

# 40 ANOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL DE ASILO

## Origens e novos caminhos de um direito fundamental

ANA RITA GIL

**Resumo:** A Constituição faz 40 anos. E 40 anos é também a idade do asilo enquanto direito fundamental garantido em Portugal. No presente estudo de celebração do quadragésimo aniversário da Constituição, pretendemos voltar um pouco atrás na História e procurar saber porque se entendeu “constitucionalizar” o instituto do asilo na forma de direito fundamental. Depois, caracterizaremos o direito constitucional de asilo sob uma dupla perspetiva: olharemos para o presente, analisando os traços essenciais conteúdo desse direito, e confrontaremos o mesmo com a realidade social atual, procurando apontar os novos sentidos que o intérprete dele pode retirar, tomando em consideração quer o sistema constitucional como um todo, quer as evoluções do direito internacional dos direitos humanos.

**Palavras-chave:** asilo; non refoulement; refugiados; direitos fundamentais; procedimento justo; recurso efetivo.

### 1. O ASILO NO CONSTITUCIONALISMO: DA IDEIA DE *CONSTITUIÇÃO DE CIDADÃOS* À IDEIA DE UNIVERSALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O reconhecimento de um direito ao asilo é bastante anterior ao constitucionalismo moderno, encontrando raízes na Antiga Grécia, passando pelo asilo religioso na Idade Média e até à sua compreensão após as primeiras declarações de direitos<sup>1</sup>. Dos vários estudos existentes na matéria depreendemos que na Europa desde cedo se cultivou, por parte dos poderes instalados, uma tradição de acolhimento dos “perseguidos injustamente”. Tal proteção era, ela própria, uma manifestação do poder soberano de, por ato de Graça,

---

<sup>1</sup> V., sobre a evolução histórica do instituto do asilo, FRANÇOIS CRÉPEAU, *Droit d'Asile — De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelas, Bruylant, 1995, FRANCK MODERNE, *Le Droit Constitutionnel d'Asile dans les États de l'Union Européenne*, Economica, 1997, p. 1 e ss. e DENIS ALLAND & CATHERINE TEITGEN-COLLY, *Traité du Droit d'Asile*, Puf, 2002, p. 17 e ss..

se conceder proteção a quem se considerava dela necessitado, em particular por força da defesa de valores ou interesses com os quais os próprios protetores se identificavam. Simultaneamente, vários pensadores desenvolviam doutrinariamente a existência de um dever de acolher. Merece especial menção a doutrina de Vattel, um dos primeiros autores a fundar o direito de os Estados controlarem a entrada de estrangeiros no território, o qual mencionava que o poder de domínio se devia exercer no respeito dos “deveres de humanidade”<sup>2</sup>. É também incontornável a doutrina da hospitalidade de Kant, que pugnava, no ensaio sobre a *Paz Perpétua*, por um *dever de hospitalidade* do Estado face a estrangeiros<sup>3</sup>.

Os finais do séc. XVIII coincidiram com o surgimento das primeiras declarações de direitos, que se afirmavam como declarações de cidadãos, e onde a figura dos direitos do *não cidadão* era praticamente esquecida. De acordo com as ideias contratualistas, a Constituição estabelecia a comunidade nacional e garantia os *direitos dos membros* de forma a *limitar o poder*. No quadro desta construção, a ideia de *proteção do estrangeiro* através do reconhecimento de direitos que reclamavam atuação por parte dos poderes não tinha espaço. No entanto, por força da tradição de acolhimento dos perseguidos, a Constituição Francesa de 1793, que nunca chegou a entrar em vigor, previa que “*a França dá asilo aos estrangeiros banidos da sua pátria pela causa da liberdade e recusa-o aos tiranos*”. Para além desta primeira tentativa, nas Constituições liberais oitocentistas não cabia ainda a ideia de consagração de deveres de *proteção* a assegurar pelo Estado a estrangeiros. O reconhecimento de um direito de asilo constitucional só se poderia alcançar quando as Constituições se imbuíssem quer de ideias universalistas quer da ideia do Estado como entidade prestadora ou protetora.

A constitucionalização de direitos fundamentais dos estrangeiros foi fortemente influenciada pelos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, surgidos no pós II.<sup>a</sup> Guerra. Estes instrumentos vieram contribuir de forma inigualável para a constitucionalização do direito de asilo por duas formas: através da ideia de universalismo dos direitos humanos, e através da própria consagração da proteção dos refugiados<sup>4</sup>. Desde logo, generalizou-se o princípio da universalidade dos direitos, assente na ideia de que o ser humano, pelo simples facto de o ser, tem uma série de direitos. Generalizou-se, assim, o entendimento de que os direitos humanos são exteriores — e prévios — a qualquer conceção política em matéria de direitos fundamentais

<sup>2</sup> EMMERICH DE Vattel, *The Law of Nations or the Principles of the Law of Nature*, Joseph Chitty (trad.), T. & J.W. Johnson & Co., Law Boosksellers, 1883, Book II, Cap. VIII, §100.

<sup>3</sup> IMMANUEL KANT, *A Paz Perpétua — Um Projecto Filosófico*, Artur Morão (trad.), Universidade da Beira Interior, 2008, p. 20.

<sup>4</sup> ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa — Âmbito de Protecção de um Direito Fundamental*, Coimbra Editora, 2009, p. 49.

no quadro do Estado», radicando na pessoa humana e na sua dignidade<sup>5</sup>. Assim, o princípio da universalidade localizou a regulação das relações jurídicas entre o Estado e o estrangeiro no plano dos direitos fundamentais<sup>6</sup>. Por outro lado, alguns instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos surgidos no pós II.<sup>a</sup> Guerra vieram acolher diretamente o instituto do direito de asilo. A DUDH veio consagrar um direito a procurar e beneficiar de asilo no artigo 14.º. De relevo ímpar foi ainda a Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 (e o posterior Protocolo de Nova Iorque de 1967) que, não obstante não consagrar, *a se*, um direito de asilo *stricto sensu*, foi o instrumento internacional que mais contribuiu para a proteção do mesmo<sup>7</sup>.

Estas duas ideias — universalismo dos direitos e proteção dos perseguidos — foram acolhidas pela nossa Constituição de 1976, que, acompanhando as suas congéneres europeias, consagrou o direito de asilo.

Desde logo, para isso contribuiu o forte pendor universalista que marcou a filosofia constitucional desde início. Como refere JORGE MIRANDA, “*Portugal reabriu-se à comunidade internacional e retomou a tradição ecuménica de fraternidade entre os povos que haviam marcado os momentos mais altos da sua história*”<sup>8</sup>. O universalismo deriva de várias disposições, as quais atuam em complementaridade umas das outras. Desde logo, ao basear a República na Dignidade da Pessoa Humana, a CRP demonstra visar proteger o ser humano para lá da pertença à organização política estadual<sup>9</sup>. Seguidamente, a Constituição plasmou também, desde o início, o princípio da universalidade, constante do art. 12.º. O artigo 15.º consagra o princípio da equiparação dos direitos fundamentais dos cidadãos portugueses aos estrangeiros, o qual torna a nossa Constituição das mais garantísticas da UE, por compreender, *por princípio*, os direitos fundamentais *como direitos quer de portugueses, quer de estrangeiros*. A opção de constitucionalização do direito de asilo foi ainda coerente com a redação do artigo 16.º, n.º 2, nos termos da qual “*os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem*”.

---

<sup>5</sup> MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros na Ordem Jurídica Portuguesa: uma Perspectiva Constitucional*, Almedina, 2013, p. 149.

<sup>6</sup> Sobre universalismo e o direito de asilo v. SALVATORE SENESE, “Diritto d’asilo e democrazia”, *Questione Giustizia*, anno XIV, n.4, 1995, p. 831.

<sup>7</sup> As demais convenções emanadas no seio das Nações Unidas não fazem qualquer referência ao direito de asilo, tal como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, apesar de várias tentativas para consagração do mesmo. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia vem, na primeira década de 2000, garantir o direito de asilo, como se mencionará mais à frente.

<sup>8</sup> *Direito de Asilo e Refugiados na Ordem Jurídica Portuguesa*, Universidade Católica Editora, 2016, p. 11.

<sup>9</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2007, p. 198. No mesmo sentido, JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004, p. 52.

Dos trabalhos preparatórios da Constituição decorre que a consagração, em si, do direito de asilo na Constituição não foi objeto de grande debate, contrariamente à definição do seu âmbito subjetivo, nomeadamente no que toca à proteção pela luta de determinadas causas políticas<sup>10</sup>. E assim é porque, para além de assentar nos mencionados princípios da dignidade da pessoa humana e da universalidade, o direito de asilo assenta ainda na necessidade de proteção de valores tidos como essenciais, os quais a Constituição decidiu acolher como estruturantes da ideia de República Portuguesa. Daí que alguns autores considerem que o mesmo se constitui em instituto de proteção reflexa de outros princípios, como a democracia, ou mesmo de outros direitos fundamentais, como o direito à liberdade, que poderão ser ameaçados no país de origem dos “perseguidos”. Foi de acordo com esta ideia que o Tribunal Constitucional (TC) fundamentou a constitucionalização do direito de asilo nos seguintes termos: “*a desejabilidade constitucional de realização do direito de asilo, que se radica nos valores da dignidade do homem, na ideia de uma República de “indivíduos” e não apenas de “cidadãos” e na proteção reflexa da democracia e da liberdade*”<sup>11</sup>.

Assim, à semelhança de outras Constituições europeias, como a espanhola, a italiana ou a alemã, entendeu-se proteger o direito de asilo ao mais alto nível normativo.

Inicialmente, o direito de asilo foi inserido no Título I, relativo aos princípios gerais da parte relativa aos direitos e deveres fundamentais, tendo passado, com a revisão constitucional de 1982, para o capítulo que consagra direitos, liberdades e garantias (constando, atualmente, do artigo 33.º, n.º 8). Hoje não há dúvidas que o direito de asilo está configurado na Constituição como um verdadeiro *direito subjetivo*, como, aliás, o próprio Tribunal Constitucional teve já oportunidade de afirmar<sup>12</sup>. Por outro lado, outra conclusão não poderia derivar da interpretação da norma à luz do elemento sistemático, por força da inserção deste direito no capítulo referente aos direitos, liberdades e garantias. Assim, ao fim de séculos de tradição de acolhimento dos “injustamente perseguidos”, do princípio da universalidade e da necessidade de se proteger determinados bens jurídicos considerados “fundamentais” chegou-se à consagração de um direito constitucional de asilo oponível ao Estado<sup>13</sup>. Para alguns autores os termos em que o direito de asilo foi constitucionalizado entre nós fazem da Constituição Portuguesa uma das mais garantísticas nesta matéria<sup>14</sup>.

Importa caracterizar o seu conteúdo atual. Na procura e caracterização do mesmo tentaremos ter presentes duas linhas de orientação: aquilo que já se tem como assente como sendo abrangido pelo direito constitucional de

<sup>10</sup> V., sobre este ponto, para mais detalhes, ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, op. cit., p. 49.

<sup>11</sup> Acórdão n.º 962/96.

<sup>12</sup> Acórdão n.º 316/95.

<sup>13</sup> ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, op. cit., p. 129.

<sup>14</sup> FRANCK MODERNE, op. cit., p. 65, DENIS ALLAND, CATHERINE TEITGEN-COLLY, op. cit., p. 105.

asilo, e aquilo que necessita ainda de afirmação jurisprudencial e de estudo doutrinal. Nesta segunda perspetiva, teremos necessariamente em conta os desenvolvimentos alcançados pelos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos e pelas instâncias de monitorização respetivas. Não só o exige o art. 16.º da Constituição, que consagra uma verdadeira abertura constitucional aos desenvolvimentos alcançados pelo direito internacional dos direitos humanos, como ainda um princípio de atualidade constitucional, direcionado a que a Constituição assegure, no que toca a cada direito fundamental protegido, o âmbito de proteção mais elevado alcançado a cada momento histórico e que seja compatível com o sistema constitucional como um todo. Esta conceção vai de encontro, aliás, com a doutrina jusconstitucionalista portuguesa, que tem invocado, *inter alia*, que “o entendimento dos direitos fundamentais constitucionais não pode ignorar a internacionalização do reconhecimento e da proteção dos Direitos do Homem”<sup>15</sup>. Nesse sentido, também o TC invocou já “a clara vontade histórica do legislador constituinte de acompanhar o passo da jurisprudência europeia no desenvolvimento dos direitos fundamentais”<sup>16</sup>. Assim, tem-se invocado as vantagens de uma «tutela multinível» dos direitos fundamentais<sup>17</sup>, que «maximiza a proteção dos direitos fundamentais, na medida em que permite um diálogo constante e permanente» entre o Direito Constitucional, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito da União Europeia<sup>18</sup>. Será esse, pois, quer um dos objetivos, quer a base metodológica do presente contributo.

## 2. O CONTEÚDO DO DIREITO DE ASILO: TRAÇOS GERAIS

O trabalho de concretização do conteúdo do direito de asilo na Constituição Portuguesa já foi levado a cabo entre nós, na pioneira obra de SOFIA PINTO OLIVEIRA, que correspondeu à primeira tese de doutoramento portuguesa em matéria de asilo e migrações<sup>19</sup>. A autora caracteriza o direito de asilo como um direito complexo, composto por um feixe de faculdades. Seguindo o seu entendimento, podemos considerar que o direito de asilo possui um *conteúdo imediato*, que consiste na proteção concedida à pessoa carecida de proteção através da autorização de residência no território nacional. A efetivação deste conteúdo imediato pressupõe, depois, a consagração de mecanismos

<sup>15</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, op. cit., p. 323.

<sup>16</sup> Ac. n.º 345/99.

<sup>17</sup> Neste sentido, veja-se o que escreve DIEGO LÓPEZ GARRIDO, no sentido de o direito de asilo constituir um dos exemplos mais acabados do constitucionalismo multinível. Cfr. *El Derecho de Asilo*, Editorial Trotta, 1991, p. 207.

<sup>18</sup> ANA MARIA GUERRA MARTINS & MIGUEL PRATA ROQUE, *A Tutela Multinível dos Direitos Fundamentais — A Posição do Tribunal Constitucional Português*, Relatório Apresentado pelo Tribunal Constitucional à XVI Conferência Trilateral dos Tribunais Constitucionais de Espanha, Itália e Portugal, 2014, p. 43.

<sup>19</sup> ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, op. cit.

que permitam à pessoa em causa levar ao conhecimento das autoridades um pedido de proteção, bem como a possibilidade de apresentar razões para o efeito. Por fim, o direito de asilo implica ainda a proibição de devolução do titular para país onde o mesmo possa ser perseguido ou incorrer em tratamentos desumanos ou degradantes. Ainda que o texto da Constituição não consagre expressamente estas várias faculdades, elas derivam do próprio n.º 8 do artigo 33.º, bem como de outras disposições constitucionais, lidas em conjugação com os acima mencionados princípios da dignidade humana, universalidade e equiparação. Importa determo-nos agora em cada uma das mencionadas faculdades, analisar qual o seu conteúdo concreto, e que desenvolvimentos podemos retirar, quer do sistema constitucional, quer do direito internacional dos direitos humanos, para a densificação das mesmas.

### 3. O ASILO COMO DIREITO AO ACOLHIMENTO

O conteúdo imediato do asilo é o direito a ser acolhido no território nacional, no sentido de aí poder permanecer, *residindo* no mesmo. De facto, o beneficiário pretende ficar no território que concede o asilo, e que é um território seguro, onde o mesmo não será perseguido, e seus direitos mais fundamentais não serão violados. O direito a permanecer ou residir será acompanhado da concessão de um estatuto legal particularmente estável, e que garante ao seu detentor o acesso a um conjunto de direitos que lhe permitam viver condignamente no território de acolhimento, como o acesso ao trabalho, à saúde, à educação, a um mínimo de subsistência, ao reagrupamento familiar dos membros da família, entre outros direitos que lhe permitirão reconstituir uma vida digna<sup>20</sup>. A Convenção de Genebra de 1951 sobre o estatuto do Refugiado prevê precisamente o referido conjunto de direitos.

No entanto, importa sublinhar que este direito de acolhimento não deixa de ser um direito *imperfeito*. De facto, tem-se entendido que, para beneficiar do mesmo, a pessoa carecida de proteção internacional tem de estar *presente* no território estadual quando pede asilo.

Esta limitação é hoje bastante importante, já que é cada vez mais difícil às pessoas carecidas de proteção internacional chegarem de forma legal e segura aos países onde pretendem pedir asilo. Desde logo, na UE, por força da instituição do Espaço Schengen e de uma política comum de controlo das fronteiras externas, os controlos migratórios nem sempre são levados a cabo pelas autoridades do Estado de asilo<sup>21</sup>, podendo ser pelos oficiais da polícia de fronteiras de outros Estados-Membros ou mesmo no país de origem, pelas empresas transportadoras<sup>22</sup>. Estas limitações têm vindo a lume na crise

<sup>20</sup> J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, op. cit., p. 536.

<sup>21</sup> Sobre este ponto, v. FRANCK MODERNE, op. cit., p. 89.

<sup>22</sup> Tais controlos são levados a cabo para efeitos de cumprimento da Diretiva 2001/51/CE sobre sanções das transportadoras. Sobre este ponto, v. ANA RITA GIL, "A Política Europeia de com-

de refugiados que assolou a Europa com especial intensidade desde 2015. A maior parte das pessoas tem entrado para a UE através da Grécia, de Itália ou da Hungria, cabendo a estes Estados-Membros sujeitá-los aos controlos migratórios.

As eventuais críticas a um sistema assim desenhado podem ser várias. Desde logo, é certamente duvidoso, de uma perspetiva ética, considerar que quem chega ao território nacional necessita de mais proteção do que aqueles que não conseguem aqui chegar<sup>23</sup>. Por outro lado, leva-se a que as pessoas tentem chegar ao território desejado a qualquer custo, muitas vezes através das redes de tráfico de pessoas e de auxílio à imigração ilegal, com risco para as próprias vidas. Por fim, tal sistema leva a que os Estados, interessados em limitar o número de pessoas a quem conceder proteção, adotem as mais variadas medidas para dificultar o acesso das mesmas aos seus territórios. Daí que alguns autores considerem tratar-se de um sistema “esquizofrénico”, já que os Estados se mantêm fieis ao reconhecimento de um direito fundamental de asilo, mas fazem os mais variados esforços para evitar que as pessoas que carecem do mesmo consigam chegar aos seus territórios e, assim, beneficiar do mesmo<sup>24</sup>.

Ora, ainda que se desenvolva o direito de asilo de forma a proteger-se pessoas que se encontrem fora do território, não poderá prescindir-se de uma ligação que corporize ou materialize uma pretensão de proteção *em relação a Portugal em específico*. E assim é porque não decorre de qualquer instrumento pertinente uma obrigação geral, por parte dos Estados, de acolher refugiados que se encontrem em qualquer parte do mundo, nem um tal dever se pode retirar do direito constitucional de asilo<sup>25</sup>. Uma tal ligação pode encontrar-se num momento anterior ao acesso ao território, nos casos em que os requerentes de asilo contactam com as autoridades nacionais fora do território. Tal ligação decorre dos mais recentes desenvolvimentos de direito internacional. Neste contexto, importa mencionar a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), que já teve oportunidade de afirmar que a atuação de forças estaduais, em relação a requerentes de asilo no alto mar, colocava estes sob a jurisdição dos referidos Estados. Isso implica que os Estados respetivos ficam, nesse contexto, vinculados a respeitar os direitos garantidos na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) em relação a essas pessoas, ainda que as mesmas se encontrem fora do território nacional<sup>26</sup>. O critério da sujeição à jurisdição, ainda que se trate de *jurisdição de facto*, pode, assim, servir como um primeiro elemento que materializa uma conexão entre um requerente de asilo e um Estado concreto.

---

bate à Imigração Ilegal”, in AA. VV., *Liber Amicorum em Homenagem a Prof. Doutor João Mota de Campos*, António Pinto Pereira, Henrique Sousa Antunes, Manuel de Almeida Ribeiro e Sofia Oliveira Pais (coord.), Coimbra Editora, 2013, pp. 17-48.

<sup>23</sup> MATTHEW J. GIBNEY, *The Ethics and Politics of Asylum*, Cambridge, 2004, p. 240.

<sup>24</sup> MATTHEW J. GIBNEY, op. cit., p. 2.

<sup>25</sup> MATTHEW J. GIBNEY, op. cit., p. 213, FRANCK MODERNE, op. cit., p. 89.

<sup>26</sup> V., *inter alia*, Ac. de 23/02/2012, *Hirsi Jamaa e outros c. Itália*, queixa n.º 27765/09.

O Direito da UE emanou, no contexto do desenvolvimento de uma política comum de asilo, instrumentos destinados a determinar qual o Estado-Membro responsável para decidir um pedido de asilo<sup>27</sup>. Contudo, os referidos instrumentos não se revelaram eficazes no decurso da crise migratória de 2015 em diante, por levarem a uma sobrecarga dos países com fronteiras externas que constituíam as “portas de entrada na UE”. Neste sentido, foram propostas medidas alternativas, destinadas a repartir equitativamente os beneficiários de proteção internacional pelos Estados-Membros, com fundamento no princípio da solidariedade<sup>28</sup>. O princípio da solidariedade entre os Estados-Membros — o qual tem consagração nos arts. 67.º, n.º 2 e 80.º do Tratado de Funcionamento da UE —, funcionou, assim, como o evento que materializou a conexão entre determinados requerentes de asilo e os Estados considerados responsáveis por acolhê-los. Importa ainda referir, neste contexto, que a construção de um espaço europeu de liberdade, segurança e justiça, do qual o desenvolvimento de uma política europeia comum de asilo é componente fundamental, recebe acolhimento constitucional no art. 7.º, n.º 6 da CRP. Assim, é legítimo entender-se que o princípio da solidariedade entre os Estados-Membros em matéria de asilo deverá também incumbir o Estado Português de obrigações concretas no que se refere ao acolhimento de pessoas carecidas de proteção internacional que cheguem à União Europeia.

#### 4. O PRINCÍPIO DO *NON REFOULEMENT*

O direito de asilo é indissociável do princípio do *non refoulement*, consistindo este último, para alguns autores, *no núcleo essencial do direito de asilo*<sup>29</sup>. Através deste princípio, é proibido o afastamento ou repulsão, quer das pessoas que procuram, quer das que beneficiam de asilo, para os países onde possam sofrer risco de perseguição.

O princípio encontra-se consagrado no artigo 33.º da Convenção de Genebra através da proibição de afastamento ou repulsão de qualquer pessoa “*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*”. O mesmo princípio tem ainda sido protegido — e desenvolvido — pela jurisprudência do TEDH sobre o art. 3.º

<sup>27</sup> Atualmente, o Regulamento (UE) n.º 604/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 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 por um apátrida.

<sup>28</sup> Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, Agenda Europeia da Migração, COM (2015) 240 final, de 13/05/2015. Um dos referidos mecanismos foi o da *recolocação*. Sobre este ponto, v. ANA RITA GIL, “A crise migratória de 2015 e os direitos humanos das pessoas carecidas de proteção internacional: o direito europeu posto à prova”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Conselheiro Presidente Rui Moura Ramos*, 2016, p. 897 e ss..

<sup>29</sup> ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, op. cit., p. 200, DIEGO LÓPEZ GARRIDO, op. cit., p. 168.



da CEDH, que proíbe a tortura e tratamentos desumanos e degradantes, e foi consagrada no art. 19.º, n.º 2 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), que dispõe 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”<sup>30</sup>.

Ora, a nossa Constituição não dispõe de qualquer norma com conteúdo idêntico ao acabado de transcrever. Isso não significa, naturalmente, que o *refoulement* seja constitucionalmente permitido. A sua proibição resulta do sistema constitucional como um todo: desde logo, da própria garantia do direito de asilo (art. 33.º, n.º 8), e, depois de outras normas que demonstram que a Constituição censura fortemente a sujeição de pessoas a tal prática: assim, o art. 25.º, interpretada à luz do direito internacional dos direitos humanos (por força do art 16.º), em conjugação com as normas que consagram o princípio da universalidade dos direitos fundamentais (art. 12.º) e a equiparação entre estrangeiros, apátridas e cidadãos nacionais (art. 15.º).

Começemos por comparar o âmbito de proteção das diferentes fontes de consagração do princípio do *non refoulement*, para depois procedermos a uma interpretação da Constituição em conformidade.

#### 4.1. Os diferentes âmbitos de proteção do princípio do *non refoulement*

Mencionámos acima que o princípio do *non refoulement* deriva de diferentes instrumentos. Pretendemos agora saber qual desses instrumentos se oferece hoje como mais desenvolvido, o qual se configurará como uma referência inultrapassável para o intérprete constitucional.

A jurisprudência desenvolvida pelo TEDH no que toca ao artigo 3.º da CEDH — a qual foi acolhida pelo artigo 19.º, n.º 2 da Carta dos Direitos Fundamentais da UE (CDFUE) —, oferece hoje, em alguns aspetos, uma proteção mais ampla do que a proteção contra o *refoulement* decorrente da Convenção de Genebra.

De facto, a Convenção de Genebra apenas protege contra expulsões para territórios onde a vida ou liberdade sejam ameaçadas *em virtude da* sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas. Do artigo 3.º da CEDH e do art. 19.º, n.º 2 da CDFUE, decorre a proteção de quaisquer estrangeiros contra expulsões para territórios onde os mesmos possam ser sujeitos a tortura ou a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, seja por que motivo for<sup>31</sup>. A proteção assim conferida

<sup>30</sup> Para um comentário a esta norma, v. o nosso “Comentário ao Artigo 19.º”, in, AA.VV., *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Mariana Canotilho, Alessandra Silveira (coord.), Almedina, Coimbra, 2013, pp. 244-254.

<sup>31</sup> Um caso típico abrangido simultaneamente pela proibição de *non refoulement* e pelo art. 3 da CEDH foi o do Ac. do TEDH de 15/05/2012, *S.F. e outros c. Suécia*, queixa n. 52077/10. O TEDH considerou que a expulsão de uma família de iranianos, que invocavam o risco de

estende-se, de acordo com a jurisprudência do TEDH, a um número variado de situações: não só quando existe receio de perseguição devido à pertença a determinado grupo, mas também quando haja risco de sujeição a penas incompatíveis com o art. 3.º, como as penas corporais<sup>32</sup> ou, em certos casos, a pena de prisão perpétua<sup>33</sup> ou pena de morte<sup>34</sup>. O TEDH alargou ainda a proteção conferida pelo art. 3.º a alguns casos em que a sujeição a maus tratos deriva de condições objetivas do país de destino, independentes da conduta das autoridades. Paradigmático, neste contexto, é o caso *D. v. Reino Unido*<sup>35</sup>, referente uma ordem de expulsão, emanada pelo Reino Unido, de cidadão da ilha de St. Kitts em fase terminal de sida. O art. 3.º da CEDH pode ainda oferecer proteção quando o risco de sujeição a tratamentos proibidos provém de terceiros<sup>36</sup>. Cairão nestas hipóteses, por exemplo, o risco de sujeição a práticas como a mutilação genital feminina<sup>37</sup> ou mesmo violência doméstica<sup>38</sup>. Em todos estes casos é conferida proteção independentemente de a pessoa em causa ser perseguida por um dos motivos enumerados na Convenção de Genebra<sup>39</sup>. Por fim, após uma evolução jurisprudencial nesse sentido, são ainda protegidas as pessoas que correm risco de maus tratos devido a situação de grave perturbação no país, derivada, por exemplo, da natureza do regime político instalado<sup>40</sup> ou de uma situação de insegurança geral (guerra civil, desordens)<sup>41</sup>.

Por outro lado, contrariamente à proteção contra o *refoulement* decorrente da Convenção de Genebra, cujo art. 33.º, n.º 2, estabelece exceções em função da segurança nacional, condenação definitiva por crime particularmente grave, ou ameaça para a comunidade do país, o art. 3.º da CEDH tem natureza absoluta. Significa isso que, independentemente da conduta da vítima ou dos interesses públicos a salvaguardar, existindo risco de sujeição a tratamentos contrários ao art. 3.º, nunca o Estado pode proceder à expulsão ou extradição da pessoa em causa<sup>42</sup>.

---

tortura no país de origem devido ao seu envolvimento num partido político destinado à defesa dos direitos dos curdos.

<sup>32</sup> V. assim, no que toca à expulsão de uma mulher iraniana que invocava a sua sujeição, no país de destino, à pena de morte por lapidação por ter cometido adultério, o Ac. de 11/07/2000, *Jabari v. Turquia*.

<sup>33</sup> Ac. de 04/09/2014, *Trabelsi c. Bélgica*, queixa n. 140/10.

<sup>34</sup> Ac. de 12/05/2005, *Öcalan c. Turquia*, queixa n. 46221/99.

<sup>35</sup> Ac. de 02/05/1997, *D. v. Reino Unido*, queixa n. 30240/96.

<sup>36</sup> Ac. de 29/04/1997, *H.L.R. c. França*, queixa n. 24573/94.

<sup>37</sup> Ac. de 08/03/2007, *Akaziebie c. Suécia*, queixa n. 23944/05.

<sup>38</sup> Ac. de 20/07/2010, *N. c. Suécia*, queixa n. 23505/09.

<sup>39</sup> Sobre este ponto v. SYMÉON KARAGIANNIS, "Expulsion des Étrangers et Mauvais Traitements Imputables à l'État de Destination ou à des Particuliers", *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n. 37, 1999, p. 68 e ss..

<sup>40</sup> V. Ac. de 06/03/2001, *Hilal c. Reino Unido*, queixa n. 45276/99.

<sup>41</sup> V. Ac. de 30/10/1991, *Vilvarajah c. Reino Unido*.

<sup>42</sup> Neste sentido, alguns autores defendem que as limitações previstas na Convenção de Genebra em relação ao princípio do *non refoulement* são incompatíveis com o art. 3.º da CEDH. Assim, ANNE LISE DUCROQUETZ, *L'Expulsion des Étrangers en Droit International et Européen*, Université Lille 2, 2007, p. 197.

No entanto, note-se que a proteção contra o *refoulement* que decorre da jurisprudência do TEDH e do n.º 2 do art. 19.º da CDFUE nem sempre configurará o nível de proteção mais elevado desse princípio. E assim é porque tal proteção apenas abrange os casos de sujeição da pessoa a tratamentos ou penas que consubstanciem tortura ou tratamentos desumanos e degradantes. Já a perseguição referida pela Convenção de Genebra pode abranger a negação da liberdade de expressão, ou mesmo de associação ou reunião<sup>43</sup>. As duas proteções são, aliás, complementares, já que o princípio do *non refoulement* delineado na Convenção de Genebra protege contra a perseguição *em função de determinados motivos*, enquanto as proibições de devolução derivadas do art. 3.º da CEDH e do art. 19.º da CDFUE protegem contra a perseguição que tenha como resultado a *sujeição a determinados tratamentos*. Podemos considerar, porém, que do sistema constitucional resulta a proteção contra os dois tipos de afastamentos.

Importa caracterizar agora a receção constitucional de tal forma de proteção.

#### 4.2. A receção constitucional da proteção contra o *refoulement*

A proteção contra o *refoulement* que acabámos de expor recebe proteção constitucional não só através da garantia do direito de asilo, prevista no n.º 8 do art. 33.º, mas ainda do art. 25.º, o qual consagra o direito à integridade pessoal e à proibição de tortura, bem como de penas ou tratamentos cruéis, desumanos, degradantes.

Uma leitura do art. 33.º, n.º 8, à luz do art. 33.º da Convenção de Genebra implica a proteção contra o *refoulement* quando em causa está a perseguição relacionada com as atividades em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana, ou em função da raça, religião, nacionalidade ou pertença a grupo social. Já uma leitura do art. 25.º da CRP em conformidade com os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos pressupõe que se considere ser constitucionalmente vedada a devolução quando, no país de destino, o estrangeiro possa ser submetido aos tratamentos aí proibidos. Importa determo-nos mais neste último aspeto, por ser o menos explorado doutrinalmente.

Como vimos, o TEDH tem desenvolvido, precisamente, a proibição de *refoulement* a partir do art 3.º da CEDH, que consagra a proibição de tortura, tratamentos desumanos e degradantes, entendendo que tal proibição se estende à proibição de expulsão para país onde se corra o risco de se ser sujeito aos referidos tratamentos. O TEDH considera que, se na sequência

---

<sup>43</sup> Assim, PABLO SANTOLAYA MACHETTI, *El derecho de asilo en la Constitución Española*, Editorial Lex Nova, 2001, p. 146.

de uma expulsão ou extradição ocorrerem tais tratamentos, os mesmos serão também responsabilidade do Estado expulsante ou extraditante. Neste contexto importa sublinhar dois casos que mereceram condenações por parte de Estrasburgo. Desde logo, o famoso caso *Chahal*<sup>44</sup>, em que o Reino Unido foi condenado por expulsar um nacional indiano, que invocava incorrer no risco de ser torturado no país de origem. O facto de o Reino Unido invocar a salvaguarda da segurança nacional como motivo para a expulsão não foi suficiente para evitar a condenação pelo TEDH por violação do art. 3.º, que, assim, afirmou o carácter absoluto da proteção conferida por essa norma. Em segundo lugar, merece menção o caso *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*<sup>45</sup>, em que estava em causa um cidadão de nacionalidade afegã que tinha entrado no território da União Europeia pela Grécia, tendo apresentado na Bélgica um pedido de asilo. Por aplicação das regras da UE em matéria de determinação do Estado responsável para a análise do pedido de asilo, o requerente foi reenviado para a Grécia. No processo perante o TEDH demonstrou-se que este Estado não oferecia garantias efetivas contra a não repulsão do requerente para o seu país de origem. Ambos os Estados foram condenados por violação do art. 3.º da CEDH pelo risco de sujeitarem o requerente de asilo aos tratamentos aí proibidos.

A interpretação do art. 25.º da CRP à luz do direito internacional dos direitos humanos implica, pois, que se tenha como proibida qualquer medida que implique o envio de estrangeiro para território onde o mesmo corra o risco de ser sujeito aos tratamentos proibidos por esta norma ou onde corra o risco de ser enviado para um terceiro país que o sujeite a esses tratamentos. Trata-se da chamada “proteção indireta”, em que se proíbe a sujeição aos tratamentos em causa, ainda que não efetuados em Portugal. Corresponde a um método decisório já usado pelo Tribunal Constitucional, embora em relação a outros preceitos constitucionais. No Acórdão n.º 474/95 (emanado antes da Revisão Constitucional de 1997), o TC considerou ser constitucionalmente proibida a extradição em caso de sujeição a pena de prisão perpétua ou de duração indeterminada por simples aplicação do art. 30.º, n.º 1, que proíbe a aplicação de tais penas. Esta norma, tal como o art. 25.º, estaria pensada para leis ou práticas nacionais. Contudo, o TC alargou a proteção aos casos de extradição para países onde houvesse sujeição à pena proibida, por conjugação com «os princípios da universalidade da igualdade e da equiparação dos estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal em matéria de direitos».

Assim, da garantia do direito à integridade pessoal, moral e física, garantida no artigo 25.º, resulta, em aliança com o princípio da interpretação dos direitos humanos à luz do artigo 16.º, n.º 2 e com os princípios da universalidade ou da equiparação, a base para a receção constitucional do Direito

<sup>44</sup> Ac. de 15/11/96, *Chahal c. Reino Unido*, queixa n. 22414/93.

<sup>45</sup> Ac. de 21/01/2011, *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*, queixa n. 30696/09.

Europeu e Internacional no que toca à proibição de expulsões quando está em causa o risco de sujeição a tortura, e penas ou tratamentos desumanos e degradantes no país de destino.

Por outro lado, a proteção é, tal como a conferida pela CEDH, uma proteção absoluta, pelo que, «*independentemente de quaisquer circunstâncias, a Lei Fundamental não autoriza tais comportamentos*»<sup>46</sup>. Esta proteção deverá, pois, acrescer à que é garantida pela Convenção de Genebra, de forma a alcançar-se o nível máximo de garantia do direito ao *non refoulement*.

## 5. QUESTÕES REFERENTES AO ÂMBITO DE PROTEÇÃO SUBJETIVO DO DIREITO DE ASILO E DO PRINCÍPIO DO *NON REFOULEMENT*

### 5.1. A questão da proteção das vítimas de violência generalizada

O âmbito de proteção do direito fundamental do direito de asilo foi desde o seu início previsto ao nível da própria Constituição, que logo definiu *quem* beneficiaria de tal direito. Para as pessoas que sejam perseguidas pelos motivos enumerados no artigo 33.º, n.º 8, o asilo assume-se como um direito fundamental. Significa que isso que quem não cabe nessa enumeração apenas terá direito de asilo se existir uma opção legislativa nesse sentido? Não necessariamente. Aqui, mais uma vez, há que ter em conta as evoluções desenvolvidas pelo direito internacional dos direitos humanos. Assim, são vários os autores que defendem que a referida norma não pode ser vista como um enunciado taxativo, tendo de ser lida à luz dos n.º 1 e 2 do artigo 16.º da CRP<sup>47</sup>.

SOFIA PINTO OLIVEIRA ensaiou um primeiro alargamento do âmbito de proteção do âmbito deste direito fundamental por força da leitura do artigo 33.º, n.º 8, à luz da Convenção de Genebra<sup>48</sup>. De facto, contrariamente ao âmbito de proteção da Convenção de Genebra, a CRP apenas garante o direito fundamental de asilo àqueles que forem perseguidos por causa do *envolvimento* em atividades em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana. Assim, tal como outras congéneres, a CRP apenas consagra expressamente o direito de asilo no que respeita ao *refugiado político*<sup>49</sup>. A Convenção de Genebra abrange, porém, todos os perseguidos em razão da raça, da religião, da nacionalidade, da pertença a certo grupo social ou das opiniões políticas

<sup>46</sup> PEDRO GARCIA MARQUES, “Artigo 25.º — Direito à Integridade Pessoal”, in Jorge Miranda, Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Wolters Kluwer, 2010, p. 568, J.J. GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, op. cit., p. 454. Cabe sublinhar que este direito não pode ser afectado mesmo no caso de suspensão de direitos fundamentais na vigência de estado de sítio ou de estado de emergência (art. 19, n. 6).

<sup>47</sup> Assim, JORGE MIRANDA, op. cit., p. 22.

<sup>48</sup> ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, op. cit., p. 290.

<sup>49</sup> JORGE MIRANDA, op. cit., p. 9.

perfilhadas (ainda que, neste último caso, isso não comporte uma atividade). Neste contexto, a mencionada Professora defendeu uma interpretação extensiva da norma constitucional, de acordo com o âmbito de proteção subjetivo da Convenção de Genebra.

Ainda assim, o âmbito de proteção defendido pela autora ficou ligado ao definido pela Convenção de Genebra — o qual, pelo menos no que toca à proteção contra o *non refoulement* — já não constitui hoje o nível de proteção mais elevado. De facto, tal Convenção exige, para que haja proteção contra o *refoulement*, como se viu, que alguém seja (1) perseguido e (2) por um dos motivos expressamente mencionados. O primeiro requisito, relativo à *perseguição* exige a existência *privação intencional e discriminatória* de direitos fundamentais, sem a qual não se é perseguido *proprio sensu*<sup>50</sup>. Ficam, assim, excluídos do âmbito de proteção — quer do *non refoulement*, quer do asilo — os *não perseguidos*, ainda que sofram no país de origem grave privação ou violação dos seus direitos fundamentais mais básicos, devido a circunstâncias fortuitas ou generalizadas<sup>51</sup>. Esse é o caso, desde logo, das situações de guerra ou de privação indiscriminada de direitos humanos.

Não obstante, as pessoas que façam parte deste segundo grupo podem caber, já, no âmbito de proteção da proibição de *refoulement*, entendida esta nos termos que delineámos no ponto anterior. E assim é porque, em determinados casos, o envio de pessoas para países onde existam conflitos generalizados pode sujeitá-las ao risco de sujeição a tratamentos contrários ao artigo 25.º, n.º 2, da CRP. Esse mesmo foi o entendimento do TEDH no que toca ao artigo 3.º da CEDH.

Esta jurisprudência sofreu uma evolução que importa recordar<sup>52</sup>. Nos primeiros casos, o TEDH afirmava que a sujeição do recorrente a situações de violência generalizada não era, em princípio, protegida pelo art. 3.º da CEDH. Era necessário, à partida, a demonstração de um receio fundado de *perseguição individualizada*, ainda que não necessariamente pelos motivos enumerados na Convenção de Genebra<sup>53</sup>. Esta interpretação começou depois a ser flexibilizada nos Ac. *Chamaïev e outros c. Rússia e Geórgia*<sup>54</sup> e *N. c. Finlândia*<sup>55</sup>. Mas foi no caso *Salah Sheekh*<sup>56</sup> que o TEDH ultrapassou a exigência de individualização do risco. Em causa estava uma situação de expulsão de um membro de uma minoria com historial de maus-tratos no país de origem. De acordo com o entendimento do TEDH, o qual foi depois reforçado no caso *NA*

<sup>50</sup> Assim, DENIS ALLAND, CATHERINE TEITGEN-COLLY, op. cit. p. 89.

<sup>51</sup> ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, op. cit., p. 286.

<sup>52</sup> Sobre este ponto, v. NUALA MOLE AND CATHERINE MEREDITH, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, 2010, p. 25 .

<sup>53</sup> Assim, a decisão do TEDH no caso *Vilvarajah e outros c. Reino Unido*, de 30/10/1991, queixas n.º 13163/87, 13164/87 e 13165/87 e no caso *H.L.R. c. França*, de 29/04/1997, queixa n.º 24573/94.

<sup>54</sup> Ac. de 12/04/2005, *Chamaïev e outros c. Georgia e Rússia*, queixa n.º 36378/02.

<sup>55</sup> Ac. de 26/06/2005, *N. c. Finlândia*, queixa n.º 38885/02.

<sup>56</sup> Ac. de 11/01/2007, *Salah Sheekh c. Holanda*, queixa n.º 1948/04.

c. *Reino Unido*<sup>57</sup>, caso a pessoa não sofra um risco *individualizado* de sujeição aos tratamentos contrários ao art. 3.º da CEDH, ainda assim pode ser protegida pelo âmbito de aplicação da referida norma, embora se requeira um nível de violência de maior gravidade.

Pode retirar-se, assim, desta jurisprudência, a proteção em relação a pessoas que temem pela sua vida ou integridade pessoal devido a situações de conflito armado ou violência indiferenciada no país de origem, quando esta alcance um grau de gravidade superior.

Neste ponto importa sublinhar que o direito da UE prevê já um mecanismo para conceder proteção internacional às pessoas que fogem de situações de violência do tipo acabado de expor<sup>58</sup>. A chamada *Diretiva Qualificação*<sup>59</sup> confere expressamente proteção aos casos em que o receio de perseguição deriva de uma situação de violência generalizada, através do estatuto de proteção subsidiária. Tal estatuto encontra-se hoje configurado como verdadeiro direito subjetivo, a reconhecer àqueles que cumpram as condições definidas para o efeito na Diretiva<sup>60</sup>. O TJUE já teve oportunidade de se pronunciar sobre esta questão. No caso *Elgafaji*, considerou que a existência de uma ameaça grave contra a vida ou a integridade física de um requerente de proteção subsidiária não está subordinada à condição de este fazer prova de que é especificamente visado por esses maus tratos em razão de elementos próprios da sua situação pessoal, e que tal ameaça pode excecionalmente ser dada como provada quando o grau de violência indiscriminada que caracteriza o conflito alegado seja de um nível tão elevado que existem motivos significativos para acreditar que um civil expulso para o país em causa ou, eventualmente, para a região em causa, pudesse correr, pelo simples facto de aí se encontrar, um risco real de sofrer tal ameaça<sup>61</sup>. CRISTINA GORTÁZAR defende

<sup>57</sup> Ac. de 17/07/2008, *NA c. Reino Unido*, queixa n.º 25904/07.

<sup>58</sup> Também em África e na América Latina se têm desenvolvido mecanismos para estes efeitos. Sobre este ponto, v. JEAN-YVES CARILER, op. cit., p. 254 e ss..

<sup>59</sup> Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011, 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.

<sup>60</sup> A Diretiva não só define quem pode receber o estatuto de refugiado e de proteção subsidiária, como ainda cria o *dever de os Estados conferirem esse estatuto* a quem cumprir as condições aí fixadas: o artigo 13.º menciona expressamente que os Estados “concedem o estatuto de Refugiado” a quem cumprir as condições previstas nesse instrumento e o art. 18.º usa a mesma expressão no que se refere às pessoas que cumpram as condições para poderem beneficiar do estatuto de proteção subsidiária. Os primeiros correspondem às pessoas que abandonam o seu país de origem por força de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, pertença a grupo social ou determinada opinião política. Já os segundos serão aqueles que invoquem a risco de serem sujeitos, no país de origem a tratamentos proibidos pelo direito internacional, como a sujeição a pena de morte ou a execução, a tortura ou a pena ou tratamento desumano ou degradante ou a ameaça grave e individual contra a vida ou a integridade física resultante de violência indiscriminada em situações de conflito armado internacional ou interno (art. 15.º).

<sup>61</sup> Ac. de 17/02/2009, *Meki Elgafaji and Noor Elgafaji*, proc. n.º C-465/07.

que o art. 18.º da CDFUE, que consagra o direito de asilo, tem de ser lido à luz destes desenvolvimentos. A autora considera que a Carta protege um direito individual à obtenção de asilo que abrange não apenas os perseguidos pelos motivos enumerados na Convenção de Genebra, como ainda aqueles que reclamam proteção internacional por poderem ser sujeitos, no país de origem, a tratamentos contrários ao direito internacional<sup>62</sup>.

Significa isso que uma leitura do direito constitucional de asilo ao abrigo do direito internacional e europeu abrange já as vítimas de situações de violência generalizada?

Julgamos que, no que toca ao princípio do *non refoulement*, com o âmbito que atrás lhe demos, pode derivar esse entendimento. De facto, o próprio TEDH tem vindo a alargar a sua jurisprudência relativa ao art. 3.º da CEDH no sentido de esta proteger contra o afastamento de estrangeiros para países onde possam incorrer em tortura, tratamentos desumanos ou degradantes devido a situações de violência generalizada mais grave.

A resposta referente ao direito de asilo enquanto direito ao acolhimento já é mais delicada. A resposta é relativamente simples quando o conflito é motivado precisamente por *perseguições* étnicas, religiosas, políticas ou sociais. Nesses casos, os atos de violência estão interligados a um ato de perseguição, em função de uma razão enumerada pela Convenção de Genebra<sup>63</sup>, pelo que deverá valer o direito de asilo consagrado no n.º 8 do art. 33.º, lido à luz dessa Convenção, no seguimento da tese defendida por SOFIA PINTO OLIVEIRA.

Fora dos casos abrangidos pela Convenção de Genebra, será difícil fundar um direito fundamental de asilo de vítimas de situações de violência generalizada na CEDH, já que esta Convenção não consagra um direito de asilo *proprio sensu*. Uma eventual interpretação do art. 33.º, n.º 8 da CRP no sentido de o mesmo consagrar um direito de asilo nestes casos teria de assentar no Direito da UE. Ora, a ideia de que o direito constitucional ao asilo deve beneficiar as pessoas que reúnam os requisitos para usufruírem dessa proteção ao abrigo do direito da UE parece-nos já um alargamento demasiado vasto do âmbito de proteção do art. 33.º, n.º 8. E assim é porque o Direito a UE só consagra tal proteção numa Diretiva, através do estatuto de proteção subsidiária. Por outro lado, o instituto constitucional do direito de asilo está ainda pensado para a proteção de pessoas vítimas de *perseguição*. Se o TJUE confirmar que o direito de asilo previsto no art. 18.º da Carta abrange, de facto, o direito a obter proteção internacional por parte das vítimas de proteção generalizada, poderemos estar em condições de defender uma interpretação do art. 33.º, n.º 8 da CRP em conformidade. Até lá, a proteção dessas

<sup>62</sup> CRISTINA GORTÁZAR, “Artigo 18.º — Direito de Asilo”, in AA.VV., *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Alessandra Silveira, Mariana Canotilho (coord.), Almedina, 2013, p. 234.

<sup>63</sup> PIETER BOELES, MAARTEN DE HEIJER, GERRIE LODDER & KEES WOUTERS, *European Migration Law*, 2<sup>nd</sup> Edition, Intersentia, 2014, p. 309.



peças dependerá da opção do legislador, no respeito pelo princípio do *non refoulement*.

É certo que a exclusão das pessoas em causa do âmbito de proteção do direito fundamental de asilo pode deparar-se com várias objeções. Neste ponto, não deixa de ser interessante lembrar que o direito internacional destinado à proteção de refugiados nasceu, precisamente, de vários acordos destinados a dar respostas às situações de grupos de pessoas carecidas de proteção por força de situações de violência generalizada ou de grave instabilidade nos países de origem. Tratava-se, porém, de convenções que tinham como âmbito subjetivo específicos grupos pré-determinados de pessoas, e destinadas a responder a eventos pontuais<sup>64</sup>. A Convenção de Genebra, complementada pelo Protocolo de Nova Iorque, se bem que representou uma notável evolução, por estender a proteção potencialmente a qualquer pessoa, restringiu-a por fazer depender da concessão de proteção a existência de *perseguição* sobre a pessoa em concreto.

Vários autores europeus têm questionado já a legitimidade da distinção entre as situações de violência indiscriminada e as situações de perseguição individualizada<sup>65</sup>. Em ambas, de facto, há uma falência por parte do Estado de origem em proteger os direitos fundamentais das pessoas. Por outro lado, as pessoas que fogem de situações de conflitos, guerras, violência ou desestabilização no país de origem correspondem, hoje, ao maior número de pessoas carecidas de proteção internacional. Os atuais movimentos migratórios — em particular no contexto da crise migratória da UE de 2015/2016 — consistem em pessoas que fogem de conflitos armados, étnicos, ou religiosos, ou ainda de situações de instabilidade nos seus países de origem que se podem traduzir em risco para a sua vida e segurança.

Talvez pelas razões acabadas de expor, e que demonstram poder não fazer sentido a não consagração de asilo para as vítimas *não perseguidas*, na Revisão constitucional de 1997, dois projetos de revisão — um do PEV e outro do PCP, previam a inscrição, no artigo 33.º, da proteção do asilo por razões humanitárias. No entanto, nunca se chegou a consagrar tal solução. Uma das poucas constituições que prevê tal proteção é a Constituição italiana, cujo artigo 10.º dispõe: “o cidadão estrangeiro que veja recusado no seu país o exercício efetivo das liberdades democráticas garantidas pela Constituição italiana tem direito de asilo no território da república, segundo as con-

<sup>64</sup> Assim, o acordo de 05/07/1922, destinado à proteção dos refugiados russos, depois alargado em 31/05/1924 aos refugiados arménios da Turquia, e em 30/06/1928 aos refugiados assírios, caldeus-assírios, e pessoas de origem assíria e curda, bem como a convenção de 05/07/1936 relativa aos refugiados alemães. Para mais desenvolvimentos, v. DENIS ALLAND, CATHERINE TEITGEN-COLLY, op. cit., p. 58 e ss..

<sup>65</sup> Assim, ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, op. cit., p. 288. Neste contexto, perguntava JAMES HATHAWAY: “a pessoa que é torturada por ser negra merece, de facto, mais proteção do que a pessoa que é torturada porque, no seu país, um brutal ditador pune os cidadãos indiscriminadamente?” Cfr. “Is refugee status really elitist? An answer to the ethical challenge”, in AA.VV., *Europe and Refugees: a Challenge?*, Jean-Yves Carlier e Dirk Vanheule (ed.), Kluwer Law International, 1997, p. 84.

dições estabelecidas pela lei”. Vários autores defendem que o direito de asilo assim previsto não abrange apenas os estrangeiros *perseguidos*, mas sim todos aqueles a quem seja negado, no país de origem, o gozo dos direitos fundamentais essenciais, reconhecidos pela Constituição italiana<sup>66</sup>. Por seu turno, a Organização para a Unidade Africana construiu uma definição de refugiado alternativa à das Nações Unidas: para além de abranger aqueles que fogem devido a perseguição, abrange ainda todas as pessoas que, devido a agressão externa, ocupação, domínio estrangeiro ou outros eventos que perturbem seriamente a ordem pública, quer em parte quer em todo o território do país de origem, é coagido a deixar o país e a procurar refúgio noutra local fora do país de origem.

## 5.2. Articulação entre a proibição de *refoulement* e o direito de asilo

Como começámos por referir, parte da doutrina considera que a proibição de *refoulement* equivale ao núcleo mínimo do direito de asilo. Significa isso que, independentemente dos demais direitos que se possam reconhecer ao titular do direito de asilo, pelo menos não pode o mesmo ser devolvido para país onde corra o risco de ser perseguido ou sujeito aos tratamentos proibidos pelo art. 25.º.

Ora, apesar de o *non refoulement* ter de ser necessariamente garantido ao titular do direito de asilo, ele é mais amplo que o direito de asilo. Desde logo, dele beneficiam todos os estrangeiros, independentemente do seu estatuto (refugiado, requerente de asilo, simples imigrante ou mesmo imigrante em situação irregular), e o mesmo inclui proteção contra um núcleo mais vasto de situações, como é o caso da proteção de pessoas não perseguidas, mas que corram risco de sujeição a tortura, ou penas ou tratamentos desumanos e degradantes no país de origem, e ainda, em certos casos, vítimas de violência generalizada.

Pode assim suceder que uma pessoa não possa ser devolvida ao país de origem por aí poder incorrer em risco de sujeição a tratamentos desumanos ou degradantes (devido a, por exemplo, o referido país atravessar uma conjuntura de violência grave) e não reunir as condições para poder beneficiar do direito de asilo. Ora, o facto de não se poder expulsar uma pessoa para onde a mesma corra sério risco de ser sujeita aos tratamentos constitucio-

---

<sup>66</sup> Assim, ESPOSITO, citado por DIEGO LÓPEZ GARRIDO, op. cit., p. 170, DENIS ALLAND, CATHERINE TEITGEN-COLLY, op. cit., p. 105, FRANCESCA RESCIGNO, “Il Diritto d’Asilo tra Previsione Costituzionale, spinta Europea e «vuoto» normativo”, *Politica del Diritto*, viol. XXXV, n.1, Marzo 2004, p. 152. Note-se que a última autora, e face a algumas divergências existentes na doutrina, defende que o direito constitucionalmente protegido é um direito subjetivo, diretamente invocável pelos particulares, e não uma norma programática. Para uma opinião divergente, v. LUIGI GRASSO, “L’Asilo Costituzionale in Europa: analogie e divergenze di un generalizzato declino”, *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2012 — IV, p. 1502 e ss..

nalmente proibidos, não implica que à mesma tenha de ser concedido asilo<sup>67</sup>. Ela pode ser enviada para um terceiro país, desde que seguro, ou, na falta de existência de um país desse tipo, terá de permanecer no país, ainda que ao abrigo de um outro tipo de estatuto.

## 6. GARANTIAS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO DE ASILO: PROCEDIMENTO E TUTELA JUDICIAL EFETIVA

O respeito pelo direito de asilo implica ainda a necessidade de consagração de direitos adjetivos que se destinam a tornar o mesmo efetivo. De facto, sem a previsão de meios para que as pessoas carecidas de proteção internacional se possam dirigir aos Estados e pedirem asilo, e sem garantias de que os seus pedidos são analisados de forma justa, o asilo pode não passar de um direito formal e vazio de conteúdo. Nesse ponto, alguns autores referem que o direito ao procedimento constitui uma faculdade própria do direito de asilo como direito complexo, incorporando-o, portanto, no próprio *conteúdo do direito de asilo*<sup>68</sup>. Neste contexto, cabe identificar dois tipos de garantias: as procedimentais, a observar durante o procedimento administrativo de asilo (4.1.), e as jurisdicionais, consistentes num direito à tutela jurisdicional efetiva (4.2.).

### 6.1. Garantias Procedimentais

A consagração do direito de asilo no n.º 8 do artigo 33.º tem imanente a fundamentalidade da existência de um procedimento de asilo. O *direito a um procedimento* é, pois, a primeira *conditio* que permitirá à pessoa carecida de proteção internacional *pedir asilo*<sup>69</sup>.

O direito a um procedimento reveste-se da maior importância prática, por determinar a ilegitimidade de quaisquer decisões automáticas ou coletivas respeitantes a requerentes de proteção internacional. Uma decisão pode ser coletiva — e por, isso, automática — se abranger um grupo de pessoas, sem ponderação das especificidades da situação individual de cada um dos membros desse grupo. O grupo pode ser meramente circunstancial, como é o caso de pessoas que chegam às fronteiras do Estado através do mesmo meio de transporte. Uma ação destinada a afastar coletivamente as pessoas que se encontrem no interior desse meio de transporte é ilegítima, por negar a primeira condição de exercício do direito de asilo — a possibilidade de cada uma

<sup>67</sup> Assim, ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, op. cit., p. 198.

<sup>68</sup> PATRICK GAIA, “Droit d’Asile et Constitution”, *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, n. 1-2, p. 1994, p. 208.

<sup>69</sup> Assim, referem alguns autores que o direito de asilo corresponde a um direito dependente de um procedimento. Cfr. ANDREIA SOFIA PINTO OLIVEIRA, op. cit., p. 131.

das pessoas membros do grupo pedirem asilo e de verem o seu pedido analisado individualmente. O TEDH já teve oportunidade de o afirmar por diversas vezes, condenando ações de repulsão em alto mar<sup>70</sup>. Assim, uma legislação que permitisse esse tipo de ações, seria ilegítima à luz da nossa Constituição, por impossibilitar aos membros do referido grupo a oportunidade de pedirem asilo. De forma ainda mais premente, poderá violar o princípio da proibição de *refoulement*, do qual decorre não se poder proceder à devolução de qualquer pessoa para o país de proveniência sem que se tenha procedido previamente a uma análise sumária que determine que não existem riscos de sujeição a perseguição ou maus tratos se enviada para o país de proveniência ou para país que, por seu turno, possa proceder a *refoulement*.

Para além da imposição de existência de um procedimento, esse procedimento deverá ser um procedimento *justo*. Ele deve ser enformado de várias garantias que assegurem que o pedido é efetivamente analisado, sob pena de se tornar um trâmite meramente formal. Nesse sentido, alguns autores referem que o essencial não é que o asilo seja constitucionalizado como um direito fundamental, mas que aos seus procedimentos sejam aplicadas uma série de garantias fundamentais<sup>71</sup>. A Constituição dispõe de várias garantias neste contexto, as quais devem ser respeitadas nos procedimentos de análise dos pedidos de asilo. Assim, o direito à informação, à notificação e fundamentação das decisões administrativas (art. 268.º, n.º1-3). Julgamos ainda que um procedimento justo pressupõe o direito à audiência prévia do interessado, que deverá ser admitido a expor as razões de facto e de direito que justificam uma decisão em determinado sentido. Daí que a consideração do direito à audiência prévia como direito fundamental material seja particularmente importante nos procedimentos do presente tipo.

O direito internacional dos direitos humanos tem contribuído, precisamente, para sublinhar a importância das garantias procedimentais em matéria de asilo. Neste contexto importa mencionar, novamente, a atividade do TEDH no que toca à garantia de respeito pelo art. 3.º da CEDH. O TEDH analisa se o risco de sujeição a tratamentos proibidos por essa norma é adequadamente ponderada pelas autoridades antes de procederem à expulsão de um estrangeiro<sup>72</sup>. Fala-se, nesse contexto, num «*dever de avaliar adequadamente os alegados riscos de sujeição a tratamentos contrários ao art. 3.º em caso de expulsão*»<sup>73</sup>. Também no direito da UE as garantias referentes a um procedimento justo são tidas como princípios gerais de direito reconhecidos

<sup>70</sup> Ac. de 23/02/2012, *Hirsi Jamaa e outros c. Itália*, queixa n.º 27765/09, Ac. de 21/10/2014, *Sharifi e outros c. Itália e Grécia*, queixa n.º 16643/09, e Ac. de 01/09/2015, *Khlaifia e outros c. Itália*, queixa n.º 16483/12.

<sup>71</sup> PABLO SANTOLAYA MACHETTI, op. cit., p. 183.

<sup>72</sup> Assim, o Ac. de 15/01/2015, *Eshonkulov c. Rússia*, queixa n. 68900/13, Ac. de 21/05/2015, *Mukhitdinov c. Rússia*, queixa n. 20999/14, Ac. de 21/07/2015, *H.S. e outros c. Chipre*, queixa n. 41753/10.

<sup>73</sup> Ac. de 26/02/2015, *Khalikov c. Rússia*, queixa n.º 66373/13.

pela jurisprudência do TJUE<sup>74</sup>. Tal direito garante, desde logo, “que qualquer pessoa tenha a possibilidade de dar a conhecer, de maneira útil e efetiva, o seu ponto de vista no decurso do procedimento administrativo e antes da adoção de qualquer decisão suscetível de afetar desfavoravelmente os seus interesses”<sup>75</sup>. O TJUE desenvolveu ainda a necessidade de um exame atento do conjunto de elementos de facto e de direito que condiciona a decisão, incluindo a obrigação de tomar em consideração os pedidos ou indicações facultados pelo destinatário da mesma<sup>76</sup>, ou ainda a obrigação de ponderação de interesses em presença — os da administração e os dos administrados<sup>77</sup>. Assim, decorre da jurisprudência do TJUE o direito a ser ouvido antes de qualquer decisão que afete desfavoravelmente os interesses dos particulares, bem como o dever de ponderação dos vários interesses em presença<sup>78</sup>. No caso *M.M.*<sup>79</sup>, o TJUE sublinhou que as garantias previstas na Carta de Direitos Fundamentais da UE devem ser observadas em todos os procedimentos que possam culminar numa medida que afete desfavoravelmente um requerente de proteção internacional, *mesmo nos casos em que os procedimentos específicos não o prevejam expressamente*.

A Diretiva 2013/32/UE estabelece procedimentos comuns para a atribuição e retirada de proteção internacional, garantindo em diversos pontos o direito a um procedimento justo, bem como ao recurso efetivo das decisões administrativas. Um princípio basilar, e que deriva, desde logo, da Convenção das Nações Unidas dos Direitos das Crianças, bem como da CDFUE, é o de que o interesse superior da criança deve constituir uma das principais considerações dos Estados-Membros (considerando 33). A Diretiva assegura, depois, várias garantias procedimentais. Desde logo, o princípio de que os Estados-Membros deverão apreciar todos os pedidos quanto ao fundo, *i.e.*, avaliar se o requerente preenche as condições necessárias para beneficiar de proteção internacional<sup>80</sup>. Depois, a Diretiva consagra o direito à informação (o qual abrange o andamento do procedimento, os direitos e deveres do requerente, devendo ser feito numa linguagem que este entenda), o direito a permanecer no território do Estado-Membro durante a análise do pedido de asilo, a uma entrevista pessoal a beneficiar dos serviços de um tradutor (art. 12.º, b))<sup>81</sup>, a comunicar com o ACNUR ou outra organização que preste assistência jurídica ou outro tipo de aconselhamento, bem como o acesso destes a zonas

<sup>74</sup> Sobre este ponto, v. CLÁUDIA VIANA, “Artigo 41.º — Direito a uma boa administração”, in AA.VV., *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*, Alessandra Silveira, Mariana Canotilho (coord.), Almedina, 2013, p. 484.

<sup>75</sup> Ac. de 08/01/2002, *France c. Monsanto*, proc. C-248/99.

<sup>76</sup> Ac. de 19/10/1983, *Lucchini c. Comissão*, proc. n.º 179/82.

<sup>77</sup> Ac. de 08/01/2002, *France c. Monsanto*, cit.

<sup>78</sup> Ac. de 05/11/2014, *Mukarubega*, cit. Assim, também, CLÁUDIA VIANA, op. cit., p. 488.

<sup>79</sup> Ac. de 22/11/2012, *M.M.*, proc. n.º C-277/11.

<sup>80</sup> Importa sublinhar, contudo, que são previstas várias exceções em que o mérito do pedido não é analisado.

<sup>81</sup> Considerando 22 e art. 19.º

vedadas<sup>82</sup>. A Diretiva menciona ainda garantias que se devem respeitar com especial acuidade quando estão em causa menores ou menores não acompanhados — os quais encontram fundamento constitucional, entre nós, no direito da criança à proteção do Estado.

Importa, por fim, sublinhar que as garantias mencionadas — bem como as demais previstas na Diretiva — devem ser igualmente aplicadas nos casos de retirada do estatuto de refugiado ou de proteção subsidiária, salvo menção expressa em contrário. Compreende-se a razão de ser destas garantias, tendo em conta que o direito de asilo abrange também, naturalmente, o direito a não ser arbitrariamente privado do asilo.

A CRP deve ser lida à luz destas evoluções. De facto, as instâncias europeias e do Conselho da Europa têm sublinhado cada vez mais a imprescindibilidade das garantias adjetivas para uma efetiva concretização dos direitos substantivos consagrados. Isso é tão mais importante quando está em causa um direito dependente de procedimento, como é o caso do direito de asilo. Neste ponto merece referência especial o Acórdão n.º 219/2004, no qual o TC analisou se decorria da Constituição a exigência de que a decisão de extradição transitada em julgado ficasse suspensa durante a pendência de apreciação de pedido de asilo formulado pelo extraditado. O Tribunal Constitucional considerou que da Constituição não derivava qualquer exigência para se entender que o reconhecimento constitucional do direito de asilo implicava que teria de ser sustada *“a execução de uma decisão judicial que verificou, com trânsito em julgado, que estavam preenchidos os requisitos para ser decretada a extradição, quando a lei garante ao arguido as condições necessárias e o tempo suficiente para, em momento anterior, formular o pedido de asilo e requerer a suspensão do processo de extradição”*. Para o efeito, o TC relembrou todas as garantias que enformam o processo de extradição, como o contraditório, nomeação de defensor, de intérprete, e garantia de recurso — imperativamente com efeito suspensivo — para o Supremo Tribunal de Justiça. Note-se, assim, pois, que o TC não considerou ser absoluto o direito a permanecer no território enquanto é analisado o pedido de asilo. Face às garantias expostas decorrentes do processo de extradição, às várias e efetivas oportunidades de realização do pedido de asilo e ao interesse de se evitar um abuso fraudulento do direito de asilo, a referida decisão afigurou-se, no nosso entender, equilibrada.

## 6.2. Direito à tutela jurisdicional efetiva

O direito à tutela jurisdicional efetiva reveste também importância no que toca à efetivação do direito de asilo, por permitir ao requerente sujei-

---

<sup>82</sup> Qualificando a entrevista pessoal como uma *garantia*, PIETER BOELES, MAARTEN DE HEIJER, GERIE LODDER & KEES WOUTERS, op. cit., p. 250.

tar a escrutínio judicial uma eventual decisão administrativa desfavorável. A Constituição garante o direito à tutela jurisdicional efetiva no artigo 268.º, n.º 4 “*incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer atos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de atos administrativos legalmente devidos e adoção de medidas cautelares adequadas*”, bem como no art. 20.º, que consagra o direito de acesso aos tribunais, com os seus corolários, como o da exigência de processo equitativo, com efetiva garantia do princípio do contraditório e da celeridade.

Neste sentido, o Tribunal Constitucional afirmou que a garantia de recurso contencioso constitui um *direito instrumental* do direito de asilo<sup>83</sup>. Neste ponto reveste especial importância o direito ao patrocínio judiciário. De facto, apesar de ser ainda parca a jurisprudência constitucional de desenvolvimento do direito de asilo previsto no artigo 33.º, n.º 8 da CRP, existe uma vasta quantidade de arestos que desenvolveram as garantias referentes ao direito ao apoio judiciário em matéria de contencioso de asilo. Foram numerosos os casos em que o TC considerou inconstitucional a restrição de acesso ao apoio judiciário aos estrangeiros e apátridas habitualmente residentes em Portugal. Numa primeira fase, o TC declarou a inconstitucionalidade dessas normas na parte em que vedavam a concessão de apoio judiciário aos estrangeiros que, tendo pedido asilo, pretendiam impugnar contenciosamente a decisão administrativa que lho havia denegado<sup>84</sup>. Estava então em causa o n.º 1 do art. 1.º do DL n.º 391/88, de 26 de Setembro e o n.º 2 do art. 7.º do DL n.º 387-B/87, de 29 de Dezembro, ao exigirem para a concessão de proteção jurídica aos estrangeiros e apátridas, uma residência habitual no País, sendo que aos estrangeiros não residentes em Portugal era reconhecido o direito a proteção jurídica, *na medida em que ele seja atribuído aos portugueses pelas leis dos respetivos Estados* (n.º 3 do mesmo artigo). Estes primeiros arestos basearam o juízo de inconstitucionalidade na violação do princípio da equiparação e do direito ao apoio judiciário, como ainda na violação do direito de asilo e na violação da proibição de discriminação em razão da situação económica, nos termos do art. 13.º, n.º 2<sup>85</sup>. A declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral das referidas normas na parte em que vedavam a concessão de apoio judiciário, na forma de patrocínio judiciário, aos estrangeiros que pretendiam impugnar contenciosamente a decisão administrativa que negou pedido de asilo, foi feita pelo Ac. n.º 962/96. O TC considerou

<sup>83</sup> Assim, o Ac. n.º 690/95, a propósito da garantia de recurso contencioso contra o ato administrativo de recusa de concessão de asilo.

<sup>84</sup> Assim, os Ac. n.º 316/95, proc. n.º 412/94, Ac. n.º 317/95, proc. n.º 8/95, Ac. n.º 318/95, proc. n.º 296/94, Ac. n.º 388/95, proc. n.º 537/94, Ac. n.º 339/95, proc. n.º 781/93, Ac. n.º 340/95, proc. n.º 382/94, Ac. n.º 341/95, proc. n.º 410/94, Ac. n.º 392/95, proc. n.º 416/94, Ac. n.º 403/95, proc. n.º 414/94, Ac. n.º 420/95, proc. n.º 416/94, Ac. n.º 444/95, proc. n.º 547/94, Ac. n.º 464/95, proc. n.º 411/94, Ac. n.º 465/95, proc. n.º 416/94, Ac. n.º 726/95, proc. n.º 22/95, Ac. n.º 138/96, proc. n.º 635/95 e Ac. n.º 240/96, proc. n.º 812/95.

<sup>85</sup> Ac. n.º 316/95.

que as normas eram inconstitucionais na dimensão referida, primeiro porque desconstruíam a efetividade do direito de asilo, e, em segundo lugar, porque “*contrariam a dimensão universalista dos direitos humanos que está na ordem constitucional portuguesa*”, pelo que violavam os artigos 33.º, n.º 8 (direito de asilo), 20, n.º1, 268.º, n.º4 e 5 (direito à tutela jurisdicional efetiva) e 15.º, n.º 1 da CRP (princípio da equiparação).

### 6.3. Tutela Judicial Efetiva: outras garantias

Como se denota, a jurisprudência constitucional até ao presente desenvolvida em matéria de direito de asilo versa sobre as garantias do mesmo, em particular sobre o direito ao apoio judiciário. Ainda assim, o direito ao apoio judiciário não esgota todas as garantias que vão ínsitas do direito à tutela jurisdicional efetiva e que se revestem de particular importância nos procedimentos de asilo. Aqui, mais uma vez, o recurso à jurisprudência do TEDH — agora relativamente ao desenvolvimento do art. 13.º da CEDH, que garante o direito ao recurso efetivo —, revela-se da maior importância.

A garantia de um recurso efetivo nos procedimentos de asilo pressupõe o respeito por várias exigências. Desde logo, no que toca ao prazo para interposição do recurso, o qual não pode ser tão curto que inviabilize, na prática, o exercício do direito. No Acórdão n.º 587/05, o TC teve oportunidade de analisar, precisamente, se o prazo de oito dias de recurso contra uma decisão de recusa da autorização de residência por razões humanitárias feito por um cidadão turco, de origem curda, que apenas falava e compreendia a língua turca, se podia considerar demasiado exíguo. O TC considerou que a falta de domínio da língua portuguesa não poderia constituir fundamento — pelo menos, exclusivo — de um juízo de inconstitucionalidade de tal prazo, atendendo a que o requerente de asilo beneficiaria, nos termos da lei, de um intérprete. O TC sublinhou ainda que prazos mais curtos se coadunavam com a natureza urgente do procedimento de asilo: “*o que bem se compreende, não só na perspetiva do interesse do requerente, vítima de perseguições ou ameaças, em obter a proteção do Estado português o mais rapidamente possível, como também na perspetiva do interesse do próprio Estado português em clarificar o mais depressa possível situações que eventualmente podem ser fraudulentas ou abusivas*”. Ainda assim, julgamos o prazo de oito dias para interposição de recurso pode revelar-se demasiado exíguo para quem não está familiarizado com o sistema português, não fala a língua e poderá estar a fugir de uma situação grave de desrespeito pelos direitos humanos, podendo estar, por isso gravemente necessitado de ajuda médica e psicológica.

Em segundo lugar, a efetividade do recurso pressupõe também exigências específicas no que toca ao âmbito dos poderes cognitivos do tribunal que reaprecia a decisão contestada. Neste contexto, o TEDH tem afirmado de forma reiterada que um recurso *efetivo* implica a possibilidade de um con-



tencioso de “plena jurisdição”<sup>86</sup>, em que a instância de recurso pode proceder a uma nova reapreciação da prova. No caso *Jabari*, o TEDH considerou que o tribunal administrativo de Ancara não havia levado a cabo um recurso efetivo, já que se havia limitado a proceder a uma análise meramente formal do indeferimento do pedido de asilo, tendo apenas tido em consideração a falta de dedução do pedido no prazo fixado para o efeito e não avaliando os receios de perseguição invocados pelo recorrente em relação ao seu regresso ao Irão<sup>87</sup>. Por outro lado, o TEDH tem sublinhado que a reanálise do mérito na instância de recurso não pode deixar de se efetuar por motivos de salvaguarda de interesses públicos. No caso *Chahal*, considerou que o facto de a expulsão se fundamentar na salvaguarda da segurança nacional não limitava, a se, o âmbito do controlo judicial, que sempre exigiria um exame de fundo da medida<sup>88</sup>.

Na análise da efetividade do recurso, o TEDH indaga ainda sobre se os tribunais nacionais averiguaram devidamente a veracidade dos argumentos invocados pelo requerente de asilo. De acordo com a jurisprudência do TEDH, o ónus da prova pertence, à partida, ao requerente de proteção internacional<sup>89</sup>. No entanto, em causa de dúvida, o Estado deve socorrer-se de todos os elementos necessários para a esclarecer<sup>90</sup>. De facto, como referem GOMES CANOTILHO & VITAL MOREIRA, uma visão estrita das regras referentes ao ónus da prova poderia, nestes procedimentos, inviabilizar a realização substancial do direito de asilo, face à dificuldade com que as pessoas que chegam aos países de acolhimento, muitas vezes sem os documentos necessários, se deparam<sup>91</sup>. Fala-se, neste sentido, de um “dever partilhado”<sup>92</sup>. O TJUE já teve oportunidade de esclarecer que este dever significa, em termos práticos, que, se por qualquer motivo, as provas apresentadas pelo requerente não forem completas, atualizadas ou relevantes, as autoridades devem cooperar ativamente com ele, de forma a recolher todas as provas pertinentes<sup>93</sup>, incluindo as informações relativas à situação no país de origem. Os relatórios de ONGs, do Alto

<sup>86</sup> SYLVIE SAROLÈA, *Droits de l'Homme et Migrations*, Bruylant, 2006, p. 135, FRÉDÉRIC SUDRE, *Droit International et Européen des Droits de l'Homme*, PUF, 2011 p. 477.

<sup>87</sup> Cf. Ac. de 11/07/2000, *Jabari c. Turquia*, queixa n.º 40035/98. Sobre este ponto, v., com detalhe, SÍLVIA MORGADES GIL, “La Protección de los Demandantes de Asilo por Razón de su Vulnerabilidad Especial en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 37, ano 14, 2010, p. 834. No Ac. de 15/11/1996, *Chahal c. Reino Unido*, queixa n.º 22414/93, o TEDH considerou que um recurso em que a autoridade competente apenas podia rever a decisão de acordo com juízos de equidade não podia ser considerado um recurso *efetivo*.

<sup>88</sup> No mesmo sentido, o Ac. de 20/06/2002, *Al-Nashif c. Bulgária*, queixa n.º 50963/99.

<sup>89</sup> Ac. de 23/10/2012, *F.A.K. c. Holanda*, queixa n.º 30112/09. Sobre a questão da prova, em geral, nos casos respeitantes à violação do art. 3.º da CEDH, v. LYDIE DUTHEIL-WAROLIN, “La Cour Européenne des Droits de l'Homme aux Prises avec la preuve de violations du Droit à la Vie ou de l' Interdiction de la Torture: entre Théorie Classique aménagée et innovation Européenne” in *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 16ème année n.62, 2005, p. 333 e ss..

<sup>90</sup> Ac. de 09/03/2010, *R.C. c. Suécia*, queixa n.º 41827/07.

<sup>91</sup> Cfr. op. cit., p. 536.

<sup>92</sup> PIETER BOELES, MAARTEN DE HEIJER, GERRIE LODDER & KEES WOUTERS, op. cit., p. 315.

<sup>93</sup> Acórdão de 22/11/2012, *M.M.*, proc. n.º C-277/11.

Comissariado das NU para os Refugiados, ou outros elementos que reportem a situação no país de origem devem ser também tidos em conta. No caso *Eshonkulov*, os juízes de Estrasburgo consideraram que os tribunais nacionais não tinham ponderado adequadamente os argumentos do recorrente, que incluíam referências feitas pelo recorrente à jurisprudência do TEDH, bem como a relatórios das Nações Unidas e de ONGs sobre a situação no país de destino, tendo apenas levado em conta o facto de o recorrente se encontrar em situação ilegal no país<sup>94</sup>.

Por fim, o art. 13.º da CEDH exige ainda que a instância de recurso proceda a uma reavaliação *ex nunc. I.e.*, na reanálise de mérito, deve ter-se em conta os dados existentes à data em que a mesma tem lugar. Este aspeto afigura-se particularmente importante nos casos em que já decorreu um certo lapso de tempo entre a adoção da medida contestada e a reapreciação judicial e em que, por isso, a situação no país de origem se tenha alterado<sup>95</sup>.

No mais, respeitadas as exigências mencionadas, o TEDH tem afirmado que os Estados dispõem de margem de apreciação no que toca à configuração concreta do recurso<sup>96</sup>, pelo que a exigência de regras e pressupostos processuais não põe em causa, em princípio, o respeito pelo direito de acesso a recurso efetivo, desde que as mesmas regras e exigências não sejam aplicadas com tal inflexibilidade que neguem uma oportunidade realista de provar a bondade de um pedido de asilo. Da jurisprudência constitucional sobre acesso à justiça deriva também o mesmo entendimento.

Importa fazer, por fim, uma breve referência no que toca aos efeitos do recurso. A jurisprudência do TEDH também sofreu uma evolução neste contexto. Ultimamente tem considerado que o recurso deve produzir efeitos suspensivos nos casos em que o recorrente invoque que o seu afastamento do país levará a uma violação do art. 2.º (direito à vida) ou 3.º da CEDH<sup>97</sup>.

Todas estas orientações devem guiar o intérprete quando estiver em causa o exercício do direito à tutela jurisdicional efetiva nos procedimentos de asilo. Por força de uma interpretação constitucional aberta e atualista, os corolários expostos devem corresponder ao conteúdo do direito a essa tutela constitucionalmente protegido. Assim, por exemplo, a suspensão dos efeitos da decisão administrativa em caso de recurso de uma decisão desfavorável

<sup>94</sup> Ac. de 15/01/2015, *Eshonkulov c. Rússia*, queixa n. 68900/13. Note-se, no entanto, que apenas considerou ter existido violação do art. 3.º, e não do art. 13.º da CEDH, tendo considerado não existir «necessidade de avaliar dessa violação». No mesmo sentido, o Ac. de 26/02/2015, *Khalikov c. Rússia*, queixa n. 66373/13.

<sup>95</sup> Trata-se, enfim, do chamado “*full e ex nunc assesment*”. V. Ac. de 01/06/2011, *Mawaka c. Holanda*, queixa n.º 29031/04 e Ac. de 09/03/2010, *R.C. c. Suécia*, queixa n.º 41827/07.

<sup>96</sup> Ac. de 30/10/1991, *Vilvarajah e outros c. Reino Unido*, queixas n.º 13163/87, 13164/87 e 13165/87.

<sup>97</sup> Ac. de 26/04/2007, *Gebremedhin c. França*, queixa n.º 25389/05. Esta decisão levou à necessidade de alteração da lei francesa em matéria de asilo. Sobre este ponto, v. HENRI LABAYLE, op. cit., p. 286. V. ainda os acórdãos de 29/01/2013, *De Souza Ribeiro c. França*, queixa n.º 22689/07, de 06/06/2013, *Mohammed c. Áustria*, queixa n.º 2283/12, e de 23/07/2013, *M.A. c. Chipre*, queixa n.º 41872/10.

em matéria de asilo deriva do direito constitucional à tutela jurisdicional efetiva no âmbito desses procedimentos. Visando o asilo a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, bem como os demais bens afirmados pelo TC, não pode existir o risco de violação desses bens, a qual, além do mais, poderia ser irreversível, em caso de afastamento do requerente para o país de asilo. Assim, ainda que da lei atual derive a suspensão dos efeitos da decisão, não é demais sublinhar que tal proibição é imposta constitucionalmente, derivando, como já teve o TC ocasião de afirmar, da necessidade de *proteção efetiva do direito de asilo*<sup>98</sup>.

## Conclusões

A constitucionalização de um direito de asilo em Portugal resultou não só da tradição de séculos de acolhimento das pessoas carecidas de proteção, como ainda da consagração de uma filosofia universalista dos direitos fundamentais pela Constituição de 1976, aliada ainda à generalização internacional da Proteção do asilo, instituto também destinado à salvaguarda de bens fundamentais da República Portuguesa. A consagração do asilo como *direito subjetivo* pela Constituição tornou-a neste contexto numa das mais garantísticas da Europa.

Ainda assim, o direito de asilo constitucionalmente protegido não consagra um direito perfeito à proteção daqueles que, atualmente, dela mais necessitam — e que são as pessoas que fogem de graves situações de violência generalizada ou de sistemática violação de direitos humanos nos seus países de origem. Uma leitura atualista do direito de asilo, aliada à interpretação dos direitos constitucionais à luz dos mais recentes desenvolvimentos do direito internacional dos direitos humanos impõe repensar a extensão do âmbito de proteção deste direito fundamental às situações que hoje se apresentam como mais prementes. Desde logo, o direito de asilo não pode ser entendido como um privilégio dos que conseguem chegar a Portugal, devendo ser invocável também por quem se encontra, ainda que conjunturalmente, sujeito à jurisdição portuguesa. Para além do mais, no seio do desenvolvimento de uma política europeia comum de asilo, componente fundamental da construção de um espaço europeu de liberdade, segurança e justiça — a qual recebe acolhimento constitucional no art. 7.º, n.º 6 da CRP —, o princípio da solidariedade entre os Estados-Membros em matéria de asilo deverá também incumbir o Estado Português de obrigações concretas no que se refere ao acolhimento

---

<sup>98</sup> Note-se, a este propósito, que a lei de asilo de 1998 apenas conferia efeitos meramente devolutivos ao recurso judicial de decisão em matéria de concessão de asilo. Alguns autores advogavam, assim, que essa solução violava o direito à tutela judicial efectiva dos direitos. V., *inter alia*, NUNO PIÇARRA, «Em Direção a um Procedimento Comum de Asilo», *Themis*, 2000, p. 291.

de pessoas carecidas de proteção internacional que cheguem ao território de Estados-Membros da UE.

No que ao princípio do *non refoulement* diz respeito, o conteúdo do mesmo deve não só ser encontrado através do artigo 33.º da Convenção de Genebra, mas ainda da jurisprudência do TEDH sobre o art. 3.º da CEDH — a qual recebeu consagração no art. 19.º, n.º 2 da CDFUE. Assim, não só deve ser proibido o envio de pessoas para país onde as mesmas possam ser perseguidas em função da raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou pertença a grupo social, devendo ser proibido também tal envio para país onde as mesmas possam ser sujeitas a tortura, penas ou tratamentos desumanos e degradantes, independentemente do motivo. De acordo com a jurisprudência mais recente do TEDH, isso poderá incluir o envio das pessoas para países onde existam conflitos armados ou grave desestabilização geral, quando as mesmas alcancem um grau de gravidade tal que se presuma que, pelo simples facto de aí permanecer, uma pessoa possa correr sério risco de incorrer nos mencionados maus tratos<sup>99</sup>. No entanto, apesar de essas pessoas não poderem ser enviadas para um tal país, não significa que sejam titulares do direito de asilo. De facto, o âmbito subjetivo do princípio do *non refoulement* é mais amplo que o do direito de asilo. Por outro lado, ainda não se pode defender derivar do direito internacional e europeu um entendimento pacífico de que as potenciais vítimas de violência generalizada sejam titulares de um direito humano de asilo. Um tal direito é já reconhecido a nível legal, nomeadamente através do direito à proteção subsidiária ou humanitária.

O direito de asilo é, por fim, um direito procedimentalmente dependente. O mesmo não só exige a organização de um procedimento destinado a que a pessoa carecida de proteção internacional a possa pedir, como ainda a que tal pretensão seja analisada de forma justa. Por fim, deve ser reconhecida à mesma o direito de impugnar qualquer decisão desfavorável através dos tribunais, devendo valer neste contexto todas as garantias constitucionais respeitantes à tutela jurisdicional efetiva, como o Tribunal Constitucional teve já oportunidade de sublinhar, ao longo dos vários anos de direito constitucional português de asilo.

---

<sup>99</sup> Esse é, em 2015 e diante, o caso da Síria. V. Ac. de 15/10/2015, *L.M. e outros v. Rússia*, (queixas n.º 40081/14, 40088/14 e 0127/14).