o artigo 33º apenas seria aplicado para aqueles que se encontrassem já dentro do território do Estado, numa situação de migração em massa, nada referindo sobre a aplicação do preceito fora desse contexto. A preocupação do representante dos Países Baixos, por outro lado, focava-se numa interpretação que poderia implicar uma obrigação de concessão de entrada a todos os que pretendessem, contextualizando-se igualmente numa situação de migração em massa.<sup>331</sup>

Ainda em 1992, a decisão do *Supreme Court* dos Estados Unidos da América sobre o caso *Sale vs. Haitian Centers Council, Inc et al.*<sup>332</sup> veio pronunciar-se sobre a situação de barcos haitianos com refugiados e imigrantes a bordo que foram interceptados em alto-mar pelas autoridades americanas. O Tribunal decidiu, não unanimemente e apoiando-se maioritariamente em legislação doméstica, que o artigo 33º da Convenção sobre o Estatuto de Refugiados não se aplicaria extraterritorialmente, considerando que o alto-mar não seria território americano. Esta decisão foi fortemente criticada.<sup>333</sup>

O certo é que ao interceptar a embarcação em alto-mar não houve distinção entre os refugiados e os migrantes económicos a bordo. Consequentemente, a ação dos Estados Unidos permitiu que os haitianos que procuravam asilo continuassem a ser torturados, vítimas de detenções arbitrárias e outras formas de perseguição.<sup>334</sup>

Concluimos, portanto que, há data da redação da norma, não terá existido consenso na interpretação e aplicação prática do mesmo<sup>335</sup> o que levou a interpretações discricionárias de tribunais domésticos com consequências práticas na efetivação de direitos humanos.

Mais recentemente, a aplicação extraterritorial do princípio do *non-refoulement* foi reafirmada no caso *Hirsi Jamaa e Outros c. Itália* julgado pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos.<sup>336</sup> As implicações práticas desta decisão provocaram algumas alterações tanto na ação dos Estados como em alguns paradigmas do direito internacional.

*“os Estados estão agora obrigados a examinar individualmente, e com a ajuda de profissionais especializados, cada um dos sujeitos que se encontre*

---

<sup>331</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; *The Refugee...*; *idem*; p.206

<sup>332</sup> Para mais desenvolvimentos *vide* PIZOR, Andrew G.; *Sale v. Haitian Centers Council: The Return of Haitian Refugees in Fordham International Law Journal*; 1993; vol.17; n. 4; pp. 1061-1114

<sup>333</sup> HURWITZ, Ágnes; 2009; *The collective...*; *idem*; p.177

<sup>334</sup> PIZOR, Andrew G.; 1993; *Sale...*; *idem*; p.1114

<sup>335</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; *The Refugee...*; *idem*; p.208

<sup>336</sup> BASTO, Maria Inês; *As intercepções de refugiados em alto mar e o princípio do non-refoulement in Doctrina Nova*; 2014; vol. 1; p.35

*nas embarcações que intercepta, garantindo o acesso a um processo de asilo a quem necessite efetivamente de proteção internacional.*”<sup>337</sup>

O princípio tem, portanto, elevada importância prática, tanto que é hoje previsto em vários instrumentos de direito internacional.

A previsão no artigo 7º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos que proíbe a tortura e os tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes tem sido interpretada como contendo implícita a proibição da repulsão.<sup>338</sup> Este dever de não repulsão dos Estados deriva da conjugação dos artigos 7º e 2º deste Pacto que insta os Estados a fazer respeitar os direitos nele previstos, *“a todos os indivíduos que se encontrem nos seus territórios e estejam sujeitos à sua jurisdição”*<sup>339</sup> sem qualquer discriminação.

Da mesma forma, tem sido entendido o artigo 3º da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outras Penas ou Tratamento Cruéis, Desumanos ou Degradantes<sup>340</sup>, que determina a proibição da expulsão, entrega ou extradição de uma pessoa para outro Estados *“quando existam motivos sérios para crer que possa ser submetida a tortura”*.<sup>341</sup>

Podemos observar o princípio pelos vários instrumentos de Direitos Humanos regionais. Na Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) o direito à não-repulsão não está diretamente previsto, contudo a interpretação das obrigações convencionais leva-nos a compreender a sua presença. Apesar de podermos testemunhar a proibição de repulsão em várias obrigações provenientes da Convenção, na maior parte dos casos verifica-se pelo respeito ao artigo 3º *“Proibição da Tortura”*.<sup>342</sup> Sobre esta temática o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) tem defendido que

*“the extradition or expulsion of a person will breach article 3 where there are substantial grounds for believing that he or she faces a real risk of being subject to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the receiving State.”*<sup>343</sup>

existirá, no entanto, violação mesmo que o Estado de origem seja parte da CEDH. Quando o país de origem é um Estado parte da CEDH é dada devida importância ao assunto e é

---

<sup>337</sup> BASTO, Maria Inês; 2014; **As interceptações...**; *idem*; p.35

<sup>338</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; pp.208-209

<sup>339</sup> Artigo 2º, nº 1 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos

<sup>340</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.209

<sup>341</sup> Artigo 3º, nº 1 da Convenção contra a Tortura e Outras Penas, Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes

<sup>342</sup> HURWITZ, Ágnes; 2009; **The collective...**; *idem*; p.189

<sup>343</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.210

também criada uma presunção de que tratamento contrário ao artigo 3º não decorrerá nesse Estado, essa presunção não será fácil de refutar. O TEDH tem entendido que haverá lugar a uma inversão do ónus da prova. Contudo, esta presunção é questionável se considerarmos que com um grupo de 47 países membros do Conselho da Europa podemos aceitar como suficiente a ratificação da CEDH como prova suficiente de que não existirá tratamento contrário ao artigo 3º e se um indivíduo terá acesso efetivo ao TEDH se assim o pretender.<sup>344</sup>

Em África, a Convenção da OUA que rege aspetos específicos dos problemas dos refugiados em África, prevê a obrigação de *non-refoulement* no artigo II (3). É importante que denotemos que o conceito de não-repulsão neste instrumento contém as medidas de proibição da rejeição na fronteira que não estão especificamente contempladas no artigo 33º da Convenção de Genebra.<sup>345</sup>

No caso americano, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 determina a obrigação de *non-refoulement* dos seus Estados Parte, no artigo 22º(8).<sup>346</sup>

O princípio já reconhecido como direito costumeiro pelos doutrinadores internacionais, são já vários os autores que vão mais longe e consideram o *non-refoulement* como princípio de *jus cogens*.<sup>347</sup>

Hoje, o *non-refoulement* faz parte do direito internacional costumeiro, a questão que nos desperta interesse, porém, é se a devemos considerar como norma de *jus cogens*, isto é, normas perentórias de direito internacional.<sup>348</sup> Estas normas são reconhecidas pela comunidade internacional como princípios não derogáveis, isto é, podem em momentos limitar a ação do Estado e a sua interação ao nível internacional.<sup>349</sup>

Para ALLAIN e de acordo com a sua interpretação da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, para que o *non-refoulement* seja tido como norma perentória é necessário “its acceptance ‘by the international community of States as a whole’ and ‘as a norm from which no derogation is permitted’”<sup>350</sup>, por outras palavras, não existindo instrumento

---

<sup>344</sup> HURWITZ, Ágnes; 2009; **The collective...**; *idem*; p.190-191

<sup>345</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.209

<sup>346</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.209

<sup>347</sup> Vide ALLAIN, Jean; **The jus cogens nature of non-refoulement in International Journal of Refugee Law**; 2001; vol.13; n. 4; pp. 533-538

<sup>348</sup> ALLAIN, Jean; 2001; **The jus cogens...**; *idem*; p.534

<sup>349</sup> ALLAIN, Jean; 2001; **The jus cogens...**; *idem*; pp.535-538

<sup>350</sup> ALLAIN, Jean; 2001; **The jus cogens...**; *idem*; p.538

jurídico internacional que estatua a norma de não-repulsão como *jus cogens*, resta-nos recorrer ao *corpus juris gentium* pelo direito internacional consuetudinário.<sup>351</sup>

Sobre esta discussão há várias referências pertinentes de destacar, ao nível das organizações internacionais competentes nos últimos anos. A primeira tentativa de referência do *non-refoulement* como *jus cogens* foi protagonizada pelo Comité Executivo do ACNUR em 1982. As conclusões desta reunião reconheciam a aquisição progressiva do carácter perentório no direito internacional do princípio em questão. Já no final dos anos 80, o mesmo Comité conclui que todos os Estados estariam compelidos a abster-se de ‘devolver’ os indivíduos tendo como argumento que tais atos seriam contrários a proibições fundamentais que existem contra estas práticas.<sup>352</sup>

Já em 1996, o princípio *non-refoulement* adquire estatuto de *jus cogens* aos olhos do Comité Executivo do ACNUR. Na prática, o princípio deixou de poder ser sujeito a derrogação por parte dos Estados ou de qualquer legislação doméstica ou internacional.<sup>353</sup>

Denotamos, por tudo isto, a evolução do escopo do princípio do *non-refoulement* para além do previsto na norma base do artigo 33º da Convenção de Genebra de 1951. Pela força perentória que lhe foi atribuída, hoje devem usufruir deste direito a não ser expulso todos aqueles que possam sofrer violação dos seus direitos fundamentais ao serem ‘repelidos’ para o seu país de origem.

## **2.1.4 Outras Pessoas que necessitam de Proteção (breve referência)**

### *2.1.4.1 Refugiados de facto*

Como já referimos, o que temos hoje, no que toca à definição de refugiado é desajustado da realidade contemporânea em que estamos inseridos.<sup>354</sup>

Existem propostas doutrinárias várias sobre conceitos que pretendem complementar as lacunas insurgentes da definição contida na Convenção de 1951, como o conceito de Refugiados *De Facto*.

Na generalidade da literatura, o conceito é encarado como residual, ou seja, entende-se que será refugiado *de facto* todos aqueles que não se enquadrem nos critérios inclusão

---

<sup>351</sup> ALLAIN, Jean; 2001; **The jus cogens...**; *idem*; p.538

<sup>352</sup> ALLAIN, Jean; 2001; **The jus cogens...**; *idem*; p.539

<sup>353</sup> ALLAIN, Jean; 2001; **The jus cogens...**; *idem*; pp.539-540

<sup>354</sup> MORIKAWA, Mónica Miekó; 2006; **Deslocados internos...**; *idem*; p.51

estipulados no artigo 1º A da Convenção.<sup>355</sup> Sabemos, no entanto, que o conceito não é tão amplo nem terá caracterização residual como analisaremos de seguida.

Técnico-juridicamente definimos refugiados *de facto*:

*“São aquelas pessoas que deixam o seu país por motivos de agressão externa, dominação estrangeira, conflitos armados de carácter internacional ou civil, graves distúrbios e tensões na ordem interna do país de origem, dentre outros exemplos.”*<sup>356</sup>

Inferimos, ao considerar esta definição, que os refugiados *de facto* não cumprem os critérios de inclusão enumerados no artigo 1ºA da Convenção de 1951, sendo por isso também apelidados de refugiados “não-estatutários”.<sup>357</sup>

Esta classificação, criticada por parte da doutrina, não protege, de forma alguma, aqueles que nela se inserem. Trata-se de uma classificação que surge apenas para identificar a falha existente na Convenção, mas que na realidade apenas assegura uma proteção temporária. Os indivíduos que pertencem a este grupo de pessoas não são portadores de direitos. Usualmente recebem proteção de um “Estado legalmente desinteressado”<sup>358</sup> por razões puramente humanitárias.<sup>359</sup>

Juridicamente, a categoria de “refugiados *de facto*” coloca alguns problemas no que toca à definição:

*“quem não for refugiado estatutário é refugiado de facto? E os refugiados que recaem sob a proteção de instrumentos regionais – como a Convenção da OUA que rege os Aspectos Específicos dos Problemas dos Refugiados em África (Convenção da OUA), ou a Declaração de Cartagena sobre os Refugiados (Declaração de Cartagena) - , são, então, refugiados de facto face à Convenção de 51? E mais como delimitar as condições formais exigíveis para se provar a qualificação de um refugiado de facto e, destarte, estipular a forma de proteção a ser oferecida?”*<sup>360</sup>

---

<sup>355</sup> TUITT, Patricia; **False Images: Law's Construction of the Refugee**; 1ª edição; Londres; Pluto Press; 1996; p.46

<sup>356</sup> MORIKAWA, Mónica Mieke; 2006; **Deslocados internos...**; *idem*; p.46

<sup>357</sup> MORIKAWA, Mónica Mieke; 2006; **Deslocados internos...**; *idem*; p.46

<sup>358</sup> MORIKAWA, Mónica Mieke; 2006; **Deslocados internos...**; *idem*; p.46

<sup>359</sup> MORIKAWA, Mónica Mieke; 2006; **Deslocados internos...**; *idem*; pp.46-47

<sup>360</sup> MORIKAWA, Mónica Mieke; 2006; **Deslocados internos...**; *idem*; p.49

As populações que se encontram nas situações enumeradas – “*agressão externa, dominação estrangeira, conflitos armados de carácter internacional ou civil, graves distúrbios e tensões na ordem interna do país de origem*”<sup>361</sup> - estão, na maioria das vezes, em posição para usufruir de proteção como determinada por outros instrumentos internacionais de cariz humanitário como a Convenção de Genebra de 1949 para Proteção das Vítimas de Guerra e respetivo Protocolo Adicional de 1977 referente à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais.<sup>362</sup>

Cumpre-nos sublinhar alguns aspetos sobre esta situação em concreto. A proteção que esta Convenção oferece abrange apenas os indivíduos que se encontrem no território durante o conflito<sup>363</sup>, ou seja, a partir do momento em que existe um movimento além-fronteiras, *in casu*, a proteção pela Convenção de 1949 cessa, não existindo qualquer proteção depois do sujeito deixar o seu país de origem.

Sabendo que as razões enumeradas não podem ser adotadas como fundamento para que se cumpram os critérios de inclusão da Convenção de 1951, estamos perante uma lacuna de proteção.

Mais, obtendo uma resposta negativa na análise do requerimento de asilo, o Estado acionará, provavelmente, os mecanismos necessários para que se efetive o regresso ao país de origem. Contudo, e como de resto já observamos, hoje o princípio do *non-refoulement* não é apenas uma garantia dos refugiados estatutários, mas também um princípio de *jus cogens* suportado por vários instrumentos de direitos internacional humanitários.<sup>364</sup>

A Convenção da Organização Africana datada de 1969 chega com o objetivo inicial de fazer face ao problema dos refugiados de uma perspetiva mais realista tendo em consideração a realidade africana. Assim, convidando o ACNUR para a mesa de redação da definição de refugiado encontrada traz as características de que a Convenção de 1951 carece. Este conceito é então composto por duas partes: a primeira que corresponde integralmente ao artigo 1º da Convenção de Genebra e a segunda que admite que é refugiado

---

<sup>361</sup> MORIKAWA, Mónica Mieke; 2006; **Deslocados internos...**; *idem*; p.46

<sup>362</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.35

<sup>363</sup> Cfr. Artigo 4º da Convenção de Genebra de 1949 “*São protegidas pela Convenção as pessoas que, num dado momento e de qualquer forma, se encontrem, em caso de conflito ou ocupação, em poder de uma Parte, no conflito ou de uma Potência ocupante de que não sejam súbditas. Os súbditos de um Estado que não esteja ligado pela Convenção não são protegidos por ela. Os súbditos de um Estado neutro que se encontrem no território de um Estado beligerante e os súbditos de um Estado co-beligerante não serão considerados como pessoas protegidas enquanto o Estado de que são súbditos tiver representação diplomática normal junto do Estado em poder do qual se encontrem.*”

<sup>364</sup> MOREIRA, Vital; GOMES, Carla Marcelino; 2014; **Compreender os Direitos...**; *idem*; p.504

*“qualquer pessoa que, devido a uma agressão , ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem publica numa parte ou na totalidade do pais de origem ou do pais de quem a nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar de residência habitual para procurar refúgio noutra lugar fora do seu pais de origem ou de nacionalidade”*<sup>365</sup>

O direito internacional dos refugiados peca pela sua perspectiva (ainda) restritiva dos motivos que podem basear uma saída forçada do país por parte dos indivíduos e este conceito doutrinal é bem-vindo para diminuir a lacuna.

#### *2.1.4.2 Requerentes de Asilo*

Os Requerentes de Asilo encontram-se numa situação temporária enquanto aguardam a análise e resultado do pedido de asilo que efetuaram depois da sua chegada ao país de destino. Enquanto aguardam que o procedimento de asilo siga o seu curso, os requerentes recebem de proteção internacional concedida pelo Estado.<sup>366</sup>

Quanto ao processo de análise do requerimento de asilo, o requerente deve:

*“(i) Dizer a verdade e apoiar integralmente o examinador no estabelecimento de factos referentes ao seu caso.*

*(ii) Esforçar-se para sustentar suas declarações com todas as evidências disponíveis e dar uma explicação satisfatória em relação a qualquer falta de elementos de prova. Se necessário, ele deve esforçar-se para obter evidências adicionais.*

*(iii) Fornecer todas as informações pertinentes sobre a sua pessoa e a sua experiência pretérita com o máximo de detalhes possíveis para permitir que o examinador conheça os fatos relevantes. É preciso pedir ao solicitante que explique de maneira coerente todas as razões invocadas como fundamentos do seu pedido de refúgio e responda a todas as questões que lhe são colocadas.”*<sup>367</sup>

---

<sup>365</sup> MORIKAWA, Mónica Mieko; 2006; **Deslocados internos...**; *idem*; p.54

<sup>366</sup> MOREIRA, Vital; GOMES, Carla Marcelino; 2014; **Compreender os Direitos...**; *idem*; p.505

<sup>367</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.45, §205

Do outro lado, o responsável pela análise deve proceder com a devida diligência de forma a reunir a maior quantidade de informação e provas disponíveis, avaliar a credibilidade do requerente e os elementos de prova apresentados, analisando-os em conformidade com os critérios estabelecidos pela Convenção de 1951.<sup>368</sup>

A competência de análise e decisão dos requerimentos de asilo cabe sob tutela do Estado de destino. Sabemos que os Estados têm vindo a enveredar esforços no sentido de dificultar o acesso de requerentes de asilo ao seu território vedando-lhes a oportunidade de iniciar o procedimento de pedido de asilo, direito assegurado pela Convenção.<sup>369</sup>

Há necessidade de compreender quais são as responsabilidades atribuídas aos Estados, no contexto jurídico-internacional, pelos requerentes de asilo que se encontram numa posição jurídica transitória.

As políticas relativas às responsabilidades dos Estados têm vindo a sofrer algumas alterações de direção, da preocupação com a proteção de refugiados para a contenção dos refugiados.<sup>370</sup> Podemos dizer que a Convenção de 1951, tendo em consideração a sua contemporaneidade, trouxe a inovação administrativa da análise caso-a-caso dos requerimentos de asilo dando ênfase ao mérito dos fundamentos alegados, contrariamente à análise por categorias políticas e sociais que se praticava até à data.<sup>371</sup>

O “regime jurídico dos refugiados”<sup>372</sup> permite alguma discricionariedade por parte dos Estados no que toca à proteção de requerentes de asilo, ora vejamos: o direito internacional dos direitos humanos prevê o direito de asilo no artigo 14º da Declaração Universal dos Direitos Humanos determinando que “*Toda a pessoa sujeita a perseguição tem direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países*”<sup>373</sup>, contudo esta formulação não contempla nenhuma obrigação ou responsabilidade por parte do estado de conceder asilo a quem o procure.<sup>374</sup> Trata-se de uma escolha política, determinada aquando da redação da Declaração, por se entender que ao prever a obrigação do Estado conceder asilo a quem o pede

---

<sup>368</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.45

<sup>369</sup> TALIB, Meher; **Number versus Rights: State Responsibility Towards Asylum Seekers and The Implications for the International Refugee Regime** in *Georgetown Immigration Law Journal*; Inverno 2013; vol. 27; p.408

<sup>370</sup> TALIB, Meher; 2013; **Number...**; *idem*; p.408

<sup>371</sup> TALIB, Meher; 2013; **Number...**; *idem*; p.409

<sup>372</sup> Expressão adotada, com tradução livre de TALIB, que define “regime” como “*as it is used in international relations theory: ‘implicit or explicit principles, norms, rules and decision making procedures around which actors’ expectations converge in a given area of international norms*” TALIB, Meher; 2013; **Number...**; *idem*; p.410

<sup>373</sup> Artigo 14º, nº 1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos

<sup>374</sup> TALIB, Meher; 2013; **Number...**; *idem*; p.410

poderia originar uma coartação da sua soberania – a prioridade recai sobre o direito de asilo em detrimento do direito de concessão de asilo.<sup>375</sup> Ainda, a discricionariedade existente para os Estados no que toca à responsabilidade sobre os requerentes de asilo, é também resultado da ausência de definição de alguns conceitos chave na própria Convenção de 1951.<sup>376</sup> Os Estados são, por isso, responsáveis pela definição das condições sob as quais o direito de asilo é usufruído, assim como, pelos direitos e condições disponibilizadas para os requerentes de asilo (“*pre-asylum stage*”<sup>377</sup>).

A limitação desta liberdade de escolha encontra-se no princípio, agora costumeiro, que já analisamos, o princípio da não-repulsão (*non-refoulement*). Este princípio está contemplado no artigo 33º da Convenção de Genebra, e embora os Estados tenham o direito de conceder (ou não) o direito de asilo, vêm-se restringidos no que toca a “devolver” o requerente de asilo ou o refugiado para o seu país de origem, onde ele teme sofrer de perseguição.<sup>378</sup>

Não há, juridicamente, nenhuma relação entre a proibição de “devolver” o indivíduo e a decisão de lhe conceder ou não asilo, que fica a cargo do Estado. Estamos perante uma incoerência no “regime”, especialmente no que toca à posição de incerteza dos requerentes de asilo.<sup>379</sup>

#### 2.1.4.3 *Deslocados Internos*

Em 1998, o Escritório para a Coordenação em Assuntos Humanitários das Nações Unidas (UNOCHA, no original inglês<sup>380</sup>) promoveu a redação dos Princípios Orientadores relativos aos Deslocados Internos.

Este documento define deslocados internos como

*“são pessoas, ou grupos de pessoas, forçadas ou obrigadas a fugir ou abandonar suas casas ou seus locais de residência habituais, particularmente em consequência de, ou com vista a evitar, os efeitos dos conflitos armados, si-*

---

<sup>375</sup> TALIB, Meher; 2013; **Number...**; *idem*; p.410

<sup>376</sup> TALIB, Meher; 2013; **Number...**; *idem*; p.410

<sup>377</sup> TALIB, Meher; 2013; **Number...**; *idem*; p.411

<sup>378</sup> TALIB, Meher; 2013; **Number...**; *idem*; pp.412-413

<sup>379</sup> TALIB, Meher; 2013; **Number...**; *idem*; p.412

<sup>380</sup> United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs

*tuações de violência generalizada, violações de direitos humanos ou calamidades humanas ou naturais, e que não tenham atravessado uma fronteira internacionalmente reconhecida de um Estado.*”<sup>381</sup>

Os Princípios Orientadores que referimos têm a preocupação, logo no seu “Princípio 1” de propugnar um tratamento igualitário e não discriminatório a todos os deslocados internos, por parte de todas as autoridades, grupos e pessoas que interajam com a situação.<sup>382</sup>

Também ficou, através destes Princípios, instituído o dever das autoridades nacionais garantirem proteção e assistência humanitária aos deslocados internos, salvaguardando o direito destes de a requererem sem que possam ser perseguidos ou punidos por tal.<sup>383</sup>

Quando, em 1950, foi criado o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados a sua competência, definida pelo artigo 6º do Estatuto do ACNUR, apenas previa a proteção de pessoas consideradas refugiadas aos olhos da Convenção de Genebra. Contudo, a hipotética expansão do mandato estatutário teria já sido considerada pelos redatores que redigiram o artigo 9º que determina as condições necessárias para que se efetue essa alteração.<sup>384</sup>

As condições necessárias incluem a aprovação da extensão do mandato pela Assembleia Geral e a disponibilização de fundos para que se possam promover ações nesse sentido.<sup>385</sup> Estas condições foram preenchidas em 1972 quando a Assembleia Geral autorizou o ACNUR a providenciar assistência a refugiados e outros deslocados, visando aqui abranger os milhões de deslocados internos no Sudão àquele momento.<sup>386</sup>

Agora, o mandato do ACNUR inclui não só os refugiados segundo a Convenção de 1951, mas também os refugiados aos olhos da Convenção da Organização da União Africana e da Declaração de Cartagena, os retornados e os apátridas.<sup>387</sup> Milhões de deslocados internos têm sido ajudados “*através da supervisão da proteção e das necessidades de abrigo e da coordenação e gestão de campos.*”<sup>388</sup>

---

<sup>381</sup> Princípios Orientadores relativos aos Deslocados Internos, Introdução: Metas e Objetivos, §2

<sup>382</sup> Princípios 1, 2 e 4 dos Princípios Orientadores relativos aos Deslocados Internos

<sup>383</sup> Princípio 3 dos Princípios Orientadores relativos aos Deslocados Internos

<sup>384</sup> PHUONG, Catherine; **Improving the United Nations response to crises of Internal Displacement** in *International Journal of Refugee Law*; Outubro 2001; vol. 13; n. 04; p.492

<sup>385</sup> PHUONG, Catherine; 2001; **Improving...**; *idem*; p.492

<sup>386</sup> A situação dos deslocados internos persiste no Sudão e tem sido acompanhada pelo ACNUR: <http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/inseguranca-no-sudao-do-sul-faz-aumentar-numero-de-deslocados-internos/> (acesso 10/07/2016)

<sup>387</sup> PHUONG, Catherine; 2001; **Improving...**; *idem*; p.493

<sup>388</sup> MOREIRA, Vital; GOMES, Carla Marcelino; 2014; **Comprender os Direitos...**; *idem*; p.513

A questão premente nesta temática coincide com o problema que preocupa o direito internacional humanitário há décadas: a não ingerência na soberania de Estado Terceiro em confronto com o dever humanitário de defesa e proteção dos direitos humanos que agora se afirma como transnacional e universal. Na realidade, os deslocados internos continuam a ser nacionais do país onde se encontram e por isso, ainda se encontram sob proteção desse país.<sup>389</sup>

Como MORIKAWA muito bem analisa, o facto do deslocado interno não atravessar a fronteira internacional do seu Estado leva a complexas problemáticas. Numa primeira fase, o indivíduo fica desamparado perante atos de violência generalizada ou de atos hostis em conflitos armados internos sem qualquer tipo de proteção por parte do seu país. Depois, o indivíduo também não terá “*acesso à proteção e assistência humanitária internacionais*”<sup>390</sup> visto que, não tendo atravessado a fronteira do país é considerado um problema interno que não justificará a ingerência num Estado soberano.<sup>391</sup>

Sabemos assim que a situação dos deslocados internos é *sui generis* no panorama jurídico-internacional, mas que deve ser analisada com distinta sensibilidade da problemática dos refugiados que ocupará o nosso estudo.

### 2.1.5 O direito da União Europeia

Hodiernamente não nos será possível contemplar o panorama legislativo nacional ou internacional sem analisar o Direito da União Europeia. Devemos também aqui ter presente o que referimos anteriormente sobre a proteção dos direitos fundamentais na União Europeia.<sup>392</sup>

Analisaremos neste número, além da competência da UE prevista no Tratado da União Europeia (TUE) e no Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) em matéria de asilo; qual a proteção dos refugiados ao abrigo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Faremos também uma incursão pelo Direito derivado da União Europeia, analisando duas importantes diretivas respeitantes à temática dos refugiados, também referindo o Sistema Europeu de Asilo, os seus objetivos e as suas falhas.

---

<sup>389</sup> MORIKAWA, Mónica Mieko; 2006; **Deslocados internos...**; *idem*; p.59

<sup>390</sup> MORIKAWA, Mónica Mieko; 2006; **Deslocados internos...**; *idem*; p.59

<sup>391</sup> MORIKAWA, Mónica Mieko; 2006; **Deslocados internos...**; *idem*; pp.58-59

<sup>392</sup> *Vide supra* 2.1.4

### 2.1.5.1 Competência da UE em matéria de Asilo

A União Europeia é uma organização internacional supranacional com uma natureza *sui generis*, de forma evidente se considerarmos as peculiaridades existentes quanto à repartição de competências entre os vários órgãos dentro da estrutura, mas também pela repartição de competências entre a UE e os próprios Estados-membros.<sup>393</sup>

Nesta relação entre as competências da União e dos Estados-membros encontramos um “*constitucionalismo multi-nível*”<sup>394</sup> evidente na transferência de competências nacionais para a União, pela criação de um direito constitucional europeu que deriva dos direitos constitucionais nacionais. É esta esquemática de divisão de competências e transferência de poderes que afirma o carácter *sui generis* da UE. As decisões e políticas da União afetam diretamente as esferas jurídicas dos cidadãos europeus.<sup>395</sup>

Nos Tratados, as competências são divididas entre os Estados-membros e a União Europeia, de várias formas, todas definidas no artigo 2º do Tratado de Funcionamento da União Europeia.

As políticas relativas ao Controlo de Fronteiras, Migração e Asilo dão mote ao Capítulo 2 do Título V – Espaço de Liberdade Segurança e Justiça do TFUE. A competência nestas matérias é partilhada pelos Estados-membros e pela UE.<sup>396</sup> Quando se trata de uma competência partilhada, tanto o Estado-membro com a União podem emanar atos jurídicos vinculativos. Contudo, “*os Estados apenas exercem a respetiva competência na medida em que a UE não tenha exercido a sua.*”<sup>397</sup>

Quanto à matéria de Asilo, Proteção Subsidiária e Proteção Temporária regula o artigo 78º do TFUE. Aqui, o Tratado prevê a concessão de “*um estatuto adequado a qualquer nacional de um país terceiro que necessite de proteção internacional*”<sup>398</sup> a par da garantia de não-repulsão, respeitando o princípio consuetudinário que pertence ao grupo de normas perentórias no direito internacional.<sup>399</sup>

---

<sup>393</sup> MACHADO, Jónatas E.M.; **Direito da União Europeia**; 2ª edição; Coimbra; Coimbra Editora; 2014; p.87

<sup>394</sup> MACHADO, Jónatas E.M.; 2014; **Direito....**; *idem*; p.87

<sup>395</sup> MACHADO, Jónatas E.M.; 2014; **Direito....**; *idem*; p.87

<sup>396</sup> Artigo 4º, n.º2, alínea j) do Tratado de Funcionamento da União Europeia

<sup>397</sup> MACHADO, Jónatas E.M.; 2014; **Direito....**; *idem*; p.107

<sup>398</sup> Artigo 78º, n.º1 do Tratado de Funcionamento da União Europeia

<sup>399</sup> *Vide supra* 2.2.3

Este normativo tem a sua génese no artigo 63º, pontos 1 e 2 da anterior versão do Tratado de Roma e também no artigo III-266º do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa.

É importante ressaltar igualmente que a União Europeia se vincula ao respeito dos instrumentos jurídicos basilares do direito dos refugiados, a Convenção de Genebra de 1951 e o Protocolo de Nova Iorque de 1967 sobre o Estatuto dos Refugiados. Todos os Estados-membros são partes nesta Convenção e respetivo protocolo, apesar disso, o Programa de Estocolmo – “*que estabelece as prioridades da União Europeia (UE) para o espaço de justiça, liberdade e segurança para o período de 2010 a 2014*”<sup>400</sup> – propondo, inovatoriamente, que a própria União procure aderir a esses instrumentos.<sup>401</sup>

O número 2 do artigo 78º compila um rol de medidas sobre a implementação de um Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA). A previsão do SECA neste preceito é diferente das suas versões anteriores, pois não inclui apenas a competência da UE para estabelecer “normas mínimas” (como sucedia na anterior versão do artigo). A União tem agora competência para adotar medidas sobre várias dimensões do SECA, através do processo legislativo ordinário.<sup>402</sup>

O elenco de âmbito de competência do artigo 78º, inclui medidas para que se estabeleça um estatuto uniforme de asilo (al. a) e de proteção subsidiária (al.b) para os nacionais de países terceiros, assim como os procedimentos comuns em matéria de concessão e retirada desses estatutos (al. d). A expressão “*válido em toda a União*” presente na alínea a), prolonga-se para a alínea b), pretendendo assim que se sedimente um estatuto uniformizado de proteção subsidiária para aqueles “*nacionais de países terceiros, que sem obterem asilo europeu, careçam de proteção internacional*”.<sup>403</sup> Contemplando estas duas alíneas podemos assinalar que os tratados reconhecem a necessidade de proteção tanto dos refugiados *de jure*, definidos pela Convenção de Genebra, como os refugiados *de facto*, que serão assim os retores da proteção subsidiária.<sup>404</sup>

---

<sup>400</sup> Programa de Estocolmo, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV%3Ajl0034> (acesso a 20/07/2016)

<sup>401</sup> PIÇARRA, Nuno; **Comentário ao artigo 78º do Tratado de Funcionamento da União Europeia** in (coord.) PORTO, Manuel Lopes; ANASTÁCIO, Gonçalo; Tratado de Lisboa - anotado e comentado; 1ª edição; Coimbra; Almedina; 2012; p.496

<sup>402</sup> PIÇARRA, Nuno; 2012; **Comentário ao artigo 78º...**; *idem*; p.496

<sup>403</sup> Artigo 78º, n.º2, al. b), *in fine* do Tratado de Funcionamento da União Europeia

<sup>404</sup> PIÇARRA, Nuno; 2012; **Comentário ao artigo 78º...**; *idem*; p.406

A legislação nesta temática é totalmente descentralizada, portanto é necessário que a União defina os critérios e mecanismos de determinação do Estado-membro responsável pela análise de cada pedido de asilo ou proteção subsidiária (al. e), para que se resolvam possíveis conflitos positivos e negativos de competência, aos quais se adiciona o facto de estarmos perante um espaço de fronteiras abertas, facilitando que o requerente possa dirigir um pedido a mais do que um Estado-membro.<sup>405</sup>

A União deve também definir as normas relativas às condições necessárias de acolhimento dos requerentes de asilo ou de proteção subsidiária (al.f), para que não existam disparidades nas condições de receção, incentivando um eventual movimento interno dos requerentes.<sup>406</sup>

A proteção temporária é tratada na alínea c). A União deve estabelecer medidas para a criação de um sistema comum de proteção temporária, necessário quando exista um afluxo maciço de requerentes de asilo e para que a sua proteção seja assegurada.<sup>407</sup>

A última alínea do artigo 78º, n.º 2, considera, pela primeira vez, uma dimensão externa do Sistema Europeu Comum de Asilo – *“A parceria e cooperação com países terceiros, para a gestão de fluxos de requerentes de asilo ou de proteção subsidiária ou temporária.”*<sup>408</sup> - que tem como objetivo primordial de diminuir os fluxos em direção à UE.

À luz do número 3 do artigo 78º, o *“Conselho, sob proposta da Comissão”* pode adotar medidas provisórias que visem gerir situações de emergência em determinado Estado-membro como consequência de um súbito afluxo de nacionais de países terceiros. Nesta situação em particular, há autores que questionam a necessidade de se restringir o âmbito deste número 3 somente à política de asilo, considerando que o súbito afluxo de nacionais de países terceiros, tem como motivação razões puramente económicas.<sup>409</sup> Não concordamos com esta perspetiva tendo em conta que as medidas provisórias podem resultar, mesmo que indiretamente, em políticas extremas de expulsão ou retorno, sem uma avaliação prévia e individual das situações em particular, levando à violação dos instrumentos de direito internacional dos direitos humanos, como já analisados.

Avançando do Tratado de Funcionamento da União Europeia, resta-nos avaliar a repercussão do “Protocolo Relativo à Posição do Reino Unido e da Irlanda em relação ao

---

<sup>405</sup> PIÇARRA, Nuno; 2012; **Comentário ao artigo 78º...**; *idem*; p.407

<sup>406</sup> PIÇARRA, Nuno; 2012; **Comentário ao artigo 78º...**; *idem*; p.407

<sup>407</sup> PIÇARRA, Nuno; 2012; **Comentário ao artigo 78º...**; *idem*; p.408

<sup>408</sup> Artigo 78º, n.º 2, alínea g) do Tratado de Funcionamento da União Europeia

<sup>409</sup> PIÇARRA, Nuno; 2012; **Comentário ao artigo 78º...**; *idem*; p.409

Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça” (Protocolo n.º 21) na competência da UE em matéria de asilo. Este Protocolo determina que o Reino Unido e a Irlanda apenas estão vinculados a medidas propostas em aplicação do título V do TFUE quando exista uma decisão específica de “opt-in” dirigida a determinada medida. Já o Protocolo n.º 22 – Protocolo Relativo à Posição da Dinamarca – contempla a posição da Dinamarca de não participação na adoção das medidas propostas pelo Conselho, com vista à aplicação do mesmo título do TFUE.<sup>410</sup>

#### 2.1.5.2 O escopo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

De importância equivalente no panorama legislativo europeu, no que toca à proteção dos refugiados é o conteúdo da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia nesta matéria, que podemos verificar no artigo 18º.

O artigo 18º da CDFUE garante o direito de asilo, como consagrado

*“no quadro da Convenção de Genebra de 28 de julho de 1951 e do Protocolo de 21 de janeiro de 1967, relativos ao Estatuto dos Refugiados, e nos termos do Tratado da União Europeia e do Tratado de Funcionamento da União Europeia.”<sup>411</sup>*

Este preceito, inspirado no artigo 63º do Tratado da Comunidade Europeia, é tão-somente o direito de asilo incorporado no Tratado de Funcionamento da União Europeia<sup>412</sup>, pois a própria CDFUE, no seu artigo 53º se vincula no respeito pelas obrigações provenientes do direito internacional público e do direito internacional dos direitos humanos as quais o direito da UE deve também respeitar.<sup>413</sup>

Todos os direitos contemplados na CDFUE devem estar de acordo com o estabelecido pelos Tratados, o direito de asilo do artigo 18º não é exceção. Assim, e tendo em conta o previsto no artigo 78º relativamente ao desenvolvimento progressivo do Sistema Europeu Comum de Asilo, o direito de asilo também deve ser descrito como progressivo e é consequentemente desenvolvido pelo direito secundário e pelas decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia.<sup>414</sup>

---

<sup>410</sup> Espaço de Liberdade, se Segurança e de Justiça: Aspectos Gerais, disponível em [http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU\\_5.12.1.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_5.12.1.pdf) (acesso a 10/07/2016)

<sup>411</sup> Artigo 18º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

<sup>412</sup> GORTÁZAR, Cristina; **Artigo 18º - Direito de Asilo** in SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana; Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada; 1ª edição; Coimbra; Almedina; 2013; p.232

<sup>413</sup> GORTÁZAR, Cristina; 2013; **Artigo 18º...**; *idem*; p.232

<sup>414</sup> GORTÁZAR, Cristina; 2013; **Artigo 18º...**; *idem*; pp.232-233

A Convenção de Genebra é um instrumento internacional que não é *self executive*, *i.e.*, depende, para a sua aplicação, da incorporação nos ordenamentos jurídicos domésticos que serão fundamento para obrigações específicas. Por não existir uma harmonização na execução das obrigações provenientes da Convenção, há várias interpretações estatais divergentes.<sup>415</sup>

As instituições da União Europeia aprovaram normas em matéria de interpretação da Convenção de Genebra, sendo assim “*a definição de refugiado segundo a Convenção de Genebra tem atualmente uma interpretação única para os Estados-membros e instituições da União.*”<sup>416</sup> A União admite que a proteção assegurada pela Convenção de Genebra é uma proteção imperfeita e a Carta vem retificar essa proteção, estabelecendo não só uma interpretação única do estatuto de refugiado, mas também assegurando garantias ao procedimento para obter o seu reconhecimento.<sup>417</sup>

Este direito progressivamente constituído é um direito subjetivo individual do refugiado e não o direito do Estado de conceder o asilo. Abraçamos este entendimento porque o direito de asilo se encontra previsto num instrumento jurídico vinculante – que trata especificamente os direitos fundamentais – e porque tem um alcance de direito europeu originário que tem por isso, prevalência sobre qualquer norma de direito derivado. É claro que, o escopo da Carta dos Direitos Fundamentais, *ergo*, do Direito da União Europeia sobre o direito ao asilo, vai além do previsto na Convenção de Genebra.<sup>418</sup>

### 2.1.5.3 Sistema Europeu Comum de Asilo

O Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA) surgiu em 1999 com o objetivo harmonização dos vários aspetos dos procedimentos nacionais em matéria de asilo e proteção internacional. Assim, a União propõe-se a estabelecer um procedimento marcado pela segurança, equidade, eficácia e resistente a eventuais tentativas de abuso.<sup>419</sup>

Vimos já, ao analisar a competência da União Europeia nesta matéria<sup>420</sup>, que o SECA deve incluir a regulação de um estatuto uniforme de asilo e um de proteção subsidiária para

---

<sup>415</sup> GORTÁZAR, Cristina; 2013; **Artigo 18º...**; *idem*; p.233

<sup>416</sup> GORTÁZAR, Cristina; 2013; **Artigo 18º...**; *idem*; p.234

<sup>417</sup> GORTÁZAR, Cristina; 2013; **Artigo 18º...**; *idem*; p.234

<sup>418</sup> GORTÁZAR, Cristina; 2013; **Artigo 18º...**; *idem*; p.235

<sup>419</sup> Comissão Europeia; **Migração e Asilo**; 1ª edição; Luxemburgo; Serviço de Publicações da União Europeia; 2013; p.10

<sup>420</sup> *Vide Supra*, 2.2.5.1

os nacionais de países de estados terceiros (als. a) e b)); os procedimentos comuns em matéria de concessão ou retirada desses estatutos (al. d) ; um sistema comum de proteção temporárias de pessoas deslocadas no caso de afluxo maciço (al. c) ; critérios e mecanismos de determinação do Estado-membro responsável pela análise de um pedido de asilo ou de proteção subsidiária (al. e) e normas relativas às condições de acolhimento dos requerentes de asilo e de proteção subsidiária (al. f). Numa dimensão externa, o artigo 78º do TFUE contempla a previsão de parceria e cooperações com países terceiros para a gestão de requerentes de asilo ou de proteção internacional.<sup>421</sup>

Os padrões comuns que se exigem nas novas Diretivas Europeias pretendem aprofundar a cooperação para garantir que os requerentes de asilo serão tratados da mesma forma, independentemente do país onde requerem asilo.<sup>422</sup>

Depois destes padrões comuns se encontrarem estabelecidos, o passo seguinte será o de celebrar os acordos necessários com países terceiros, para os quais a UE deverá ter competência exclusiva (artigo 3º, nº 2 do TFUE). Tanto a UE como um todo, como os Estados-membros individualmente devem zelar para que “a proteção dos direitos dos refugiados e dos direitos humanos” nestes países terceiros seja equiparável ao nível que vigora nos Estados-membros da UE.<sup>423</sup>

Em breve referência, analisaremos os principais instrumentos de direito derivado que compõem o SECA.

#### 2.1.5.3.1 Diretiva “Procedimentos de Asilo”

A Diretiva “Procedimento de Asilo”, *i.e.*, a Diretiva 2013/32/UE que vem revogar a Diretiva 2005/85/CE do Conselho, estabelece os “procedimentos comuns de concessão e retirada do estatuto de proteção internacional”.<sup>424</sup>

A Diretiva 2005/85/CE, agora revogada tinha como base o ex-artigo 63º do Tratado da CE que apenas previa o estabelecimento de normas mínimas nesta matéria. Estas normas mínimas não se afiguraram suficientes no contexto pretendido considerando que seriam de-

---

<sup>421</sup> PIÇARRA, Nuno; 2012; **Comentário ao artigo 78º...**; *idem*; p.408

<sup>422</sup> Comissão Europeia; **Sistema Europeu Comum de Asilo**; 1ª edição; Luxemburgo; Serviço de Publicações da União Europeia; 2014; p.3

<sup>423</sup> PIÇARRA, Nuno; 2012; **Comentário ao artigo 78º...**; *idem*; p. 408

<sup>424</sup> Epígrafe da Diretiva 2013/32/UE relativa a procedimentos comuns da concessão e retirada do estatuto de proteção internacional

masiado vagas, libertando espaço para que os Estados-membros mantivessem as suas próprias regras, impedindo a harmonização ao nível europeu. O artigo 78º, n.º 2, alínea d) que é fundamento desta Diretiva 2013/32/UE vai além das normas mínimas.<sup>425</sup>

Podemos encontrar nesta diretiva toda a regulamentação do processo para a apresentação de um pedido de asilo desde a formulação do pedido, passando pela ajuda que o requerente pode beneficiar, até à possibilidade de interposição de recurso de uma decisão que resulte desse pedido.<sup>426</sup>

Com este novo enquadramento, é assegurado um procedimento mais rápido e eficiente, que idealmente resultará em menos decisões erradas e menos processos que resultem em recursos dispendiosos.<sup>427</sup>

#### 2.1.5.3.2 Diretiva “Condições de Acolhimento”

As condições de acolhimento que devem ser proporcionadas aos requerentes de asilo por parte dos Estados-membros enquanto aguardam a decisão sobre o seu pedido de asilo estão estabelecidas na Diretiva 2013/33/UE, à luz do previsto na alínea f) do n.º 2 do artigo 78º do TFUE.<sup>428</sup>

A diretiva visa o estabelecimento das condições para que seja possível uma qualidade de vida digna no período entre o momento em que o pedido de asilo é efetuado e em que a decisão é revelada.<sup>429</sup>

Estabelecendo estas condições que devem ser uniformes para todos os Estados-membros, estes devem assegurar o acesso à habitação, à alimentação, aos cuidados de saúde e cuidados psicológicos e ao emprego dos requerentes de asilo.<sup>430</sup>

De relevar que esta Diretiva prevê, no seu artigo 9º, a garantia de acesso a assistência jurídica gratuita e informações por escrito quando existir apresentação de recurso contra a decisão de detenção.<sup>431</sup> Mais, com a nova diretiva fica também assegurado que os pedidos de asilo serão analisados de forma individual para que seja possível identificar as necessidades de acolhimento especiais das pessoas vulneráveis.<sup>432</sup>

---

<sup>425</sup> Comissão Europeia; 2014; **Sistema...**; *idem*; p.4

<sup>426</sup> Comissão Europeia; 2014; **Sistema...**; *idem*; p.4

<sup>427</sup> Comissão Europeia; 2014; **Sistema...**; *idem*; p.4

<sup>428</sup> Comissão Europeia; 2014; **Sistema...**; *idem*; p.5

<sup>429</sup> Comissão Europeia; 2014; **Sistema...**; *idem*; p.5

<sup>430</sup> Comissão Europeia; 2014; **Sistema...**; *idem*; p.5

<sup>431</sup> Para mais desenvolvimentos, *vide infra* 3.2

<sup>432</sup> Comissão Europeia; 2014; **Sistema...**; *idem*; p.5

### 2.1.5.3.3 Diretiva de Reconhecimento/Estatuto de Refugiado (2011/95)

Falamos da Diretiva 2011/95/UE que estabelece normas relativas às condições a preencher pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para poderem beneficiar de proteção internacional, assim como disciplina um estatuto uniforme para refugiados ou pessoas elegíveis para proteção subsidiária e o conteúdo dessa proteção quando concedida, revogando assim a Diretiva 2004/83/CE.

Este instrumento de direito derivado da União tem a sua base jurídica no artigo 78º, nomeadamente nas alíneas a) e b) do seu número 2.

É no seio desta diretiva que podemos testemunhar o direito ao asilo a brotar como direito individual no âmbito do ordenamento jurídico europeu, o que importa para os Estados-membros o dever de conceder uma das proteções previstas, como consta nos artigos 13º e 18º da Diretiva – que respetivamente preveem a concessão do estatuto de refugiado e do estatuto de proteção temporária.<sup>433</sup>

A diretiva comporta vários direitos em matéria de proteção contra a expulsão (artigo 21º), autorizações de residência e documentos de viagem (artigos 24º e 25º), acesso ao emprego (artigo 26º), educação (artigo 27º), segurança social (artigo 29º)<sup>434</sup>, cuidados de saúde (artigo 30º), alojamento (artigo 32º), mecanismos de integração (artigo 34º) e previsões específicas para crianças (artigo 31º) e pessoas vulneráveis.<sup>435</sup>

### 2.1.5.3.4 Os regulamentos de Dublin e EURODAC – breve referência

O Regulamento (CE) n.º 343/2003 do Conselho que estabelecia os critérios e mecanismos de determinação do Estado-membro responsável pela análise e um pedido de asilo apresentado num dos Estados-membros por um nacional de país terceiro – Regulamento de Dublin – foi substituído pelo Regulamento (UE) n.º 604/2013, que entrou em vigor a 1 de janeiro de 2014.

Em princípio, esta responsabilidade incumbirá ao Estado-membro que tiver tido um papel mais relevante na entrada ou na residência do requerente na União Europeia.<sup>436</sup>

---

<sup>433</sup> GORTÁZAR, Cristina; 2013; **Artigo 18º...**; *idem*; p.236

<sup>434</sup> A interpretação do artigo 29º e do artigo 33º desta diretiva foi cuidada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 1 de março de 2016 - *Kreis Warendorf c. Ibrahim Alo e Amira Osso c. Region Hannover* relativamente a pedidos de decisão prejudicial pelo *Bundesverwaltungsgericht* disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1465730444577&uri=CELEX:62014CJ0443> (acesso a 10/07/2016)

<sup>435</sup> Comissão Europeia; 2014; **Sistema...**; *idem*; p.6

<sup>436</sup> Comissão Europeia; 2014; **Sistema...**; *idem*; p.7

Com reformulação do regulamento pretendeu-se aumentar a eficácia do sistema ao mesmo tempo que se concebiam procedimentos que assegurassem de melhor forma a proteção dos requerentes de asilo.<sup>437</sup>

De entre os novos mecanismos previstos importa sublinhar a importância da possibilidade de o recurso contra uma decisão do pedido de asilo suspender a execução do repatriamento enquanto este se mantiver em reapreciação (artigos 3º e 27º) o que reitera mais uma vez a importância da garantia de não-repulsão no direito europeu.

Quanto ao Regulamento do «Eurodac» antes previsto no Regulamento (CE) n.º 2725/2000 do Conselho e agora delineado no articulado do Regulamento (UE) n.º 603/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho

*“relativo à criação do sistema «Eurodac» de comparação de impressões digitais para efeitos da aplicação efetiva do Regulamento (UE) n.º 604/2013, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de proteção internacional apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro ou um apátrida, e de pedidos de comparação com os dados Eurodac apresentados pelas autoridades responsáveis dos Estados-Membros e pela Europol para fins de aplicação da lei e que altera o Regulamento (UE) n.º 1077/2011 que cria uma Agência europeia para a gestão operacional de sistemas informáticos de grande escala no espaço de liberdade, segurança e justiça”*<sup>438</sup>

e sabendo que visa a criação de uma base de dados de impressões digitais da União Europeia em matéria de asilo, as principais alterações na reformulação do regulamento prendem-se atualizações de forma a reduzir os prazos de troca de informações entre Estados-membro, uma maior garantia em matéria de proteção de dados e na previsão de novos mecanismos de combate ao terrorismo.<sup>439</sup>

---

<sup>437</sup> Comissão Europeia; 2014; **Sistema...**; *idem*; p.7

<sup>438</sup> Epígrafe do Regulamento n.º 603/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de junho de 2013

<sup>439</sup> Comissão Europeia; 2014; **Sistema...**; *idem*; p.8

### 2.1.6 Direito de asilo no ordenamento jurídico-constitucional português – breve referência

No panorama nacional, cumpre-nos analisar a posição do direito de asilo contemplado na Constituição da República Portuguesa (CRP) e qual a legislação ordinária relevante para a efetivação desse direito na nossa ordem jurídica.

O artigo 33º da CRP agrega disposições relativas à *“Expulsão, extradição e direito de asilo”*<sup>440</sup>. Chamaremos à análise os preceitos relevantes para uma visão global da efetivação do direito de asilo no direito português.

O número 8 deste 33º preceito da nossa lei fundamental faz direta referência ao direito de asilo:

*“É garantido o direito de asilo aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consequência da sua atividade em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana.”*<sup>441</sup>

O preceito foi introduzido no catálogo de direitos, liberdades e garantias por força da Revisão Constitucional de 1982<sup>442</sup> e ocupa sistematicamente o número 8, desde 2005 e da 7ª revisão constitucional.

O direito de asilo previsto neste preceito pode ser observado contendo três dimensões.<sup>443</sup> A primeira dimensão, de carácter internacional, expressa-se no facto de consistir num *“direito dos Estados para acolher e dar refúgio a quem seja perseguido por outro Estado”*.<sup>444</sup> Podemos também apor-lhe uma dimensão pessoal enquanto direito subjetivo do perseguido, que se traduz na faculdade de obter refúgio ou asilo noutra Estado e na segurança de não ser remetido para o país de onde veio. Por fim, o direito de asilo aqui consubstanciado tem uma dimensão constitucional objetiva, tratando-se de um meio de proteção dos valores constitucionais, aqui referidos como fundamento para que seja atribuído o asilo. É de destacar a particularidade da previsão constitucional que apenas garante asilo aos indivíduos que

---

<sup>440</sup> Epígrafe do artigo 33º a Constituição da República Portuguesa

<sup>441</sup> Artigo 33º, número 8 da Constituição da República Portuguesa

<sup>442</sup> OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto; 2009; **O Direito de Asilo...**; *idem*; p.126

<sup>443</sup> Como nos propõe GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital; 2014; **Constituição da República...**; *idem*; pp. 535 - 536

<sup>444</sup> GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital; 2014; **Constituição da República...**; *idem*; pp.235-236

sofrem perseguição motivada pela “*democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos da liberdade e dos direitos da pessoa humana.*”<sup>445</sup>

Apesar de garantir o asilo neste caso específico, a Constituição não impede uma ampliação da concessão de asilo pela lei. Na prática, esta estipulação constitucional apenas limita a lei ordinária de recusar um pedido de asilo que tenha por base estes fundamentos.<sup>446</sup>

Como direito subjetivo, propostas surgem no sentido de podermos atribuir um duplo sentido ao direito de asilo. Podemos referir-nos a um direito subjetivo titulado pelo Estado, em que o asilo será

*“um poder, uma faculdade jurídica que deriva de uma concepção da soberania estadual que entende ser seu atributo o poder de admitir ou de recusar a admissão a estrangeiros de forma discricionária.”*<sup>447</sup>

este entendimento é propugnado por alguns autores como a única dimensão subjetiva que devemos atribuir ao direito de asilo. Não aceitamos esta posição desde logo pelo facto de o direito de asilo estar patente na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, como direito subjetivo<sup>448</sup>; mas também por ser dessa forma consagrado no n.º 8 do artigo 33º da nossa Constituição.<sup>449</sup>

O direito de asilo deve interpretar-se como um direito subjetivo do perseguido que corresponderá a um dever do Estado de providenciar proteção ao indivíduo que o requeira.<sup>450</sup>

A doutrina propõe-nos uma visão do direito de asilo como um direito a prestações, no sentido que é através da concessão de vários direitos subjetivos que se chegará ao direito de asilo. Quando o procedimento de asilo conclui num deferimento são reconhecidas várias “*dimensões prestacionais*” do asilo como o direito à permanência em território português, a criação de condições indispensáveis a uma existência minimamente condigna ou a possibilidade de exercer uma profissão.<sup>451</sup>

---

<sup>445</sup> GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital; 2014; **Constituição da República...**; *idem*; p.236

<sup>446</sup> GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital; 2014; **Constituição da República...**; *idem*; p.236

<sup>447</sup> OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto; 2009; **O Direito de Asilo...**; *idem*; p.98

<sup>448</sup> OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto; 2009; **O Direito de Asilo...**; *idem*; p.101

<sup>449</sup> OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto; 2009; **O Direito de Asilo...**; *idem*; p.102

<sup>450</sup> OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto; 2009; **O Direito de Asilo...**; *idem*; p.99

<sup>451</sup> GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital; 2014; **Constituição da República...**; *idem*; p.236

É expetável que o procedimento de asilo tenha em consideração o ordenamento jurídico-comunitário que analisámos anteriormente<sup>452</sup>, e que tenha os princípios da justiça material, da necessidade e da adequação de meios como valores base no seu decorrer.<sup>453</sup>

A legislação ordinária nesta matéria, *in casu* a Lei 15/98 com várias alterações sendo a última dada pela Lei 26/2014 de 05 de maio, inclui a previsão dos vários procedimentos e dos estatutos de proteção que a lei concede.

A Lei do Asilo tem sido atualizada de forma a transpor as Diretivas emanadas pela União Europeia nesta matéria. O artigo 1º enumera as diretivas europeias emanadas no âmbito da política de asilo e proteção internacional da UE.

O preceito contido no artigo 3º da Lei de Asilo estabelece as situações em que deve ser garantido o direito de asilo. Em primeiro lugar, reafirmando, no seu número 1, o previsto na CRP, *ipsis verbis*.

No número 2 inserem-se os critérios previstos à luz da Convenção de Genebra sobre o Estatuto de Refugiado. A lei não se abstém de prever igualmente (artigos 7º e 8º) os critérios que devem ser preenchidos para que um indivíduo obtenha proteção internacional, nos casos em que não há preenchimento dos critérios de elegibilidade previstos para adquirir o estatuto de refugiado.

São diversos os tipos de proteção internacional previstos neste diploma. O artigo 7º comporta as condições para que seja atribuída uma autorização de residência por proteção temporária àqueles que “*sejam impedidos ou se sintam impossibilitados de regressar ao país da sua nacionalidade ou da sua residência habitual, quer atendendo à sistemática violação de direitos humanos que aí se verifique, quer por correrem o risco de sofrer ofensa grave*”.<sup>454</sup> A inclusão desta proteção subsidiária é parte da proteção complementar a que nos referimos anteriormente<sup>455</sup>, que vai além do previsto na Convenção de 1951.

Esta legislação portuguesa em matéria de asilo protege também os refugiados *sur place*. São apelidados refugiados *sur place* os indivíduos que quando saíram do seu país não eram refugiados, mas que dado a acontecimentos posteriores no seu país de origem, receiam para ele voltar. Segundo o entendimento do ACNUR, estas circunstâncias podem ter por base ações dos próprios indivíduos como o facto de se associar a refugiados já reconhecidos

---

<sup>452</sup> *Vide supra* 2.2.5

<sup>453</sup> GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital; 2014; **Constituição da República...**; *idem*; p.236-237

<sup>454</sup> Artigo 7º, n.º 1 da Lei do Asilo (Lei 15/98 alterada pela Lei 26/2014 de 05 de maio)

<sup>455</sup> *Vide supra* 2.2.1

ou de expressar as suas opiniões políticas no país onde reside.<sup>456</sup> O diploma contempla esta hipótese no artigo 8º, excluindo a situação em que as ações tenham sido praticadas “*exclusivamente com o fim de beneficiar, sem fundamento bastante, do estatuto de refugiado ou de proteção subsidiária.*”<sup>457</sup>

Concluimos, portanto, que tanto a lei fundamental como a legislação ordinária portuguesa contemplam uma política de asilo concordante com os instrumentos internacionais de direitos humanos em geral e com a Convenção de Genebra em particular.

---

<sup>456</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.21

<sup>457</sup> Artigo 8º, n.º 2 da Lei do Asilo de acordo com a recomendação do *Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado - De acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto de Refugiados*; p.21

## PARTE II – O Acesso à Justiça por parte dos Refugiados

### 3 O acesso à justiça por parte dos Refugiados

Como ao longo deste estudo viemos a compreender o acesso à justiça é imprescindível para a efetivação dos direitos humanos de cada indivíduo. O direito à justiça dos refugiados assume maior relevo considerando a posição de vulnerabilidade em que se encontram, *i.e.*, fora do seu país de origem. A incerteza do seu estatuto legal e a fraca proteção jurídica são os principais fatores que contribuem para restrições ao nível dos direitos básicos.<sup>458</sup>

Na particular situação dos refugiados, o “*acesso à justiça hoje vai além da simples instituição jurídico-organizacional dos tribunais para abarcar também o acesso a [essas] instituições que prestam assistência humanitária.*”<sup>459</sup>

O direito de acesso a juízo no país de acolhimento manifesta-se, desde logo, no artigo 16º incluído no elenco de direitos atribuídos pela Convenção de 1951:

*“1. Qualquer refugiado terá, no território dos Estados Contratantes, livre e fácil acesso aos tribunais.*

*2. No Estado Contratante em que tem sua residência habitual, qualquer refugiado gozará do mesmo tratamento que um nacional, no que concerne ao acesso aos tribunais, inclusive a assistência judiciária e a isenção da cautio judicatum solvi.*

*3. Nos Estados Contratantes outros que não o que tem sua residência habitual, e no que concerne às questões mencionadas no parágrafo 2, qualquer refugiado gozará do mesmo tratamento que um nacional do país no qual tem sua residência habitual.*”<sup>460</sup>

---

<sup>458</sup> PURKEY, Anna Lise; **Whose Right to What Justice? The Administration of Justice in Refugee Camps** in *New England Journal of International and Comparative Law*; 2011; vol.17; p.124

<sup>459</sup> MORIKAWA, Márcia Mieke; **Acesso à Justiça Internacional e a Problemática dos Refugiados: por um Direito dos Refugiados a duas velocidades** in (coord.) ROCHA, João Carlos de Carvalho; FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras Henriques; CAZETTA, Ubiratan; *Direitos Humanos: Desafios Humanitários Contemporâneos*; 1ª edição; Belo Horizonte; Del Rey Editora; 2008; p. 422. Nesta obra, MORIKAWA defende também que hoje a proteção internacional está cada vez no interior dos Estados, não se limitando, como no passado a esperar que as vítimas coloquem a sua vida em causa para chegar até à proteção. Caminhamos para a ação das organizações “*ao encontro da pessoa humana*” pp. 422-423

<sup>460</sup> Artigo 16º da Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados

Este preceito concede aos refugiados estatutários o direito de ver resolvidos no sistema judicial os seus conflitos civis ou administrativos, tal como acontece com os nacionais do Estado de acolhimento.<sup>461</sup>

Para além do acesso à justiça perante os ordenamentos jurídicos dos países de acolhimento em situação de conflito, há também a necessidade de assegurar o acesso à justiça no âmbito dos procedimentos de determinação do estatuto de asilo, através do recurso dessas decisões.

No decorrer deste capítulo pronunciar-nos-emos sobre várias situações que o acesso à justiça em geral e aos tribunais em particular é imperiosa na efetivação dos direitos humanos destes indivíduos em situação vulnerável.

### 3.1 *A administração da justiça no campo de refugiados*

#### **3.1.1 A Administração do Campo de Refugiados em geral**

Os campos de refugiados surgem como solução temporária para os que se encontram deslocados providenciando as condições mais básicas de sobrevivência: local para dormir, para a higiene pessoal, suplementos médicos, meios de comunicação e alimentação. Com o agravamento dos acontecimentos gènesse do movimento que origina as deslocções em massa, estes campos que visam uma proteção meramente temporária, acabam por perder no tempo. A perpetuidade das situações agrava a crise humanitária já existente, alcançado o limiar do inoportável, tanto para o ACNUR ou outras agências ou ONGs humanitárias encarregues da gestão dos campos, como para os Estados em que estes se localizam como para os indivíduos que encontram nesses campos uma solução – ainda que deficitária e (supostamente) temporária – de sobrevivência.

Compete ao Estado em que se encontram os refugiados<sup>462</sup> a responsabilidade de assegurar e proteger os direitos destes. Apesar de ter esta responsabilidade, nem sempre é com facilidade que o Estado consegue exercer a sua soberania territorial, aplicando o direito

---

<sup>461</sup> HÖPFNER, Florian; **L'accès au juge des réfugiés: quel juge pour garantir le droit d'asile?** in (coord.) DONIER, Virgine; LAPÉROU-SCHENEIDER, Béatrice; *L'accès au juge - Recherche sur l'effectivité d'un droit*; 1ª edição; Bruxelas; Bruylant; 2013; p.231

<sup>462</sup> Referimo-nos aqui a refugiados em sentido *lato* considerando tanto refugiados estatutários, refugiados *de facto*, requerentes de asilo e deslocados internos (estes acabam por se fixar em campos junto da fronteira do seu país sem que passem a fronteira legal, não sendo por isso considerados refugiados estatutários), pois todos eles fazem parte da população dos chamados campos de refugiados

no dia-a-dia. Consequentemente os Estados delegam essas competências administrativas ao ACNUR ou a outros organismos ou ONGs, afastando-se do quotidiano dos campos.<sup>463</sup>

O exercício de funções administrativas por parte de organizações não-estatais levantam várias questões legais para as quais ainda não existem respostas. Uma delas será a da existência de responsabilidade legal que se possa imputar às organizações internacionais nas situações em que sejam violados direitos dos refugiados, considerando que a proteção destes é competência do Estado acolhedor.<sup>464</sup>

O acesso à justiça é inerente à efetivação dos direitos. Porquanto é necessário que ela esteja presente no cenário dos campos de refugiados, considerando, desde logo, a vulnerabilidade da população aí encontrada. Encontramos os refugiados em posição desvantajosa pois estão sob o jugo do Estado em que se encontram, do ACNUR ou de outras ONGs, *i.e.*, não têm acesso aos meios democráticos para alterar aqueles que se encontram na posição política de poder. Tendo este facto em conta, conseguimos entender a importância do acesso a um sistema judicial que possa avaliar eventuais responsabilidades.<sup>465</sup>

A questão premente cinge-se à determinação de quem responsabilizamos perante tal cenário. Sabemos de antemão que o Estado tem obrigações que derivam dos instrumentos internacionais de direitos humanos a que aderiu. E o ACNUR? Estamos perante um organismo com personalidade internacional, sabemos-lo por estarmos a referir um órgão das Nações Unidas e porque o seu Estatuto e as suas ações pelo globo implicitamente o indicam. Desta forma, denotamos-lhe a presença de capacidade para deter obrigações baseadas nos direitos humanos, mesmo quando os Estados mantenham a sua responsabilidade.<sup>466</sup>

Esta perspetiva da necessidade de existência de um mecanismo de responsabilização institucional nas situações em que existe um mandato de administração para a gestão de um campo de refugiados, tem vindo a ser ultrapassada por uma perceção mais centrada no entendimento baseado nos direitos, *i.e.*, na realização do refugiado como detentor de direitos.<sup>467</sup> Com esta perceção em mente, o que se entende como relevante é a definição do autor da ação que pôs em causa o direito do refugiado. O acesso à justiça efetivo terá diferente

---

<sup>463</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.466

<sup>464</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.466

<sup>465</sup> PURKEY, Anna Lise; 2011; **Whose...**; *idem*; pp.123-124

<sup>466</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; pp. 466-467

<sup>467</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.467

consequência consoante se trate de uma violação promovida por alguém dentro da comunidade de refugiados, por uma ONG ou por uma organização internacional.<sup>468</sup>

### 3.1.2 O Direito vigente no Campo de Refugiados

Anteriormente, referimos já que o direito internacional dos refugiados é um conjunto de instrumentos internacionais e normas costumeiras que tem como objetivo a proteção dos refugiados. No entanto, não encontramos neste alargado conjunto de norma nenhum preceito que se ocupe especificamente ou tenha em consideração a existência de campos de refugiados. Entendemos estar perante uma lacuna do direito internacional dos refugiados.<sup>469</sup>

São apontadas na doutrina pelo menos duas razões que podem ser a causa desta lacuna. Em primeiro lugar, pela época da redação da Convenção, os representantes acreditavam que qualquer proposta que versasse sobre segurança física dos refugiados entraria num âmbito demasiado ambicioso. Ademais, coloca-se a hipótese de a outra causa se encontrar no facto de os trabalhos e as propostas do direito internacional terem sido na sua larga maioria redigidos por homens.<sup>470</sup> Estes pecam por não considerarem a posição de vulnerabilidade em que se encontram os refugiados, sendo estes homens, mulheres ou crianças. Assim, também não foram consideradas as vulnerabilidades das pessoas com deficiência ou das minorias com base na orientação sexual ou na identificação de género.<sup>471</sup>

Regressando à questão de qual o direito vigente dentro do campo de refugiados, sabemos que deverá existir uma lógica aplicação do direito internacional dos refugiados, mas dentro do leque de leis vigente nestes campos, incluímos também o direito internacional penal e o direito humanitário. A aplicação dos instrumentos internacionais respetivos dependerá do país anfitrião do campo de refugiados, logo as normas aplicadas não serão as mesmas de campo para campo.<sup>472</sup>

---

<sup>468</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; *The Refugee...*; *idem*; p.467

<sup>469</sup> KOFFORD, Kelsey; *An Examination of the Law, or Lack Thereof in Refugee and Displacement Camps in Hastings International and Comparative Law Reviews*; Inverno 2012; vol.35; p.190

<sup>470</sup> KOFFORD, Kelsey; 2012; *An Examination...*; *idem*; p.190

<sup>471</sup> KOFFORD, Kelsey; 2012; *An Examination...*; *idem*; p.191

<sup>472</sup> KOFFORD, Kelsey; 2012; *An Examination...*; *idem*; p.191

O artigo 3º<sup>473</sup> comum a todas as Convenções de Genebra<sup>474</sup> prevê violações em situação de conflitos armados internos, contudo esta norma nunca foi ativada quando estas violações constituem vítimas entre refugiados ou deslocados internos. De resto, este preceito apenas seria útil estando perante um país anfitrião de um campo em situação de conflito armado, num país em paz os refugiados e deslocados que vivem no campo não terão a proteção das Convenções de Genebra.<sup>475</sup>

Devemos, portanto, recorrer aos instrumentos de maior universalidade, aqueles que abrangem todos os indivíduos pelo simples facto de serem humanos. Falamos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.<sup>476</sup> Sabemos, conquanto, que estes instrumentos necessitam de mecanismos de exequibilidade para que se façam cumprir e assim atingir os seus objetivos de proteção.<sup>477</sup>

A lei internacional tem sido pouco resoluta perante esta situação, desde logo por não providenciar quanto à responsabilidade das comunidades internacionais nos casos de violação dos direitos fundamentais. Além disso, o cumprimento do direito internacional – em matérias regulamentadas – não tem sido alcançado por fraca ação dos Estados-membros

---

<sup>473</sup>Artigo 3º comum a todas as Convenções de Genebra - “No caso de conflito armado que não apresente um carácter internacional e que ocorra no território de uma das Altas Partes contratantes, cada uma das Partes no conflito será obrigada aplicar, pelo menos, as seguintes disposições:

1)As pessoas que não tomem parte diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto as armas e as pessoas que tenham sido postas fora de combate por doença, ferimentos, detenção, ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção de carácter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo.

Para este efeito, são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar, relativamente às pessoas acima mencionadas:

a)As ofensas contra a vida e a integridade física, especialmente o homicídio sob todas as formas, mutilações, tratamentos cruéis, torturas e suplicios;

b) A tomada de reféns;

c)As ofensas à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes;

d) As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem prévio julgamento, realizado por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados.

2) Os feridos e doentes serão recolhidos e tratados.

Um organismo humanitário imparcial, como a Comissão Internacional da Cruz Vermelha, poderá oferecer os seus serviços às partes no conflito.

As Partes no conflito esforçar-se-ão também por pôr em vigor, por meio de acordos especiais, todas ou parte das restantes disposições da presente Convenção.

A aplicação das disposições precedentes não afetará o estatuto jurídico das Partes no conflito.”

<sup>474</sup> Referimo-nos aqui às Convenções de Genebra, instrumentos que se qualificam como o núcleo duro do Direito Internacional Humanitário, que visam a segurança dos civis em tempo de conflito.

<sup>475</sup> KOFFORD, Kelsey; 2012; **An Examination...**; *idem*; p.191

<sup>476</sup> Sobre a importância da DUDH e do PIDCP no direito internacional dos refugiados, *vide supra* 3.1.1.1

<sup>477</sup> KOFFORD, Kelsey; 2012; **An Examination...**; *idem*; p.192

da ONU, o que leva ao aumento da vulnerabilidade dos campos, deixando espaço a ataques recorrentes sem que exista proteção competente.<sup>478</sup>

Quanto à aplicação da lei doméstica esta não se apresenta como solução ideal por vários fatores. Em primeiro lugar, é de difícil acesso para as comunidades de refugiados, para além de se resultar numa aplicação inconsistente e atingir solução não desejáveis de conflitos entre direitos fundamentais. Em segundo lugar, devemos considerar a atitude de septicidade dos refugiados em relação às autoridades públicas e os obstáculos que se colocam no percurso do acesso à justiça:<sup>479</sup>

*“language and cultural barriers, physical distances, restrictions on freedom of movement, lack of legal representation, meager financial resources, lack of transportation and poor understanding of the domestic legal system, among others.”*<sup>480</sup>

Em suma, teoricamente a lei aplicável num campo de refugiados será a lei doméstica do país acolhedor, esta deve ser cumprida pelos refugiados à luz do artigo 2º da Convenção de Genebra de 1951. Poderão incluir-se outras fontes de legislação como normas religiosas, costumeiras ou tradicionais originárias tanto do país de acolhimento como do país de origem.<sup>481</sup> Tudo indica que perante a situação de dificuldade de acesso aos sistemas formais de direito, as infraestruturas jurídicas que existem nestes campos serão da criação das pessoas que neles habitam.<sup>482</sup>

### **3.1.3 Mecanismos de resolução de conflitos extrajudiciais**

Posto que a dificuldade de acesso aos mecanismos de resolução de conflito tradicionais, *i.e.*, de acesso aos recursos jurisdicionais do país acolhedor é bastante comum, os conflitos que surgem dentro dos campos, são na sua maioria resolvidos dentro do próprio campo, pelos métodos que aí surgem.<sup>483</sup>

Os conflitos internos abrangem todo o tipo de âmbitos que possamos imaginar, desde questões relacionadas com heranças, propriedade, tráfico de droga, fraude, homicídio

---

<sup>478</sup> KOFFORD, Kelsey; 2012; **An Examination...**; *idem*; p.194

<sup>479</sup> KOFFORD, Kelsey; 2012; **An Examination...**; *idem*; pp.194-195

<sup>480</sup> KOFFORD, Kelsey; 2012; **An Examination...**; *idem*; p.195

<sup>481</sup> PURKEY, Anna Lise; 2011; **Whose...**; *idem*; p.127

<sup>482</sup> KOFFORD, Kelsey; 2012; **An Examination...**; *idem*; p.193

<sup>483</sup> PURKEY, Anna Lise; 2011; **Whose...**; *idem*; p.126

e até responsabilidades parentais. E surgem não só entre a população do campo, os refugiados, mas também podem envolver autoridades do campo, polícia, militares ou seguranças e funcionários das organizações internacionais. Ainda assim, os casos mais preocupantes, também pelo motivo de serem mais usuais, são os roubos e a violência sexual e com base no gênero.<sup>484</sup>

Os mecanismos de resolução de conflitos de refugiados<sup>485</sup> são estabelecidos, geralmente, pela comunidade de refugiados de forma independente, ainda que exista a possibilidade de intervenção do ACNUR ou de outras ONGs numa fase posterior. Têm uma forte conexão com a estrutura de liderança dos campos, sendo que os líderes da comunidade acabam por exercer as funções de juizes, mediadores ou árbitros perante os vários conflitos.<sup>486</sup>

Estes mecanismos são caracterizados por um procedimento informal, o que implica a flexibilidade destes, mas se transcreve igualmente numa falta de proteção ao nível dos direitos procedimentais que encontramos com rigor nos sistemas judiciais formais. São baseados nas tradições e costumes de base religiosa e cultural dos países de origem, resultando num sistema bastante sofisticado e único no contexto dos campos.<sup>487</sup>

Enquanto sistema de justiça informal, os mecanismos de resolução de conflitos de refugiados chegam a ser percebidos como mais eficientes, menos onerosos e menos burocráticos em oposição ao sistema de justiça formal do país acolhedor.<sup>488</sup> Alguns Estados de acolhimentos aceitam e reconhecem a existência destes sistemas informais, outros não.<sup>489</sup>

Devem ser apontados vários pontos fracos a estes mecanismos. Primeiramente, há dificuldade em compreender qual o corpo jurídico legislativo que deve ser aplicado, considerando a variedade de fontes à disposição e potenciais conflitos de jurisdição que possam emergir. Depois, à semelhança da existência de possibilidade de corrupção no sistema judicial formal, existe neste contexto perigo destes mecanismos serem usurpados por segmentos mais poderosos da comunidade colocando em causa a justiça efetiva que se pode retirar daqui.<sup>490</sup>

---

<sup>484</sup> PURKEY, Anna Lise; 2011; **Whose...**; *idem*; pp.126-127

<sup>485</sup> *Refugee Dispute Resolution Systems* (RDRS) seguindo a denominação de PURKEY, 128 e ss. ou *Camp Dispute Resolution Systems* (CDRS) seguindo a denominação de KOFFORD, 196 e ss.

<sup>486</sup> PURKEY, Anna Lise; 2011; **Whose...**; *idem*; p. 128

<sup>487</sup> PURKEY, Anna Lise; 2011; **Whose...**; *idem*; p. 128

<sup>488</sup> PURKEY, Anna Lise; 2011; **Whose...**; *idem*; p. 129

<sup>489</sup> KOFFORD, Kelsey; 2012; **An Examination...**; *idem*; p.197

<sup>490</sup> PURKEY, Anna Lise; 2011; **Whose...**; *idem*; p. 129

Não estarão representados, nestes procedimentos, as faixas minoritárias da população como as mulheres ou as minorias culturais, étnicas ou religiosas, o que poderá aprofundar vertiginosamente as tensões étnicas e culturais já existentes.<sup>491</sup>

De um ponto de vista mais formal surgem falências pela inexistência de um mecanismo de execução das decisões, isto significa que muitas vezes a implementação destas se apoia na pressão social por parte da comunidade.<sup>492</sup> A informalidade do processo, a consequente falta de rigor procedimental e a deficitária experiência dos responsáveis pela aplicação da lei no seio deste sistema podem, frequentemente, resultar na violação de direitos fundamentais que noutra circunstância estariam protegidos. Por fim, é preocupante a criminalização de alguns atos que não são considerados crime no ordenamento jurídico do país acolhedor, assim como a determinação de sanções não conformes com esse sistema formal.<sup>493</sup>

Numa nota positiva, estes mecanismos mostram-se importantíssimos no sentido de desenvolver ou restaurar nas comunidades de refugiados um teor de legalidade e ordem, contribuindo para a eliminação da cultura de impunidade aí existente. Importa também no seu contributo para o empoderamento destas comunidades mais vulneráveis, através da autonomia que lhes é concedida dentro das estruturas desses mecanismos.<sup>494</sup>

Quanto à jurisdição dos mecanismos de resolução de conflitos dos refugiados, devemos considerar uma análise o escopo de aplicação pessoal, mas também o escopo de aplicação material.

Perante um mecanismo de cariz religioso, este deve aplicar-se de forma limitada aos membros desse grupo religioso, o mesmo assumimos para os mecanismos baseados em tradições étnicas. Quando a comunidade de refugiados que permanece no campo é homogénea, esse sistema de justiça informal deve abranger toda essa população, quando tal não aconteça, os mecanismos poderão ser criados com procedimentos específicos destinados à população heterogénea do campo.<sup>495</sup>

---

<sup>491</sup> PURKEY, Anna Lise; 2011; **Whose...**; *idem*; p.130

<sup>492</sup> PURKEY, Anna Lise; 2011; **Whose...**; *idem*; p.131

<sup>493</sup> PURKEY, Anna Lise; 2011; **Whose...**; *idem*; p.130

<sup>494</sup> KOFFORD, Kelsey; 2012; **An Examination...**; *idem*; p.197

<sup>495</sup> PURKEY, Anna Lise; 2011; **Whose...**; *idem*; p.141

Os conflitos podem ser protagonizados por refugiados e não-refugiados, como os trabalhadores de ONGs ou os funcionários do Estado acolhedor, nestas situações em particular, o mecanismo de resolução de conflitos dos refugiados apenas terá jurisdição se a contraparte – sobre a qual o mecanismo não tem inicialmente jurisdição – aceitar.<sup>496</sup>

Em termos de jurisdição material o sistema informal que funciona no campo pode resolver os conflitos menos gravosos, deixando para o sistema judicial formal atos criminosos que envolvam ofensas físicas graves (assédio, homicídio, violência sexual), ou que possam resultar em sanções mais graves como penas de limitação da liberdade. Se o mecanismo do campo de refugiados gerir o seu trabalho com respeito pelos direitos humanos, poderá ser conveniente a amplificação da sua jurisdição material.<sup>497</sup>

### 3.1.4 Análise crítica

Sabemos agora que os campos de refugiados, inicialmente construídos com um ímpeto temporário, são necessários de uma forma mais permanente do que o desejável. Assim e considerando de igual forma a importância do acesso à justiça como forma de efetivação dos direitos humanos, compreendemos a necessidade da empregabilidade de todos os métodos possíveis para que se alcance esse propósito.

É necessário que a legislação internacional que compõe o direito internacional dos refugiados e o direito humanitário seja trabalhado para que atinja a conformidade com a realidade contemporânea.

Uma das soluções apresentadas, para que sejam colmatadas algumas das falhas destes mecanismos prende-se com a cooperação entre estas estruturas e os sistemas de justiça formais dos países de acolhimento. Neste exercício, os Estados reconheceriam as regras e os procedimentos legais do mecanismo de resolução de conflitos sem proceder à transferência da sua soberania para a comunidade. A soberania sobre essa porção de território continuaria nas mãos do Estado, mas a autoridade para exercício da justiça pertenceria à estrutura criada pela comunidade de refugiados. Tudo funcionaria sobre a supervisão do Estado para que fossem cumpridos os limites da jurisdição, o respeito pelos *standards* e instrumentos de direitos humanos e do *due process*.<sup>498</sup>

---

<sup>496</sup> PURKEY, Anna Lise; 2011; **Whose...**; *idem*; p.141

<sup>497</sup> PURKEY, Anna Lise; 2011; **Whose...**; *idem*; p.142

<sup>498</sup> PURKEY, Anna Lise; 2011; **Whose...**; *idem*; p.140

Aceitamos esta solução como intermédia, *i.e.*, acreditamos nas vantagens destes mecanismos, mas não consideramos que sejam ideais ou que cumpram da forma mais assertiva os requisitos para que se atinja uma verdadeira efetivação dos direitos humanos.

Idealmente, os instrumentos internacionais de direitos humanos deverão consagrar regras sobre administração de campos de refugiados e de deslocados, estabelecendo as devidas obrigações dos Estados de acolhimento e os limites da delegação dessas obrigações no ACNUR ou noutras ONGs. Ainda assim, o acesso a um sistema de justiça formal, que assegure as garantias processuais propugnadas nos instrumentos internacionais de direitos humanos deverá ser uma preocupação primária, senão para os Estados, pelas organizações internacionais e ONGs.

### 3.2 O acesso à justiça durante o procedimento de asilo

Analisámos *supra*<sup>499</sup> as condições de acesso ao estatuto de refugiado segundo a Convenção de Genebra de 1951. A determinação deste estatuto respeita um procedimento, que depende de país para país<sup>500</sup>, mas que deve cumprir os mínimos estabelecidos nos instrumentos internacionais de cariz protetor dos direitos dos refugiados. No âmbito da União Europeia, pretende-se a harmonização destas regras no seio de um Sistema Europeu Comum de Asilo<sup>501</sup>, trabalho iniciado pela Diretiva 2005/85/CE que estabeleceu apenas normas mínimas a ser respeitadas e continuado, agora, pela Diretiva 2013/32/UE que reformula esse instrumento, clarificando-o e atribuindo-lhe maior rigor. O objetivo desta última foca-se na diminuição das disparidades ainda existentes entre os procedimentos de asilo nos diferentes Estados-membros, no sentido da criação de um sistema de concessão de asilo único que contenha todas as garantias de forma comum.<sup>502</sup>

---

<sup>499</sup> *Vide supra* 3.1.2

<sup>500</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.533 consideram que “*Procedural rights nevertheless remain very much within the area of ‘choice of means’ among States parties to the Convention and Protocol, national procedures vary considerably, drawing mostly on local legal culture and due process traditions.*”

<sup>501</sup> *Vide supra* 3.1.5.3

<sup>502</sup> Considerando (7) da Diretiva 2013/32/UE relativa a procedimentos comuns de concessão e retirada do estatuto de proteção internacional

Com o estabelecimento destas regras seguimos o entendimento de GOODWIN-GILL e MCADAM, que atribuem à determinação do estatuto, *i.e.*, ao resultado do requerimento de asilo, uma natureza meramente declaratória e não constitutiva.<sup>503</sup>

A importância da questão que abordamos neste número releva principalmente nas circunstâncias atuais, da luta contra o terrorismo a um nível global, que indiretamente tem consequências que impactam a legislação relacionada com a entrada e saída de migrantes, de uma forma negativa, ou se quisermos, restritiva.<sup>504</sup>

Segundo dados do ACNUR, publicados em 2015<sup>505</sup>, existiam em 2014, 14.380.094 milhões de refugiados e pessoas em situações semelhantes e 1.796.310 milhões de requerentes de asilo com procedimento pendente. Esta não será de todo uma situação ideal.

Apesar de existir pouca referência a garantias processuais no direito internacional, o ACNUR tem vindo a ditar alguns comportamentos que devem ser assumidos pelos Estados durante o procedimento de asilo. Incluem-se nestes a disponibilização de intérpretes competentes, facilitação de orientação para os requerentes, prazos razoáveis de recurso da decisão formal nos casos em que a decisão seja negativa, para a mesma autoridade ou outra desde que com cariz administrativo ou judicial.<sup>506</sup> Respeitando estas diretrizes - que não vinculativas, mas meramente indicativas<sup>507</sup> - a análise dos requerimentos de asilo deve ser feita de forma célere, equitativa e eficaz.<sup>508</sup>

Ao longo deste número, para além de estudarmos o Direito ao Recurso da Decisão de Requerimento de Asilo (4.2.1) que consideramos de elevada importância porque consubstancia o direito à proteção judicial que analisámos *supra*<sup>509</sup> como direito fundamental; vamos também percorrer o Acesso à Informação (4.2.2), à Assistência Judiciária (4.2.3) que compreendemos como direitos complementares que devem ser garantidos e sem os quais não será possível uma efetiva realização da justiça. Por fim, referir-nos-emos à problemática da detenção durante o período de análise do pedido quanto à sua legitimidade e legalidade (2.2.4).

---

<sup>503</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.51

<sup>504</sup> HÖPFNER, Florian; 2013; **L'accès...**; *idem*; p.232

<sup>505</sup> ACNUR, Tabelas Estatísticas Completas, Tab1, disponível em <http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/estatisticas/> (acesso a 01/07/2016)

<sup>506</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.533

<sup>507</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p. 533

<sup>508</sup> MOREIRA, Vital; GOMES, Carla Marcelino; 2014; **Comprender os Direitos...**; *idem*; p.509

<sup>509</sup> *Vide supra* 1.1

### 3.2.1 Direito ao Recurso da decisão do requerimento de asilo

As recomendações do ACNUR quanto aos Procedimentos para a Determinação da Condição de Refugiado consagram claramente um direito ao recurso nesse procedimento:

*“(vi) Se o solicitante não for reconhecido como refugiado, deverá ser notificado, o mesmo deverá ter à sua disposição um período razoável de tempo para interpor recurso formal contra a decisão denegatória, conforme o sistema estabelecido, podendo apelar para a mesma autoridade ou a outra, administrativa ou judicialmente.”<sup>510</sup>*

É deixada assim discricionariedade aos Estados para que decidam qual o procedimento de recurso no qual os requerentes de asilo se podem apoiar, judicial ou administrativo. Esta (in)definição da composição do órgão que reavalia a decisão de concessão de asilo foi criticada por GOODWIN-GILL e MCADAM. A não-determinação da natureza do órgão levou a uma reação dos Estados negativa, no sentido de abolir recursos, níveis de recurso ou limitarem estes recursos a matéria legal, de modo a lidar com a grande quantidade de pedidos de asilo solicitados.<sup>511</sup>

As decisões desfavoráveis à concessão do estatuto de refugiado devem ser claras e conter todos os argumentos justificativos do indeferimento, assim como a especificação das provas utilizadas como fundamento. O que não deve igualmente faltar nessa notificação de decisão negativa é a informação necessária ao exercício do direito de recurso, incluindo formalidades e prazos que devem ser cumpridos.<sup>512</sup>

Cada país tem a discricionariedade para adaptar como entende estes *standards* mínimos. No caso dos Estados-membros da União Europeia, estes devem cumprir as referências por estipuladas, previstas na Diretiva 2013/32/UE, a Diretiva “Procedimentos de Asilo”. O trabalho desenvolvido por este instrumento de direito visa atingir um procedimento único, seguro e eficaz de um ponto de vista jurídico, *i.e.*, pretende-se que

---

<sup>510</sup> ACNUR; 2002; **Manual...**; *idem*; p.40

<sup>511</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.536

<sup>512</sup> European Council on Refugees and Exiles (ECRE); **Guidelines on Fair and Efficient Procedures for Determining Refugee Status**; September 1999, disponível em: <http://www.refworld.org/docid/3decd90d4.html> (acesso a 10/07/2016); p.28

*“as pessoas devem ser tratadas de forma equivalente no que se refere aos trâmites processuais e à atribuição do estatuto, independentemente do Estado-membro em que apresentem o seu pedido de proteção internacional”*.<sup>513</sup>

O direito ao recurso surge como instrumento na proteção de *non-refoulement* e inerente a um procedimento justo e eficiente que deve ser assegurado no seio de uma sociedade de Estado de Direito. Este direito é previsto explicitamente no artigo 47º da CDFUE, o que não coincide com a previsão da CEDH (artigo 13º) que consagrando o direito de acesso à justiça não explicita distintamente a existência de um direito fundamental de recorrer perante um órgão jurisdicional.<sup>514</sup> Sobre esta matéria o artigo 6º da CEDH consagra o direito a um julgamento equitativo, somente em relação a direitos e obrigações de caráter civil e a acusações em matéria penal<sup>515</sup>, contudo e conforme referimos *supra*<sup>516</sup>, esse entendimento restritivo não é conforme ao espírito da Convenção.

Esta garantia está consagrada no artigo 46º da Diretiva 2013/32/UE. Os Estados-membros devem contemplar na sua legislação oportunidade de recurso das decisões proferidas sobre o pedido de asilo num leque de situações<sup>517</sup>, agora mais abrangente, do que aquele previsto no artigo 39º da Diretiva 2005/85/CE que esta veio reformular.<sup>518</sup>

Presentemente, o requerente de asilo poderá recorrer da decisão proferida sobre o seu pedido de proteção internacional, quando a decisão considerar o pedido infundado em relação ao estatuto de refugiado ou de proteção subsidiária. Esta possibilidade é uma das

---

<sup>513</sup> Considerando (8) da Diretiva 2013/32/UE relativa a procedimentos comuns de concessão e retirada do estatuto de proteção internacional

<sup>514</sup> European Council on Refugees and Exiles (ECRE); **Information Note on Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast)**; 2014; disponível em: <http://www.refworld.org/docid/54afd6444.html> (acesso a 10/07/2016); p.50

<sup>515</sup> FRA - European Union for Human Rights; Conselho da Europa; 2014; **Manual de legislação...**; *idem*; p.104

<sup>516</sup> *Vide supra* 1.2.5

<sup>517</sup> Artigo 46º, n.º 1 da Diretiva 2013/32/UE relativa a procedimentos comuns da concessão e retirada do estatuto de proteção internacional “a) *Da decisão proferida sobre o seu pedido de proteção internacional, incluindo a decisão: i) que considera um pedido infundado relativamente ao estatuto de refugiado e/ou ao estatuto de proteção subsidiária, ii) que determina a inadmissibilidade do pedido, nos termos do artigo 33º, n.º 2, iii) proferida na fronteira ou nas zonas de trânsito de um Estado-Membro, conforme descrito no artigo 43º, n.º 1, 29.6.2013 PT Jornal Oficial da União Europeia L 180/83; iv) de não proceder à apreciação, em aplicação do artigo 39º;*b) *Da recusa de reabertura da apreciação de um pedido após o termo dessa apreciação em aplicação dos artigos 27º e 28º; c) Da decisão de retirar a proteção internacional, de acordo com o artigo 45º.”*

<sup>518</sup> ECRE; 2014; **Information Note...**; *idem*; p.50

novidades da reformulação da diretiva dos procedimentos de asilo, à qual se junta o alargamento dos prazos do recurso - que não poderão tornar a apresentação do recurso impossível ou excessivamente difícil - (número 4, §1, *in fine*)<sup>519</sup> e do respetivo escopo (número 3) que deve incluir obrigatoriamente uma “*análise exaustiva e ex nunc da matéria de facto e de direito*”<sup>520</sup>; o efeito suspensivo automático da decisão de expulsão associada à não-concessão do estatuto de asilo (número 6)<sup>521</sup>; e a possibilidade de recurso oficioso das decisões que tenham sido adotadas à luz do artigo 43º, *i.e.*, dos procedimentos de fronteira (número 4, §2).

Ainda sobre o efeito suspensivo automático previsto no número 6 do artigo 46º, cabe referir que este não prevê um direito automático de permanência nos casos de pedidos infundados ou não admissíveis, mas sim que surge oportunidade para que o órgão jurisdicional decida se o requerente pode ou não permanecer no território durante o tempo necessário para a análise do recurso.<sup>522</sup>

Estas inovações contribuem para a unificação dos procedimentos de asilo nos Estados-membros, mas deixam ainda espaço para a discricionariedade aquando da transposição para os ordenamentos jurídicos nacionais relativamente aos requisitos que devem ser respeitados para que se lance mão do recurso.<sup>523</sup>

### 3.2.2 Direito a ser informado

A inserção de uma referência ao acesso à informação no âmbito do estudo do acesso à justiça é clara na medida em que compreendemos que o conhecimento constitui poder. Neste caso em concreto, o conhecimento dos procedimentos, direitos e oportunidades de recurso que cabem ao requerente de asilo poderá constituir o ponto diferencial numa decisão de deferimento ou indeferimento de proteção internacional.

Apesar da Convenção de 1951 não o referir, o sistema europeu prevê como garantia para os requerentes de asilo o direito à informação sobre o procedimento de asilo. Algumas

---

<sup>519</sup> FRA - European Union for Human Rights; Conselho da Europa; 2014; **Manual de legislação...**; *idem*; p.105

<sup>520</sup> Artigo 46º, n.º 3 da Diretiva 2013/32/UE relativa a procedimentos comuns da concessão e retirada do estatuto de proteção internacional

<sup>521</sup> ECRE; 2014; **Information Note...**; *idem*; p.52

<sup>522</sup> FRA - European Union for Human Rights; Conselho da Europa; 2014; **Manual de legislação...**; *idem*; p.107

<sup>523</sup> ECRE; 2014; **Information Note...**; *idem*; p.50

questões se colocam em relação a este direito, nomeadamente em relação ao seu conteúdo e à forma como estes devem ser disponibilizados.

O artigo 12º da Diretiva “Procedimentos de asilo” dita quais devem ser as garantias asseguradas aos requerentes de asilo no decorrer do processo. Entre as alíneas a) a f) encontramos o seu elenco.

Em primeiro lugar, a alínea a) estabelece o direito dos requerentes a serem informados do procedimento de asilo a seguir, dos respetivos direitos e deveres durante o mesmo e das eventuais consequências do não cumprimento dessas obrigações e da não cooperação com as autoridades. Devem também ser transmitidos os prazos e dos meios que se encontram ao seu dispor para cumprir a obrigação de apresentação dos critérios necessários para que se lhes seja concedida a proteção internacional, tendo por base o artigo 4º da Diretiva 2011/95/UE.<sup>524</sup> Quando ao modo como esta informação é transmitida cria-se um critério vago - que poderá ter consequências nefastas para o indivíduo<sup>525</sup>, como veremos – “*numa língua que compreendam ou que seja razoável presumir que compreendam*”.

Este mesmo critério surge, assim como todas as suas consequências, na alínea f):

*“f) Ser informados do resultado da decisão proferida pelo órgão de decisão, numa língua que compreendam ou que seja razoável presumir que compreendam, caso não se façam assistir nem representar por um advogado ou outro consultor. As informações fornecidas devem incluir as possibilidades de recurso contra uma decisão de indeferimento nos termos do artigo 11º, n. 2.”<sup>526</sup>*

Estamos perante um critério vago que pretende determinar a regra da língua em que a informação é transmitida ao requerente que pode constituir um obstáculo à realização da justiça efetiva no âmbito do procedimento de asilo, assim como é questionável a sua conformidade com o princípio geral da boa administração que vigora na União Europeia.<sup>527</sup>

---

<sup>524</sup> A Diretiva 2011/95/UE que estabelece normas relativas às condições a preencher pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para poderem beneficiar de proteção internacional, a um estatuto uniforme para refugiados ou pessoas elegíveis para proteção subsidiária e ao conteúdo da proteção concedida estabelece no seu artigo 4º as condições e critérios para a “Apreciação de factos e circunstâncias”. Este artigo inclui-se no Capítulo II da Diretiva que tem como epígrafe “Apreciação do pedido de proteção internacional”.

<sup>525</sup> ECRE; 1999; **Guidelines...**; *idem*; pp.17-18

<sup>526</sup> Artigo 12º, n.º 1, alínea f) da Diretiva 2013/32/UE relativa a procedimentos comuns da concessão e retirada do estatuto de proteção internacional

<sup>527</sup> ECRE; 1999; **Guidelines...**; *idem*; pp.17-18

Sobre esta matéria o *European Council on Refugees and Exiles (ECRE)*<sup>528</sup> aconselha os Estados-membros a seguirem um critério mais rígido, providenciando a informação na língua que os requerentes entendam, e a não admitirem que seja utilizado o critério da língua que seja razoável presumir que o requerente compreenda, sob pena de entrarmos no âmbito da arbitrariedade pois a expressão não é definida nesta diretiva. Ademais, a alínea prevê esta transmissão de informação quando os requerentes não se façam assistir por advogado ou outro consultor. Nessa informação deve constar o resultado da decisão e as oportunidades de recurso contra a decisão de indeferimento.<sup>529</sup>

Continuando nas suas recomendações, o ECRE é da opinião que as decisões devem ser transmitidas em conjunto com as oportunidades de recurso das mesmas, em todas as situações e não só naquelas que os requerentes não se encontrem representados.<sup>530</sup>

Já na alínea b) garante-se o direito a um intérprete para que possa apresentar convenientemente as suas pretensões às autoridades e durante a sua entrevista (artigos 14º a 17º da Diretiva 2013/32/UE). Os intérpretes comunicam também as decisões dos requerimentos e respetivos fundamentos, assim como as oportunidades de recurso. Desta forma, será possível assegurar um procedimento mais justo e eficiente para o requerente.<sup>531</sup>

A alínea c) determina a relação de apoio que poderá existir entre os requerentes e o ACNUR e outras organizações internacionais. Este apoio poderá traduzir-se em assistência jurídica ou outro tipo de aconselhamento, que esteja conforme com a legislação do Estado-membro.<sup>532</sup>

Chegados à alínea d) sublinhamos novamente a sua importância no processo. Aqui, contempla-se a partilha de informações sobre a situação no país de origem do requerente e dos países por onde estes tenham transitado, se for o caso (artigo 10º, n. 3, alínea b) e das opiniões dos especialistas que aconselham os agentes responsáveis pela apreciação do pedido (artigo 10º, n. 3, alínea d). No cumprimento desta partilha de informações encontramos perante a efetivação do princípio da “igualdade de armas” durante o procedimento de

---

<sup>528</sup> O *European Council on Refugees and Exiles* é uma rede pan-europeia fundada em 1974 que tem como objetivo promover o trabalho em parceria de várias organizações humanitárias que apoiam refugiados para que se tomem decisões comuns e se contribua para as políticas relativas à imigração e aos refugiados. Mais informação vide <http://www.ecre.org/> (acesso a 04/07/2016)

<sup>529</sup> ECRE; 2014; **Information Note...**; *idem*; pp.17-18

<sup>530</sup> ECRE; 2014; **Information Note...**; *idem*; pp.17-18

<sup>531</sup> ECRE; 2014; **Information Note...**; *idem*; pp.17-18

<sup>532</sup> Artigo 12º, n. 1, alínea c) da Diretiva 2013/32/UE “*Não lhes ser recusada a possibilidade de comunicarem com o ACNUR ou com qualquer outra organização que preste assistência jurídica ou outro aconselhamento aos requerentes de acordo com a legislação desse Estado-membro*”

asilos. Coloca-se em questão perante a aplicação desta norma a fase do processo em que a partilha de informações deverá ser efetuada. Ao longo deste instrumento não se prevê a transmissão de informação numa fase inicial do processo, a opinião do ECRE posiciona-se contrariamente, *i.e.*, a concessão de acesso à informação o mais adiantadamente possível poderá fazer a diferença durante o processo, para além estar de acordo com o artigo 41º da CDFUE (“Direito a uma boa administração”).<sup>533</sup>

Por fim, as últimas alíneas do artigo 12º, número 1 referem-se ao direito de ser notificado da decisão do procedimento de asilo. A alínea f) prevê a situação já analisada e a alínea e) admite a possibilidade de a notificação ser efetuada apenas para o representante legal do requerente e não para o próprio requerente.

A desvirtuação ou o incumprimento de qualquer uma destas garantias poderá resultar na violação do direito de recurso efetivo, previsto na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e na Convenção Europeia dos Direitos Humanos.<sup>534</sup>

Estudos levados a cabo pela Agência de Direitos Fundamentais da União Europeia concluíram que nos países em que as informações são transmitidas oralmente ou interativamente – indo para além da transmissão por escrito prevista na legislação europeia - os níveis de entendimento aumentaram, podendo ser a chave para o sucesso do requerimento.<sup>535</sup>

Numa nota final sobre o direito a ser informado devemos referir o artigo 19º da Diretiva em análise. Este, sob epígrafe “Prestação gratuita de informações jurídicas e processuais nos procedimentos em primeira instância”, prevê a obrigação dos Estados-membros de criarem condições para que as informações jurídicas relevantes do procedimento de asilo sejam transmitidas aos requerentes de forma gratuita e tendo em consideração as especificidades particulares de cada requerente.

### 3.2.3 Direito à Assistência judiciária

A assistência jurídica, como garantia que deve ser concedida ao requerente durante todo o processo de asilo está prevista de forma distinta nos vários ordenamentos jurídicos. Enquanto nos Estados Unidos da América o direito é reconhecido, mas não é previsto nenhum apoio judiciário às custas do Estado, o sistema canadiano consagra o direito de todos

---

<sup>533</sup> ECRE; 2014; **Information Note...**; *idem*; pp.18-19

<sup>534</sup> ECRE; 2014; **Information Note...**; *idem*; pp.17-19

<sup>535</sup> FRA - European Union for Human Rights; **The duty to inform applicants about the asylum procedure and the right to an effective remedy**; Setembro de 2010; disponível em: [http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/1056-asylum-access-info-infosheet-092010\\_en.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1056-asylum-access-info-infosheet-092010_en.pdf) (acesso a 10/07/2016)

os requerentes a receber assistência jurídica e prevê as circunstâncias em que essa assistência deve ser suportada pelo Estado.<sup>536</sup>

No seio da União Europeia, a assistência jurídica é entendida como “*pedra angular do acesso à justiça*”<sup>537</sup>, razão pela qual se encontra incluída no artigo 47º da CDFUE.<sup>538</sup>

A inspiração do último parágrafo do artigo 47º tem por base a jurisprudência do TEDH, nomeadamente o acórdão relativo ao caso *Airey*<sup>539</sup>, em que o tribunal considera que a assistência judiciária deverá existir sempre que a falta dela torne ineficaz a garantia de uma ação judicial.<sup>540</sup>

No plano do direito secundário da UE, a Diretiva 2013/32/UE consagra, no artigo 20º, o direito a assistência jurídica e a representação gratuita nos procedimentos de recurso. Esta assistência deve incluir pelo menos a preparação dos documentos processuais exigidos e a participação na audiência perante o órgão jurisdicional de primeira instância, estes são os *standards* mínimos que os Estados-membros devem assegurar. Os países não são, no entanto, obrigados a assegurar nas legislações internas a assistência jurídica e a representação gratuita durante os procedimentos de primeira instância, segundo consta no número 2 do artigo 20º.

O número 3 do artigo 20º admite a possibilidade de não ser concedida nem assistência jurídica, nem representação gratuita se aquando uma decisão preliminar dos méritos do recurso por um órgão jurisdicional ou outra autoridade competente, for considerado que não exista uma “*uma perspectiva real de êxito*”<sup>541</sup> do recurso do procedimento de asilo.<sup>542</sup> As condições para a concessão dessa assistência a título gratuito estão previstas no artigo 21º, que inclui limites monetários e temporários. A limitação da concessão da assistência presente no número 2, apenas para o recurso em primeira instância e não para recursos subsequentes poderá colocar em causa a boa aplicação de um direito de recurso efetivo.<sup>543544</sup>

---

<sup>536</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.534

<sup>537</sup> FRA - European Union for Human Rights; Conselho da Europa; 2014; **Manual de legislação...**; *idem*; p.116

<sup>538</sup> FRA - European Union for Human Rights; Conselho da Europa; 2014; **Manual de legislação...**; *idem*; p.118

<sup>539</sup> Acórdão proferido pelo TEDH relativo ao caso *Airey contra Irlanda* disponível em <http://hu-doc.echr.coe.int/eng/?i=001-57420> (acesso 10/07/2016)

<sup>540</sup> Comentário do *Praesidium* ao artigo 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

<sup>541</sup> Artigo 20º, n. 3, §1 da Diretiva 2013/32/UE relativa a procedimentos comuns da concessão e retirada do estatuto de proteção internacional

<sup>542</sup> Sobre os problemas que poderão surgir da utilização desta possibilidade *vide infra* 3.2.5

<sup>543</sup> ECRE; 2014; **Information Note...**; *idem*; p.27

<sup>544</sup> Esta problemática será analisada com mais detalhe *infra, vide* 3.2.5

Apenas no artigo 22º se prevê um direito a assistência jurídica e a representação em todas as fases do procedimento. Esta, no entanto, deve ser assegurada às expensas do requerente ou eventualmente com o apoio de uma organização internacional que possa prestar essa assistência jurídica.

O âmbito da assistência jurídica e da representação legal (artigo 23º) permite que o consultor jurídico tenha acesso constantes às informações do processo do requerente e acesso prático ao cliente nos casos em que este esteja detido em zonas vedadas (centros de detenção ou zonas de trânsito). Aquando da entrevista pessoal, os requerentes podem fazer-se acompanhar por advogado ou outro consultor autorizado pela legislação nacional.<sup>545</sup>

Em suma, para que seja respeitado o direito à assistência jurídica, cada requerente à chegada deve ser imediatamente informado da possibilidade de ser acompanhado durante o processo por um assistente jurídico independente que o aconselhe juridicamente e o represente, e de quais os procedimentos a seguir para obter essa ajuda. Quando a situação financeira o requeira, esta assistência jurídica deverá ser providenciada de forma gratuita pelo Estado de receção. O sigilo entre o requerente e o representante deve ser respeitado durante todo o processo.<sup>546</sup>

### 3.2.4 Detenção de requerentes de asilo

A prática dos Estados e a jurisprudência internacional tem confirmado que os Estados têm competência para deter não-nacionais que se encontrem a aguardar decisões de entrada no país ou remoção desse país. A questão que se coloca vai além da existência desse poder por parte dos Estados, e foca-se na duração e limitação desse exercício no caso específico dos refugiados e requerentes de asilo.<sup>547</sup>

A proteção contra a detenção fornecida pela Convenção de 1951 é bastante limitada se considerarmos que o artigo 9º contempla a possibilidade de aplicação de medidas provisórias por parte dos Estados perante interesses de segurança nacional ou no caso de entrada ilegal no país.<sup>548</sup>

---

<sup>545</sup> FRA - European Union for Human Rights; Conselho da Europa; 2014; **Manual de legislação...**; *idem*; pp.118-119

<sup>546</sup> ECRE; 1999; **Guidelines...**; *idem*; §73-74

<sup>547</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.462

<sup>548</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.462

Os instrumentos internacionais de direitos humanos vão mais longe afirmando que nenhum ser humano deve ser arbitrariamente preso ou detido.<sup>549</sup> Toda a privação de liberdade deve ser avaliada a dois níveis, em primeiro lugar, toda a privação de liberdade deverá estar prevista por lei; em segundo lugar, a sua fundamentação deverá sobreviver a testes de necessidade e da legalidade de acordo com o que se entende como razoável e necessário perante a sociedade democrática em que nos inserimos.<sup>550</sup>

A problemática da detenção de requerentes de asilo toca imediatamente no direito à liberdade e à segurança previsto no artigo 6º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Conquanto, sabemos que podem existir restrições a este direito, cujas regras estão previstas no artigo 52º da CDFUE que determina que essas limitações deverão apenas aplicadas se necessárias, na observância do princípio da proporcionalidade e se corresponderem efetivamente a objetivos do interesse geral da União Europeia, ou sejam necessários para a proteção dos direitos e liberdades de terceiros. Este preceito legitima a que a previsão dessas limitações seja feita na legislação secundária.

Não podemos analisar a detenção de estrangeiros, sendo refugiados ou requerentes de asilo sem chamar à aplicação o artigo 5º, n.º 1, alínea f) da CEDH em que poderemos incluir a hipótese *in casu*:

*“Toda a pessoa tem direito à liberdade e à segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal:*

*(...)*

*f) Se se tratar da prisão ou detenção legal de uma pessoa para lhe impedir a entrada ilegal no território ou contra a qual está em curso um processo de expulsão ou extradição”<sup>551</sup>*

Estas são as previsões que no âmbito dos instrumentos internacionais de direitos humanos se ocupam desta temática.

---

<sup>549</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.463 referem, entre outros, o artigo 9º do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, o artigo 5º da Convenção Europeia de Direitos Humanos e o artigo 2º do 4º Protocolo Adicional a esta Convenção e o artigo 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos

<sup>550</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.463

<sup>551</sup> Artigo 5º, n.º 1, al. f) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos

Dentro da cúpula do direito derivado da União Europeia encontramos várias referências à detenção de requerentes de asilo, todas assumem como regra a proibição da detenção pelo simples facto desse indivíduo se encontrar a aguardar o resultado do procedimento de asilo. Como aliás vimos, a restrição do direito deverá cumprir sempre os princípios da proporcionalidade e da legalidade (artigo 52º da CDFUE).

Encontramos a previsão de detenção de requerentes de asilo para efeitos de afastamento no artigo 15º da Diretiva 2008/115/CE relativa a normas e procedimentos comuns ao Estado-membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular, comumente conhecida como Diretiva de Retorno. Esta diretiva apenas se aplicará nos casos em que os indivíduos se mantenham em situação irregular nos Estados-membros e não promovam o regresso voluntário.<sup>552</sup> Os requerentes de asilo poderão encontrar-se sob aplicação desta diretiva apenas quando o deixem de ser, *i.e.*, quando o seu pedido de proteção internacional tenha sido negado assim como todos os recursos e possibilidade de usufruir de proteção subsidiária.

O artigo 15º admite a detenção como medida de aplicação em situações extremas, devendo sempre procurar-se a aplicação de medidas menos coercivas. Quando tal não seja possível, a detenção apenas se aplicará quando houver risco de fuga<sup>553</sup> ou no caso de o indivíduo estar a travar ou a evitar que se siga com o procedimento de afastamento.<sup>554</sup>

O TJUE já veio determinar nos acórdãos relativos aos casos *Kodzoev*<sup>555</sup> e *Arslan*<sup>556</sup> que as normas previstas em relação à detenção de migrantes irregulares não se aplicam aos requerentes de asilo.<sup>557</sup>

Assim encontramos na Diretiva 2013/33/UE que estabelece normas em matéria de acolhimento dos requerentes de proteção internacional, normas especificamente alocadas à

---

<sup>552</sup> Considerando (10) da Diretiva 2008/115/CE relativa a normas e procedimentos comuns ao Estado-membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular

<sup>553</sup> Artigo 15º, n.º 1, alínea a) da Diretiva 2008/115/CE relativa a normas e procedimentos comuns ao Estado-membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular

<sup>554</sup> Artigo 15º, n.º 1, alínea b) da Diretiva 2008/115/CE relativa a normas e procedimentos comuns ao Estado-membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular

<sup>555</sup> Acórdão do TJUE relativamente ao caso *Kodzoev contra Bulgária* disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1467735906592&uri=CELEX:62009CJ0357> (acesso 10/07/2016)

<sup>556</sup> Acórdão do TJUE relativamente ao caso *Arslan contra República Checa* disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62011CJ0534&qid=1467736030127&from=PT> (acesso 10/07/2016)

<sup>557</sup> PEERS, Steve; **Detention of asylum seekers: The first CJEU judgment**, Março 2016; disponível em <http://eulawanalysis.blogspot.pt/2016/03/detention-of-asylum-seekers-first-cjeu.html> (acesso 10/07/2016)

previsão da detenção dos requerentes de asilo. Ao contrário do que sucede no texto da Diretiva 2008/115/CE, encontramos no artigo 2º, alínea h) a definição de detenção:

*“«Detenção», qualquer medida de reclusão de um requerente por um Estado-Membro numa zona especial, no interior da qual o requerente é privado da liberdade de circulação;”<sup>558</sup>*

O artigo 8º assume por princípio que os Estados-membros não poderão deter os requerentes de asilo pelo simples facto de o serem. O mesmo artigo prevê os fundamentos à luz dos quais se poderá justificar a limitação da liberdade consequente da aplicação desta medida. A legislação do Estado-membro poderá prever a detenção para determinar a identidade ou nacionalidade do indivíduo (alínea a); para determinar determinados elementos necessários para o seguimento do pedido de proteção internacional que não poderiam obter-se sem a detenção (alínea b); para determinar o direito de o requerente entrar no território quando já decorrer um procedimento (alínea c); quando o requerente estiver sujeito a um processo de retorno e existirem fundamentos razoáveis para acreditar que o seu pedido de proteção internacional tem como único objetivo atrasar a execução de uma decisão de regresso (alínea d); quando esteja em causa a segurança nacional e a ordem pública (alínea e) e por fim, poderá existir retenção para efeitos de transferência como previsto no artigo 28º do Regulamento 604/2013.<sup>559</sup>

Este Regulamento, também conhecido por Regulamento Dublin III, estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-membro responsável pela análise de um pedido de proteção internacional apresentado num dos Estados-membros por um nacional de um país terceiro ou por um apátrida.

### **3.2.5 Análise Crítica**

Grandes passos foram dados ao longo dos anos através das reformulações das diretivas que compõem o corpo normativo do Sistema Europeu Comum de Asilo, contudo permanecem desafios e espaço para melhoria sempre visando a efetivação dos direitos humanos.

---

<sup>558</sup> Artigo 2º, Alínea h) da Diretiva 2013/33/UE que estabelece normas em matéria de acolhimento dos requerentes de proteção internacional, normas especificamente alocadas à previsão da detenção dos requerentes de asilo

<sup>559</sup> Artigo 8º da Diretiva 2013/33/UE que estabelece normas em matéria de acolhimento dos requerentes de proteção internacional, normas especificamente alocadas à previsão da detenção dos requerentes de asilo

Identificamos, desde logo, um primeiro problema quanto ao direito a ser informado durante o procedimento de asilo, relativamente à específica previsão da informação poder ser transmitida em língua “*que seja razoável presumir que compreendam*”<sup>560</sup>. Seguindo a perspetiva já referida do ECRE<sup>561</sup>, acreditamos que a não aplicação desta possibilidade seja o caminho mais seguro para que não seja coartado nem o direito a ser informado durante o procedimento de asilo e quanto às respetivas decisões, nem o direito à boa administração, princípio geral vigente na União Europeia e para que se efetive o direito de acesso à justiça e ao recurso efetivo previstos no mesmo instrumento legal.

No que toca ao direito à assistência judiciária, o artigo 20º, número 3 ao permitir uma limitação da assistência jurídica e da representação gratuita ao critério dos Estados-membros, quando o órgão jurisdicional considere que o recurso do requerente não tem perspetiva de êxito, vem coartar efetivamente o direito a recurso efetivo, mesmo considerando as salvaguardas contra a arbitrariedade e à prevenção da falta de acesso.

O ECRE considera igualmente esta previsão com uma aplicação arriscada porque para além de se pôr em causa a efetivação do direito de recurso efetivo, a situação é agravada considerando a posição de desvantagem do requerente de asilo e o seu desconhecimento da legislação e do sistema judicial do país de receção. A utilização deste mecanismo por parte dos Estados-membros poderá provocar danos irreversíveis nas vidas dos requerentes de asilo que a medida afetar. O ECRE aconselha mesmo o Estados-membros a absterem-se da sua aplicação.<sup>562</sup>

Já relativamente às limitações impostas pelo artigo 21º, número 2, preocupa-nos que os limites permitidos para a não concessão de assistência jurídica e representação a título gratuito sejam os procedimentos em 1ª instância. Isto significa que num recurso além da 1ª instância, revisão de procedimentos ou repetição de entrevista, não será garantida a assistência a título gratuita. Agravante é ainda o facto de os processos crescerem em complexidade à medida que subimos graus de instância ou recurso, sendo assim considerado imprescindível o apoio jurídico para que se realizem todos os possíveis nesses procedimentos.<sup>563</sup>

A aplicação desta medida poderá colocar em risco a efetivação do acesso à justiça e ter consequências nefastas na vida dos requerentes de asilo.

---

<sup>560</sup> Esta expressão encontra-se prevista nas alíneas a) e f) do número 1 do artigo 12º da Diretiva 2013/32/UE relativa a procedimentos comuns da concessão e retirada do estatuto de proteção internacional

<sup>561</sup> *Vide supra* 4.2.2

<sup>562</sup> ECRE; 2014; **Information Note...**; *idem*; p.26

<sup>563</sup> ECRE; 2014; **Information Note...**; *idem*; p.27

Relativamente à detenção dos requerentes de asilo, importa referir o recente acórdão *JN*<sup>564</sup> do Tribunal de Justiça da União Europeia, de 15 de fevereiro de 2016, o primeiro a debruçar-se sobre os fundamentos que podem basear as detenções de requerentes de asilo, em concreto, o fundamento da segurança nacional e ordem pública.<sup>565</sup>

As razões de segurança nacional e ordem pública fundamentam muitas medidas restritivas em todos os ordenamentos jurídicos. O perigo da aplicação de tal fundamento é a arbitrariedade da sua aplicação. Por isto, o TJUE recomendou que a sua interpretação deve ser restritiva e em consonância com a liberdade de movimento prevista no direito europeu.<sup>566</sup>

### 3.3 O recurso às instâncias internacionais

A inserção da análise do acesso à justiça através das instâncias internacionais justifica-se na medida em que consideramos que estas se qualificam como último expediente na efetivação dos direitos fundamentais dos refugiados.

#### 3.3.1 O acesso ao TJUE

O Tribunal de Justiça da União Europeia é uma instituição da União Europeia composto pelo Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral e o Tribunal da Função Pública e tem como objetivos a interpretação da legislação europeia e garantir que ela é aplicada da mesma forma em todos os Estados-membros.<sup>567</sup>

Os processos mais comuns sobre os quais se debruça o TJUE incluem as decisões prejudiciais que visam a interpretação da legislação europeia a pedido dos tribunais nacionais – essenciais na efetivação do direito europeu<sup>568</sup> - quando surgem dúvidas sobre a sua interpretação ou validade; as ações por incumprimento desencadeadas quando exista desrespeito de um Estado-membro pela legislação europeia; os recursos de anulação que podem resultar na anulação de um ato legislativo emanado por qualquer uma das instituições quando este infrinja os tratados ou os direitos fundamentais; as ações por omissão que resultarão na

---

<sup>564</sup> Acórdão do TJUE relativo ao caso *JN contra Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie* disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=174342&pageIn-dex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1045024> (acesso a 05/07/2016)

<sup>565</sup> PEERS, Steve; 2016; **Detention...**; *idem*

<sup>566</sup> PEERS, Steve; 2016; **Detention...**; *idem*

<sup>567</sup> ICARD, Phillippe; **L'accès aux juges de l'Union Européenne** in (coord.) DONIER, Virgine; LAPÉROUSCHENEIDER, Béatrice; *L'accès au juge - Recherche sur l'effectivité d'un droit*; 1ª edição; Bruxelas; Bruylant; p.712

<sup>568</sup> MACHADO, Jónatas E.M.; 2014; **Direito...**; *idem*;p.543

obrigação de ação do Parlamento, do Conselho ou da Comissão em determinadas circunstâncias e as ações por indemnização propostas por qualquer pessoa ou empresa com interesses lesados por ação ou inação da UE.<sup>569</sup>

Interessa-nos compreender de como a jurisprudência do TJUE pode afetar o acesso à justiça dos refugiados e os seus direitos fundamentais, sabemos que o acesso ao TJUE por parte dos particulares é limitado, mas ao mesmo tempo temos presente que este órgão jurisdicional é o único com competência exclusiva para interpretar o direito da UE.<sup>570</sup>

O direito de asilo é um direito progressivo, desenvolvido pelo direito secundário da UE. A sua previsão no artigo 18º da CDFUE é importante pois permite que o direito seja desenvolvido através questões prejudiciais emanadas pelos tribunais nacionais.<sup>571</sup>

Nesta segunda fase de reformulação dos instrumentos que compõem o Sistema Europeu Comum de Asilo ainda são parcas as decisões do TJUE que interpretam ou clarificam as novas normas. Referiremos, no entanto, dois acórdãos contributivos para a interpretação desta legislação, o acórdão relativo aos processos apensos *NS* e *ME et. al.*<sup>572</sup> e o recente acórdão sobre o caso *JN*<sup>573</sup>, que cuida da interpretação de normas na Diretiva 2013/33/UE.

Os casos a que se reporta o primeiro acórdão chegaram à sala do TJUE por reenvio prejudicial no âmbito de decisões preliminares, levadas a cabo pelo *United Kingdom Court of Appeal (England and Wales)* no caso *NS* e pelo *High Court of Ireland (ME et al.)*. Estariam em causa 6 requerentes de asilo, um deles iniciou um procedimento de asilo no Reino Unido e os restantes cinco fizeram-na na Irlanda. No entanto, todos teriam entrado na União Europeia pela Grécia.<sup>574</sup>

Estaria em causa o cumprimento do Regulamento Dublin II (agora substituído pelo Regulamento 604/2013, ou Dublin III), segundo o qual todos os requerentes deveriam ser transferidos de novo para a Grécia onde seria analisado o seu pedido. A Grécia não tem,

---

<sup>569</sup> Sobre o *Tribunal de Justiça da União Europeia*, vide: [http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index\\_pt.htm](http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_pt.htm) (acesso 10/07/2016)

<sup>570</sup> FRA - European Union for Human Rights; Conselho da Europa; 2014; **Manual de legislação...**; *idem*; p.19

<sup>571</sup> GORTÁZAR, Cristina; 2013; **Artigo 18º...**; *idem*; p.233

<sup>572</sup> Acórdão do TJUE relativo aos processos apensos *NS (C-411/10)* e *ME et. Al.(C-493/10)* disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CA0411&qid=1467762145414&from=PT> (acesso a 10/07/2016)

<sup>573</sup> Acórdão do TJUE relativo ao processo *JN* disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=174342&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1045024> (acesso a 10/07/2016)

<sup>574</sup> OGG, Kate; **A Sometimes Dangerous Convergence: Refugee Law, Human Rights Law and the Meaning of "Effective Protection"** in *Macquaire Law Journal*; 2013; vol.12; p.122

contudo, um sistema de asilo funcional que possa assegurar as garantias devidas aos requerentes, existindo até relatórios de situações em que as autoridades gregas detiveram arbitrariamente indivíduos e os sujeitaram a tratamentos degradantes.<sup>575</sup>

Das questões colocadas ao TJUE pelos tribunais nacionais destacou-se a dúvida de saber se os Estados-membros seriam obrigados a transferir os requerentes de asilo para a Grécia considerando a mui provável exposição a desrespeito pelos seus direitos fundamentais, nomeadamente a violação da dignidade humana (artigo 1º CDFUE), a proibição de tortura ou penas de cariz desumano ou degradantes (artigo 4º CDFUE), o direito ao asilo (artigo 18º CDFUE), a proibição de remoção quando exista risco de submissão a pena de morte, tortura ou tratamento desumanos e degradantes (artigo 19º, n. 2º CDFUE) e o direito a um recurso efetivo e a julgamento justo (artigo 47º CDFUE).<sup>576</sup>

A decisão do Tribunal esclareceu que os Estados-membros não deverão promover a transferência de um requerente de asilo, à luz do Regulamento de Dublin, quando tiverem conhecimento de falhas graves no sistema de asilo do outro Estado ou quando as condições de receção dos requerentes de asilo conhecidas possam indicar uma possível violação do artigo 4º da CDFUE.<sup>577</sup>

No caso *NS* estamos perante uma situação *sui generis* pois o Reino Unido colocou em prática, em conjunto com a Polónia, o *opting-out* relativamente à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Tendo esta circunstância em mente, o TJUE considerou que não seria a CDFUE e os direitos previstos nesta que impediriam a transferência do requerente de asilo – apesar de ser essa a fundamentação no caso da Irlanda – mas sim o direito cogente da não-repulsão nas situações em que haja probabilidade do requerente ser vítima de tratamento desumano e degradante, patente nos instrumentos internacionais de direitos humanos. O TJUE acrescentou ainda que presume que exista cumprimento dos direitos previstos na CDFUE, assim como da Convenção de 1951 sobre o estatuto dos refugiados em todos os Estados-membros.<sup>578</sup>

Esta decisão foi importante na construção de conceitos em prática no Sistema Europeu Comum de Asilo, evidenciando paralelamente a necessidade de uma proteção efetiva através de procedimentos justos e equitativos.<sup>579</sup>

---

<sup>575</sup> OGG, Kate; 2013; **A Sometimes...**; *idem*; p.122

<sup>576</sup> OGG, Kate; 2013; **A Sometimes...**; *idem*; p.122

<sup>577</sup> OGG, Kate; 2013; **A Sometimes...**; *idem*; p.123

<sup>578</sup> OGG, Kate; 2013; **A Sometimes...**; *idem*; p.123

<sup>579</sup> OGG, Kate; 2013; **A Sometimes...**; *idem*; p.124

O caso *JN* foi julgado a 15 de fevereiro de 2016. *JN* teria já apresentado três pedidos de asilo nos Países Baixos, todos eles recusados, mas nunca foi emitida ordem de remoção do território. Ao longo de 20 anos colecionou mais de 20 condenações por ofensas criminais (nenhuma relacionada com o seu estatuto de imigrante), no entanto, aquando da sua detenção esta foi fundamentada com base na Diretiva 2013/33/UE, artigo 8º, alínea e) – “*Se a proteção da segurança nacional e da ordem pública o exigirem;*”. A detenção é válida perante a Diretiva e por isso, *JN* questionou a validade do fundamento previsto.<sup>580</sup>

Coloca-se novamente a questão de saber se a arbitrariedade da aplicação do fundamento coloca em causa a efetivação da justiça para o requerente de asilo. O acórdão foi também relevante para sublinhar a posição do tribunal relativamente aos mecanismos utilizados pelo Estado para lidar com a crise humanitária contemporânea. Mesmo não se tendo referido ao problema explicitamente, o TJUE fez questão de sublinhar a necessidade de compatibilidade com os direitos humanos em *todas* as medidas tomadas.

### 3.3.2 O acesso ao TEDH

O TEDH tem um papel de controlo dos ordenamentos jurídicos dos seus membros<sup>581</sup>, que se compreende claramente com dois fatores. Em primeiro lugar, são os indivíduos que de forma particular recorrem ao tribunal quando veem os seus direitos fundamentais, convencionalmente previstos, a serem violados por uma entidade estatal. Em segundo lugar, considerando que todos os Estados-membros da União Europeia são Estados-parte da CEDH, e assim do TEDH, a legislação nacional, muitas vezes baseada nas diretrizes da UE, poderá ser alvo da intervenção do Tribunal de Estrasburgo como controlo externo à União Europeia.<sup>582</sup>

O seguimento para o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos nos casos de procedimento de asilo constitui o último recurso para os requerentes contra as administrações dos Estados-membros da UE. Ao contrário do que acontece perante o TJUE, aqui os particulares têm acesso direto às salas de audiência dos tribunais, depois de esgotados todos os recursos nacionais disponíveis.

---

<sup>580</sup> PEERS, Steve; 2016; *Detention...*; *idem*

<sup>581</sup> HÖPFNER, Florian; 2013; *L'accès...*; *idem*; p.239

<sup>582</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a influência da CEDH nas normas europeias *vide supra* 2.2.4

A amplitude do contencioso demonstra as carências dos procedimentos de asilo e evidência as falências da legislação europeia de asilo, que em alguns momentos não está conforme à Convenção Europeia dos Direitos Humanos.<sup>583</sup> Os processos de que o Tribunal de Estrasburgo se ocupa concernem não a decisão de asilo, mas o próprio procedimento.<sup>584</sup>

A jurisprudência do TEDH sobre este assunto é maioritariamente baseada no artigo 3º da CEDH que contempla a proibição da tortura. Há, contudo, casos julgados em sede do Tribunal de Estrasburgo que analisam a questão do asilo com referências ao artigo 2º (direito à vida); ao artigo 5º que inclui várias considerações sobre o direito à liberdade e segurança, e que no caso concreto poderá se questiona a legitimidade da detenção durante a apreciação do pedido de asilo; ao artigo 8º na medida em que uma ordem de expulsão não considere as ligações sociais e familiares que o requerente tem no país de acolhimento; e ao artigo 13º quando haja ausência de recurso efetivo contra a decisão de expulsão.<sup>585 586</sup>

Quanto aos recursos efetivos nos casos que têm por objeto a expulsão de requerentes de asilo, o TEDH tem estabelecido princípios gerais a ser cumpridos nas jurisdições nacionais. Deve ser assegurado ao requerente as vias de recurso necessárias a nível nacional que julguem o mérito das alegadas violações da CEDH. O TEDH analisa todos os casos ao nível de procedimento e de mérito o que significa em algumas situações analisar se existiu de facto tempo suficiente para interpor recurso.<sup>587</sup>

Devemos salientar quanto à matéria do direito dos requerentes de asilo e refugiados a recursos efetivos, o acórdão proferido pelo TEDH no caso *Čonka contra Bélgica*<sup>588</sup> em 2002. Foram analisadas várias questões durante o processo, nomeadamente a situação de privação de liberdade para propósitos de expulsão, a interpretação das normas sobre expulsão coletiva e as cláusulas de cessação do estatuto de refugiado previstas na Convenção de Genebra e o caso da deportação e recurso efetivo. Cingir-nos-emos à análise desta última que se debruça sobre a correta aplicação e interpretação do artigo 13º da CEDH.<sup>589</sup>

---

<sup>583</sup> HÖPFNER, Florian; 2013; *L'accès...* ; *idem*; p.236

<sup>584</sup> HÖPFNER, Florian; 2013; *L'accès...* ; *idem*; p.237

<sup>585</sup> HÖPFNER, Florian; 2013; *L'accès...* ; *idem*; p.237

<sup>586</sup> Para mais desenvolvimentos quanto ao papel da Convenção Europeia dos Direitos Humanos no Direito Internacional dos Refugiados *vide supra* 2.1.1.1, c)

<sup>587</sup> FRA - European Union for Human Rights; Conselho da Europa; 2014; **Manual de legislação...**; *idem*; p. 105

<sup>588</sup> Acórdão proferido pelo TEDH relativamente ao caso *Čonka contra Bélgica* disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-60026> (acesso 10/07/2016)

<sup>589</sup> Para mais desenvolvimentos sobre as restantes temáticas abordadas *vide* SKORDAS, Achilles; **Human Rights and Effective Migration Policies: an Uneasy Co-existence** in SOUSA, Constança Urbano de;

O caso compreende a situação de cidadãos eslovacos que requerem asilo na Bélgica alegando serem vítimas de violência racista no seu país de origem. Os seus pedidos de asilo foram recusados pelo Ministério do Interior belga argumentando a falta de provas que suportassem a sua alegação. A permissão para permanecer no país foi recusada assim como o recurso judicial interposto para autorização de permanência, que nunca foi considerado por os requerentes não terem pago as custas judiciais.<sup>590</sup>

Mais tarde, os requerentes foram chamados à esquadra policial de *Ghent* sob pretexto de conclusão do seu pedido de asilo. Aí, foi-lhe apresentada uma ordem para abandonarem o país, acompanhada por uma decisão de remoção para o país de origem e de uma detenção até à execução dessa remoção. A decisão continha os procedimentos a seguir para que se interpusesse recurso, contudo apesar dos esforços do seu advogado os requerentes foram deportados em cinco dias.<sup>591</sup>

O TEDH debruçou-se sobre as alegadas violações dos direitos fundamentais previstos nos artigos 5º e 13º da Convenção assim como do artigo 4º do Protocolo n.º 4 da CEDH.<sup>592</sup>

Quanto à temática aqui em relevo, importa sublinhar a interpretação do artigo 13º e a sua definição de recurso efetivo:

*“The Court considers that the notion of an effective remedy under Article 13 requires that the remedy may prevent the execution of measures that are contrary to the Convention and whose effects are potentially irreversible (...).”*<sup>593</sup>

Coloca-se a questão da necessidade de existir um efeito suspensivo perante um recurso. O mecanismo da suspensão impedira a execução de medidas que possam ser irreversíveis para a execução da Convenção, neste caso em concreto a execução da ordem de deportação.<sup>594</sup>

---

BRUYCKER, Phillippe de; *The Emergence of a European Asylum Policy*; 1ª edição; Bruxelas; Bruylant; 2004; pp.299-317

<sup>590</sup> SKORDAS, Achilles; 2004; **Human Rights...**; *idem*; p.298

<sup>591</sup> SKORDAS, Achilles; 2004; **Human Rights...**; *idem*; p.298

<sup>592</sup> SKORDAS, Achilles; 2004; **Human Rights...**; *idem*; p.298

<sup>593</sup> SKORDAS, Achilles; 2004; **Human Rights...**; *idem*; p.317

<sup>594</sup> SKORDAS, Achilles; 2004; **Human Rights...**; *idem*; p.318

O *Conseil d'État* – autoridade competente para a execução da ordem de deportação – veio ainda alegar que existiria a possibilidade de a ordem ser suspensa a qualquer momento. Este argumento não convenceu o tribunal que considerou insatisfatório o risco de inconsistência existente no sistema belga proveniente da discricionariedade que poderá ser aplicada durante o procedimento de deportação, nomeadamente através da possibilidade de suspensão a qualquer momento. Há por isso o incumprimento do artigo 13º da CEDH.<sup>595</sup>

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos humanos terá sempre um papel crucial na interpretação e boa aplicação dos direitos e liberdades fundamentais previstas na CEDH, sendo ao mesmo tempo um mecanismo de efetivação dos direitos humanos que pode ser acionado pelos próprios particulares.

### 3.3.3 Análise Crítica

Os méritos da jurisprudência dos Tribunais sediados na Europa que aqui analisámos não poderão ser negados, particularmente considerando que o direito de asilo e os direitos fundamentais dos requerentes e refugiados estão constantemente a ser alterados face à rápida alteração das circunstâncias globais.

A questão controversa que sempre se colocará será a dificuldade de harmonização das garantias dos direitos humanos com a efetividade e solidez das políticas de imigração. Existiram sempre dois pratos na balança por equilibrar, por um lado, numa perspetiva económica liberal, os Estados de acolhimento devem manter toda a liberdade necessária para regular a migração incluindo a capacidade de expulsar estrangeiros do seu território; já através de uma visão política orientada para os direitos humanos, o interesse primário dos Estados deverá ser sempre a proteção das liberdades fundamentais dos requerentes de asilo, refugiados e imigrantes.<sup>596</sup>

O desafio foca-se na capacidade de os tribunais chegarem a um ponto de equilíbrio. Este trabalho deverá ser feito no TEDH, em consonância com a CEDH; mas também no TJUE considerando a sua função de intérprete das normas europeias deve ter em conta as obrigações dos Estados à luz do Direito Constitucional Europeu, mas também aos olhos das obrigações internacionais de direitos humanos.

---

<sup>595</sup> SKORDAS, Achilles; 2004; **Human Rights...**; *idem*; p.319

<sup>596</sup> SKORDAS, Achilles; 2004; **Human Rights...**; *idem*; p.297

#### 4. A regra do “Safe Country” / países seguros– consequências da sua aplicação

A nossa atenção dirige-se agora para a regra do “*Safe Country of Origin*” ou país de origem seguro por avistarmos, a par da doutrina que analisamos, vários problemas na sua aplicação em coerência com o acesso efetivo à justiça por parte dos requerentes de asilo.

Analisando em primeiro lugar a perspetiva dos Estados, entendemos que estes assumem a sua responsabilidade para analisar um pedido de asilo quando este seja efetuado no seu território ou sob a sua jurisdição. Contudo, há Estados em que essa proteção pode ser recusada se o requerente pudesse ter proteção noutra país.<sup>597</sup>

Através da regra do “Safe Country” os Estados podem promover a “devolução” dos requerentes para outros países sem que seja necessária a avaliação do mérito do pedido, porque o país para onde o indivíduo será remetido é considerado como seguro. Consequentemente haverá espaço para procedimentos acelerados e para reduzidas, senão inexistentes, oportunidades de recurso.<sup>598</sup>

Esta regra foi abraçada pelas diretivas europeias, nomeadamente na Diretiva 2013/32/UE relativa a procedimentos comuns de concessão e retirada do estatuto de proteção internacional, na modalidade de País de Origem Seguro. Os Estados alegam como justificável esta adesão por considerarem que se um indivíduo procura efetivamente fugir da perseguição, então requererá asilo no primeiro Estado não-perseguidor; consideram também que outros movimentos secundários na busca de asilo, terão outros propósitos que não os de proteção.<sup>599</sup>

Não aceitamos esta argumentação por parte dos Estados, em paralelo com a opinião de GOODWIN-GILL e MCADAM, por verificarmos que considerando que o Estado é seguro não se leva em conta a situação particular do requerente de asilo que pode, por exemplo, pertencer a um grupo minoritário. Temos também presente que o direito internacional não contempla qualquer dever para os requerentes que os obrigue a pedir proteção no primeiro país em que o possam fazer. Ademais, o direito internacional parece reconhecer um direito a escolher o país onde se requer asilo, podendo considerar-se o facto de o requerente ter membros da família a residir noutra Estado.<sup>600</sup>

---

<sup>597</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.392

<sup>598</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.392

<sup>599</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.392

<sup>600</sup> GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; 2011; **The Refugee...**; *idem*; p.392

Importa aqui uma distinção de conceitos e consequências da sua aplicação. Existem na doutrina os conceitos de “*Safe Country of Origin*” e “*Safe Third Country*”. Entende-se que o primeiro se referirá a um país onde os seus cidadãos não serão geralmente vítimas de perseguição. Esta definição irá de encontro ao núcleo do próprio conceito de refugiado, pois relaciona-se com o tratamento do requerente de asilo no seu próprio país. O “*Safe Third Country*” será então o país onde o indivíduo deveria ter requerido proteção e não o fez.<sup>601</sup>

Na categorização dos países como seguros deverá ter-se em conta a extensão da proteção providenciada contra a perseguição no âmbito da legislação nacional e perante a sua execução; na observância de direitos e liberdades estabelecidas pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra a Tortura considerando em particular os direitos que não podem ser derogados à luz do artigo 15º, n.º 2 da Convenção Europeia<sup>602</sup>; no respeito pelo princípio da não-repulsão de acordo com a Convenção de Genebra e na previsão de um sistema efetivo de recursos contra violações de direitos e liberdades.<sup>603</sup>

O direito europeu contém a aplicação destes dois conceitos. As condições para a aplicação da regra do “*Safe Third Country*” estão previstas nos artigos 38º e 39º, e a aplicação da regra do “*Safe Country of Origin*” está contemplada no artigo 36º e 37º todos da Diretiva 2013/32/UE.

Na aplicação do critério do país de origem seguro, diz-nos o artigo 36º, é necessária a apreciação individual do pedido. É possível que um requerimento de asilo seja de rápida análise se estiver em causa a aplicação deste critério<sup>604</sup>, mas já não será possível – como o era na Diretiva 2005/85/CE – saltar o passo da entrevista individual ao requerente. O requerente tem também direito a recorrer da aplicação deste critério, sendo que o recurso suspenderá qualquer ordem de transferência.<sup>605</sup>

Os critérios a ser verificados para a aplicação do conceito de país terceiro seguro estão enumerados no artigo 38º e incluem o facto de o requerente ser autorizado a entrar

---

<sup>601</sup> PEERS, Steve; ‘**Safe Countries of Origin**’: Assessing the new proposal; 2015; disponível em: <http://eu-lawanalysis.blogspot.pt/2015/09/safe-countries-of-origin-assessing-new.html> (acesso 10/07/2016)

<sup>602</sup> Artigo 15º, n.º 2 da CEDH “*A disposição precedente não autoriza nenhuma derrogação ao artigo 2º, salvo quanto ao caso de morte resultante de atos lícitos de guerra, nem aos artigos 3º, 4º (parágrafo 1) e 7º*”

<sup>603</sup> PEERS, Steve; 2015; ‘**Safe Countries...**’; *idem*

<sup>604</sup> Artigo 31º, n.º 8, alínea b) da Diretiva 2013/32/UE relativa a procedimentos comuns de concessão e retirada do estatuto de proteção internacional

<sup>605</sup> PEERS, Steve; 2015; ‘**Safe Countries...**’; *idem*

nesse país, ser respeitada a possibilidade de requerer proteção e ser tratado de acordo com o estabelecido na Convenção de Genebra de 1951.<sup>606</sup>

Sublinhamos o facto desta norma poder libertar espaço para a violação do princípio da não-repulsão de forma indireta, *i.e.*, sendo possível os Estados-membros transferirem o requerente para um país terceiro é importante que existam garantias de que não se procederá a nova transferência para o país de origem onde o indivíduo sofria de perseguição em primeiro lugar.

No artigo 39º consagra-se o conceito de país terceiro seguro europeu, deixando ao critério dos Estados

*“não apreciar, ou não apreciar exhaustivamente, um pedido de proteção internacional ou a segurança de um requerente na sua situação específica [...] caso uma autoridade competente estabeleça, com base em factos, que o requerente procura entrar ou entrou ilegalmente no seu território a partir de um país terceiro”* (supressões nossas)<sup>607</sup>

São considerados como países terceiros seguros europeus aqueles que aplicam o Regulamento de Dublin (Regulamento 604/2013), em concreto, os 28 Estados-membros da União Europeia e a Islândia, o Listenstaine, a Noruega e a Suíça.<sup>608</sup> É importante que se verifique a coerência e bom funcionamento do sistema de asilo nestes ditos Estados seguros, para que não haja risco para o requerente – lembramos o caso *NS* e *ME et.al.*, analisado *supra*<sup>609</sup> em que estaria em causa a efetividade do sistema de asilo grego, o TJUE pronunciou-se contra a transferência dos requerentes por poder estar em causa a violação de direitos fundamentais, entre os quais o direito de asilo.<sup>610</sup> A Diretiva prevê o direito a um recurso efetivo se a decisão negativa de concessão de estatuto tenha como fundamento a aplicação deste preceito.<sup>611</sup>

---

<sup>606</sup> FRA - European Union for Human Rights; Conselho da Europa; 2014; **Manual de legislação...**; *idem*; p.84

<sup>607</sup> Artigo 39º, n.º 1 da Diretiva 2013/32/UE relativa a procedimentos comuns de concessão e retirada do estatuto de proteção internacional *com supressões nossas*

<sup>608</sup> FRA - European Union for Human Rights; Conselho da Europa; 2014; **Manual de legislação...**; *idem*; p.84

<sup>609</sup> *Vide supra* 4.3.3

<sup>610</sup> FRA - European Union for Human Rights; Conselho da Europa; 2014; **Manual de legislação...**; *idem*; p.85

<sup>611</sup> Artigo 46º, n.º 1, al. a), iv) da Diretiva 2013/32/UE relativa a procedimentos comuns de concessão e retirada do estatuto de proteção internacional

#### 4.1 Análise Crítica

Ao longo de todo o nosso estudo viemos a compreender a vulnerabilidade da situação dos refugiados e dos requerentes de asilo perante procedimentos e sistemas que lhes são desconhecidos, mas tão fundamentais para a sua segurança e para a efetivação dos seus direitos.

A questão da aplicação das regras do país de origem seguro e do país terceiro seguro poderá verificar-se desvantajosa para o requerente tão-só pelo facto de não ser respeitado, no âmbito procedimental do Estados-membros, o rigor na recolha de informação sobre os países em causa.

Existirá sempre o perigo da violação do princípio da não-repulsão de forma indireta, no caso dos países terceiros seguros e o perigo de desrespeito pelas garantias processuais que efetivam o acesso à justiça durante os procedimentos de asilo perante os países considerados “países terceiros seguros europeus” que poderão ter falhas graves no sistema consequência do atual influxo massivo de requerentes de asilo.

Além disto, estarão sempre em causa as questões pessoalíssimas que motivaram o indivíduo a sair do seu país e a procurar segurança noutra nação. Caminhamos em linhas muito ténues, sobre as quais quaisquer deslizes poderão ditar a segurança ou a contínua perseguição de um ser humano.

O Sistema Europeu Comum de Asilo, apesar de ter feito um caminho já longo, tem ainda espaço para melhoria. Não nos parece, contudo que a aplicação destas regras contribua para a efetivação dos direitos fundamentais dos requerentes de asilo, nomeadamente do seu direito a um processo justo.

## Conclusão

O estudo que levámos a cabo concentrou-se na análise do estado atual do direito internacional dos refugiados, nomeadamente na sua capacidade de acesso a direitos que possam assegurar o seu efetivo acesso à justiça.

Compreendemos, em primeiro lugar, uma desatualização da legislação geral do direito internacional dos refugiados, nomeadamente da Convenção de Genebra sobre o Estatuto de Refugiados, quanto à definição de refugiado. Esta definição que assegura aos indivíduos o conjunto de direitos elencado nessa Convenção, não atenta as novas realidades globais. Atualmente, em concurso com o temor de perseguição individual, poderão existir refugiados que fogem de conflitos armados internos ou internacionais. Todos eles, enquanto seres humanos, devem ver assegurados os seus direitos humanos e preservadas as suas garantias perante as autoridades estatais.

Em seguida, preocupámo-nos com o estudo da administração da justiça do campo de refugiados. Nestes locais, como analisámos, são promovidos mecanismos de resolução informais ali criados e administrados pelas próprias comunidades que lá habitam. Trata-se de uma solução que devemos figurar como provisória, pois não será possível assegurar a transparência e imparcialidade em todos estes mecanismos informais e nos todos os processos. A segurança jurídica será garantida com mais eficácia perante um sistema de justiça formal. Contudo, para tal será necessário colmatar a lacuna dos instrumentos internacionais que regulam as responsabilidades dos Estados acolhedores, destruindo os obstáculos de acesso com que os refugiados se deparam até chegarem às instâncias judiciais do país acolhedor, ou mesmo às instâncias judiciais internacionais.

Quando um indivíduo inicia um procedimento para requerer asilo em determinado país de acolhimento todo esse processo deve, segundo a legislação europeia, ser pautado por uma garantia de justiça, equidade e de segurança jurídica. Daí a importância do direito de acesso ao recurso, à informação numa língua que entenda, a um tradutor quando se justificar e à assistência judiciária. As medidas restritivas que poderão pôr em causa estas garantias deverão continuar a ser trabalhadas, sempre com a máxima efetivação dos direitos humanos em vista.

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e o Tribunal de Justiça da União Europeia são instâncias internacionais de excelência cuja jurisprudência emanada assume real importância na interpretação e aplicação das normas europeias preocupadas com os direitos

fundamentais. Estes tribunais têm o dever de sublinhar o cariz de direitos humanos que devem estar presentes em todas as emanações legislativas internacionais e europeias.

Apesar de já terem sido introduzidas diversas alterações ao nível da legislação europeia, o conjunto de diretivas e regulamentos que compõem o Sistema Europeu Comum de Asilo, ainda não é o ideal. Sinalizamos como principais problemas as regras do ‘país seguro’ que referimos aprofundadamente. A aplicação destas regras poderá, perigosamente, resultar em procedimentos com resultados desrespeitadores dos direitos humanos, sendo que a pior consequência será a da transferência para um Estado que não respeite a proibição de retorno indireto.

Todas as políticas internacionais e europeias relativas à específica situação dos refugiados devem pugnar pelo respeito e efetivação dos direitos humanos, através da concordância com os tratados internacionais de direitos humanos, mas também com consideração pela natureza e solidariedade humana, que devem existir nas comunidades, e estar presentes na redação desses instrumentos.

Hoje, mais que nunca os Estados devem encarar a sua soberania como uma responsabilidade sobre a sua população e de uma forma generalizada, sobre todos os seres humanos, que deverá ser praticada visando a efetivação dos direitos humanos da forma mais abrangente possível.

## Referências bibliográficas

ABRAÃO, Carlos; **Refugiados: Definição e Cláusulas de Exclusão** in *FMU Direito - Revista Eletrônica*; Jan/Jun 2010; vol.24; n. °33; disponível em: <http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/view/82> (acesso a 10/07/2016)

ACNUR; **Manual de Procedimentos e Critérios para a Determinação da Condição de Refugiado - De acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto de Refugiados**; ACNUR Brasil | Comité Nacional para os Refugiados; 2002

ALLAIN, Jean; **The jus cogens nature of non-refoulement** in *International Journal of Refugee Law*; 2001; vol.13; n. °4; pp. 533-538

ALMEIDA, Francisco Ferreira de; **Direito Internacional Público**; 2ª edição; Coimbra; Coimbra Editora; 2003;

BAGARIC, Mirko; VRACHNAS, John; **Migration and Refugee Law in Australia: Cases and Commentary**; 1ª edição; Cambridge; Cambridge University Press; 2007 pp. 366-368; disponível em <http://bit.ly/1AOHPD9>; (acesso a 10/07/2016)

BASTO, Maria Inês; **As interceptações de refugiados em alto mar e o princípio do non-refoulement** in *Doctrina Nova*; 2014; vol. 1; pp. 29-37

CABRAL, Marcelo Malizia; **Concretização do Direito Humano de Acesso à Justiça: Imperativo Ético do Estado Democrático de Direito** in Estado do Rio Grande; Coleção Administração Judiciária - Coletânea de Trabalhos de Conclusão de Curso Apresentados ao Programa de Capacitação em Poder Judiciário Estado do Rio Grande do Sul; 1ª edição; Porto Alegre; Estado do Rio Grande do Sul - Poder Judiciário, Tribunal de Justiça; 2009; pp.13-85

Comissão Europeia; **Migração e Asilo**; 1ª edição; Luxemburgo; Serviço de Publicações da União Europeia; 2013

Comissão Europeia; **Sistema Europeu Comum de Asilo**; 1ª edição; Luxemburgo; Serviço de Publicações da União Europeia; 2014

DUARTE, Ronnie Preuss; **Garantia de Acesso à Justiça - os direitos processuais fundamentais**; 1ª edição; Coimbra; Coimbra Editora; 2007

EDWARDS, Alice; **International Refugee Law** in MOELCKLI, Daniel, et. al.; International human rights law; New York: Oxford University Press, 2013; pp.513-527

EDWARDS, Alice; **Age and gender dimensions in international refugee law** in FELLER, Erika; TÜRK, Volker; NICHOLSON, Frances; Refugee Protection in International Law; 1ª edição; Cambridge; Cambridge University Press; 2003

EIDE, Asbjørn *et. al.*; **The Universal Declaration of Human Rights: A Commentary**; 1ª edição; Oslo; Scandinavian University Press; 1992;

European Council on Refugees and Exiles (ECRE); European Legal Network on Asylum (ELENA); **Background Paper for the International Course on the Application of Article 1C and Article 1F of the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees**; Dinamarca; European Council on Refugees and Exiles; 2003; disponível em: <http://www.refworld.org/cgi-bin/txis/vtx/rwmain?page=search&docid=3e71b88e4&skip=0&query=exclusion%20clause> (acesso 10/07/2016)

European Council on Refugees and Exiles (ECRE); **Guidelines on Fair and Efficient Procedures for Determining Refugee Status**; September 1999; disponível em: <http://www.refworld.org/docid/3decd90d4.html> (acesso a 10/07/2016)

European Council on Refugees and Exiles (ECRE); **Information Note on Directive 2013/32/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013 on common procedures for granting and withdrawing international protection (recast)**; 2014; disponível em: <http://www.refworld.org/docid/54afd6444.html> (acesso a 10/07/2016)

FITZPATRICK, Joan; BONOAN, Rafael; **Cessation of refugee protection** in (ed.) FELLER, Erika; TÜRK, Volker; NICHOLSON, Frances; Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection; 1ª edição; Cambridge; Cambridge University Press; 2003; pp. 491-543; disponível em: <http://www.refworld.org/docid/470a33ba0.html> (acesso a 10/07/2016)

FRA - European Union for Human Rights; Conselho da Europa; **Manual de legislação europeia sobre asilo, fronteiras e imigração**; 1ª edição; Luxemburgo, Publications Office of the European Union; 2014

FRA - European Union for Human Rights; **The duty to inform applicants about the asylum procedure and the right to an effective remedy**; Setembro de 2010; disponível em: [http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/1056-asylum-access-info-infosheet-092010\\_en.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1056-asylum-access-info-infosheet-092010_en.pdf) (acesso a 10/07/2016)

GILBERT, Geoff; **Current Issues in the application of the exclusion clauses** *in* (ed.) FELLER, Erika; TÜRK, Voljer; NICHOLSON, Frances; *Refugee Protection in International Law: UNHCR's Global Consultations on International Protection*; 1ª edição; Cambridge; Cambridge University Press; 2003; pp. 425-478; disponível em: <http://www.ref-world.org/docid/470a33ba0.html> (acesso a 10/07/2016)

GOMES CANOTILHO, J.J.; **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**, 7ª edição (7ª reimpressão); Coimbra; Almedina; 2003

GOMES CANOTILHO, J.J.; **Intervenções Humanitárias e Sociedade de Risco. Contributos para uma Aproximação ao Problema do Risco nas Intervenções Humanitárias** *in Nação e Defesa*; Primavera 2001; vol. 97; pp. 17-26, disponível em: <http://www.idn.gov.pt/index.php?mod=1321&cod=97#sthash.fSaxi1Br.dpbs> (acesso a 10/07/2016)

GOMES CANOTILHO, J.J.; MOREIRA, Vital; **Constituição da República Portuguesa Anotada**; 4ª edição; Coimbra; Coimbra Editora; 2014

GONÇALVES, Maria Natália Faria dos Santos; **O âmbito de vinculação da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia**; Coimbra; 2013; Tese de doutoramento; também disponível em: <http://hdl.handle.net/10316/24393> (acesso a 10/07/2016)

GOODWIN-GILL, Guy S.; MCADAM, Jane; **The Refugee in International Law**; 3ª edição; Oxford; Oxford University Press; 2011

GORTÁZAR, Cristina; **Artigo 18º - Direito de Asilo** in SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana; Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada; 1ª edição; Coimbra; Almedina; 2013; pp. 232-243

GYULAI, Gábor; **Country Information in Asylum Procedures - Quality as a Legal Requirement in the EU**; 1ª edição; Budapest; Hungarian Helsinki Committee; 2011

HELLER, Kevin Jon; **What Happens to the Acquitted?** in *Leiden Journal of International Law*, Vol. 21; 2008; pp. 663-680

HÖPFNER, Florian; **L'accès au juge des réfugiés: quel juge pour garantir le droit d'asile?** in (coord.) DONIER, Virgine; LAPÉROU-SCHENEIDER, Béatrice; L'accès au juge - Recherche sur l'effectivité d'un droit; 1ª edição; Bruxelas; Bruylant; 2013; pp. 231-242

HURWITZ, Ágnes; **The collective responsibility of states to protect refugees**; 1ª edição; Oxford; Oxford University Press; 2009

ICARD, Phillippe; **L'accès aux juges de l'Union Européenne** in (coord.) DONIER, Virgine; LAPÉROU-SCHENEIDER, Béatrice; L'accès au juge - Recherche sur l'effectivité d'un droit; 1ª edição; Bruxelas; Bruylant; 2013; pp.712-734

KLAMARIS, Nikolaos Kan.; EFSTRATIOU, Pavlos-Michael E.; **Access to Justice as a Fundamental Right** in *Revue Hellénique de Droit International*; 1998, vol. 51, n.º 1; pp. 291-310

KOFFORD, Kelsey; **An Examination of the Law, or Lack Thereof in Refugee and Displacement Camps** in *Hastings International and Comparative Law Reviews*; Inverno 2012; vol.35; pp. 173-215

LOUREIRO, Flávia Norversa; PITON, André; **Artigo 48º - Presunção de inocência e direitos de defesa** in SILVEIRA, Alessandra e CANOTILHO, Mariana; Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada; 1ª edição; Coimbra; Almedina; 2013; pp.545-552

MACHADO, Jónatas E.M.; **Direito da União Europeia**; 2ª edição; Coimbra; Coimbra Editora; 2014

MACHADO, Jónatas E.M.; **Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro**; 3ª edição; Coimbra; Coimbra Editora; 2006

MESQUITA, Maria José Rangel de; **Artigo 47º - Direito à ação e a um tribunal imparcial** in SILVEIRA, Alessandra e CANOTILHO, Mariana; Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada; 1ª edição; Coimbra; Almedina; 2013; pp. 537-544

MIRANDA, Jorge; **Constituição e Processo Civil** in *Direito e Justiça*; 1994; vol. VIII; Tomo 2; pp. 9-26

MOREIRA, Vital; **“Respublica” Europeia – Estudos de Direito Constitucional da União Europeia**; 1ª edição; Coimbra; Coimbra Editora; 2014

MOREIRA, Vital; **A questão da adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos** in MOREIRA, Vital; “Respublica” Europeia – Estudos de Direito Constitucional da União Europeia; 1ª edição; Coimbra; Coimbra Editora; 2014

MOREIRA, Vital; GOMES, Carla Marcelino (versão portuguesa); **Compreender os Direitos Humanos - Manual de Educação para os Direitos Humanos**; 1ª edição; Coimbra; Ius Gentium Conimbrigae - Centro de Direitos Humanos; 2014

MOREIRA, Vital; **Os direitos fundamentais na União Europeia** in MOREIRA, Vital; “Respublica” Europeia – Estudos de Direito Constitucional da União Europeia; 1ª edição; Coimbra; Coimbra Editora; 2014

MORIKAWA, Márcia Mieko; **Acesso à Justiça Internacional e a Problemática dos Refugiados: por um Direito dos Refugiados a duas velocidades** in (coord.) ROCHA, João Carlos de Carvalho; FILHO, Tarcísio Humberto Parreiras Henriques; CAZETTA, Ubiratan; Direitos Humanos: Desafios Humanitários Contemporâneos; 1ª edição; Belo Horizonte; Del Rey Editora; 2008; pp. 395-426

MORIKAWA, Mónica Mieko; **Deslocados internos: entre a soberania do Estado e a protecção internacional dos Direitos do Homem : uma crítica ao sistema internacional de protecção dos refugiados**; 1ªedição; Coimbra; Coimbra Editora; 2006

ODELLO, Marco; **Il diritto dei rifugiati. Elementi di diritto internazionale, europeo e italiano**; 1ªedição; Angeli Franco; 2013

OGG, Kate; **A Sometimes Dangerous Convergence: Refugee Law, Human Rights Law and the Meaning of "Effective Protection"** in *Macquaire Law Journal*; 2013; vol.12; pp.109-130

OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto; **O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa - Âmbito de Protecção de um Direito Fundamental**; 1ª edição; Coimbra; Coimbra Editora; 2009

ORAÁ, Jaime; GÓMEZ ISA, Felipe; **La Declaración Universal de los Derechos Humanos - un breve comentario en su 50 aniversario**; 2ªedição; Bilbao; Universidad de Deusto; 1998

PEERS, Steve, **Detention of asylum seekers: The first CJEU judgment**; Março 2016 disponível em <http://eulawanalysis.blogspot.pt/2016/03/detention-of-asylum-seekers-first-cjeu.html> (acesso 10/07/2016)

PEERS, Steve; **'Safe Countries of Origin': Assessing the new proposal**; 2015; disponível em: <http://eulawanalysis.blogspot.pt/2015/09/safe-countries-of-origin-assessing-new.html> (acesso 10/07/2016)

PHUONG, Catherine; **Improving the United Nations response to crises of Internal Displacement** in *International Journal of Refugee Law*; Outubro 2001; vol. 13; n. º4; pp. 491 e ss.

PIÇARRA, Nuno; **Comentário ao artigo 78º do Tratado de Funcionamento da União Europeia** in (coord.) PORTO, Manuel Lopes; ANASTÁCIO, Gonçalo; *Tratado de Lisboa - anotado e comentado*; 1ª edição; Coimbra; Almedina; 2012; pp. 403-410

PIZOR, Andrew G.; **Sale v. Haitian Centers Council: The Return of Haitian Refugees** in *Fordham International Law Journal*; 1993; vol.17; n. º4; pp. 1061-1114

PURKEY, Anna Lise; **Whose Right to What Justice? The Administration of Justice in Refugee Camps** in *New England Journal of International and Comparativ Law*; 2011; vol.17; pp.121-157

SKORDAS, Achilles; **Human Rights and Effective Migration Policies: an Uneasy Co-existence** in SOUSA, Constança Urbano de; BRUYCKER, Phillipe de; *The Emergence of a European Asylum Policy*; 1ª edição; Bruxelas; Bruylant; 2004; pp.297-327

SPIJKERBOER, Thomas; **Full Circle? The Personal Scope of International Protection in the Geneva Convention and the Draft Directive on Qualification** in SOUSA, Constança Urbano de; BRUYCKER, Phillipe de; *The Emergence of a European Asylum Policy*; 1ª edição; Bruxelas; Bruylant; 2004; pp. 167-181

TALIB, Meher; **Number versus Rights: State Responsibility Towards Asylum Seekers and The Implications for the International Refugee Regime** in *Georgetown Immigration Law Journal*; Inverno 2013; vol. 27; pp. 405-427

TJUE; **Opinion 2/13 – “The Court of Justice delivers its opinion on the draft agreement on the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and identifies problems with regards to its compability with EU law”**; 2014; disponível em: <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2014-12/cp140180en.pdf> (acesso a 10/06/2016)

TRINDADE, Augusto Cançado; **The Access of Individuals to International Justice**; 1ª edição; Oxford; Oxford University Press; 2011

TUITT, Patricia; **False Images: Law's Construction of the Refugee**; 1ª edição; Londres; Pluto Press; 1996

UN Human Rights Committee (HRC); **General comment no. 32, Article 14, Right to equality before courts and tribunals and to fair trial**; 23 August 2007; CCPR/C/GC/32; disponível em: <http://www.refworld.org/docid/478b2b2f2.html> (acesso a 10/07/2016)

WEIS, Paul; **The International Protection of Refugees** in *The American Journal of International Law*; 1954; vol. 48; pp. 193-221

## **Websites consultados**

**ACNUR, Tabelas Estatísticas Completas, Tab1,** disponível em <http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/estatisticas/> (acesso a 10/07/2016)

**Comunicação N.º 57/1996 do Comité contra a Tortura** disponível em: <http://www.refworld.org/docid/518cb29c4.html> (acesso a 10/07/2016)

**Espaço de Liberdade, se Segurança e de Justiça: Aspetos Gerais** disponível em [http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU\\_5.12.1.pdf](http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_5.12.1.pdf) (acesso a 10/07/2016)

**Executive Committee Conclusion 69 (XLIII)** disponível em: <http://www.unhcr.org/3ae68c431c.html> (acesso 10/07/2016)

**Insegurança no Sudão do Sul faz aumentar número de deslocados internos** disponível em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/inseguranca-no-sudao-do-sul-faz-aumentar-numero-de-deslocados-internos/> (acesso 10/07/2016)

**Livro Verde sobre a Presunção de Inocência** disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:52006DC0174> (acesso 10/07/2016)

**Programa de Estocolmo** disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV%3Ajl0034> (acesso a 10/07/2016)

**Resolution RC/Res.6 - Amendments to the Rome Statute of the International Criminal Court on the crime of aggression** disponível em: : [http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/Resolutions/RC-Res.6-ENG.pdf) (acesso a 10/07/2016)

**States Parties to the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol** disponível em: <http://www.unhcr.org/protect/PROTECTION/3b73b0d63.pdf> (acesso a 10/07/2016)

**The Executive Committee's Origins and Mandate** disponível em: <http://www.unhcr.org/pages/49c3646c83.html> (acesso a 10/07/2016)

## Jurisprudência consultada

### *Jurisprudência do TJUE*

*Arslan contra República Checa* disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62011CJ0534&qid=1467736030127&from=PT> (acesso 10/07/2016)

*Consórcios de venda do carvão do Ruhr “Präsident” e outros contra a Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço* disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61959CJ0036&qid=1467329208432&from=PT> (acesso a 10/07/2016)

*Empresa Friedrich Stork & Co. contra Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço* (proc. 1/58) disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61958CJ0001&from=PT> (acesso 10/07/2016)

*Erich Stauder contra Cidade de Ulm* (proc. 29/69) disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61969CJ0029&qid=1467329841247&from=PT> (acesso a 10/07/2016)

*Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (proc. 11/70) disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61970CJ0011&qid=1467329970569&from=PT> (acesso a 10/07/2016)

*JN contra Staatssecretaris voor Veiligheid en Justitie* disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=174342&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1045024> (acesso a 10/07/2016)

*Kodzoev contra Bulgária* disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1467735906592&uri=CELEX:62009CJ0357> (acesso 10/07/2016)

*Kreis Warendorf c. Ibrahim Alo e Amira Osso c. Region Hannover* relativamente a pedidos de decisão prejudicial pelo *Bundesverwaltungsgericht* disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1465730444577&uri=CELEX:62014CJ0443> (acesso a 10/07/2016)

*Liselotte Hauer contra Land Rheinland-Pfalz* (proc. 44/79) disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1467330479158&uri=CELEX:61979CJ0044> (acesso a 10/07/2016)

*Marcello Sgarlata e outros contra Comissão da CEE* (proc. 40/64) disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61964CJ0040&qid=1467329741657&from=PT> (acesso a 10/07/2016)

*NS (C-411/10) e ME et. Al.(C-493/10)* disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62010CA0411&qid=1467762145414&from=PT> (acesso a 10/07/2016)

#### *Jurisprudência da TEDH*

*Airey contra Irlanda* disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57420> (acesso 10/07/2016)

*Aksoy c. Turquia* disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58003> (acesso em 10/07/2016)

*Chahal c. The United Kingdom* disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58004> (acesso em 10/07/2016)

*Čonka contra Bélgica* disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60026> (acesso 10/07/2016)

*Delcourt c. Bélgica*, §25, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57467> (acesso a 10/07/2016)

*Golder c. Reino Unido*, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57496> (acesso a 10/07/2016)

*Maaouia c. França*, §38, §39, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58847>  
(acesso a 10/07/2016)

*Soering c. The United Kingdom* disponível em <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619>  
(acesso a 10/07/2016)