

Os Passageiros da Esperança: algumas considerações sobre o estatuto de refugiado e outras respostas para os indivíduos que buscam asilo

The Passengers of Hope: some considerations on refugee status and other responses for individuals seeking asylum

Fátima Pacheco¹

Resumo: Em face dos incessantes fluxos migratórios dirigidos à Europa nem sempre é fácil distinguir os imigrantes, os requerentes de asilo e outros grupos de pessoas que precisam de proteção internacional. Tais fluxos resultaram das crises económicas e da instabilidade política que foi assolando os Estados à sua volta. Este trabalho percorre as várias respostas que o Direito Internacional foi criando para resolver as necessidades mais prementes daqueles indivíduos. Com a certeza de que este drama é um problema comum da União Europeia, o artigo começa com uma breve abordagem à proteção decorrente da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Convenção de Genebra de 1951. Posto isto, atenta à não consagração do direito de asilo na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, faz um pequeno percurso sobre a forma original pela qual o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem garantido a tais indivíduos uma proteção derivada dos direitos humanos que reconhece, terminando por fazer uma sucinta apresentação do enquadramento jurídico do sistema europeu comum de asilo.

Palavras-chave: imigração; perseguição; não repulsão; refugiados; proteção subsidiária; proteção temporária

¹ Doutora em Direito da União Europeia pela Universidade Católica (escola de Direito do Porto), Professora Adjunta no ISCAP (Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto – Politécnico do Porto), Investigadora do JUSGOV (Universidade do Minho) e do CEI (ISCAP), Portugal. Doutoramento em “Direito da União Europeia” pela Universidade Católica, sob orientação da Professora Doutora Ana Maria Guerra Martins e do Professor Doutor Manuel Afonso Vaz; mestrado na Universidade Portucalense, sob a orientação do Professor Doutor Joaquim da Silva Cunha; Pós-Graduação em “Estudos Europeus” e em Direito da União Europeia pela Universidade de Coimbra e pela Universidade Clássica de Lisboa; vários cursos de especialização em “Justiça Europeia dos Direitos do Homem”, em “Direito do Mar”, e em áreas ligadas aos direitos fundamentais. As suas áreas de interesse são o Direito da União Europeia, o Direito Internacional e os Direitos Humanos. E-mail: fatima_pacheco@live.com.pt.

Abstract: In the face of incessant migratory flows towards Europe, it is not always easy to distinguish between migrants, asylum seekers, refugees and other groups of people in need of protection. Such flows resulted from the economic crises and the political instability that was plaguing the states around them. This article covers the various responses that International Law has created to solve the most pressing needs of those individuals. With the certainty that this drama is a common problem in the European Union, this article begins with a brief approach to the protection arising from the Universal Declaration of Human Rights and the 1951 Geneva Convention. That said, mindful of the non-enshrinement of the right of asylum in the European Convention on Human Rights, it makes a short journey on the original way in which the European Court of Human Rights has guaranteed to such individuals a protection derived from the human rights it recognizes, ending with a presentation of the legal framework of the common European asylum system.

Keywords: immigration; persecutions; non-repulsion; refugees; secondary protection; temporary protection.

1 – Enquadramento do tema:

Se tivéssemos nascido logo após a segunda guerra mundial, tínhamos talvez a esperança de que jamais se reviveria o horror da guerra, nem se assistiria a novos movimentos transnacionais das pessoas que dela fugiam. Porém, chegados aos nossos dias deparamo-nos com a certeza incontornável de que as migrações em massa – afinal – continuam.

É verdade que o fim da guerra fez nascer instrumentos de proteção de direitos humanos que os reconheceram a todos os indivíduos. Mas, é igualmente verdade que as crises económicas e a instabilidade política fizeram ressurgir fluxos migratórios massivos e uma obstinada resistência dos Estados à imigração.

Os perseguidos, os que fogem de conflitos armados e de situações de violência endémica, os que temem ser sujeitos a tratamentos desumanos ou degradantes nos seus países de origem, ou os que neles não conseguem sobreviver por força das alterações climáticas, fizeram com que milhões de seres humanos – tantas vezes particularmente vulneráveis – passassem a depender de proteção internacional. Ademais, também a paz e a segurança internacional, depende das respostas a estas situações dramáticas.

É aqui que este trabalho se situa, ou seja, numa área designada por Direito das Migrações, o qual pretende regular a entrada, a permanência e a saída de estrangeiros em território

nacional. Este ramo do Direito move-se próximo dos direitos humanos, dos direitos fundamentais, do Direito do Mar, do Direito Administrativo e do Direito da União Europeia. Trata-se, por isso, de um domínio internormativo multinível.

Vale a pena sublinhar que os fenómenos migratórios contemporâneos nos conduzem a outras situações de natureza interdisciplinar, que urgem ser resolvidas, tais como a afirmação da identidade cultural, a necessidade de inclusão, as várias formas de discriminação e a tolerância. Por isso, as respostas à situação de carência e vulnerabilidade daqueles seres humanos não se esgotam no mundo jurídico, passando também por respostas típicas de outras áreas do saber.

Gostaríamos, por último, de salientar que embora este trabalho não se detenha no direito nacional de asilo devemos ter como certo que este sempre deve ser interpretado e aplicado à luz do Direito Internacional (Geral e Regional), bem como do direito primário e dos dispositivos de direito derivado da União Europeia (UE), a que nos iremos referir. Neste contexto, é preciso também ter em conta que o sistema europeu é um sistema de *case law*, revelando-se os acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) como verdadeiras fontes de direito, tantas vezes conduzindo à alteração dos sistemas legislativos nacionais. Escapa, todavia, ao presente trabalho uma apresentação minuciosa da jurisprudência europeia mais impactante nesta área.

2 – Conceitos prévios e operativos a esta área

Antes de apresentarmos os vários tipos de proteção internacional que o Direito faculta às pessoas que integram os fluxos migratórios, é importante salientar que inexiste um direito à imigração, muito embora o artigo 13.º, n.º 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), e os artigos 12.º, n.º 2 e 13.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP), de alguma forma, reconheçam a existência de um direito à emigração. O que é dizer que há um direito de sair (emigrar) do território de que se é nacional, mas não há um direito de entrar (imigrar) noutra território (Oliveira, A. S. P., 2018a; GIL, A. R., 202), pp. 256 e ss). Como veremos, esta constatação, implica várias consequências práticas no regime jurídico do Direito das Migrações.

Começaremos por referir que os imigrantes (Gomes, C. A. & Leão, A. C., 2010, pp. 20-34; Organização Internacional das Migrações, 2009) são indivíduos que procuram melhores condições de vida noutra país, nele se fixando, deixando voluntariamente o seu país de origem ou de residência habitual, por motivações económicas. É, portanto,

importante distinguir entre aqueles indivíduos que sofrem condições económicas adversas nos seus países de origem e que, por isso, optam por sair dele, daqueles outros que são forçados a abandonar o seu país, devido a terem sofrido uma situação de perseguição, ou a correrem o risco sério de a virem a sofrer. Estes, sim, estando numa situação de necessidade de proteção dos seus direitos mais básicos, podem ser considerados refugiados, ou, caso não consigam obter tal estatuto, podem vir a usufruir de outra forma de proteção internacional.

Vale a pena também salientar que os requerentes de asilo são indivíduos que solicitam proteção internacional a um Estado com vista a obterem o estatuto de refugiado, devido a serem vítimas de uma situação de perseguição individual ou por recearem vir a ser vítimas de tal perseguição (Carvalho, A. C., 2019).

O direito de asilo (Oliveira, A. S. P., 2009, pp. 20-9) é, portanto, uma resposta para todos aqueles que estão sujeitos a várias situações de perseguição no seu próprio Estado, quando este não põe termo à situação que tais indivíduos estão a sofrer. Ou seja, trata-se de um direito cujo conteúdo se consubstancia na possibilidade de um estrangeiro ser acolhido, permanecer e residir num Estado de que não é nacional, mediante a atribuição de um estatuto legal que lhe garanta determinadas prerrogativas internacionalmente reconhecidas, nomeadamente a de não ser devolvido para onde possa ser perseguido ou para onde possa sofrer tratamentos degradantes ou desumanos.

Como iremos ver, o direito de procurar e beneficiar de asilo está reconhecido no artigo 14.º, n.º 1, da DUDH, declaração juridicamente não vinculativa. Deve sublinhar-se, porém, que a Convenção de Genebra de 28/07/1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados, e o Protocolo Adicional de 31/01/1967 – constituindo o núcleo duro e originário do direito dos refugiados – não consagrou expressamente um direito subjetivo de obter refúgio e um correspondente dever de acolhimento, pois cabe ao Estado requerido a faculdade soberana de conceder o asilo.

Claro que a concreta resposta a tal pedido sempre dependerá das obrigações internacionais assumidas pelo Estado a quem se dirige tal pedido. Todavia, é um dado incontroverso que o requerente tem de se encontrar no seu território a fim de solicitar o asilo e, como se disse, não decorre do Direito Internacional um direito de entrar noutro Estado.

De todo o modo, aquela convenção – definindo o que se entende por refugiado – não deixou de consagrar o direito fundamental (não absoluto) dos indivíduos não serem

devolvidos a um Estado “onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas” em virtude das suas características específicas.

Convém também distinguir o conceito de asilo territorial – que mais não é do que uma modalidade de proteção concedida pelo Estado, no seu próprio território, a estrangeiro ou apátrida que nele se encontre em busca de refúgio – do conceito de asilo diplomático. Este último é extraterritorial, ou seja, é concedido por um Estado fora das suas fronteiras, em locais de imunidade jurisdicional, sem intromissão por parte das autoridades locais, encontrando-se o perseguido no seu próprio território nacional (v.g. em missões diplomáticas, acampamentos militares, navios de guerra).

De resto, o âmbito de aplicação material do asilo é mais amplo que a proteção concedida a um refugiado, pois enquanto na primeira situação a proteção deriva de normativos de origem internacional, europeia e constitucional, a proteção concedida aos refugiados deriva essencialmente de normativos de origem internacional, ainda que o seu procedimento seja operativo a nível nacional. Uma vez obtido, o estatuto de refugiado possui validade internacional.

É, ainda, importante referir que as situações que podem dar causa à necessidade da proteção internacional de indivíduos revela que nem sempre tais indivíduos conseguem preencher os requisitos específicos para serem considerados refugiados, nos termos da Convenção de Genebra de 1951, circunstância que deu origem a outras respostas do Direito. Voltaremos a elas em momento próprio, designando-se as mesmas por proteção subsidiária e proteção temporária, exclusivamente aplicáveis por força do Direito da União Europeia.

Por último, não fique por dizer que os Estados têm diferentes obrigações perante os estrangeiros. É o caso dos nacionais da União Europeia e seus familiares, que têm os direitos que lhes advêm da livre circulação e residência²; dos nacionais de países terceiros à União, que tenham laços especiais com algum Estado-membro (v.g. nacionais de países lusófonos); dos apátridas e, finalmente, dos plurinacionais. Não nos ocuparemos destas situações.

² Por força da cidadania europeia os cidadãos da UE, ou seja, os nacionais dos Estados-membros, bem como os membros das suas famílias, têm o direito de entrar no território de qualquer outro Estado-membro sem prévia autorização, nos termos da Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho. Por sua vez, os estrangeiros que possuam um título de residência podem, por força desse título, ou de um documento de viagem, circular livremente durante um período máximo de três meses no território dos Estados-membros.

3 – A proteção internacional derivada da Declaração Universal dos Direitos do Homem e da Convenção de Genebra e do Protocolo de Nova Iorque: uma proteção universal, imperfeita e insuficiente

Em 1948 a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a DUDH proclamando um conjunto de direitos universais e indivisíveis da pessoa humana, aplicáveis a qualquer pessoa (Oliveira, A. S. P., 2007, p. 303; Carvalho. C., 2018)³. Nos termos do seu n.º 1, do art. 14.º “Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países” (sublinhado nosso), é certo. Porém, apesar de prever o direito ao asilo a Declaração não consagrou o direito de o obter, mas tão-só o de o procurar, pedir, e vir dele a beneficiar (caso seja concedido pelo Estado requerido), assumindo tal concessão como uma prerrogativa soberana.

Ora, impõe-se recordar que para alguém pedir asilo tem de estar presente no território do Estado onde o mesmo se pede! Assim, não se reconhecendo aos indivíduos um direito de entrada num Estado, tem de se constatar que – não obstante o inegável papel impulsionador da DUDH⁴ – a proteção dela derivada é uma proteção insuficiente. Com efeito, a realidade tem demonstrado que o tráfico de seres humanos e a imigração ilegal são consequências do não reconhecimento internacional expresso de um direito de entrada noutros Estados que não o país de origem ou residência.

A acrescer a esta situação, o n.º 2 do mesmo dispositivo estabelece que “Este direito não pode, porém, ser invocado no caso de processo realmente existente por crime de direito comum ou por atividades contrárias aos fins e aos princípios das Nações Unidas”, excluindo daquela prerrogativa todos os que tenham praticado aqueles crimes ou práticas. Aqui chegados, é importante salientar que a Convenção de Genebra sobre o Estatuto do Refugiado de 1951, e o Protocolo de Nova Iorque de 1967⁵, constituem as peças nucleares do Direito Internacional dos Refugiados, estabelecendo o que se entende por refugiados,

³ A DUDH foi adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 1948, pela Resolução 217 (III) da Assembleia-Geral. Sobre a importância desta Declaração não vinculativa, no domínio da proteção internacional dos refugiados.

⁴ De referir que a Assembleia Geral das Nações Unidas tinha já aprovado a Resolução 319 A (IV) de 3 de dezembro de 1949, que criou o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), instituído em 1 de janeiro de 1951, a quem foi incumbida a proteção e o apoio aos direitos dos refugiados, sob a égide das Nações Unidas tinha sido criada, em 1946, a Comissão de Direitos Humanos e o Conselho dos Direitos Humanos.

⁵ O Protocolo de Nova Iorque, de 31 de janeiro de 1967, adicional à Convenção de Genebra, eliminou a restrição temporal da Convenção, relativamente a situações ocorridas antes de 1 de janeiro de 1951, ou seja, para os refugiados resultantes da segunda guerra mundial.

é certo. Veremos, porém, que a proteção que decorre destes instrumentos internacionais é também, nos nossos dias, insuficiente.

Com efeito, o artigo 1.º, n.º 2, da Convenção de Genebra afirma, definindo, que:

(...) Qualquer pessoa que, (...) temendo ser perseguida, por motivos de religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual, em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.

Assim, para beneficiar do disposto na Convenção de Genebra de 1951, temos de constatar que a pessoa em causa tem de estar fora do país de origem ou residência habitual, que o tenha deixado por receio de ser perseguido, e que tal perseguição se resume aos motivos que estão enunciados no seu texto. Ou seja, tem de haver um nexo de causalidade entre os motivos de perseguição indicados e os atos de perseguição.

O que é dizer que, nos termos da Convenção de Genebra, tem de haver uma 1) “perseguição” intencional e grave (discriminatória e desproporcionada) que prive o requerente dos seus direitos mais fundamentais⁶, devido a medidas de carácter individual ou coletivo, ainda que não necessariamente sistemáticas, ou seja, bastando a prática de um só ato, de conteúdo persecutório. Normalmente é o Estado que concretiza a perseguição (Oliveira. A. S. P., 2012)⁷, mas pode ser um sujeito não estadual, relativamente ao qual o Estado não quer ou não consegue controlar. De resto, as supostas violações dos direitos têm de ser discriminatórias (pessoa ou conjunto de pessoas específicas), não englobando – por isso – as situações de guerra ou as de violações graves de direitos humanos ou as vítimas de violência indiscriminada.

Depois, o perseguido necessita provar que tem um 2) “fundado temor” quanto ao regresso ao país de origem. Tal temor ou receio deve ser razoavelmente avaliado, não bastando a verificação do elemento subjetivo, ou seja, o mero receio de regressar, mas implicando o seu elemento objetivo, qual seja o de que tal receio seja fundado.

⁶ Há direitos fundamentais individuais e de grupo. Nestes a simples pertença de pessoa a um grupo é o motivo de perseguição (v.g. raça, etnia, origem nacional, religião). A pertença a grupo social é de verificação mais delicada pois a pessoa tem de possuir uma característica pessoal distintiva não temporária (v.g. género ou orientação sexual, transsexualidade), sendo-lhe negado o acesso a direitos básicos por força dela.

⁷ De salientar que a necessidade de individualização do risco de perseguição foi ultrapassada pela jurisprudência ativa do TEDH, ainda que exigindo o carácter grave da violência generalizada no país de origem (Ac. de 17/7/2008, NA c. Reino Unido, queixa n. 25904/07)

Tem, igualmente, de se tratar de uma situação de 3) “extraterritorialidade”, ou seja, inexistindo um atravessamento de fronteiras internacionais, ainda que haja fuga da residência habitual, em consequência de conflitos armados, de violência generalizada, de violações de direitos humanos ou de calamidades naturais, não se está perante pessoas que necessitam do estatuto de refugiados, mas sim perante deslocados internos, não protegidos pela Convenção de Genebra.

Por último, deve tal perseguição ser 4) fundada num dos motivos taxativamente inscritos no seu texto. Assim, atende-se a motivos de índole individual ou de grupo, em concreto: a raça (pertença a uma minoria ou grupo étnico, religioso, cultural, linguístico, por vezes, sobrepondo-se ao termo “raça”), religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social distintivo ou opiniões políticas do perseguido, bens jurídicos fundamentais suscetíveis de afetar a dignidade humana.

Ora, a acrescer a esta delimitação do âmbito pessoal de proteção da Convenção de Genebra, há também requisitos negativos de preenchimento obrigatório, que constituem motivos de exclusão do estatuto, introduzidos na convenção por razões securitárias, os quais devem ser casuística e estritamente interpretados por parte dos Estados.

Com efeito, nos termos da al.) F do art. 1.º da Convenção de Genebra:

As disposições desta Convenção não serão aplicáveis às pessoas a respeito das quais houver razões sérias para pensar que: a) elas cometeram um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a humanidade, no sentido dos instrumentos internacionais elaborados para prever tais crimes; b) elas cometeram um crime grave de direito comum fora do país de refúgio antes de serem nele admitidas como refugiados; c) elas se tornaram culpadas de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas. (Goodwin-Gill, G. S., McAdam, J., 2007, pp. 117 e ss.).

No mesmo sentido, nos termos do n.º 1, do artigo 32.º “Os Estados Contratantes não expulsarão um refugiado que se encontre regularmente no seu território senão por motivos de segurança nacional ou de ordem pública”, e, em particular o n.º 2 do artigo 33.º, vem também afirmar que “O benefício (...) não poderá, todavia, ser invocado por um refugiado que por motivos sérios seja considerado um perigo para a segurança do país no qual ele se encontre ou que, tendo sido condenado definitivamente por crime ou delito particularmente grave, constitua ameaça para a comunidade do dito país”, circunstâncias que terão de ser demonstradas pelo Estado onde o indivíduo se encontre, mas que revelam a preocupação de índole securitária que justifica tais medidas.

Ora, não fique por dizer que o artigo 33.º da Convenção de Genebra, constitui a garantia fulcral do sistema, e, indubitavelmente, a sua mais original e carismática norma, reconhecendo um direito mais vasto que o direito de asilo, apto a beneficiar qualquer estrangeiro independentemente do título que o acompanhe, ainda que se encontre em situação irregular (não podendo ser perseguido criminalmente por ter entrado em situação ilegal), contanto que, nos termos do n.º 1 do artigo 31.º da mesma convenção, tais indivíduos “se apresentem sem demora às autoridades e lhes exponham razões aceitáveis para a sua entrada ou presença irregulares”.

O referido artigo 33.º sob a epígrafe “Proibição de afastar expulsar e repelir”, em concreto, o seu n.º 1, veio consagrar uma regra humanitária fundamental, qual seja a de que “Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, (sublinhado nosso) para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas.”, de alguma forma compensando a não consagração expressa de uma obrigação internacional de acolhimento decorrente da convenção. Não obstante, temos de referir que a aplicação do artigo 1.º da Convenção de Genebra, conjuntamente com o n.º 1, do artigo 33.º do mesmo diploma, não permite garantir um título de residência por exemplo, às vítimas de violência grave e generalizada (que fogem de conflitos armados, étnicos, ou religiosos, ou de situações de grave instabilidade política que ponha em risco a vida e a integridade física), situação a que a União Europeia – como veremos – vem responder.

4- A proteção derivada da Convenção Europeia dos Direitos do Homem: o sistema regional de proteção internacional

Urgia, por isso, criar outro tipo de resposta para todos aqueles que estivessem na situação de necessidade absoluta de proteção internacional e que não preenchessem os requisitos da Convenção de Genebra de 1951.

Neste contexto, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH)⁸, confrontado com problemas decorrentes dos grandes fluxos migratórios dirigidos ao território dos Estados europeus, deparou-se com a não consagração expressa de um direito de asilo na

⁸ O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem é o órgão judicial da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), aprovada pelo Conselho da Europa, em 4 de novembro de 1950, em vigor desde 3 de setembro de 1953.

Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1950 (CEDH), enquanto direito a obter acolhimento.

O que é dizer que não poderia fiscalizar a aplicação da Convenção de Genebra, cabendo aos Estados controlar a entrada, residência e expulsão de migrantes dos seus territórios. Apesar disso, uma vez consagrando a CEDH um conjunto de outros direitos⁹, reconhecidos a todos os indivíduos que se encontrem sob a jurisdição dos seus Estados-Parte, direitos esses que correspondem à essencialidade dos bens jurídicos mais fundamentais ao ser humano (direitos de *standard minimum*), o seu tribunal tem conseguido assegurar uma proteção deles derivada (Carvalho. C., 2018, p. 116; 2017; Gil, A. R., 2017; Pacheco, F. & Alves, D. R., 2019)¹⁰, ou proteção indireta, em particular nas situações que decorrem da aplicação dos artigos 2.º (direito à vida), 3.º (proibição da tortura e dos tratamentos desumanos e degradantes), 5.º (direito à liberdade e à segurança), 8.º (respeito da vida privada e familiar), 13.º (direito a um recurso efetivo), e 25.º (proteção da tortura).

O que é dizer que – por força da jurisprudência desenvolvida por aquele tribunal internacional regional – há uma obrigação derivada da CEDH, que se consubstancia no dever de os Estados Parte da CEDH não ignorarem o destino daqueles que afastam do seu território, responsabilizando-os – aí diretamente – pelas violações subseqüentes dos

⁹ Os direitos reconhecidos pela CEDH são essencialmente de natureza civil e política (direitos de primeira geração), ou seja, de defesa das pessoas perante os Estados, e correspondem a um denominador comum dos vários direitos fundamentais nacionais. Entre eles, destaca-se o direito à vida, a proibição da tortura, a proibição da escravatura e do trabalho forçado, o direito à liberdade e segurança, o direito a um processo equitativo, o princípio da legalidade criminal, o direito ao respeito da vida privada e familiar, a liberdade de pensamento, consciência e religião, a liberdade de expressão, a liberdade de reunião e associação, o direito ao casamento, o direito ao recurso efetivo e a proibição da discriminação, alguns considerados absolutos e irrestingíveis (artigos 2.º, 3.º, 4.º, n.º 1; 7.º, 15.º, n.º 2, 3, e 13.º do Protocolo N.º 6, e art. 4.º do Protocolo N.º 7). Reconheceram-se direitos de liberdade, direitos processuais, direitos pessoais, direitos de ação social e política e direitos para a proteção da propriedade (Protocolo N.º 1), todos elementares para a proteção da pessoa humana. Constituindo um catálogo de direitos que reflete os valores europeus, a CEDH estabelece um consenso europeu em sede de direitos humanos, outorgando um nível de proteção de *standard mínimo*, sem precluir a aplicação mais generosa do direito interno dos Estados (art. 53.º CEDH) ou decorrente de outros compromissos internacionais. Os Estados-parte da CEDH estão obrigados a respeitar os direitos nela previstos mesmo que as pessoas a proteger se encontrem fora do seu território estadual.

¹⁰ Sobre a proteção derivada ou por ricochete. Quanto à jurisprudência do TEDH, v. caso *Khlaifia e Outros c. Itália* [GC], n.º 16483/12, de 15 de dezembro de 2016, disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-170054>; *Sharifi e Outros c. Itália e Grécia*, n.º 16643/09, de 21 outubro de 2014, disponível em: <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-sharifi-and-others-v-italy-and-greece-application-no-1664309>; e *Hirsi Jamaa e Outros c. Itália* [GC], n.º 27765/09, de 23 de fevereiro de 2012, disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-102>; *Cruz Varas e outros v. Suécia*, de 20 de março de 1991, disponível em: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,3ae6b6fe14.html>; e *Vilvarajah e outros v. Reino Unido*, de 26 de setembro de 1991, disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57713>.

direitos fundamentais que os indivíduos que careçam de proteção internacional, possam vir a sofrer.

Por isso, muito embora a CEDH não consagre o direito de asilo, impõe o acatamento do princípio fundamental do *non refoulement*¹¹, referido na Convenção de Genebra (artigo 33.º), em nome da efetivação dos direitos que reconhece, particularmente por força do seu artigo 3.º, assim reforçando o conteúdo protetor da Convenção de Genebra de 1951. Com efeito, o referido artigo 3.º, sob a epígrafe “Proibição da Tortura” afirma que “Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”, permitindo uma proteção contra as referidas expulsões.¹² Por isso, caso os requerentes provem ter um fundado receio de sofrer perseguições que possam pôr em risco a sua vida ou a sua integridade física, ou, que fiquem sujeitos a tratamentos desumanos¹³ ou degradantes (v.g. penas corporais, pena de morte, prisão perpétua, falta de assistência à saúde, situações de guerra civil), praticados pelos Estados de que são nacionais, ou por entidades não estatais, relativamente às quais o Estado não consiga ou não queira impedir as suas práticas, têm direito a beneficiar daquela proteção absoluta¹⁴, enquanto bem jurídico essencial a qualquer sociedade democrática.

¹¹ V. neste sentido acórdão do TEDH, *Hirsi Jamaa c. Itália* (critério da sujeição à jurisdição), *op. cit.* e acórdão do TJUE *Meki Elfagi*, proc. C- 465/07, de 17 de fevereiro de 2009 disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76788&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1973>.

¹² No acórdão *Vilvarajah e outros v. Reino Unido*, o TEDH declarou que a expulsão de um requerente de asilo para um Estado relativamente ao qual haja fundadas razões para crer que um requerente corra um risco real de submissão a tortura ou tratamento degradante constitui uma violação do art. 3.º da CEDH; no mesmo sentido, acórdão *K. c. Reino Unido* (DR 52, pág. 286, 9.05.1986); *Cemal Kemal Altun c. RFA* (DR 36, pág. 236, 7.03.1984); *A. e F.B.K. c. Turquia* (DR 68, pág. 194, 12.01.1991); *El Makhour c. RFA* (DR 60, pág. 290, 8.03.1989); *C. c. Países Baixos* (DR 38, pág. 227, 17.05.1984); e *V. e P. c. França* (DR 70, pág. 299, 04.06. 1991).

¹³ Nos termos do já referido documento da Organização Internacional das Migrações (2009), entende-se por tratamento desumano “uma crueldade física ou mental, de tal modo grave, que coloca em risco a vida ou a saúde”, voluntariamente provocado, ainda que não se destine a provocar tal efeito, e por tratamento degradante “aquele que, com severidade e gravidade, humilha ou rebaixa a vítima, cause sentimentos de medo, angústia ou inferioridade, capazes de humilhar ou levar a agir contra a sua vontade ou consciência, por lhe quebrar a resistência física ou mental”. Por sua vez, entende-se por tortura “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 ou confissões, a punir por um ato que ela ou uma terceira pessoa cometeu ou se suspeita que tenha cometido, intimidar ou pressionar essa ou uma terceira pessoa, ou por qualquer outro motivo baseado numa forma de discriminação, desde que essa dor ou esses sofrimentos sejam infligidos por um agente público ou qualquer outra pessoa agindo a título oficial, a sua instigação ou com o seu consentimento expresso ou tácito. A tortura não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legítimas, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionados”, por isso, trata-se de um tratamento desumano, intencional, grave e cruel. A distinção entre os três conceitos faz-se, essencialmente, pela via da intensidade dos sofrimentos que foram infligidos à vítima.

¹⁴ Ilustrando esta constatação, V. acórdão *Chahal c. Reino Unido*, queixa n.º 22414/93, de 17 de dezembro de 1996, disponível em: <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-chahal-v-united-kingdom-application-no-2241493>; *Soering c. Reino Unido*, n.º 14038/88, de 7 de julho de 1989, disponível em:

O que significa que a CEDH permite um âmbito de proteção decorrente da proibição *de non refoulement* mais abrangente do que aquele que a Convenção de Genebra disponibiliza. Razão pela qual, essencialmente por força da jurisprudência ativa do seu tribunal (Gaspar, A. H., 2009), a proteção facultada pela CEDH pode abranger situações de violência generalizada, grave e massiva de direitos humanos ou mesmo situações de conflitos armados, não previstas na Convenção de Genebra de 1951.

Acresce que, por força do art. 13.º da CEDH, deve também ser garantido a tais indivíduos um direito a um recurso suspensivo contra a execução de qualquer medida de expulsão estadual, tornando mais difícil no espaço europeu a aplicação do regime previsto no art. 32.º, n.º 2 da Convenção de Genebra.

5 – A resposta da União Europeia: o direito a obter asilo no seu mais amplo sentido

Nos termos do n.º 1, do artigo 78.º do Tratado de Funcionamento da União Europeia:

A União desenvolve uma política comum em matéria de asilo, de proteção subsidiária e de proteção temporária, destinada a conceder um estatuto adequado (o sublinhado é nosso) a qualquer nacional de um Estado terceiro que necessite de proteção internacional e a garantir o princípio da não repulsão. Esta política deve estar em conformidade com a Convenção de Genebra de 28 de Julho de 1951, e o Protocolo, de 31 de Janeiro de 1967, relativos ao Estatuto dos Refugiados, e com os outros tratados pertinentes.

O que é dizer que tal matéria constitui uma competência partilhada da UE, de execução descentralizada por parte dos Estados-membros, não dispondo ela de competência própria para diretamente conceder quaisquer dos estatutos referidos.

As respostas da UE em sede de proteção internacional foram elaboradas no respeito pelos compromissos e princípios decorrentes daqueles instrumentos internacionais e nasce diretamente do direito primário. Nesse contexto, a União foi progressivamente desenvolvendo um sistema de asilo próprio (Carvalho, A. C., 2016; 2018), garantindo a existência de um estatuto uniforme de asilo (n.º 2 do mesmo dispositivo) destinado a todos os que preencham os requisitos da Convenção de Genebra, assim lhes reconhecendo o direito a obterem o estatuto de refugiados, válido em toda a União, é certo. Mas, para

<https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619>; *MSS c. Bélgica e Grécia*, de 21/1/2011, disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-628>, § 254, onde o TEDH concluiu que condições de acolhimento precárias e a ausência de acesso efetivo ao procedimento de asilo podem constituir uma violação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

todos aqueles que se encontrem numa situação de violência generalizada e indiscriminada causada por situações de conflito armado internacional ou interno – portanto excluídos da previsão daquela convenção matriz – a União foi mais além.

Comprometendo-se a legislar no sentido do desenvolvimento progressivo do artigo 78.^{o15} TFUE (Gortázar, C., 2013, p. 233), com vista a estabelecer os critérios e mecanismos de determinação do Estado-membro responsável pela análise dos requerimentos, a U.E. foi elaborando diplomas que possibilitam às vítimas daquelas situações o direito a obterem um estatuto uniforme de proteção subsidiária ou de proteção temporária, e foi estabelecendo garantias procedimentais adequadas – no respeito do previsto no artigo 41.^o da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) – dirigidas à obtenção dos referidos estatutos.

Ora, o Tratado de Lisboa (TL) estabeleceu o compromisso com os direitos fundamentais (artigo 6.^o TUE), reconhecendo e consagrando os direitos previstos na CDFUE, a partir daí juridicamente vinculativa. Para uma trajetória sobre o compromisso da União com os direitos fundamentais desde a década de cinquenta até aos nossos dias apontamos a posição de Burca, G. (2010); Atienza, J. C. (2002), pp. 61-97; Weiler, J.H.H. & Lockhart, N. (1995), vol. 32, pp. 51-94. Sobre a proteção dos direitos fundamentais da União, na doutrina portuguesa, indicamos a referência de Alves, D. R. & Castilhos, D. S. (2016), pp. 10-21; Alves, D. R., & Pacheco, F. (2019), pp. 1-26. Sobre o alcance dos direitos fundamentais nos modelos federais e na União, assinalamos Barata, M. S. (2016), pp. 363 e ss.; Duarte, M. L. (1999, pp. 11 e seg.; 2006, pp. 191-203); Gorjão-Henriques, M. (2001), pp. 17 e seg.; Quadros, F. (2004), pp. 126-140; Machado, J. (2010), pp. 256-267; Martins, A. M. G. (2000), pp. 136 e 225; Martins, A. M. G. (2007, pp. 113-147; 2011, pp. 273-293; 2019); Martins, P. F. (2007), pp. 15-64; Martins, A. M. G. & Roque, M. P. (2014), pp. 35–80; Ramos, R. M. (2001), pp. 161 seg.; Ramos, R. M. (2018), pp. 1-18; Soares, A. G. (2002), pp. 7-38; Teixeira, S. (1998); Pais, S. O. (2012), pp. 115-130.

A CDFUE integra o direito originário ou primário, e prima sobre o direito interno dos Estados e sobre o direito derivado ou secundário, sendo parâmetro de validade em todas as situações que decorrem do âmbito de aplicação do Direito da União Europeia (DUE) (Oliveira, A. S. P., 2018b; Pacheco, F., 2021, pp. 89–129). Nessa medida, o artigo 18.^o deste catálogo de direitos fundamentais determina que “É garantido o direito de asilo

¹⁵ Afirmando que o artigo 18.^o da CDFUE – prevendo o direito de asilo de forma mais ampla do que a proteção facultada pela Convenção de Genebra de 1951 – reconhece o direito individual a receber asilo na União Europeia.

(sublinhado nosso) no quadro da Convenção de Genebra de 28 de julho de 1951 e do Protocolo de 31 de janeiro de 1967, relativos ao Estatuto dos Refugiados, e nos termos do Tratado da União Europeia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”. Tal significa que a União garante o direito fundamental de obter asilo (comportando todas as formas de proteção internacional dos migrantes forçados), e, caso os requerentes cumpram os requisitos previstos nos instrumentos de direito derivado aplicáveis à matéria, estão os Estados-membros obrigados a concedê-lo.

Assim sendo, caso os requerentes preencham os requisitos previstos na Convenção de Genebra de 1951, terão direito a obter o estatuto de refugiados. Mas, quando assim não aconteça, se a sua devolução implicar o risco sério de serem sujeitos a pena de morte, a tortura ou a pena ou tratamento desumano ou degradante – proibido pelo artigo 3.º da CEDH e pelo artigo 4.º da CDFUE – ou, se puderem sofrer uma ameaça grave contra a sua vida ou a integridade física, por força de uma situação de violência indiscriminada¹⁶ provocada por conflito armado internacional ou interno, terão tais indivíduos – ainda que não especificamente visados pela situação – o direito de pedir a proteção adequada, obtendo para o efeito o estatuto internacional de proteção subsidiária.

Acresce que a proibição de *refoulement*, consagrada no n.º 2 do artigo 33.º da Convenção de Genebra de 1951, além de estar prevista no artigo 78.º, n.º 1 do TFUE, *supra* referido, está expressamente reconhecida no n.º 2 do artigo 19.º da CDFUE, que determina que “Ninguém pode ser afastado, expulso ou extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito a pena de morte, a tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes”. Desta forma, temos de concluir que este princípio deve integrar o direito fundamental ao asilo protegido na U.E., colocando os Estados-membros na obrigação de não devolverem os indivíduos aos seus países de origem ou residência.

Como vimos, esta garantia não tem carácter absoluto na Convenção de Genebra pois, nos seus próprios termos, pode expulsar-se um refugiado caso se demonstre que ele possa constituir um perigo¹⁷ para a segurança do Estado onde se encontre. Já na CEDH tal

¹⁶ Neste sentido, v. acórdão *Meki Elgafaji e Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie*, processo n.º C-465/07, 17 de fevereiro de 2009, disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76788&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12364>, onde o Tribunal amplia a proteção às situações de violência generalizada, dispensando a obrigação de provar a existência de ameaça individual.

¹⁷ Esta situação pode suscitar especiais inquietações em casos de suspeita de ligação dos requerentes ou dos protegidos ao terrorismo. Neste contexto, o TJUE tem afirmado que apenas a prática efetiva desses atos poderá constituir causa de exclusão do estatuto de refugiado, embora ainda aqui não deva tal indivíduo ser automaticamente expulso, em caso de risco de violação do artigo 3.º da CEDH, no seu país de origem ou residência. V. neste sentido, acórdão *Bundesrepublik Deutschland c. B* (processo n.º C-57/09) e *D* (processo n.º C-101/09), 9 de novembro de 2010, disponível em:

proibição de devolução, reconhecida nos termos do artigo 3.º da CEDH, é, nos nossos dias, mais ampla e absoluta. O que é dizer que – nos termos da CEDH – se reconhece um direito a não ser expulso ou afastado, caso o indivíduo corra um “risco real” de ser torturado, ou sujeito a penas ou tratamento desumanos ou degradantes no país para onde seja devolvido, direito esse de natureza absoluta (Gil, A. R., 2013, pp.244-254).

Ora, sendo certo que o artigo 19.º da CDFUE foi beber inspiração à jurisprudência do TEDH, e, uma vez que nos termos do seu artigo 52.º, n.º 3, primeira parte – o âmbito dos direitos consagrados na Carta que correspondam aos garantidos pela CEDH deve ser igual, ainda que o DUE lhes possa ser conceder uma mais elevada proteção – deve interpretar-se tal dispositivo de forma a admitir que ele impõe um carácter absoluto do direito de não se ser afastado ou expulso em todas as situações que possam violar o artigo 3.º da CEDH¹⁸, ainda que o seu n.º 2 da exija um “sério risco (sublinhado nosso) de ser sujeito a pena de morte, a tortura ou a outros tratos ou penas desumanas ou degradantes”.

6 – A resposta da União Europeia a nível do direito derivado

O Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA) almeja alcançar os seguintes objetivos (Chetail, V., 2016): criar um único procedimento em matéria de concessão e de retirada do estatuto uniforme de asilo ou de proteção subsidiária, ou temporária; fixar os critérios e mecanismos de determinação do Estado-membro responsável pela análise de um pedido; fixar um procedimento comum; garantir o direito de *non refoulement*; estabelecer condições mínimas de acolhimento de modo equitativo entre os Estados-membros; e, ainda, incentivar a criação de parcerias e cooperação com países terceiros. Vejamos os que nos merecem maior destaque.

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=79167&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=14356>, onde o TJUE refere que a exclusão por grave delito comum não é automática, tornando necessário a certeza de uma participação individual e efetiva na responsabilidade criminal, e também, acórdão *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides c. Mostafa Lounani*, processo n.º C-573/14, 31 de janeiro de 2017, disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=187322&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=24272>.

¹⁸ Sendo certo que a União Europeia não permite o afastamento nos casos de risco de violação do artigo 3º da CEDH, ou do artigo 4.º da CDFUE, não dá resposta concreta aqueles a quem não pode ser concedido um estatuto previsto no direito derivado, mas não possa ser afastado, incumbindo sobre os Estados-membros o dever de lhes aplicar qualquer outro título legal. V. acórdão de Bundesrepublik Deutschland c. B (C-57/09) e D (C-101/09), de 9 de novembro de 2010, onde o TJUE refere que a exclusão por grave delito comum não é automática, tornando necessário a certeza de uma participação individual na responsabilidade criminal, e o acórdão *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides c. Mostafa Lounani*, processo n.º C-573/14, de 31 de janeiro de 2017.

6.1 – Diretiva Qualificação

A Diretiva 2011/95/EU, designada por Diretiva qualificação, em vigor desde 2012, determina taxativamente – no seu artigo 13.º – quais as pessoas elegíveis (nacionais de Estados terceiros ou apátridas) para obterem o estatuto de refugiado e – no seu artigo 15.º – as que poderão obter o estatuto de proteção subsidiária, estabelecendo um estatuto uniforme para ambas as situações.

Este último estatuto é, portanto, subsidiário ou complementar do estatuto de refugiado, sendo atribuído a indivíduos¹⁹ que fogem devido a serem nacionais de país em guerra, ou em situação de violência generalizada e sistemática de direitos humanos, ou, ainda, àqueles que possam ficar sujeitos a pena de morte ou de execução, tortura ou tratamento desumano ou degradante, caso regressem ao seu país de origem ou residência. Com efeito, nos seus próprios termos:

São ofensas graves: a) A pena de morte ou a execução; ou b) A tortura ou a pena ou tratamento desumano ou degradante do requerente no seu país de origem; ou c) A ameaça grave e individual contra a vida ou a integridade física de um civil, resultante de violência indiscriminada em situações de conflito armado internacional ou interno (a interpretar em conjugação com o art. 2.º, al. e), pois oferece proteção complementar face ao art. 3.º CEDH).

Assim, este diploma completa a proteção da Convenção de Genebra (ideia de perseguição individual) e amplia a da CEDH nos termos apresentados

O objetivo principal deste diploma consiste, nos termos do n.º 4 das suas disposições preambulares “assegurar, por um lado, que os Estados-membros apliquem critérios comuns de identificação das pessoas que tenham efetivamente necessidade de proteção internacional e, por outro, que exista em todos os Estados-membros um nível mínimo de benefícios à disposição dessas pessoas”. Por sua via, é seguro asseverar que a U.E estabeleceu um direito subjetivo à proteção internacional e um correspondente dever jurídico dos Estados conferirem tal proteção.

¹⁹ Nos termos do artigo 2.º deste diploma afirma-se que é “Pessoa elegível para proteção subsidiária”, o nacional de um país terceiro ou apátrida que não possa ser considerado refugiado, mas em relação ao qual se verificou existirem motivos significativos para acreditar que, caso volte para o seu país de origem ou, no caso de um apátrida, para o país em que tinha a sua residência habitual, correria um risco real de sofrer ofensa grave na aceção do artigo 15.º, e ao qual não se apliquem os n.ºs 1 e 2 do artigo 17.º, e que não possa ou, em virtude dos referidos riscos, não queira pedir a proteção desse país”. A Diretiva também refere, no artigo 12.º, motivos de exclusão, quais sejam: a prática de crimes contra a paz, de guerra ou contra a humanidade, crime grave e ato contrário aos objetivos da ONU, caso em que não será concedido o estatuto de proteção subsidiária, mas, ainda assim não poderá haver devolução da pessoa em causa, se tal devolução ofender o art. 3.º e o 19.º, n.º 2 da CDFUE, nos termos apresentados no texto.

6.2 – Diretiva da Proteção Temporária

A Diretiva 2011/55/CE, dedicada à proteção temporária²⁰, estabelece as condições para a concessão de proteção temporária (um ano) em caso de “afluxo maciço de pessoas deslocadas” e as medidas tendentes a assegurar uma repartição equilibrada do esforço assumido pelos Estados-membros ao acolhe-las²¹, em alternativa ao asilo em sentido amplo (refugiados e protegidos subsidiariamente).

Trata-se de um procedimento excepcional que assegura uma proteção temporária e imediata a todos os estrangeiros que não possam regressar aos seus países, devido a situações de guerra, violência, ou violações dos direitos humanos, adquirindo tais pessoas, por sua via, a qualidade de pessoas protegidas.

Sendo certo que os Estados-Membros, por força do disposto em tal Diretiva, ficam vinculados a conceder a tais indivíduos uma autorização de permanência no seu território, vale a pena dizer que os beneficiários deste tipo de proteção podem apresentar um requerimento de asilo, sendo o Estado-membro que o acolhe o Estado responsável pela sua análise.

6.3 – Diretiva Procedimentos

Para pouco serviria a consagração substantiva dos direitos fundamentais, aqui dos requerentes de asilo, se não fossem estabelecidas as garantias fundamentais de processo para a sua salvaguarda. Assim sendo, igualmente de importância fundamental a Diretiva 2013/32/UE, designada por Diretiva Procedimentos, estabelece um conjunto de garantias adjetivas – o que é dizer um conjunto de regras processuais destinadas a garantir uma apreciação individual, segura, justa e adequada de um pedido de proteção internacional (direito a ser ouvido), ou à sua retirada (delimitando os fundamentos de inadmissibilidade, de afastamento e de expulsão) – com vista à implementação de um procedimento de asilo

²⁰ Transposta para o ordenamento jurídico interno pela Lei n.º 67/2003 de 23 de agosto.

²¹ Qualificadas como “Pessoas com direito a proteção temporária ou a proteção adequada ao abrigo da legislação nacional nos termos da Decisão de Execução 2022/382 do Conselho (“Decisão do Conselho”)”, em concreto aplicáveis aos “(1) Nacionais ucranianos residentes na Ucrânia que tenham sido deslocados em ou após 24 de fevereiro de 2022 e membros da sua família;(2) Apátridas e nacionais de países terceiros que não a Ucrânia que beneficiavam de proteção internacional ou de proteção nacional equivalente na Ucrânia antes de 24 de fevereiro de 2022 e que tenham sido deslocados da Ucrânia em ou após 24 de fevereiro de 2022, bem como os membros da sua família”. Na sequência da invasão russa à Ucrânia, o Conselho adotou esta Decisão declarando, pela primeira vez, “a existência de um afluxo maciço de pessoas deslocadas da Ucrânia na aceção da Diretiva 2001/55/CE e que tem por efeito aplicar uma proteção temporária”.

comum na União. Acresce que da necessidade da individualização do pedido resulta, igualmente, a proibição absoluta das decisões automáticas e das decisões coletivas.

O procedimento de apreciação faculta ao requerente o direito de permanecer no território do Estado requerido desde a entrevista pessoal e individual até à decisão final e aplica-se a todos os pedidos de proteção internacional, exceção feita para as situações de proteção temporária, inclusive na fronteira ou em zonas de trânsito do Estado-membro requerido. A Diretiva estabelece um conjunto de direitos, tais como: o direito à informação numa língua que o requerente entenda; serviços de tradução; garantias para menores; exames médicos; possibilidade de contacto com um representante do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) para prova do risco de perseguição ou de maus tratos no país de origem; direito à notificação e fundamentação da decisão; apoio jurídico; e, caso a decisão administrativa seja de indeferimento, o direito a recurso (com efeito suspensivo) judicial efetivo perante um órgão jurisdicional (art. 47.º CDFUE), podendo o requerente permanecer no território até decretação da decisão.

6.4 – Diretiva Acolhimento

A Diretiva 2013/33/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013 estabelece normas mínimas em matéria de acolhimento dos requerentes de proteção internacional, referindo os direitos e condições materiais de acolhimento e os locais do mesmo, assim se evitando deslocções de requerentes dentro do espaço europeu, em busca de melhores condições.

Para garantir a igualdade de tratamento dos requerentes em toda a União, a Diretiva é aplicável em qualquer fase do processo enquanto os requerentes estejam autorizados a permanecer no território dos Estados requeridos, devendo estes ter sempre em conta os interesses superiores do menor, bem como as circunstâncias familiares especiais do requerente. Nos termos desta Diretiva “cada requerente tem direito a receber um documento que certifique o seu estatuto de requerente ou que ateste que está autorizado a permanecer no território do Estado-membro enquanto o seu pedido estiver pendente ou a ser examinado”. O seu conteúdo não é aplicável às matérias previstas na Diretiva 2001/55/CE do Conselho, de 20 de julho de 2001, relativa a normas mínimas em matéria de concessão de proteção temporária no caso de afluxo maciço de pessoas deslocadas.

A Diretiva prevê taxativamente os fundamentos de detenção de requerentes e estabelece as condições em que os mesmos podem ser detidos (separados dos reclusos comuns), as

suas garantias judiciárias e o direito a serem informados sobre o andamento dos requerimentos. Da mesma maneira determina regras de detenção de pessoas vulneráveis e dos requerentes com necessidades especiais de acolhimento e os cuidados de saúde, médica e psicológica, a que os mesmos tenham direito.

6.5 – Regulamento de Dublin III

O Regulamento (UE) n.º 604/2013 do Conselho, veio substituir o Regulamento (CE) n.º 343/2003 do Conselho (Regulamento Dublin II), determinando os critérios comuns de elegibilidade (v.g. vínculos familiares, posse de título de residência ou visto) e, estabelece os mecanismos e critérios de determinação do Estado-membro responsável pela análise e procedimento de um pedido de proteção internacional, fixando como tal, o primeiro país de entrada (*one stop, one shop*). Este Regulamento visa garantir o acesso efetivo, célere e transparente aos procedimentos de concessão de proteção internacional.

Nos termos do seu artigo 3.º:

1 – Os Estados-Membros analisam todos os pedidos de proteção internacional apresentados por nacionais de países terceiros ou por apátridas no território de qualquer Estado-membro, inclusive na fronteira ou nas zonas de trânsito. Os pedidos são analisados por um único Estado-membro (sublinhado nosso), (...) 1; 2 – Caso o Estado-membro responsável não possa ser designado com base nos critérios enunciados no presente regulamento, é responsável pela análise do pedido de proteção internacional o primeiro Estado-membro em que o pedido tenha sido apresentado (sublinhado nosso). Caso seja impossível transferir um requerente para o Estado-membro inicialmente designado responsável por existirem motivos válidos para crer que há falhas sistémicas no procedimento de asilo e nas condições de acolhimento dos requerentes nesse Estado-membro, que impliquem o risco de tratamento desumano ou degradante na aceção do artigo 4.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o Estado-membro que procede à determinação do Estado-membro responsável prossegue a análise dos critérios estabelecidos no Capítulo III a fim de decidir se algum desses critérios permite que outro Estado-membro seja designado responsável. Caso não possa efetuar-se uma transferência ao abrigo do presente número para um Estado-membro designado com base nos critérios estabelecidos no Capítulo III ou para o primeiro Estado-membro onde foi apresentado o pedido, o Estado-membro que procede à determinação do Estado-membro responsável passa a ser o Estado-membro responsável. 3. Os Estados-membros mantêm a faculdade de enviar um requerente para um país terceiro seguro (sublinhado nosso), sem prejuízo das regras e garantias previstas na Diretiva 2013/32/UE.

Quando um requerente apresente um pedido de asilo as suas impressões digitais são automaticamente transmitidas à base de dados central da EURODAC, que é um sistema de comparação e conservação de impressões digitais para efeitos da aplicação do

Regulamento em análise. Assim sendo, este sistema permite detetar se um requerente de asilo já requereu um pedido noutra Estado-membro, aí se passando a aplicar determinados procedimentos para garantir que apenas um Estado aprecie e decida do pedido de asilo.

Nos termos do Regulamento EURODAC (Regulamento (UE) n.º 603/2013), o qual integra o sistema de Dublin III, a recolha dos dados datiloscópicos deve ser efetuada de forma rápida, permitindo comparar automaticamente tais dados por parte de todos os Estados-membros, nomeadamente nos casos em que se verifique passagem ilegal nas suas fronteiras ou eventual detenção dos requerentes, assim contribuindo para o combate ao crime organizado e ao terrorismo. O que é dizer que este instrumento permite o acesso das autoridades policiais às bases de dados europeias de impressões digitais dos requerentes de asilo.

O Regulamento de Dublin III encontra-se em revisão, ainda que mantendo os atuais critérios, estando em estudo a introdução de um novo mecanismo acelerado e de um mecanismo corretor da repartição dos requerentes, aliviando os Estados-membros sujeitos a maior pressão migratória. Estão também em discussão a introdução de novas formas de garantias, nomeadamente o controlo independente efetuado pela Agência dos Direitos Fundamentais, e a constituição de uma nova agência europeia para o asilo.

Conclusão

Nada mais humano há do que reconhecer a quem chega – sem nada trazer do seu país de origem a não ser uma história triste – que tem direito de pedir e de obter asilo em terras de paz. Do mesmo modo, nada mais tranquilizador haverá do que lhe dizer que tem direito a não ser devolvido, para lá, donde fugiu.

O que pede para entrar é um estrangeiro. O que recebe o pedido é um Estado, cioso da sua integridade territorial e da sua segurança interna.

Quando se concede asilo, autoriza-se um estrangeiro a usar o mesmo espaço, a beneficiar dos mesmos direitos, a formar ou reagrupar a família, a receber educação, a partilhar a cultura, a língua, a cumprir os mesmos deveres, por consequência, a permanecer. Antes, porém, a voz do controlo migratório pergunta: Porquê? O que o moveu? O que o trouxe até aqui?

Duas respostas se podem ouvir: ou vem porque quer residir e trabalhar no país de destino, acreditando que nas melhores condições de vida que irá ter, ou vem porque não teve outra alternativa senão a de fugir do seu Estado de origem.

Se para resolver a primeira situação se pode ter em conta a capacidade de acolhimento do país que recebe o indivíduo na qualidade de imigrante, a resposta aos indivíduos que estão na segunda situação, depende. Depende de os vínculos internacionais desse Estado o obrigarem a reconhecer aquele indivíduo como um sujeito de direito que deve ser protegido; ou, não havendo tais vínculos, dependerá desse Estado lhe conceder o direito a entrar e a ser acolhido. Este trabalho apresentou – nas suas linhas gerais – as respostas que o Direito dá a quem busca por asilo e que está, portanto, na segunda situação.

Começamos por ver que a DUDH estabeleceu que os indivíduos tinham o direito de procurar asilo e dele vir a beneficiar, mas compreendemos que eram os Estados de destino que tinham a faculdade de o conceder, sem que os primeiros o pudessem exigir.

Posteriormente, a Convenção de Genebra de 1951 veio definir o que entendia por refugiado, respondendo às necessidades das pessoas perseguidas ou ameaçadas de perseguição, garantindo-lhes um direito mais amplo que o asilo, qual fosse o direito a não serem afastadas para territórios, lá, onde a sua vida e liberdade fosse ameaçada em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em grupo social ou opinião política. Não obstante, sempre o Estado de destino poderia proceder à sua devolução por razões securitárias.

Foi preciso esperar pela CEDH para que os indivíduos que requeriam proteção, em absoluto não temessem pelo seu regresso, caso o mesmo implicasse o risco de serem sujeitos a torturas, ou a penas ou tratamentos desumanos e degradantes. Aquela convenção, apesar de não prever o asilo como um dos direitos nela reconhecidos, reuniu um conjunto de direitos fundamentais ao ser humano, permitindo ao seu tribunal assegurar uma proteção deles derivada, sempre que uma qualquer medida de afastamento de um indivíduo pudesse dar causa à sua violação. Por isso, não podem os Estados-Parte da CEDH ignorar a sorte daqueles que afastam ou expulsam, impondo-se o acatamento do princípio fundamental do *non refoulement*, criado pela Convenção de Genebra de 1951, em nome da efetivação dos direitos nela reconhecidos, particularmente por força do seu artigo 3.º, assim se ampliando o seu conteúdo protetor, comparativamente com o que advinha da Convenção de Genebra.

Ora, no entanto, urgiam novas respostas para aqueles que eram vítimas de violência grave e generalizada e que fugiam de conflitos armados, étnicos, ou religiosos, ou de situações de grave instabilidade política que punham em risco a suas vidas e integridade física, pois tais respostas não se encontravam em qualquer dos diplomas anteriores.

Assim, foi essencialmente pela via da U.E. que o direito de asilo se afirmou como um verdadeiro direito subjetivo de todas as pessoas que carecem de proteção internacional, ou seja, dos refugiados, dos beneficiários de proteção subsidiária e de proteção temporária. Acresce que o direito de não ser afastado ou expulso em todas as situações em que haja um sério risco de ser sujeito a pena de morte, a tortura ou a outros tratos ou penas desumanas ou degradantes, passou a considerar-se incluído no direito de asilo, de modo absoluto.

Mas, como não basta consagrar direitos para defender a dignidade humana a União criou garantias procedimentais que lhes foram associados, possibilitando aos migrantes forçados o direito a obter asilo no seu mais amplo sentido, ainda que tais matérias, sejam necessariamente de execução descentralizada por parte dos Estados-membros.

Bibliografia Consultada

Alves, D. R. & Castilhos, D. S. (2016). A evolução dos direitos humanos na Europa: os principais momentos desde a ausência de direitos fundamentais na União Europeia até a actualidade. In Bedin, G. A. (Org.). Cidadania, justiça e controle social. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11328/1461>.

Alves, D. & Pacheco, F. (2019). The new paths of fundamental rights in the XXI century: globalization and knowledge in a digital age – a proposal. In Melro, A. & Oliveira, L. (Org.), Constitutional Knowledge and Its Impact on Citizenship Exercise in a Networked Society. IGI Global.

Atienza, J. C. (2002). El reconocimiento de los derechos fundamentales en la Unión Europea: el final de un túnel. In La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea. España: Dykinson.

Barata, M. S. (2016). *Formas de Federalismo e o Tratado de Lisboa – Confederação, Federação e Integração Europeia*. Coimbra: Almedina, 2016.

Burca, G. (2010). The Road Not Taken: The EU as a Global Human Rights Actor. *American Journal of International Law*, vol. 105, Nov. ISSN: 0002-9300. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1705690>.

Carvalho, A. C. (2016). O Direito Europeu de Asilo. Realidade e Desafios no contexto das Imigrações. In Centro de Estudos Judiciários, O Contencioso do Direito de Asilo e Proteção Subsidiária. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários. Disponível em: <https://bit.ly/2bXrR0E>.

Carvalho, A. C. (2016). European Asylum Law. Reality and Challenges in the context of immigration. *UNIO.EU LAW*, vol II, n.º 2, june. Disponível em: <https://revistas.uminho.pt/index.php/unio/article/view/308>.

Carvalho, A. C. (2018). Ainda as Cláusulas de Exclusão do estatuto de Refugiado: quem não merece protecção internacional. *Revista Ministério Negócios Estrangeiros*, n.º 19, dezembro, Especial Direitos Humanos. ISSN 2184-4925. Disponível em: <https://idi.mne.pt/images/NegociosEstrangeirosN19F.pdf>. Lisboa: Instituto Diplomático, Ministério Negócios Estrangeiros.

Carvalho, A. C. (2018). A Influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos no Diálogo Internormativo do Direito de Asilo. *Revista Ministério Negócios Estrangeiros*, n.º 19, dezembro, Especial Direitos Humanos. Disponível em: <https://idi.mne.pt/images/NegociosEstrangeirosN19F.pdf>.

Carvalho, A. C. (2019). A declaração universal dos direitos humanos no atual contexto internacional dos movimentos migratórios. *Debater a Europa*, n.º 21, jul/dez. ISSN 1647-6336. Disponível em: https://impactum-journals.uc.pt/debatereuropa/article/view/_21_2.

Chetail, V. (2016). The Common European Asylum System: Bric-à-brac or System? In Chetail, V, De Bruycker, P. & Maiani, F. *Reforming the common European Asylum System: the new European refugee law*. Leiden: Brill.

Duarte, M. L. (1999). A União Europeia e os Direitos Fundamentais – Métodos de Proteção. In *Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias*. Coimbra: Coimbra Editora.

Duarte, M. L. (1999). O modelo europeu de proteção dos Direitos Fundamentais – dualidade e convergência. In Estudos de Direito da União e das Comunidades Europeias, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora.

Gaspar, A. H. (2009). A Influência da CEDH no Diálogo Interjurisdicional: A perspectiva nacional ou o outro lado do espelho. *Revista Julgar*, n.º 7. Disponível em: <http://julgar.pt/a-influencia-da-cedh-no-dialogo-interjurisdicional-a-perspectiva-nacional-ou-o-outro-lado-do-espelho/>.

Gil, A. R. (2013). Comentário ao artigo 19.º. In Silveira, A. & Canotilho, M. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada. Coimbra: Almedina.

Gil, A. R. (2017). *Imigração e Direitos Humanos*. Lisboa: Petrony Editora.

Gil, A. R. (2021). Direito Internacional dos Refugiados – Tópicos de mudança. In Estudos sobre Direito da Imigração e do Asilo. Lisboa: Petrony Editora.

Goodwin-Gill, G. S., McAdam, J. (2007). *The Refugee in International Law*. 3.º Ed. Oxford: Oxford University Press.

Gomes, C. A. & Leão, A. C. (2010). *A Condição de Imigrante – Uma Análise de Direito Constitucional e de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina.

Gorjão-Henriques, M. (2001). A evolução da proteção dos Direitos Fundamentais no espaço comunitário. In Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia,

Gortázar, C. (2013). Anotação ao artigo 18.º. In Silveira, A. & Canotilho, M. (Coords.), Carta dos direitos fundamentais da União Europeia: comentada. Coimbra: Almedina.

Machado, J. (2010). *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora.

Martins, A. M. G. (2000). *A natureza jurídica da revisão do Tratado da União Europeia*. Lisboa: Lex.

Martins, A. M. G. (2007). A proteção dos direitos fundamentais em Portugal e na União Europeia. *Revista de Estudos Europeus*, ano I, n.º 2.

Martins, A. M. G. (2011). *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina.

Martins, A. M. G. & Roque, M. P. (2014). A tutela multinível dos direitos fundamentais. *Revista da Esmape*, v. 19, n. 40, jul./dez. Disponível em: <https://www.tjpe.jus.br/documents/420025/0/-/a7cc43c7-4a5b-4968-bfa7-e1d8e8d274e3>

Martins, P. F. (2007) *Da proclamação à garantia efetiva dos Direitos Fundamentais – em busca do due process of law na União Europeia*. Estoril: Príncipe Editora.

Martins, A. M. G. (Coord.) (2019). *A proteção multinível dos direitos fundamentais – Estudos sobre diálogo judicial*. Lisboa: AAFDL.

Oliveira, A. S. P. (2007). Direito de asilo. In Gouveia, J. B. (Ed.) *Dicionário jurídico da administração pública*, 3.º suplemento. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

Oliveira, A. S. P. (2009). *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa – âmbito de proteção de um direito fundamental*. Coimbra: Coimbra Editora.

Oliveira, A. S. P. (2012). Algumas questões sobre os pressupostos do reconhecimento de proteção internacional a estrangeiros em Portugal. In *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

Oliveira, A. S. P. (2018a). Da Declaração de Nova Iorque, das Nações Unidas, de 1966, aos novos Pactos para as Migrações e para os Refugiados – a caminho de algo verdadeiramente novo? In I. M. Freitas & J. B. Sala (Orgs.), *Cidadania, Migrações e Direitos Humanos- trajetórias de um debate em aberto*. Editora da Universidade Federal de Campina Grande e Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX da Universidade de Coimbra.

Oliveira, A. S. P. (2018b) *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – âmbito de aplicação – Direitos e Princípios*. Lisboa: Petrony Editora.

Organização Internacional das Migrações (2009). Glossário sobre Migração. *Direito Internacional das Migrações*, n.º 22. ISSN 2075-2687. Disponível em: <http://publications.iom.int/system/files/pdf/iml22.pdf>.

Pacheco, F. (2021). Do âmbito de aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: em que situações estão os Estados-membros vinculados às suas disposições? *Revista Jurídica Portucalense*, n.º 30, pp. 89–129. Disponível em: <https://revistas.rcaap.pt/juridica/article/view/24591>.

Pacheco, F. & Alves, D. R. (2019). Novas gerações de Direitos. In Albuquerque, P. P. (Org.), *Comentário da Convenção Europeia e dos Protocolos Adicionais*, Vol. III. Porto: Universidade Católica Editora.

Pais, S. O. (2012). A proteção dos Direitos Fundamentais na União Europeia. In *Estudos de Direito da União Europeia*. Coimbra: Almedina, pp. 115-130.

Quadros, F. (2004). *Direito da União Europeia – Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia*. Coimbra: Almedina.

Ramos, R. M. (2001). A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a proteção dos Direitos Fundamentais. *Cuadernos Europeos de Deusto*, n.º 25. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=155282>.

Ramos, R. M. (2018). Situação e Desafios da proteção dos direitos fundamentais na União Europeia. *e-Pública – Revista Eletrónica de Direito Público*, vol. 5, n.º 2. Disponível em: <https://e-publica.pt/article/34358-situacao-e-desafios-da-proteccao-dos-direitos-fundamentais-na-uniao-europeia>.

Soares, A. G. (2002). *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A proteção dos Direitos Fundamentais no ordenamento comunitário*. Coimbra: Coimbra Editora.

Teixeira, S. (1998). *A proteção dos Direitos Fundamentais na Revisão do Tratado da União Europeia*. Lisboa: AAFDL.

Weiler, J.H.H. & Lockhart, N. (1995). "Taking rights seriously": the European Court and its fundamental rights jurisprudence – Part I. *Common Market Law Review*, vol. 32, pp. 51-94. Disponível em: <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Common+Market+Law+Review/32.1/COLA1995003>.

Jurisprudência Consultada

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Khlaifia e Outros c. Itália* [GC], processo n.º 16483/12, 15 dezembro 2016. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-170054>.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Sharifi e Outros c. Itália e Grécia*, processo n.º 16643/09, 21 outubro 2014. Disponível em: <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-sharifi-and-others-v-italy-and-greece-application-no-1664309>.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Hirsi Jamaa e Outros c. Itália* [GC], processo n.º 27765/09, 23 de fevereiro de 2012. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-102>.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Cruz Varas e Outros c. Suécia*, processo n.º 46/1990/237/307, 20 de março de 1991. Disponível em: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,3ae6b6fe14.html>.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Vilvarajah e Outros c. Reino Unido*, processos n.º 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, 30 de outubro de 1991. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57713>.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Chahal c. Reino Unido*, processo n.º 22414/93, 17 de dezembro de 1996. Disponível em: <https://www.asylumlawdatabase.eu/en/content/ecthr-chahal-v-united-kingdom-application-no-2241493>.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Soering c. Reino Unido, processo n.º 14038/88, 7 de julho de 1989. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57619>

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, MSS c. Bélgica e Grécia, processo n.º 30696/09, 21 de janeiro de 2011. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=002-628>.

Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, Bundesrepublik Deutschland c. B (processo n.º C-57/09) e D (processo n.º C-101/09), 9 de novembro de 2010. Disponível em:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=79167&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=14356>.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Meki Elgafaji e Noor Elgafaji c. Staatssecretaris van Justitie, processo n.º C-465/07, de 17 de fevereiro de 2009. Disponível em:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76788&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=12364>.

Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides c. Mostafa Lounani, processo n.º C-573/14, 31 de janeiro de 2017, disponível em:

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=187322&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=24272>.