



Universidade do Minho
Escola de Direito

Clara Alexandra Pais Domingos

**A Proteção Subsidiária na Nova Lei do
Asilo - O Sentido e Alcance da Figura**



Universidade do Minho
Escola de Direito

Clara Alexandra Pais Domingos

**A Proteção Subsidiária na Nova Lei do
Asilo - O Sentido e Alcance da Figura**

Dissertação de Mestrado
Mestrado em Direitos Humanos

Trabalho efetuado sob a orientação da
Doutora Andreia Sofia Pinto Oliveira

DECLARAÇÃO

Nome: Clara Alexandra Pais Domingos

Número do Bilhete de Identidade: 13732665

Título dissertação:

A Proteção Subsidiária na Nova Lei do Asilo - O Sentido e Alcance da Figura

Orientadora: Doutora Andreia Sofia Pinto Oliveira

Ano de conclusão: 2016

Designação do Mestrado: Mestrado em Direitos Humanos

DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO EM VIGOR, NÃO É PERMITIDA A REPRODUÇÃO DE QUALQUER PARTE DESTA DISSERTAÇÃO

Universidade do Minho, ___/___/_____

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

Esta dissertação é, antes de tudo, reflexo de um percurso de vida pautado por pessoas da maior importância e a quem cabe agradecer. Assim, agradeço

À minha família, particularmente ao meu Pai e à minha Mãe, pelos valores que me transmitiram e pela vida que me proporcionaram;

A cada grupo em que me inseri, nomeadamente a Amnistia Internacional, o Projeto Rabo de Peixe Sabe Sonhar e o Grupo Missionário João Paulo II, por me terem ensinado que a Dignidade da Pessoa Humana extravasa qualquer noção jurídica;

A cada um dos amigos com quem partilhei estas e outras vivências, por acalentarem a cada dia a minha fé na Humanidade;

Ao CUMN, por ter sido, tantas vezes neste percurso, verdadeira *Casa*;

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, por ter sido a primeira escola jurídica e ter cultivado em mim o sentido de justiça;

À Escola de Direito da Universidade do Minho, por me ter acolhido tão bem nesta etapa do meu percurso académico;

Aos colegas de licenciatura e mestrado, pelo estímulo na busca do aprofundamento dos conhecimentos científicos;

À minha orientadora, pelos conhecimentos que generosamente partilhou comigo ao longo desta investigação;

Ao André Antunes, ao Carlos Sérgio Rodrigues e à Filipa Carvalho, por estarem comigo desde a primeira hora;

A cada uma das pessoas que me fazem sentir amada.

Sem vocês nada disto teria sido possível.

RESUMO

A Proteção Subsidiária na Nova Lei do Asilo - O Sentido e Alcance da Figura

Esta dissertação no âmbito do direito dos refugiados surge da ausência notada de um estudo cabal da figura jurídica da proteção subsidiária.

A proteção subsidiária constitui um mecanismo de proteção dirigido às pessoas que não podem ser tecnicamente consideradas refugiadas e enfrentam uma ameaça de segurança ou de liberdade devido a pena de morte, tortura ou tratamentos degradantes, violência indiscriminada resultante de situações de conflito armado, bem como violações sistemáticas ou generalizadas e indiscriminadas dos seus direitos humanos.

Esta figura brotou no seio da União Europeia como parte integrante do Sistema Europeu Comum de Asilo. Num contexto em que a noção de refugiado, vertida na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e acolhida na ordem jurídica comunitária, era incapaz de responder às efetivas necessidades de proteção, era premente uma evolução dos mecanismos de proteção dos requerentes de asilo chegados à Europa.

Entre nós, as vítimas de conflitos armados e de violações sistemáticas de direitos humanos encontram proteção desde a primeira Lei do Asilo, o que lhe confere desde já uma particular relevância. A proteção subsidiária hoje consagrada no nosso ordenamento jurídico é desenhada pelos contornos da disposição comunitária que a consagra. Como tal, impõe-se um estudo do seu sentido e alcance que demonstre a sua elasticidade na conciliação da nossa tradição protecionista com a construção do Sistema Europeu Comum de Asilo.

Palavras – Chave: refugiados, asilo, proteção subsidiária, princípio de *non-refoulement*, direito comunitário.

ABSTRACT

The Subsidiary Protection in the New Asylum Law – The Meaning and Scope of Figure

This dissertation about refugee law arises from the noted absence of a thorough study about the legal concept of subsidiary protection.

The subsidiary protection is a protection mechanism aimed at people that may not be technically considered refugees and facing a threat of safety or freedom due to death penalty, torture or degrading treatment, indiscriminate violence resulting from armed conflict, as well as systematic or generalized and indiscriminate violations of their human rights.

The sprouted figure within the European Union as part of the Common European Asylum System. In a context where the concept of refugee, contained in the Convention relating to the Status of Refugees of 1951 and received in the Community legal order, was unable to respond to effective protection needs, an evolution of mechanisms of protection of asylum seekers arriving in the Europe was pressing.

As far as our legal order is concerned, the victims of armed conflict and systematic violations of human rights are protected since the first Asylum Law, which gives it relevance. The subsidiary protection today enshrined in our legal system is drawn by the contours of the Community legislation, which enshrines. As such, we need a study of its meaning and scope to demonstrate its elasticity in reconciling our protectionist tradition with the construction of the Common European Asylum System.

Key - words: refugees, asylum, subsidiary protection, principle of *non-refoulement*, Community law.

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS.....	iii
RESUMO	v
ABSTRACT	vii
ÍNDICE.....	ix
LISTA DE ABREVIATURAS.....	xv
INTRODUÇÃO.....	1
PARTE I – TUTELA JURÍDICA DOS REFUGIADOS.....	5
Capítulo I – Direito Internacional dos Refugiados.....	5
1 – Questões Preliminares.....	5
2– A Convenção de Genebra de 1951 e Protocolo Adicional e 1967.....	6
2.1 – O Contexto Geopolítico.....	7
2.2 – Os Primeiros Passos na Tutela Jurídica Internacional dos Refugiados.....	8
2.2.1 – O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados.....	10
2.3 - Os trabalhos Preparatórios e a Redação Final.....	11
2.3.1 – O Protocolo Adicional de 1967.....	13
2.4 – As Virtudes e as Falhas.....	15
3 – Outros instrumentos Jurídicos De Carácter Universal.....	19
Capítulo II – Mecanismos Regionais De Protecção Dos Refugiados.....	21
1 – Convenção da Organização de Unidade Africana de 1969.....	22
2 – Declaração de Cartagena de 1984.....	23
3 – Outros Instrumentos Jurídicos De Carácter Regional.....	25

4 – A Tutela Jurídica Dos Refugiados Na Europa.....	27
4.1 – Generalidades.....	27
4.2 – O Conselho da Europa.....	28
4.2.1 –Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais....	28
4.2.2 – O Tribunal Europeu Dos Direitos do Homem.....	30
4.3 – A União Europeia.....	33
4.3.1 – A construção Europeia.....	34
4.3.2 – A proteção dos Direitos Fundamentais na União Europeia.....	34
4.3.3 – A carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.....	36
4.3.3.1 - O Artigo 18 da Carta dos Direitos Fundamentais.....	38
4.3.4 – A Evolução do Direito de Asilo na União Europeia.....	41
4.3.4.1 – O Espaço Schengen.....	42
4.3.4.2 – A Convenção de Dublin.....	43
4.3.4.3 – O Asilo nos Tratados Europeus.....	46
4.3.5 - Sistema Europeu Comum de Asilo.....	47
4.3.5.1- A Primeira Fase.....	49
i) Diretiva 2001/55/CE do Conselho, de 20 de Julho de 2001.....	51
ii) Dublin II.....	52
iii) Diretiva 2003/9/CE do Conselho de 27 de Janeiro de 2003.....	52
iv) Diretiva 2004/83/CE do Conselho de 29 de Abril de 2004.....	53
v) Diretiva 2005/85/CE do Conselho de 1 de Dezembro de 2005.....	54
4.3.5.2 - 2ª Fase.....	55

i) Livro Verde.....	55
ii) Frontex.....	56
iii) Pacto Europeu Sobre Imigração e Asilo.....	57
iv) Programa Estocolmo.....	58
v) Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Dezembro de 2011.....	59
vi) Diretiva 2013/32/UE do Parlamento Europeu e do Conselho e 26 de Junho de 2013.....	59
vii) Diretiva 2013/33/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Junho de 2013.....	60
viii) Regulamento Dublin III.....	61
CAPÍTULO III – O Direito de Asilo em Portugal.....	61
1 - Resenha Histórica.....	61
2 – O Direito de Asilo à luz da Constituição da República Portuguesa.....	62
3 – A evolução da Lei do Asilo no Ordenamento Jurídico Português.....	65
3.1 - Lei nº 38/80, de 1 de Agosto.....	66
3.2 - Lei nº 70/93, de 29 de Setembro.....	66
3.3 - Lei nº 15/98, de 26 de Março	67
3.4 – Lei nº 27/2008, de 30 de Junho.....	68
4 – O Sistema Europeu Comum de Asilo no Quadro Jurídico Português.....	71
PARTE II – A PROTEÇÃO SUBSIDIÁRIA COMO FIGURA DO DIREITO DE ASILO.....	73
CAPÍTULO I – Introdução à Proteção Subsidiária.....	75
1 – Noção.....	75
2 – Outras Figuras Afins.....	76
2.1 – Asilo.....	76

2.2 – Proteção Temporária.....	78
CAPÍTULO II – A Proteção Subsidiária na Ordem Jurídica Comunitária.....	81
1 – Generalidades.....	81
2 – A Base Jurídica da Proteção Subsidiária.....	82
2.1 – Artigo 3º da Convenção contra a Tortura e 7º do Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.....	81
2.2 – Artigo 3º da Convenção Europeia Dos Direitos do Homem.....	83
2.3 – Artigo 63º/2 do Tratado de Amesterdão.....	83
2.4 – Princípio de <i>Non-Refoulement</i>	84
3 – A Proteção Subsidiária Nas Diretivas Comunitárias.....	86
3.1 – As Primeiras Aspirações.....	86
3.2 – Diretiva 2004/83/CE Do Concelho de 29 de Abril de 2004.....	87
3.2.1 – Os Trabalhos Preparatórios.....	87
3.2.2 – Texto Final.....	88
3.3 - Diretiva 2011/95/UE Do Parlamento Europeu E Do Concelho de 13 de Dezembro de 2011	
3.3.1 – Trabalhos preparatórios.....	91
3.3.2 – Texto Final.....	91
3.4 – As Outras Diretivas.....	93
CAPÍTULO III - A Proteção Subsidiária na Ordem Jurídica portuguesa.....	94
1– surgimento e evolução.....	94
1.1– Lei nº 38/80, de 1 de Agosto.....	95
1.2 – Lei nº 70/93, de 29 de Setembro.....	96
1.3 – Lei nº 15/98, de 26 de Março.....	97

2– A Proteção Subsidiária Na Atual Lei Do Asilo.....	98
2.1– O Regime Jurídico da Proteção Subsidiária.....	100
2.2.1 - Pressupostos de Facto da Proteção Subsidiária.....	100
2.2.1.1– Sistemática Violação De Direitos Humanos.....	102
2.2.1.2– O Risco.....	103
2.2.1.3– A Ofensa Grave.....	103
2.2.1.4 - Pena de Morte ou Execução.....	104
2.2.1.5.- Tortura ou Pena ou Tratamento Desumano ou Degradante.....	104
2.2.1.6- A Ameaça Grave Contra A Vida ou A Integridade Física Do Requerente, Resultante De Violência Indiscriminada Em Situações De Conflito Armado Internacional ou Interno ou De Violação Generalizada e Indiscriminada De Direitos Humanos.....	105
i) Ameaça Grave Contra A Vida ou A Integridade Física Do Requerente.....	105
ii) Violência Indiscriminada Em Situações De Conflito Armado Internacional ou Interno.....	106
iii) Violação Generalizada e Indiscriminada De Direitos Humanos.....	108
2.2– As causas de exclusão de elegibilidade para concessão de Proteção Subsidiária.....	110
2.3 – O Âmbito Procedimental.....	110
2.4 – O Âmbito Material Do Estatuto Da Proteção Subsidiária.....	113
2.5 – Extinção.....	114
CAPÍTULO IV – Análise Jurisprudencial.....	116
1 - Generalidades.....	116
2- A Jurisprudência dos Tribunais Administrativos Portugueses.....	116
3 - A Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.....	118
3.1 – Caso Elgafaji.....	118

3.2 – Caso Diakité.....	122
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	125
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	129

LISTA DE ABREVIATURAS

AALCO	Asian-African Legal Consultative Organization
ACNUR	Alto Comissariado Das Nações Unidas Para Os Refugiados
ANUAR	Administração das Nações Unidas para o Auxílio e Restabelecimento
CCT	Convenção Contra a Tortura
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CEAS	Common European Asylum System
CECA	Comunidade Económica do Carvão e do Aço
CEDH	Convenção Europeia Dos Direitos Do Homem
CEE	Comunidade Económica Europeia
CFI	Conflitos de Fraca Intensidade
CPR	Conselho Português para os Refugiados
CRP	Constituição da República Portuguesa
DIH	Direito Internacional Humanitário
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
FER	Fundo Europeu para os Refugiados
LA	Lei do Asilo
OIR	Organização Internacional para os Refugiados
ONU	Organização das Nações Unidas
OUA	Organização da Unidade Africana
PIDCP	Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos

SECA	Sistema Europeu Comum de Asilo
SEF	Serviços de Estrangeiros e Fronteiras
STA	Supremo Tribunal Administrativo
TCASul	Tribunal Central Administrativo do Sul
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos Humanos
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia

INTRODUÇÃO

“Só quem, isolado e desprotegido, bateu alguma vez à porta de outras humanidades, soberanas o bastante para dizerem não, mas solidárias o suficiente para terem dito sim, pode compreender até que ponto hoje se repete, nas fronteiras desse desvairado mundo, a parábola do bom samaritano”¹.

As palavras proferidas pelo saudoso deputado Almeida Santos, em 1980, na Assembleia da República, ecoam hoje com uma atualidade irrefutável. Estamos cientes, porém, que a crise de refugiados a que assistimos por estes dias não configura um fenómeno sem precedentes, mas antes mais um episódio de uma realidade que é transversal a todos os períodos e civilizações. Sabemos, igualmente, que as circunstâncias que levam milhares de pessoas a fugir das suas terras são pautadas por acontecimentos de índole variada.

Em 1951, o Mundo reerguia-se da II Guerra Mundial e acalentava a esperança de instaurar uma paz sólida e duradora entre os povos, pautada pela preservação da Dignidade da Pessoa Humana. A produção jurídica internacional que surgia por essa altura era, assim, deveras protetora dos direitos humanos mas, simultaneamente, frágil na tutela dos direitos dos refugiados. De facto, assumir a existência de refugiados implicava reconhecer que, algures no tempo e no espaço, os direitos humanos eram violados.

Contudo, a realidade sobrepunha-se às pretensões governativas e o fluxo de refugiados que resultava do conflito mundial carecia de resposta. Por isso, os Estados adotaram a Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados, um diploma internacional e vinculativo onde foi estabelecido o estatuto jurídico dos refugiados, circunscrito a quem fosse vítima “dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e receando com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país; ou que, se não tiver

¹António de ALMEIDA SANTOS, no debate na generalidade do projeto de lei n.º 384/1, sobre o direito de asilo e estatuto do refugiado, em 15 de Abril de 1980.

nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar”².

Ora, se o limite temporal foi mais tarde abolido, os fundamentos para a concessão do estatuto de refugiado mantiveram-se incólumes até aos nossos dias.

Na ordem jurídica comunitária, a necessidade de harmonizar as práticas dos Estados-Membros no acolhimento dos refugiados conduziu à criação do Sistema Europeu Comum de Asilo. Porém, a noção jurídica de refugiado consagrada nas diretivas comunitárias manteve o preceituado em Genebra. A solução encontrada para fazer face aos pedidos de proteção que não se integravam na noção jurídica de refugiado foi desenvolver a figura jurídica da proteção subsidiária, de forma a incluir aqueles que corressem o risco real de sofrer ofensas graves.

No ordenamento jurídico português a experiência de país de acolhimento e, simultaneamente, de fuga, refletiu-se com uma particular sofisticação jurídica na nossa legislação, a qual passa, a partir de certa altura, intercetada pelo quadro normativo comunitário.

Perante este cenário, cabe-nos imergir na figura jurídica da proteção subsidiária para que possamos compreender a sua pertinência no nosso quadro normativo. Pretendemos aferir que requerentes visa tutelar, bem como a dimensão da proteção que lhes confere. Colocaremos em evidência a sua relação com o asilo e com a disposição comunitária que consagra a figura jurídica objeto de estudo, bem como a sua relevância prática refletida pela experiência jurisprudencial.

A fim de alcançar algumas respostas às inquietações aqui manifestadas, lançamo-nos num percurso a vários tempos. Num primeiro momento propomo-nos cogitar o surgimento e as falhas da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados para, seguidamente, verificarmos a evolução da tutela jurídica dos refugiados nas diversas ordens jurídicas regionais e na ordem jurídica portuguesa e, finalmente, nos determos no berço, evolução, alcance e limites da proteção subsidiária na nova Lei do Asilo portuguesa.

Confiamos que no final desta investigação tenhamos feito o levantamento de todas as informações relevantes para descortinar se Portugal, manifestado na sua Lei do Asilo, configura

² Cfr. Artigo 1º - A 2) da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951.

uma dessas “(...)humanidades, soberanas o bastante para dizerem não, mas solidárias o suficiente para terem dito sim” a cada um dos que, necessitando, recorram à nossa proteção.

PARTE I – Tutela jurídica dos refugiados

Capítulo I – Direito Internacional dos Refugiados

1 – Questões Preliminares

O instituto jurídico da proteção subsidiária - que nos faz calcorrear este caminho de investigação - só poderá ser entendido em toda a sua amplitude se compreendermos a evolução jurídica que precedeu o seu surgimento. Foi nesse sentido que estabelecemos como ponto de partida a tutela jurídica dos refugiados à escala universal.

Ainda assim, consideramos útil num momento prévio, clarificar algumas noções com as quais nos iremos cruzar frequentemente nas próximas páginas, por forma a iniciarmos este estudo cientes do solo por onde nos movemos.

A noção de *asilo* está intimamente associada à ideia de refúgio ou proteção³. Juridicamente, lançamos mão da noção apresentada pelo *Instituto do Direito Internacional* em 1950, que define o asilo como “a proteção oferecida por um Estado no seu território ou noutro local a um indivíduo que a solicita”⁴. Contudo, o instituto do asilo adivinha-se muito mais denso do que aqui se intui, como perceberemos adiante. Prevenimos ainda para que não se confunda esta figura com o estado de *exílio*, porquanto um exilado é *condenado ao exílio* pelo próprio Estado ou, abandonando-o voluntariamente, o faz num contexto de isolamento social⁵.

O asilo é um mecanismo protecional de inspiração constitucional e que se materializa no estatuto de refugiado. Contudo, no ordenamento jurídico em vigor, não há espaço para requerentes de asilo, mas antes *requerentes de proteção internacional*, que podem beneficiar do *estatuto de refugiado*, concedido pelo instituto de asilo, ou obter *estatuto de proteção subsidiária*, por via do instituto jurídico que constitui o objeto do nosso trabalho⁶.

³ Cfr. Andreia Sofia Pinto OLIVEIRA, *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa: Âmbito de Protecção de um Direito Fundamental*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p.19

⁴ Cfr Ana Rita GIL, “Asilo” – *in Enciclopédia de Direito Internacional*. Coimbra, Almedina, 2011, p.61.

⁵ “Exílio: s. masc. 1. Local onde uma pessoa está exilada. 2. Medida que consiste em expulsar alguém para fora do seu país com proibição de lá voltar; situação que daí resulta. 3 Situação de alguém que é obrigado a viver num local diferente daquele em que vive habitualmente, onde gosta de viver”. Cfr. Enciclopédia Larousse. Vol. 8. Temas e Debates, 2007.

⁶ Cfr. respetivamente Artigo 2º/1 als. b), i) e j) da Lei n.º 26/2014 de 5 de Maio, que procede à primeira alteração da Lei n.º 27/2008 de 30 de Junho.

Um *refugiado* é, *lato sensu*, um *migrante forçado*, cuja vida se encontra em risco e a fuga é a única forma possível de a preservar. Escusamo-nos invocar a sua noção jurídica, uma vez que será alvo de análise já no capítulo seguinte.

No que concerne ao conceito de *estrangeiro*, este afere-se pela negativa, com auxílio da Lei da Nacionalidade que define quem é cidadão nacional⁷. Assim, um estrangeiro será aquele que é nacional de outro país.

Por fim, por *apátrida* entende-se ser “a pessoa que nenhum Estado considera como seu nacional por efeito da lei”, como firma o Artigo 1º/1 da *Convenção relativa ao Estatuto dos Apátridas*, de 1954⁸.

No decorrer desta investigação procederemos, pontualmente, à determinação de outros conceitos que justifiquem esse exercício.

2– A Convenção de Genebra de 1951 e Protocolo Adicional de 1967

A nossa demanda pelo estudo da figura jurídica da proteção subsidiária obriga-nos, por rigor metodológico e imperativos de consciência, a dissecar primeiramente a Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, alterada em 1967 pelo Protocolo Adicional assinado em Nova Iorque.

Este exercício de reflexão é facilmente justificado por razões de vária ordem.

A primeira delas prende-se com o facto de, volvidos mais de 60 anos após a assinatura deste instrumento jurídico internacional, a Convenção continuar a configurar a pedra basilar do *Direito Internacional dos Refugiados*. Sem prejuízo de terem surgido vários diplomas de carácter regional regulando os vários aspetos respeitantes à condição dos refugiados, os quais analisaremos com maior acuidade num momento posterior desta dissertação, esta Convenção constitui o diploma jurídico de maior alcance atualmente em vigor.

Por outra via, a situação geopolítica mundial que se vivia nas décadas de 40 e 50 era inédita e marcou de forma indelével a redação daquele texto, como veremos seguidamente.

⁷ Cfr. Artigo 1º da Lei n.º 37/81 de 3 de Outubro.

⁸ Note-se que em diversas circunstâncias os apátridas são considerados numa noção alargada de estrangeiro, mas por uma questão de rigor terminológico decidimos evidenciar aqui esta diferença.

Justifica-se também esta primeira análise para que tentemos perceber como permitiu a comunidade internacional que este instrumento jurídico, com mais de meio século (e trespassada por uma conjuntura mundial absolutamente distinta), conheça apenas um protocolo adicional que o atualizou, sem ter sofrido qualquer alteração ulterior. Ainda que seja um diploma válido e eficaz, está ferido de falhas que diversos fatores têm vindo, a colocar a nu e a agudizar.

Esta primeira análise mais cuidada facilitará a compreensão de algumas questões controvertidas com as quais nos cruzaremos ao longo desta investigação.

2.1 – O Contexto Geopolítico

Reflexo claro das tensões vividas à escala global, a Convenção de Genebra relativa ao estatuto dos refugiados só poderá ser bem entendida na medida em que compreendamos o contexto tumultuoso em que emergiu.

Na década de 50, o mundo esforçava-se por sarar as profundas feridas deixadas pela Segunda Guerra Mundial, enquanto, simultaneamente, sucumbia ao clima de Guerra Fria.

Ambos os acontecimentos implicaram transformações à escala global e geraram repercussões inéditas e profundas, que ainda hoje se fazem sentir. Nos anos anteriores, a Segunda Grande Guerra - que tinha dividido as forças militares mundiais entre a Aliança do Eixo e dos Aliados – manchara de sangue a história mundial. Estima-se que o conflito tenha provocado entre 50 a 70 milhões de mortos, entre os quais um milhão e meio a quem foi roubada, antes da vida, a sua condição humana, nos campos de extermínio nazi. Esta conjuntura criou, em 1945, uma incomensurável sede de paz e a necessidade premente de assegurar que a humanidade nunca mais se humilhariam a si própria.

É esta necessidade de “reafirmar a (nossa) fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana”⁹ que faz surgir a Organização das Nações Unidas, como que acalentando a esperança da paz mundial definitiva. Este ímpeto da comunidade internacional é transposto, de resto, para a *Carta das Nações Unidas* de 1945 e para a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*¹⁰.

⁹ Cfr. Preâmbulo da Carta das Nações Unidas de 1945.

¹⁰ Para mais desenvolvimentos acerca da criação da Organização das Nações Unidas, *Vide*, Maria do Céu PINTO, *O Papel da ONU na Criação da Nova Ordem Mundial*, Lisboa, Prefácio, 2010.

Não obstante todas estas pretensões, a realidade mostrava que a concretização do sonho da paz seria mais complexa do que o desejado. As tensões militares mantinham-se e a Guerra Fria lembrava quão frágil era ainda a paz conseguida com o final da Segunda Grande Guerra¹¹. Na verdade, os conflitos não tinham cessado no mundo, então excisado por uma *cortina de ferro*¹².

Este clima redundou na maior crise de refugiados da história mundial. Um total superior a 40 milhões de pessoas deslocadas clamavam proteção urgente e impunha-se uma resposta global, eficaz e duradoura, porquanto nenhuma das soluções até aí forjadas pela comunidade internacional tinha sido capaz de o fazer como, de resto, veremos¹³.

As tensões políticas, bem como as necessidades prementes dos povos em fuga, acabariam por marcar inevitavelmente os trabalhos da Convenção, tal como o texto do documento deixa refletir.

2.2 – Os Primeiros Passos na Tutela Jurídica Internacional dos Refugiados

O rumo da História impôs que o caminho da proteção internacional dos refugiados começasse a ser percorrido vários anos antes de conhecermos o diploma base dessa proteção, isto é, a Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto Dos Refugiados.

Ainda que a recente crise de refugiados do mediterrâneo – e a sua consequente mediatização – nos faça crer erroneamente que este é um acontecimento particular dos nossos tempos, é crucial ter presente que as migrações forçadas marcaram todas as fases da nossa História¹⁴. Foi, contudo, o século XX que abriu as portas da tutela jurídica internacional a estas pessoas em situação especialmente vulnerável. Os primeiros esforços foram feitos nos anos seguintes à I Guerra Mundial, com a recém - criada Sociedade das Nações, mas foi necessário o

¹¹ Para mais desenvolvimentos acerca deste período da História, *Vide*, John Lewis GADDIS, *The cold war: a new History*, tradução portuguesa de Jaime Araújo, *A Guerra Fria*, Lisboa, Edições 70, 2007.

¹² *Vide* o discurso do então primeiro-ministro britânico Winston Churchill, proferido a 5 de março de 1946 no Westminster College, na cidade de Fulton, Missouri, nos Estados Unidos, que celebrou esta expressão.

¹³ Cfr. ACNUR, *The state of the world's refugees 2000 - fifty years of humanitarian action*, tradução de Isabel Galvão, *A situação dos refugiados no mundo - cinquenta anos de acção humanitária*, Nova Iorque, ACNUR, 2000, P. 13.

¹⁴ Na cultura ocidental cristã Jesus, Maria e José são tidos como exemplo paradigmático de uma família de refugiados, que viveu há mais de dois mil anos. Cfr. Mt 2, 13-16.

Para um recorte mais aprofundado dos fluxos de refugiados anteriores ao Século XX *Vide* José H. Fischel de ANDRADE, *Direito internacional dos Refugiados: evolução histórica 1921-1952*, Rio de Janeiro, Renovar, 1996, p.7-14.

segundo grande conflito mundial para que esta proteção adquirisse um âmbito efetivamente universal.

A preocupação com os refugiados ganhou, assim, relevância com a criação da Sociedade das Nações, em 1920, ainda que de forma débil. À época, foram nomeados diversos Altos Comissários, com a missão de se encarregarem de grupos de refugiados específicos, como foi o caso dos armênios, russos ou assírios¹⁵. Mas, com vista ao estabelecimento de uma coordenação geral de todos estes grupos específicos, foi eleito o Alto Comissário para os refugiados Fridtjof Nansen, que se tornaria uma referência no Direito Internacional dos refugiados até aos nossos dias. Das suas inúmeras medidas, salienta-se o *Passaporte Nansen*, o primeiro documento de identificação dos refugiados reconhecido internacionalmente e que viria a facilitar a circulação de milhares de pessoas¹⁶.

Num momento posterior, surge em 1943 que surgiu a Administração das Nações Unidas para o Auxílio e o Restabelecimento (doravante ANUAR). Esta entidade nasceu pela vontade das potências aliadas, com um âmbito de atuação bastante lato, com competência para assistir não só os refugiados, mas todos os deslocados de guerra. Este constituiu, porventura, um fardo demasiado pesado para uma organização impreparada que não foi sempre capaz prosseguir os objetivos a que se tinha proposto, nomeadamente no período *pós - guerra*¹⁷.

Já sob a égide da recém-criada Organização das Nações Unidas (doravante ONU), foi erguida em 1947 a Organização Internacional dos Refugiados (doravante OIR). Com o ímpeto de resolver as questões que tinham ficado pendentes com a extinção do ANUAR, a OIR nasceu com termo de óbito. Esta organização foi criada com um mandato de 3 anos, ao fim dos quais, perspetivava-se, o seu programa teria sido totalmente concluído. Apesar de a meta estabelecida acabar por se revelar inalcançável, era claro que esta entidade se pautava por linhas distintas da sua precedente. A esta altura, a prioridade já não residia no *repatriamento*, mas antes na *reinstalação* dos refugiados, tal como deixava implícita a resolução da Assembleia Geral da ONU que instituiu a OIR¹⁸.

¹⁵ *Ibidem*, p. 150 e ss.

¹⁶ Cfr. Angela HEGARTHY e Siobhan LEONARD, *Human Rights – An Agenda For The 21st Century*, 1999, tradução portuguesa de João C. S. Duarte, *Direitos do Homem – Uma Agenda Para o Século XXI*, Lisboa, Instituto Piaget, 2003, p. 467.

¹⁷ Cfr. ACNUR, *The state of the world's refugees 2000 - fifty years of humanitarian action... Op. Cit.* P. 14 e 16.

¹⁸ Cfr. Resolução da AG da ONU (8/1) § (c) (ii), 12 de Fevereiro de 1946.

De mãos dadas com a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, nasceu o Alto Comissariado Das Nações Unidas Para Os Refugiados (doravante ACNUR). Estas duas bases de tutela dos refugiados configuravam a primeira estrutura formal de resposta às necessidades prementes neste âmbito. Por isso, e no seguimento do estudo deste instrumento jurídico base, é incontornável a referência à entidade que até aos dias de hoje promove a sua aplicação, bem como ao estatuto jurídico que a regulamenta e que, ademais, inspirou fortemente a redação da Convenção.

2.2.1 – O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados

Depois de revisitarmos o tempo em que se desenvolveram os primeiros esforços de proteção internacional dos refugiados, não causa estranheza que o processo de criação do ACNUR tenha andado longe da passividade, mas todas as tensões que se viviam à época redundaram, enfim, na aprovação da sua criação na Assembleia Geral da ONU em Dezembro de 1949¹⁹. A votação expressa de forma clara a dificuldade de concordância na eleição deste órgão: 36 votos a favor, 5 contra e 11 abstenções²⁰.

No que concerne à natureza jurídica deste órgão, ele é subsidiário à Assembleia Geral da ONU *ex vi* Artigo 22º Carta das Nações Unidas²¹.

À semelhança da OIR, o ACNUR nasceu com um mandato limitado de três anos, mas desde logo se percebeu - nomeadamente pelos escassos recursos financeiros que lhe eram consignados - que seria hercúlea a tarefa de, a breve trecho, solucionar o desafio dos refugiados na Europa.

Apesar deste estreito limite temporal, o Alto Comissariado conseguiu desenvolver um relevante trabalho com os refugiados nos seus primeiros tempos de existência e continua,

Os números ilustram isto mesmo: Durante o mandato da OIR foram reinstaladas mais de 1 milhão de pessoas, sendo que apenas 73 mil foram repatriadas. Ainda assim, chegados ao final de 1951 e ao término das funções da OIR, o problema dos refugiados estava longe de ter cessado. Na Europa havia cerca de 400.000 refugiados. Cfr. ACNUR, *The state of the world's refugees 2000 - fifty years of humanitarian action... Op. Cit.* P. 18.

¹⁹ Referimo-nos à Resolução da AG da ONU 319 (IV), de 3 de Dezembro de 1949. O ACNUR entrou em funções em 1 de Janeiro de 1951.

²⁰ Cfr. ACNUR, *The state of the world's refugees 2000 - fifty years of humanitarian action... Op. Cit.* P. 19.

²¹ Artigo. 22º da Carta das Nações Unidas: "A Assembleia Geral poderá estabelecer os órgãos subsidiários que julgar necessários ao desempenho das suas funções".

volvidos mais de 60 anos a desde a sua criação, a configurar um verdadeiro guardião do Direito Internacional dos Refugiados²².

Estamos em crer que tal se deve a uma ordem de razões plasmadas no seu estatuto jurídico²³. Desde logo, o estabelecimento do seu “carácter totalmente apolítico” foi vital para o sucesso do ACNUR nos atribulados períodos da Guerra Fria²⁴. O mesmo ponto acrescenta ainda que o seu carácter será “humanitário e social”. É, portanto, imposta uma separação entre motivações políticas e humanitárias que, a nosso ver, em muito contribuiu para a prossecução da missão desta entidade²⁵. Esta desdobrou-se em objetivos como a concessão de proteção internacional aos refugiados e a busca de soluções permanentes para a resolução deste problema, trabalhando em articulação com os Estados de forma a facilitar o seu repatriamento ou reinstalação.

O capítulo II do diploma estatutário do ACNUR revela-se igualmente importante para o nosso estudo. Com efeito, o disposto no ponto 6 (ii) serviu de inspiração à formulação do principal e mais controverso Artigo da Convenção de Genebra de 1951, referente à noção de refugiado²⁶.

2.3 - Os trabalhos Preparatórios e a redação Final

Em 1947, a Comissão de Direitos Humanos da ONU aprovou uma Resolução que manifestava a intenção de formular um estudo prévio com vista à criação de um “estatuto jurídico das pessoas que não gozam da proteção de qualquer governo, nomeadamente enquanto aguardam a aquisição da nacionalidade no que diz respeito à sua proteção jurídica e social e à

²² Esta missão foi-lhe reconhecida desde a primeira hora pela própria Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, como estatui o seu Artigo 35º.

²³ O Estatuto jurídico do ACNUR foi aprovado pela Resolução 428 (V) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 14 de Dezembro de 1950.

²⁴ Cfr. a primeira parte do Ponto 2 do Capítulo I do Estatuto do Alto Comissariado Das Nações Unidas Para Os Refugiados.

²⁵ A doutrina diverge neste ponto. Alguns analistas consideram esta dimensão apolítica útil mas ilusória, enquanto outros argumentam que, devido à sua natureza jurídica, o ACNUR não poderá ser, inteiramente independente. Sobre estas posições *Vide*. G. LOESCHER, ‘American Foreign Policy, International Politics and the Early Development of UNHCR’, relatório apresentado na conferência “The Uprooted; Forced Migration as an International Problem in the Pos-War Era” entre 19 e 21 de Agosto de 1988, pág. 2-3; G. J. L. COLES, *Conflict and Humanitarian Action: An Overview*, Genebra, ACNUR 2003, *apud*. ACNUR, *The state of the world's refugees 2000 - fifty years of humanitarian action ... op cit.* P. 22

²⁶ Por brevidade de discurso, falham-nos aqui algumas considerações importantes para uma cabal compreensão do papel do ACNUR. Veja-se as contribuições de diversos autores, nomeadamente de B. S. CHIMNI, *International refugee Law - a reader*, Nova Deli, Sage Publications, 2000, p. 210 a 264 e ainda Volker TÜRK, “The role of UNHCR in the development of international refugee law” *in* Frances NICHOLSON e Patrick TWOMEY, *Refugee Rights and Realities – evolving international concepts and regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 153 a 248.

sua documentação¹¹²⁷. Neste sentido, o Conselho Económico e Social solicitou ao Secretário Geral a realização de um estudo, que culminou no *Estudo sobre apátridas*, que recomendou a realização de uma Convenção²⁸. Estava assim lançada a primeira pedra desta histórica construção.

Entre a primeira sessão da Comissão *ad – hoc*, realizada entre 16 de Janeiro e 16 de Fevereiro de 1950 e a 2ª sessão, que aconteceu entre 14 e 25 de Agosto, correram 7 meses de intensa discussão, avanços, recuos e negociações na formulação da Convenção²⁹.

Uma das questões de difícil consenso aquando da formulação do preâmbulo dizia respeito à referência expressa ao *direito de asilo*. Alguns países – dos quais se destaca a França – partilhavam o entendimento de que a menção a este direito devia constar da Convenção, justamente com a referência ao Artigo 14º da Declaração Universal Dos Direitos Do Homem (doravante DUDH), que consagra este mesmo direito³⁰. Ainda assim, esta proposta não colheu aprovação e a única referência ao instituto jurídico do asilo que se encontra no diploma prende-se com os pesados encargos que daí poderão advir para os Estados³¹. Tal disposição vai, de resto, ao encontro da expressa vontade da França – à época com grande carga de refugiados da guerra civil espanhola – de se patentear a consideração pelos Estados de acolhimento sobrecarregados³².

Como sublinha WEIS, o preâmbulo colhe especial relevância no âmbito da estrutura da Convenção. Conquanto não sejam vinculativos, os considerandos configuram uma fonte de auxílio para a interpretação das disposições do articulado³³.

Ainda assim, o ponto principal da convenção redundou na redação do primeiro Artigo – a formulação da noção de refugiado. A consciência, por parte dos Estados, de que as obrigações decorrentes da Convenção os vinculariam, conduzia a que eles tentassem formular os conceitos

²⁷ Doc. E/600 –parágrafo 4-6, apud Paul WEIS, *The Refugee Convention of 1951: The travaux preparatoires analysed*, Cambridge University Press, XIX, 1995 P. 10 [Tradução livre].

²⁸ Referimo-nos ao estudo publicado em Agosto de 1949 cujo título original é “A study of statelessness”. Disponível em <http://www.refworld.org/pdfid/3ae68c2d0.pdf>. [15.01.2016].

²⁹ A propósito desta Comissão Ad Hoc, Vide: Paul WEIS, *The Refugee Convention of 1951: The travaux preparatoires analysed...Op. Cit.* P. 10 e 11.

³⁰ Estatui o Artgo 14º/1 da DUDH que “toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países”.

³¹ Cfr. 4º Considerando da Convenção Relativa ao Estatuto dos refugiados de 1951.

³² Cfr. Paul WEIS, *The Refugee Convention of 1951: The travaux preparatoires analysed... Op. Cit.* p. 15 e ss.

³³ *Ibidem*, p. 32.

de forma a abranger apenas aqueles que eles estariam dispostos a proteger³⁴. A dicotomia residia entre a perspectiva americana, que defendia um conceito estrito e a perspectiva europeia, que defendia um conceito amplo, ainda que sem verdadeiro consenso sobre uma noção concreta entre estes países. HATHAWAY oferece-nos uma súmula das cinco linhas caracterizadoras desta no o. A primeira delas   restri o do estatuto de refugiado apenas àquelas pessoas que tenham transposto a fronteira do seu país ou, sendo apátridas, que tenham abandonado o país de residência habitual. Acresce que essas pessoas deverão estar em *risco efetivo* - o risco deve ser passível de ser provado com factos objetivos – que cause sérios danos e que o país de origem não possa prevenir.   imperativo que este risco de persegui o esteja relacionado com a raça, religião, nacionalidade, opinião política ou filia o em certo grupo social. Por fim, o pedido para a obten o de estatuto de refugiado tem de ser legítimo, isto  , deve verificar-se uma “genuína necessidade” de prote o³⁵.

Como tivemos oportunidade de referir no ponto anterior, esta no o – que ficou marcada pela imposi o de um limite temporal – foi colher inspira o ao Artigo 6  (ii) do Estatuto do ACNUR.

A versão final da Conven o está organizada por capítulos. O capítulo I primeiro   preenchido pelo conjunto de direitos e obriga es reconhecido a todo e qualquer refugiado. No capítulo II está plasmada a situa o jurídica do refugiado³⁶. Seguidamente, as normas contidas nos capítulos III e IV, regulam o exercício de atividades profissionais e os direitos sociais (como sejam o acesso ao alojamento ou educa o)³⁷. Segue-se o capítulo V, reservado   matéria administrativa, no qual encontramos duas disposi es de particular relevância: o Artigo 28  consagra o importante *Passaporte Nansen* (referido supra), e o Artigo 33  salvaguarda o princípio *non-refoulement*, uma das traves mestras do Direito Internacional dos Refugiados que proibe a expulsão ou repulsão para um território “onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçados em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filia o em certo grupo social ou

³⁴ Cfr. James HATHAWAY, “The law of refugee status” in B. S. CHIMNI, *International refugee law: a reader*, Nova Deli, Sage Publications, 2000. P. 13.e 14.

³⁵ *Ibidem*, p. 15.

³⁶ Para além de remeter para a lei ordinária a regula o do estatuto pessoal do refugiado, este capítulo prende-se também com os direitos de propriedade, associa es e acesso aos tribunais.

³⁷ Cfr. Arts. 21  e 22  da Conven o Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951.

opiniões políticas”³⁸. Por seu turno, o capítulo VI estabelece a cooperação entre os Estados Parte e o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, bem como a relação desta Convenção com os diplomas jurídicos então em vigor.³⁹ O último capítulo inclui as cláusulas finais da Convenção.

O articulado que ora analisamos foi, por fim, adotado em Genebra, em 28 de Julho de 1951, aquando da assinatura da Ata Final, depois da conferência de plenipotenciários convocada pela resolução 429 (V) da Assembleia Geral da ONU, de 14 de Dezembro de 1950.

2.3.1 – O Protocolo Adicional de 1967

Como referido acima, a aplicabilidade da Convenção é balizada pelo disposto no seu Artigo 1º - A (2). *Rectius*, o diploma original só é aplicado a quem se encontre nas situações descritas por virtude dos acontecimentos ocorridos antes de 1 de Janeiro de 1951. Por outra via, o ponto B do mesmo Artigo estabelece a possibilidade de cada Estado definir a amplitude geográfica, podendo abranger apenas refugiados europeus ou, também, provenientes de outros continentes.

Todavia, as condições temporais e geográficas do texto da Convenção só vigoraram até 1967. A 31 de Julho desse ano foi assinado em Nova Iorque um Protocolo Adicional que fazia cair por terra as aspirações da comunidade internacional de que o fluxo de refugiados se extinguisse com o final da Segunda Guerra Mundial. Novos motivos de fuga surgiam e essas vítimas de perseguição corriam o risco de não receber proteção internacional por se encontrarem fora do alcance da Convenção⁴⁰.

Assim, o Artigo 1-A da Convenção foi alterado através deste protocolo que estabelece que “para os efeitos do presente Protocolo, o termo «refugiado» deverá (...) significar qualquer pessoa que caiba na definição do Artigo 1º, como se fossem omitidas as palavras «como resultado de acontecimentos ocorridos antes de 1 de Janeiro de 1951 ...» e as palavras «...como resultado de tais acontecimentos», no Artigo 1-A (2)⁴¹.

³⁸ Para um estudo aprofundado do princípio de non-refoulement, V. Ana Isabel Soares QUINTAS, *O equilíbrio entre o princípio do non-refoulement e as cláusulas de exclusão do estatuto de refugiado: análise jurisprudencial*, Dissertação de mestrado em Direitos Humanos, Braga, 2012. Disponível em <http://hdl.handle.net/1822/28417> [15.01.2016].

³⁹ Cfr. Arts. 35º - 37º da Convenção Relativa ao Estatuto do Refugiado de 1951.

⁴⁰ Cfr. Os segundo e terceiro considerandos do Protocolo Adicional de 1967.

⁴¹ Cfr. Artigo I Protocolo Adicional de 1967.

Além disto, o número 3 do mesmo Artigo procede à eliminação dos limites geográficos que o texto original da Convenção permitia estabelecer, excetuando as declarações já feitas pelos Estados Parte.

Resta dizer que o processo de ratificação da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados por parte dos Estados adquiriu maior ritmo após a elaboração do Protocolo Adicional⁴².

2.4 – As Virtudes E As Falhas

A Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados foi, ao longo destas seis décadas de vigência na ordem jurídica internacional, objeto de diversos entendimentos que deram origem a uma vasta doutrina. Assim, são diversas as vozes que se erguem exaltando os predicados do texto, bom como a fazer notar as suas fragilidades.

A Convenção de 1951 está dotada de diversas características que lhe conferem um elevado valor jurídico.

Desde logo, deve salientar-se o carácter inovador das disposições ali vertidas. O facto de ter sido o primeiro instrumento jurídico de carácter universal dedicado inteiramente à tutela jurídica dos refugiados confere-lhe imediata relevância.

Ainda assim, o rol de fragilidades identificadas no diploma é mais extenso que o das suas virtudes.

Um dos aspetos mais controversos da Convenção apresentados pela doutrina internacional ao longo dos tempos, prende-se com a própria noção de *refugiado*, que se colhe no Artigo 1^a - A. Será este, de resto, o foco dos nossos maiores reparos. Versa o referido Artigo que:

“Para os fins da presente Convenção, o termo «refugiado» aplicar-se-á a qualquer pessoa:

(1) Que tenha sido considerada refugiada em aplicação dos arranjos de 12 de Maio de 1926 e de 30 de Junho de 1928, ou em aplicação das Convenções de 28 de Outubro de 1933 e de 10 de Fevereiro de 1938 e do Protocolo de 14 de Setembro de 1939, ou ainda em aplicação da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados.

(...)

⁴² Para conhecer detalhadamente o processo de ratificação da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados *Vide* https://treaties.un.org/Pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=V-2&chapter=5&Temp=mtmsg2&lang=en. [15.01.2016].

(2) Que, em consequência de acontecimentos ocorridos antes de 1 de Janeiro de 1951, e receando, com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a protecção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar.

No caso de uma pessoa que tenha mais de uma nacionalidade, a expressão «do país de que tem nacionalidade» refere-se a cada um dos países de que essa pessoa tem a nacionalidade. Não será considerada privada da protecção do país de que tem a nacionalidade qualquer pessoa que, sem razão válida, fundada num receio justificado, não tenha pedido a protecção do um dos países de que tem a nacionalidade”⁴³.

Grosso modo, diz-se aqui que é refugiado aquele que, num momento prévio, tenha sido como tal considerado *ou* quem se encontre fora do seu país de nacionalidade ou residência habitual e não possa a ele regressar por *fundado receio* de ser *perseguido* por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas⁴⁴.

É por demais evidente que esta noção nos oferece diversos *conceitos* – *chave* que reclamam uma aclaração. Para que se possa aferir do estatuto de refugiado, é imperativo conhecer o sentido e alcance de *fundado temor* e *perseguição*. Destarte, eis-nos perante a primeira das fraquezas da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, pois que a ausência da concretização destes conceitos constitui, a nosso ver, uma grave lacuna⁴⁵.

Compreendendo as dificuldades que resultariam da falta de concretização destes conceitos, o ACNUR veio oferecer à comunidade internacional algumas linhas de interpretação contidas no seu *Manual de Procedimentos e Critérios Para Determinar a Condição de Refugiado*. Relativamente à expressão *fundado temor*, o documento avança que *temor* traduz “um estado

⁴³ Cfr. Art. 1º A da Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951.

⁴⁴ Propositadamente ignoramos aqui o limite temporal estabelecido pela Convenção, por força do Protocolo Adicional de 1967 analisado no ponto anterior.

⁴⁵ Neste sentido V. Maria Teresa Ponte IGLESIAS, *Conflictos armados, refugiados y desplazados internos en el derecho internacional actual*, Santiago de Compostela, Tórculo Edicións, 2000, pg 72. Note-se que a autora vai mais longe na crítica, estendendo-a também à omissão latente no Protocolo Adicional de 1967 e no Estatuto Jurídico do ACNUR.

de espírito e uma condição subjetiva”⁴⁶, mas apenas juridicamente relevante quando “esse estado de espírito seja baseado numa situação objetiva”⁴⁷.

No que diz respeito à noção de *perseguição*, esta resulta numa *vexata quaestio*. Com efeito, não foi possível reunir consenso na adesão a uma definição concreta de perseguição. Ainda assim, o manual remete-nos para o Artigo 33º da Convenção, que modela o Princípio de *non-refoulement* ou não repulsão, (tal como referimos supra). Através de uma breve interpretação deste Artigo, conjugado com o Artigo 1º, 1.A (2), pode concluir-se que a ameaça à vida ou à liberdade em virtude da raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou por pertencer a um certo grupo social é sempre perseguição. Outras violações graves aos direitos humanos - pelas mesmas razões - constituiriam também perseguição⁴⁸.

No plano doutrinal, JAMES HATHAWAY oferece-nos uma noção geral de perseguição, que partilhamos, de acordo com a qual constituirá perseguição “toda a violação continuada dos Direitos Fundamentais da pessoa, resultante da ausência de uma proteção estatal efetiva”⁴⁹.

Entre nós, JOSÉ MANUEL PUREZA considera que esta indeterminação de conceitos - que abre margem a uma certa discricionariedade - resulta num claro benefício para os países ocidentais, em detrimento de outros que porventura tenham mais encargos no acolhimento de refugiados⁵⁰.

Prosseguindo com a nossa demanda pelas virtudes e falhas da Convenção, invocamos novamente a situação geopolítica que se vivia ao tempo da sua redação. Na senda do que discorreremos atrás, é possível asseverar que esta noção, *europeísta* e fruto da Guerra Fria, já não responde às exigências atuais inerentes ao Direito Internacional dos Refugiados. Bem sabemos que, volvidos mais de 60 anos, as rotas de refugiados e as suas motivações de fuga alteraram-se

⁴⁶ ACNUR, *Manual de Procedimentos e Critérios Para Determinar a Condição de Refugiado de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados*, ACNUR, Brasil, 2004. P. 20. Disponível em http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/Manual_de_procedimentos_e_critérios_para_a_determinacao_da_condicao_de_refugiado.pdf?view=1 [15.01.2016].

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Ibidem* P. 17.

⁴⁹ Cfr. James HATHAWAY, “The law of refugee status” in B. S. CHIMNI, *International refugee law: a reader ... op. cit.* p. 101. [Tradução livre].

⁵⁰ Cfr. José Manuel PUREZA, “Um Conceito Amplo de Refugiado: um desafio do tempo presente”, intervenção no Workshop sobre o Novo Regime Jurídico de Asilo em Portugal, que decorreu na Universidade de Coimbra em 30 de Maio de 1997, pt. 3. Disponível em http://www.cidadevirtual.pt/acnur/acn_lisboa/nriap/ii-2.html. [15.01.2016].

de forma drástica, pelo que inferimos sem dificuldade que a noção atualmente em vigor pode apenas fazer face a uma parte dos problemas surgidos no âmbito das migrações forçadas⁵¹.

JOSÉ MANUEL PUREZA destaca também a formulação do Artigo, que considera, “pouco neutra” e propensa à condenação do bloco soviético⁵².

No seguimento do que acaba de ser dito, cabe assumir que este texto não confere qualquer forma de proteção aos que padecem violações graves e flagrantes de Direitos Humanos ou que são alvo de violência generalizada⁵³. Nesta linha segue também PUREZA que critica a visão restritiva dos Direitos Humanos que podem ser motivo de perseguição para efeitos de obtenção do estatuto de refugiado à luz do Artigo 1º - A (2) da Convenção⁵⁴. Em jeito de prolepse, não podemos deixar de fazer notar que é esta fenda do texto da Convenção de Genebra de 1951 que abre caminho ao Instituto jurídico da proteção subsidiária que tentou - num primeiro momento no seio dos Estados e posteriormente no âmbito comunitário - colmatar esta lacuna como veremos adiante.

Por fim, apontamos a incapacidade de a Convenção de Genebra de 1951 na obtenção de um carácter verdadeiramente universal, na medida em que alguns dos países que assumem hoje particular relevância geoestratégica na rota dos refugiados não são signatários do diploma, como sejam a Arábia Saudita, entre outros da região do golfo pérsico.

No decorrer das análises que foram avançadas ao longo dos tempos, a doutrina desenvolveu e acolheu a via das *políticas integradoras*, conquanto se assista a um angustiante avanço em sentido inverso, quando diariamente a eficácia da tutela jurídica dos refugiados é levada ao limite pela produção legislativa dos Estados em matéria de fronteiras e asilo⁵⁵.

⁵¹ Cfr. María Teresa Ponte IGLESIAS, *Conflictos armados, refugiados y desplazados internos en el derecho internacional actual... Op. Cit.* Pg 77.

⁵² José Manuel PUREZA, “Um Conceito Amplo de Refugiado: um desafio do tempo presente”, intervenção no Workshop sobre o Novo Regime Jurídico de Asilo em Portugal... *Op. Cit.* Pt. 3.

⁵³ Ainda que alguma doutrina possa considerar que esta noção é suficientemente ampla para integrar os desocados que são vítimas dessas situações, a prática dos Estados tem ido no sentido de fazer uma interpretação restritiva do conceito, pelo que este conjunto de pessoas não recebe, de facto, proteção à luz da Convenção.

⁵⁴ *Ibidem*, Pts .4 e 5. No mesmo sentido *Vide* María Teresa Ponte IGLESIAS, *Conflictos armados, refugiados y desplazados internos en el derecho internacional actual...Op. Cit* p. 79.

⁵⁵ O “muro” de arame farpado recentemente construído pela Hungria é um gritante exemplo paradigmático da ação dos Estados em lidar com a nova crise de refugiados a que se assiste na Europa.

3 – Outros instrumentos jurídicos de carácter universal

Imediatamente antes de tecermos quaisquer considerações acerca da proteção dos refugiados nos diversos pólos regionais, trazemos à colação outros diplomas que, conquanto não se situem no âmago do Direito Internacional dos Refugiados, colaboram na construção das suas veredas.

Desde logo, lançamos mão da *Declaração Universal dos Direitos do Homem*, que consagra o direito de asilo no seu Artigo 14º. A controversa inclusão deste direito na DUDH reveste especial importância por se tratar de um dos documentos de maior influência no âmbito dos Direitos Humanos, ainda que não tenha força vinculativa⁵⁶. Como bem sabemos, são sempre violações de direitos humanos que estão na origem da fuga dos requerentes de asilo. Ora, incluir neste elenco o direito de asilo seria admitir que algum outro direito ali consagrado viria a ser violado. Ainda assim, o direito de asilo foi reconhecido pela DUDH embora tenha ficado aquém no alcance que lhe era desejado, na medida em que ao direito das pessoas poderem procurar e obter asilo não corresponde qualquer dever de o Estado lhe conceder essa proteção. *Rectius*, qualquer pessoa pode procurar e obter asilo, mas este não lhe é, de *per se*, garantido⁵⁷.

Posteriormente à DUDH, seria expectável que o direito de asilo lograsse consagração num diploma vinculativo, mas tal não se veio a verificar⁵⁸. Contudo, em 1967, a Organização das Nações Unidas emitiu uma *Declaração de Asilo Territorial*⁵⁹. Ainda que se trate de *soft law*, este breve articulado veio desenvolver, fundamentalmente, o entendimento de que “a concessão de asilo (...) é um ato pacífico humanitário e que, como tal, não pode ser considerado um ato hostil por nenhum outro Estado”⁶⁰.

O Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (doravante PIDCP) confere uma proteção indireta – e bastante tênue – aos refugiados nos seus Artigos 12º e 13º⁶¹. Aqui, são

⁵⁶ A DUDH é rotulada de “Magna Carta do Mundo” (HUMPHREY) ou “pedra angular das Nações Unidas” (S. JOÃO PAULO II). Cfr. Angela HEGARTHY, *Human Rights – An Agenda For The 21st Century ... op. cit.* P. 27

⁵⁷ Sobre isto *Vide* Andreia Sofia OLIVEIRA, *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa: Âmbito de protecção de um direito fundamental... op. cit.* P.. 63 e 64.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 64.

⁵⁹ A Declaração das Nações Unidas Sobre O Asilo Territorial foi adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 14 de Dezembro de 1967, por via da Resolução N.º 2312 (XXII).

⁶⁰ Cfr. 4º Parágrafo do preâmbulo da Declaração das Nações Unidas Sobre O Asilo Territorial.

⁶¹ O Pacto surgiu no decurso da DUDH, numa tentativa de vincular as disposições daquela declaração. Foi adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de Dezembro de 1966 e entrou em vigor uma década mais tarde.

acautelados os direitos de livre circulação e proibição de expulsão de qualquer indivíduo que se encontre legalmente em algum Estado Signatário do PIDCP.

Também o *ius in bellum* se preocupa com a proteção dos refugiados. Destarte, a *IV Convenção de Genebra - Relativa à Proteção de Civis em Tempo de Guerra*⁶² reserva algumas disposições à proteção dos refugiados, ressaltando o Artigo 44.^o e o número 2 do Artigo 70^o⁶³. Para além disto, o Protocolo I Adicional às Convenções de Genebra considera, no seu Artigo 73^o, refugiados e apátridas como pessoas protegidas para efeitos e nos termos das disposições dos capítulos I e III da IV Convenção de Genebra⁶⁴.

Em jeito de conclusão, referimos os diplomas específicos da apatridia, que são a *Convenção relativa ao Estatuto dos Apátridas*, de 1954 (onde se pode encontrar a noção de apátrida, como já verificámos) e a *Convenção sobre a Redução dos Casos de Apatridia*, de 1961⁶⁵.

⁶² Adotada a 12 de Agosto de 1949 pela Conferência Diplomática destinada a elaborar as Convenções Internacionais para a Proteção das Vítimas da Guerra, reunida Genebra de 21 de Abril a 12 de Agosto de 1949 e com entrada em vigor no ano seguinte.

⁶³ Art. 44^o: “Ao aplicar as medidas de fiscalização mencionadas na presente Convenção, a Potência detentora *não tratará como estrangeiros inimigos*, exclusivamente na base da sua subordinação jurídica a um Estado inimigo, *os refugiados* que não gozem de facto da protecção de qualquer Governo”. Itálicos nossos.

Art. 70^o/2: “Os súbditos da Potência ocupante que, antes do início do conflito, tiverem procurado refúgio no território ocupado não poderão ser presos, processados, condenados ou deportados desse território, a não ser que infracções cometidas depois do início das hostilidades ou delitos de direito comum praticados antes do início das hostilidades, segundo a lei do Estado cujo território está ocupado, tivessem justificado a extradição em tempo de paz”.

⁶⁴A propósito do estatuto dos refugiados no âmbito do Direito Internacional Humanitário *Vide* Michel DEYRA, *Direito Internacional Humanitário*, Lisboa, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 2001, p. 125 e 126.

⁶⁵ Adotada em Nova York, em 30 de agosto de 1961 e com entrada em vigor em 13 de dezembro de 1975.

Capítulo II – Mecanismos regionais de proteção dos refugiados

Depois de uma primeira compreensão da estrutura firme do Direito Internacional dos refugiados, impõe-se uma análise mais específica, de forma a podermos perceber de que forma a Convenção de Genebra foi sendo interpretada e aplicada face às específicas necessidades das diversas regiões do mundo. Conciliando aquele instrumento jurídico com as circunstâncias políticas e culturais específicas de cada região, foram surgindo alguns instrumentos de carácter regional. Nas próximas linhas faremos uma breve abordagem às novidades oferecidas pela Convenção da Organização de Unidade Africana, que veio dar resposta às necessidades específicas de regulamentação dos refugiados em Africa. Seguidamente, debruçar-nos-emos sobre a Declaração de Cartagena formulada pelos países da América Latina e ainda faremos notar a existência de outros diplomas de menor alcance. Por fim, estudaremos com maior acuidade a evolução da proteção dos refugiados na Europa. Será este o caminho que nos guiará ao instituto jurídico da proteção subsidiária.

1 – Convenção da Organização de Unidade Africana de 1969

Enquanto a Europa começava a erguer-se das cinzas da Segunda Guerra Mundial, um novo fluxo de refugiados formava-se em África. Os conflitos que ali eclodiram em virtude dos movimentos de descolonização nas décadas de 60 e 70 - e que conduziram a deslocações forçadas em massa - obrigaram a que esta região do globo criasse os seus próprios mecanismos de proteção⁶⁶.

Foi neste sentido que a então designada Organização de Unidade Africana (doravante OUA), criada em 1963 para fazer face ao colonialismo, encetou trabalhos com vista à criação de um diploma jurídico de âmbito regional⁶⁷. Em 1969 surge, assim, a *Convenção da Organização de Unidade Africana que rege os aspetos específicos dos refugiados em África*⁶⁸.

A vontade de trazer à ordem jurídica esta Convenção configurou, *prima facie*, um assombro à Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados – à época já alterada pelo protocolo

⁶⁶ Note-se que, apesar de nos centrarmos nas décadas de 60 e 70, os primeiros refugiados, registados como tal, no continente africano, têm origem no Ruanda ainda em 1954. Cfr. André GUICHAOUA, *Exilés, réfugiés, déplacés en Afrique centrale et orientale*, Paris, Editions Karthala, 2004 P.23.

⁶⁷ James HATHAWAY, "The law of refugee status", *op. cit.* P. 118.

⁶⁸ Adotada pela Conferência dos Chefes de Estado e do Governo aquando da Sexta Sessão Ordinária em Adis-Abeba a 10 de Setembro de 1969. Entrou em vigor em 20 de Junho de 1974.

adicional de 1967 – que ainda media esforços para se impor à escala universal. Contudo, o convite por parte da OUA ao ACNUR para tomar parte dos trabalhos preparatórios do texto legal dissipou esses receios⁶⁹.

A Convenção Africana de 1969 foi sabiamente construída de forma a configurar, não uma ameaça, mas antes um complemento à convenção universal, na mesma medida em que tomou em linha de conta as circunstâncias concretas das necessidades dos refugiados e dos países de acolhimento que visava proteger⁷⁰. Destarte, este processo só poderia redundar numa relevante inovação jurídica na esteira do Direito Internacional dos Refugiados⁷¹.

Os contributos da Convenção de 1969 são notados logo no Artigo I que consagra a noção de refugiado. Conquanto o número 1 deste Artigo mantém a noção da Convenção de 1951, o número 2 alarga consideravelmente aquela noção, ultrapassando as críticas que atrás dirigimos ao diploma internacional. Estatui o disposto que é também refugiado quem “devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigado a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutra parte fora do seu país de origem ou de nacionalidade”⁷². Ora, a questão controvertida que estudamos nesta investigação e à qual pretendemos apresentar uma resposta, cai por terra no âmbito regional africano. O escopo do instituto da proteção subsidiária, tal qual é concebido entre nós, é aqui aglutinado pelo próprio estatuto de refugiado, que abre as portas às vítimas de violência indiscriminada.

A sofisticação jurídica prossegue no Artigo seguinte, onde está consagrado o direito de asilo. É certo que não emerge daqui qualquer obrigação para os Estados contratantes, mas estes são instigados a “fazer tudo o que estiver ao seu alcance, no quadro das respectivas legislações, para acolher refugiados e assegurar a [sua] instalação”⁷³. Nas palavras de MARINA SHARPE “a Convenção de 1969 avança incrementalmente mas não consagra um direito individual ao

⁶⁹ Cfr. ACNUR, *The state of the world's refugees 2000 - fifty years of humanitarian action op. cit.* P. 59.

⁷⁰ Esta ideia torna-se clara ao perscrutarmos o preâmbulo da Convenção.

⁷¹ Ainda assim, este diploma é suscetível de críticas pelos equívocos interpretativos da noção de refugiado ali contida, bem como pelas omissões que o ferem. Neste sentido *Vide*, Marina SHARPE, “The 1969 African Refugee Convention: innovations, misconceptions and omissions”, in *McGill Law Journal*, Vol. 58, Setembro 2012, particularmente ps. 111 a 145. Disponível em <http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/5818395-581.art.Sharpe.pdf> [15.01.2016]

⁷² Cfr. n. 2 do Artigo I da Convenção OUA de 1969.

⁷³ Cfr. número 1 do Artigo II da Convenção da OUA de 1969.

asilos⁷⁴. No número 3 do mesmo Artigo é reforçado o princípio de *non-refoulement* e o número seguinte tem especial atenção ao fardo que o acolhimento de refugiados possa provocar aos países, permitindo, por isso, que se invoque a solidariedade entre os povos africanos.

Resta uma nota de louvor para o Artigo V, que dispõe acerca do repatriamento voluntário. Aqui, o carácter voluntário do repatriamento ganha “expressão incondicional” pela primeira vez no âmbito do Direito Internacional dos refugiados⁷⁵.

O valor da Convenção da OUA é inquestionável na medida em que, desde 1974 (aquando da sua entrada em vigor) e em conjugação com a Convenção de Genebra, tem oferecido ao ACNUR uma base sólida de apoio para o trabalho que esta entidade tem desenvolvido em África ao longo dos anos. Ademais, é referência para a proteção dos refugiados em geral, uma vez que os padrões que veio estabelecer são aplicados com regularidade noutras regiões do mundo⁷⁶.

Não obstante os baixos índices de desenvolvimento de grande parte dos países do continente africano, estes têm concedido aos países desenvolvidos grandes lições de solidariedade no esforço pelo acolhimento de grandes massas de pessoas deslocadas ao longo das últimas décadas.

2 – Declaração de Cartagena de 1984

Depois da entrada em vigor da Convenção Africana, a história voltava a mostrar que o fluxo de refugiados não era exclusivo de algumas partes do globo e, principalmente, que as necessidades dos deslocados extravasavam a proteção que lhes era conferida por via de Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951.

Na década de 80 estalavam guerras civis em três países da América Central. Entre os conflitos surgidos na Nicarágua, em El Salvador e na Guatemala, foram cerca de 2 milhões de pessoas que se viram obrigadas a fugir. Contudo, apenas 150 mil encontravam acolhimento na noção jurídica de refugiado, o que configurava uma situação verdadeiramente alarmante⁷⁷. Tal cenário espelhou-se nos relatórios anuais da Assembleia Geral dos Estados Americanos⁷⁸.

⁷⁴ Cfr. Marina SHARPE, “The 1969 African Refugee Convention: innovations, misconceptions and omissions”... *Op. Cit.* p. 105 [tradução livre].

⁷⁵ Cfr. ACNUR, *The state of the world's refugees 2000 - fifty years of humanitarian action ...op. Cit.* p. 60.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 61.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 132.

Conjugando esforços no sentido de dar resposta às preocupações que partilhavam, várias entidades reuniram entre 19 e 22 de Novembro de 1984 em Cartagena, na Colômbia. No *Colóquio sobre Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários*, foram levados à discussão os diversos pontos desta matéria. Tal discussão frutificou e deu à estampa a *Declaração de Cartagena*⁷⁹.

Adentramo-nos no documento firmado em Cartagena para conferirmos que este é pontuado por diversas particularidades. A primeira que nos apraz destacar é o facto de as primeiras conclusões promoverem não só a adesão dos países à Convenção relativa aos Refugiados de 1951 e respetivo Protocolo Adicional, mas também a harmonização das normas internas com as normas internacionais, de forma a facilitar a aplicação do documento. Ora, pelo nosso entendimento, esta é uma demonstração clara da importância conferida à Convenção de Genebra, que esta declaração de Cartagena não quer, de forma alguma, afastar, mas antes legitimá-la no contexto regional em que se insere⁸⁰.

Merece-nos igual atenção a terceira conclusão da Declaração. À semelhança da Convenção da OUA, e tomando-a como referência, é aqui alargada a noção de refugiado primeiramente estabelecida no diploma de 1951. Pode ler-se na Declaração que são tidos como refugiados, para além daqueles que integrem a noção da Convenção de Genebra, “as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública”⁸¹. Como facilmente podemos observar, também neste documento são ultrapassadas de forma brilhante as fragilidades da noção de refugiado positivada na Convenção de Genebra de 1951.

Ainda que não seja vinculativa, a Declaração de Cartagena trouxe contributos relevantes ao Direito Internacional dos Refugiados. As suas disposições foram de tal forma bem acolhidas

⁷⁹ Neste sentido, V. os seguintes documentos: OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9, p. 127; 1981-82. OEA/Ser.L/V/II.57, doc. 6 rev. 1, p. 134 et seq.; 1982-83. OEA/Ser.L/V/II.63, doc. 10, pps. 136 e 146. Note-se que já nestes documentos eram levadas em linha de conta as vítimas da violência generalizada.

⁸⁰ Não se julgue, porém, que este foi o primeiro diploma da América Latina dedicado à questão dos refugiados. O Tratado de Montevideo sobre Direito Penal Internacional, assinado em 1889 dedica os Artigos 15,º, 16º e 17º ao Asilo. Em 1954 surgiu a Convenção de Caracas sobre o Asilo Territorial.

⁸¹ Cfr. A Primeira e Segunda Conclusões da Declaração de Cartagena.

⁸² Cfr. A Terceira Conclusão da Declaração de Cartagena.

pelos países da América Central e América Latina, que muitos deles as incorporaram nas suas legislações nacionais⁸².

3 – Outros Instrumentos Jurídicos De Carácter Regional

Antes de perscrutarmos o desenvolvimento jurídico do direito europeu em matéria de refugiados, cabe referenciar outros diplomas regionais de menor alcance.

Mostra-nos a História que nenhuma região do Globo é imune ao fenómeno dos refugiados. Para além da Europa, África e América Latina, também na Ásia e nos países árabe as deslocações forçadas despoletaram a necessidade de criar um enquadramento jurídico aplicável aos migrantes forçados.

Refere MARIA TERESA IGLESIAS que “os conflitos no Bangladesh, Cambodja, China, India, Paquistão, Tailândia ou Vietnam provocaram um êxodo massivo de pessoas que tornaram o continente asiático num dos maiores produtores e recetores de refugiados”⁸³.

Impunha-se, portanto, o estabelecimento de normas aplicáveis neste quadrante jurídico. Foi neste sentido que surgiu, em 1966, um conjunto de princípios relativos ao estatuto e tratamento de refugiados. Os *Princípios de Bangkok* – assim conhecidos por aí terem sido adotados – são fruto da 8ª sessão da *Organização jurídica consultiva Asiático – Africana* (doravante AALCO). Este documento veio a sofrer alterações posteriores e foram-lhe apostas várias adendas. O texto final foi adotado em 2001 em Nova Delhi, na 40ª sessão da AALCO. Ressalta, aqui, a noção de refugiado que, embora seguindo na esteira da Convenção de Genebra, estende-se àqueles que “devido a agressão externa, ocupação, dominação estrangeira ou outros eventos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou a totalidade do seu país de origem ou nacionalidade, são obrigados a deixar o lugar da residência habitual, a fim de buscar refúgio noutra local fora do seu país de origem ou nacionalidade”⁸⁴.

⁸² Cfr. ACNUR, *The state of the world's refugees 2000 - fifty years of humanitarian action...* Op. Cit. p. 127. Note-se que Andreia Sofia OLIVEIRA considera que esta Declaração “converteu-se numa fonte espontânea e atípica de Direito Internacional em matéria de refugiados, pelas sua aceitação como conjunto de normas de referência na matéria”. Cfr, *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa: Âmbito de protecção de um direito fundamental...*, op cit. P.69.

⁸³ Cfr. M. Teresa IGLESIAS, *Conflictos armados, refugiados y desplazados internos en el derecho internacional actual...* op. Cit. p. 55 [tradução livre].

⁸⁴ Tradução livre do número 2 do Artigo I dos Princípios de Bangkok.

Mais recentemente, a *Declaração Sobre a Proteção de Refugiados e Pessoas Deslocadas no Mundo Árabe* veio abrir caminho à proteção dos refugiados numa particularmente complexa região do globo. Em Novembro de 1992, sob a égide do quarto seminário "Asylum and Refugee Law in the Arab World", um grupo de especialistas árabes reunido no Cairo desenvolveu e adotou esta Declaração, que traz à colação os instrumentos de carácter universal vigentes na ordem jurídica, bem como os diplomas de âmbito regional⁶⁵. No que diz respeito ao articulado, o Artigo 6º recomenda os Estados a adotarem um conceito amplo de refugiado, ainda que de forma cautelosa, escusando-se a adiantar qualquer proposta concreta para o alargamento da noção de refugiado existente.

Após dois anos da assinatura deste diploma no Cairo, eis que a Liga Árabe (doravante LA) adota a *Convenção de Regulação do Estatuto de Refugiado nos Estados Árabes*. Tomando como ponto de apoio a Declaração de 1992, foi desenvolvido um instrumento legal com força jurídica vinculativa. Mais uma vez, é a noção de refugiado aí plasmada que merece a nossa atenção. Ora, conquanto siga as referências da Convenção de Genebra, a segunda parte do Artigo 1º inova ao reconhecer como abrangidos pelo estatuto todos os migrantes forçados que tenham abandonado o país por invasões externas ou desastres ambientais "por causa de agressão sofrida, ocupação e domínio estrangeiro de tal país ou devido à ocorrência de desastres naturais ou eventos graves, resultando em grande perturbação no ordem pública em todo o país ou qualquer parte dele⁶⁶. Lamentavelmente, esta Convenção não foi ratificada até à data.

⁶⁵ Cfr. Considerandos N. 10 e 11 da Declaração.

⁶⁶ Cfr. Artigo 1º segunda parte, da Convenção da Liga árabe.

Não podemos deixar de fazer uma nota de louvor para a proteção dos que correntemente são identificados como *refugiados ambientais*. Para aprofundar este conceito V. Derek R. BELL, "Environmental refugees : What rights? Which duties?" in, *Res Publica: A Journal of Legal and Social Philosophy*, Vol. 10, N. 2, 2004.

4 – A Tutela Jurídica Dos Refugiados Na Europa

4.1 - Generalidades

As últimas linhas desta investigação deixaram patentes os contributos que os diversos quadrantes jurídicos regionais foram oferecendo ao Direito Internacional dos Refugiados no decorrer das últimas décadas. Com maiores ou menores esforços e consensos, em diferentes escalas de ousadia e alcance, merece-nos o nosso maior reconhecimento a predisposição de os diversos Estados quererem ir além da convenção universal para melhor responder às necessidades dos migrantes forçados. Os trabalhos desenvolvidos nos diversos pontos do globo, em escalas regionais, redundaram, na sua maioria, numa noção alargada da noção de refugiado e no estabelecimento direto entre a instituição do asilo e o estatuto jurídico de refugiado.

Todavia, nem todos caminharam ao mesmo ritmo ou sequer no mesmo sentido. A Europa – primeira beneficiária da Convenção relativa ao estatuto dos refugiados de 1951 – foi produzindo legislação bem menos expansiva e acolhedora do que aconteceu noutros pólos regionais, nomeadamente em África ou na América latina.

Se recuarmos às primeiras linhas desta investigação - e conseqüentemente a meados do século passado – recordaremos a ligação indelével existente entre a Europa e o Direito Internacional dos Refugiados. Sabendo que foi o fluxo de deslocações forçadas surgido no decorrer da Segunda Guerra Mundial que impulsionou o estabelecimento de normas reguladoras do estatuto dos refugiados, não podemos ignorar o ponto estratégico em que a Europa se encontrava à época dos conflitos mundiais. Nas sábias palavras de ADRIANO MOREIRA “ambas as guerras, a de 1914 - 1918 e a de 1939 - 1945, foram qualificadas de mundiais, com o esquecimento comum de acrescentar que foram mundiais pelos efeitos, mas exclusivamente ocidentais pelas causas”⁸⁷. Ademais, sublinhámos já o carácter europeísta da Convenção Relativa ao Estatuto dos refugiados de 1951, o que contribui de forma particular para o nosso interesse em perceber de que forma o diploma de direito universal se foi concretizando neste polo regional tão peculiar.

⁸⁷Cfr. Miguel Gorjão HENRIQUES, *Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2014 p.39.

Para que possamos compreender melhor o sentido das políticas migratórias do Velho Continente, cuja produção legislativa vincula Portugal, analisaremos de seguida o que no Conselho da Europa tem surgido em relação às matérias de asilo.

4.2 – Conselho da Europa

No rescaldo da Segunda Guerra Mundial – e em paralelo ao nascimento da Organização das Nações Unidas - os Estados europeus moviam-se no sentido de edificar uma organização que constituísse um garante dos direitos humanos em território europeu. Em resultado dessa movimentação foi fundado o Conselho da Europa, em 1949, que constitui aos nossos dias a mais antiga organização intergovernamental de carácter político, integrando 47 países de toda a Europa (entre eles, todos os membros da União Europeia)⁸⁸.

O papel preponderante que o Conselho da Europa tem tido na salvaguarda dos direitos humanos no âmbito regional desde há mais de 60 anos concretiza-se a dois níveis: desde logo, por via da *Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais* e, seguidamente, pelo *Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*.

4.2.1 – Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (doravante CEDH), tal como é comumente referenciada, foi adotada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e nasceu, fundamentalmente, da vontade dos países europeus em criar “um sistema que impossibilitasse a instalação de regimes ditatoriais e a renovação das atrocidades ocorridas durante a 2ª Guerra Mundial”⁸⁹. Entrou em vigor três anos mais tarde.

Como pode ler-se nos considerandos da Convenção, esta toma como ponto orientador a Declaração Universal dos Direitos do Homem – à época recém-nascida – e arroga o objetivo de

⁸⁸ Para além dos 47 Estados Membros, o Conselho da Europa conta ainda com 7 Estados observadores e uma delegação da União Europeia. Cfr. <http://www.coe.int/en/web/portal/european-union>. [15.01.2016]. Portugal tornou-se membro do Conselho da Europa em 1976. Antes dessa data não reunia as exigências impostas pelo estatuto jurídico do organismo.

⁸⁹ Cfr. Ireneu Cabral BARRETO, *Convenção Europeia dos Direitos do Homem: anotada*, 4ª ed, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal - Coimbra Editora, 2010, P.27.

“tomar as primeiras providências apropriadas para assegurar a garantia coletiva de certo número de direitos enunciados na Declaração Universal”⁹⁰.

O documento divide-se em três títulos (Direitos e Liberdades, Tribunal Europeu Dos Direitos do Homem e Disposições Diversas) onde estão dispostos os direitos inalienáveis que os Estados parte devem assegurar a quem se encontre sob a sua jurisdição, bem como a regulamentação do Tribunal Europeu que haveria de ser criado “ a fim de assegurar o respeito pelos compromissos que resultam (...) da Convenção e dos seus Protocolos”⁹¹. Tais Protocolos foram sendo apostos à Convenção com o fito de ampliar o conjunto de direitos protegidos ou afinar a estrutura funcional dos órgãos de controlo⁹².

O sucesso que este diploma tem desempenhado na salvaguarda dos direitos humanos deve-se, em parte, ao facto de a Convenção não estabelecer diferenças na aplicabilidade dos seus cânones entre cidadãos nacionais dos Estados Parte e estrangeiros, bastando que se encontrem sob jurisdição de algum Estado Membro⁹³.

Destarte, seria legítimo intuir que, do elenco de direitos tutelados pela Convenção Europeia, constasse alguma referência ao direito de asilo, de resto à semelhança do Artigo 14º da DUDH, analisado anteriormente. Porém, a Convenção Europeia não reconhece o direito de asilo ou dispõe sequer acerca da entrada, residência, ou expulsão de estrangeiros que se encontrem dentro das fronteiras de algum dos Estados Parte⁹⁴. Esta lacuna só poderá ser melhor entendida à luz do pensamento jurídico-político internacional da época, especificamente no que concerne à problemática dos refugiados. Pensava-se então que o fluxo de refugiados teria solução em breves anos após o término da Segunda Guerra Mundial. Ademais, a Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados, que à época já se desenhava, era perspetivada

⁹⁰ Cfr. o último Parágrafo do preâmbulo da CEDH.

⁹¹ Cfr. Artigo 19º da CEDH

⁹² Dos 14 protocolos que foram adicionados à CEDH, reveste especial importância o Protocolo N° 11, pelas importantes modificações que introduziu. Cfr. Ireneu Cabral BARRETO, *Convenção Europeia dos Direitos do Homem: anotada... Op cit.* P. 28.

⁹³ Tal decorre também do Artigo 3º do Estatuto do Conselho da Europa, que estabelece que “qualquer pessoa colocada sob a sua jurisdição deve gozar dos direitos do homem e das liberdades fundamentais” e ainda do Artigo 1º da CEDH que dispõe que “As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção”.

⁹⁴ Cfr, Ireneu Cabral BARRETO, *Convenção Europeia dos Direitos do Homem: anotada... Op. Cit.* P. 95.

como *lex specialis* na matéria, capaz de responder a qualquer necessidade. Estas linhas de pensamento levaram a que o direito de asilo não lograsse acolhimento na CEDH⁹⁵.

Não obstante o que acabamos de expor, o organismo europeu a que aludimos tem desempenhado um importante papel na forma como é garantida a proteção internacional nos seus Estados Membros e que se traduz particularmente na figura jurídica da proteção subsidiária. Com efeito, o seu surgimento com carácter vinculativo para os Estados no seio da União Europeia relaciona-se em larga medida com a interpretação jurisprudencial das disposições da CEDH, que a cada decisão foi colocando em evidência a importância de se conceber uma forma de tutela nos moldes da proteção subsidiária. Tal não decorre diretamente das disposições da Convenção, como se intui do que acabámos de referir, mas de forma indireta. Isto porque a Convenção consagra direitos e liberdades que poderão vir a ser violados se o Estado decretar expulsão de um indivíduo sob a sua jurisdição. Assim, o Conselho da Europa efetua uma proteção de *efeito ricochete* aos requerentes de asilo, ainda que a sua Convenção não preveja qualquer norma de tutela⁹⁶. O que acabamos de dizer encontra expressão na jurisprudência lavrada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

4.2.2 – O Tribunal Europeu Dos Direitos do Homem

A fim de concretizar o disposto no Artigo 19º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, foi constituído em 1959 o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante TEDH). O TEDH tem a missão de analisar as queixas apresentadas por pessoas singulares, grupos de indivíduos, organizações não-governamentais ou pessoas coletivas que aleguem violações da CEDH, depois de esgotadas todas as vias internas de recurso. É desta forma que este órgão de cúpula responde à missão de assegurar o cumprimento das disposições da Convenção pelos Estados. Neste sentido, as decisões lavradas pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem - nomeadamente entre a última década do século XX e a primeira do século XXI - têm oferecido aos Estados Membros do Conselho da Europa importantes *standards* de atuação face aos pedidos de asilo que recebem⁹⁷. Da vasta

⁹⁵ Cfr. Nuala MOLE e Catherine MEREDITH, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 2010. P. 10-12. Disponível em <http://www.refworld.org/pdfid/4ee9b0972.pdf> [15.01.2016].

⁹⁶ Cfr. Andreia Sofia Pinto OLIVEIRA, *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa: Âmbito de protecção de um direito fundamental...Op. Cit.* P. 67.

⁹⁷ Cfr. Nuala MOLE e Catherine MEREDITH, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, op. cit... P.19.

jurisprudência produzida, assinalamos quatro dos casos paradigmáticos que pautaram os passos deste caminho.

Em *Soering c. Reino Unido*,⁹⁸ um cidadão nacional alemão que estava detido no Reino Unido corria o risco de extradição para o Estado de Virgínia, nos Estados Unidos da América, onde enfrentaria acusações de duplo homicídio que conduziriam à condenação à morte e, por conseguinte, à permanência por vários anos no corredor da morte⁹⁹. Perante tal quadro, a defesa lançou mão do Artigo 3º da Convenção e considerou que tal situação expunha o requerente a um tratamento desumano e degradante, configurando, assim, uma violação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹⁰⁰.

Ora, pela primeira vez na história deste Tribunal, vinha à colação uma situação de extradição cuja eventual concretização colocaria em causa um direito acautelado pela convenção. O desafio último que se colocava aos jurados era o de apurar o alcance e limites da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Este acórdão marcou de forma indelével a jurisprudência europeia ao considerar que, sendo o objeto e finalidade da CEDH a proteção dos seres humanos de forma individual, exigia-se que as suas disposições fossem interpretadas de forma a que essa proteção resultasse prática e eficaz para os indivíduos¹⁰¹. Ademais, o caso *Soering* tornou-se também paradigmático no âmbito da proteção internacional, não só por inspirar o desenvolvimento da proteção subsidiária mas também por testar os limites da noção de *risco real*, muito pertinente nos critérios de elegibilidade para esta forma de proteção.

Dois anos mais tarde surge, em *Cruz Varas et. al. C. Suécia*, a primeira questão controvertida relacionada com um pedido de asilo¹⁰². O requerente, de nacionalidade chilena, havia efetuado um pedido de asilo às entidades suecas alegando perseguição por motivos

⁹⁸ Ac. *Soering c. Reino Unido*, Processo n.º. 14038/88, 7 de Julho de 1989.

⁹⁹ Cfr. Ac. *Soering c. Reino Unido*. § 11 e ss.

¹⁰⁰ Cfr. Ac. *Soering c. Reino Unido*. §. 76.

Art. 3º CEDH: “Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.”

¹⁰¹ Pode ler-se no Acórdão: “(...)where an applicant claims that a decision to extradite him would, if implemented, be contrary to Article 3 (art. 3) by reason of its foreseeable consequences in the requesting country, a departure from this principle is necessary, in view of the serious and irreparable nature of the alleged suffering risked, in order to ensure the effectiveness of the safeguard provided by that Article (art. 3) (...) In sum, the decision by a Contracting State to extradite a fugitive may give rise to an issue under Article 3. (...)there is no question of adjudicating on or establishing the responsibility of the receiving country, whether under general international law, under the Convention or otherwise. In so far as any liability under the Convention is or may be incurred, it is liability incurred by the extraditing Contracting State by reason of its having taken action which has as a direct consequence the exposure of an individual to proscribed ill-treatment.” Cfr. Ac. *Soering v. the United Kingdom*, §90 e §91.

¹⁰² Ac. *Cruz Varas et al. v. Suécia*, Processo n.º. 15576/89, 20 Março de 1991.

políticos. Já depois de a mulher o filho se lhe terem juntado, Cruz Varas viu o seu pedido de asilo recusado e recebeu ordem de expulsão. Perante isto, o requerente alegou que, regressando ao Chile, ficaria sujeito a prisão, atos de tortura e, por ventura, a morte. Destarte, o requerente seria exposto a atos contrários ao direito acautelado pelo Artigo 3^a da CEDH. Ainda assim, o requerente chegou mesmo a ser expulso, entrando a sua família em clandestinidade na Suécia.

Em *Vilvarajah c. Reino Unido*¹⁰³, a situação era muito semelhante à anterior, o que levou a uma decisão no mesmo sentido¹⁰⁴.

Ainda que, nestes casos, o TEDH tenha considerado não ter acontecido qualquer violação do Artigo 3^o da Convenção, o júri responsável pela situação controvertida em *Cruz Varas et al. c. Suécia* não deixou de convocar o *Ac. Soering c. Reino Unido* para dizer que a regra estabelecida para os casos de extradição também é aplicável a casos de expulsão¹⁰⁵. A par disso, estes dois acórdãos oferecem um quadro de avaliação do risco que os requerentes poderão correr¹⁰⁶.

Conquanto a virtude estas inovações jurisprudenciais seja amplamente reconhecida, as decisões dos casos referidos não estão isentas de críticas¹⁰⁷. Só o caso *Chahal c. Reino Unido*¹⁰⁸, que constitui outro marco importante neste caminho de proteção dos refugiados pelo Conselho da Europa, conseguiu firmar essa proteção. Quando o Reino Unido pretendia expulsar um requerente de asilo por razões de segurança nacional, podendo incorrer numa violação do Artigo 3^o da CEDH, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem valeu-se do ensejo para sedimentar algumas das suas linhas de entendimento, bem como para clarificar outras. Para além de reafirmar o caráter *inderrogável e absoluto* do referido Artigo 3^o, a instância europeia proclama nesta decisão que a proteção concedida pela Convenção contra o *refoulement* consegue atingir

¹⁰³ *Ac. Vilvarajah et al. c. Reino Unido*, Processo n.º. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, 30 de Outubro de 1991.

¹⁰⁴ Aqui estava em causa um pedido de asilo formulado às entidades britânicas por vários indivíduos de etnia Tamil, com base em alegadas perseguições por pertença a este grupo étnico. O Pedido de asilo foi recusado e os requerentes receberam ordens para abandonar o país. Considerando que tal decisão violaria o Artigo 3^o da CEDH, recorreram ao TEDH.

¹⁰⁵ Cfr. *Cruz Varas et al. c. Suécia*, § 69 e 70. Esta posição foi reiterada no *Ac. Vilvarajah et al. c. Reino Unido* § 103.

¹⁰⁶ Cfr. *Cruz Varas et al. c. Suécia*, § 75, 76 e 83 e *Ac. Vilvarajah et al. c. Reino Unido* §107 e 108.

¹⁰⁷ Para um estudo mais aprofundado *Vide* Hélène LAMBERT "The European Convention on Human Rights and the Protection of Refugees: Limits and Opportunities", *in* *Refugee Survey Quarterly*, vol. 24, 2005, P. 43.

¹⁰⁸ *Chahal c. Reino Unido*, n.º 22414/93, 15 de Novembro de 1996.

parâmetros de proteção mais abrangentes e vastos que a própria Convenção de Genebra de 1951¹⁰⁹.

Ainda assim, é importante recordar que, como bem diz IRENEU CABRAL BARRETO, “a Convenção não garante, como tal o direito de asilo, nem o direito, para um estrangeiro, de entrar ou residir num país determinado ou de não ser expulso”¹¹⁰, sendo, contudo, inegável a capacidade de proteção que lhe é inerente.

Por fim, note-se que o facto de a jurisprudência produzida no âmbito de pedidos de asilo surgir, grosso modo, por alegada violação da disposição de proibição de tortura (Artigo 3º CEDH), não pode significar que este seja o único preceito que aqui releva. Com efeito, são particularmente importantes neste âmbito o Artigo 13º da CEDH relativo ao direito a um recurso efetivo e o Artigo 4º do Protocolo nº 4 sobre a proibição de expulsão coletiva de estrangeiros. Para além destas disposições, assinalamos igualmente os Artigos 2º a 11º, para além do Artigo 14º (todos da CEDH) e ainda outros preceitos dos Protocolos nº 4, 7 ou 12¹¹¹.

4.3 – A União Europeia

É chegado, enfim, o momento de nos determos nas respostas que a União Europeia (doravante UE) tem encontrado para fazer face aos desafios que os diversos fluxos de refugiados lhe têm colocado nas últimas décadas. Por outra via, procuraremos compreender de que forma as políticas de asilo que têm vindo a ser incrementadas conduziram a um inevitável *Sistema Europeu Comum de Asilo*. Tudo isto, mantendo como foco a figura da proteção subsidiária, de forma a podermos posteriormente enquadrá-la no âmbito jurídico europeu e nacional, como é nosso propósito.

Para que seja possível alcançar uma compreensão absoluta, partiremos dos inícios da construção europeia e da importância crescente que a salvaguarda dos direitos fundamentais foi adquirindo no seio comunitário.

¹⁰⁹ Cfr. Chahal c. Reino Unido, § 78 e 80.

¹¹⁰ Cfr. Ireneu Cabral BARRETO, *Convenção Europeia dos Direitos do Homem: anotada ...* op cit.. P. 95.

¹¹¹ Cfr. Nuala MOLE e Catherine MEREDITH, *Asylum and the European Convention on Human Rights, op. cit...* P. 23.

4.3.1 – A Construção Europeia

Poucos anos após a entrada em vigor da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, assinava-se em Roma o *Tratado Constitutivo da Comunidade Económica Europeia* (CEE) pela Alemanha (República Federal Alemã), França, Itália, Bélgica, Luxemburgo e Holanda. Depois de a célebre *Declaração Schuman*, em 1950 e - motivado por esta - a criação da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) em 1952 terem consubstanciado os alicerces, em 25 de Março de 1957 era lançada a primeira pedra do que viria a tornar-se uma magnânima construção europeia¹¹².

Posteriormente a *Roma*, vários tratados foram marcando os diferentes períodos de integração europeia. Gorjão-Henriques identifica 6 marcos de cada um desses períodos: O primeiro período - de *implementação* - remete ao tempo passado entre a instituição da CECA e o Acto Único Europeu (1986)¹¹³, que, por sua vez, marca o início do período de *sedimentação*. O período de *evolução*, que teve início com o Tratado de Maastricht (1992), precede o período de *diferenciação*, cujo marco é o Tratado de Amsterdão (1997). Segue-se o período de *alargamento* com o Tratado de Nice (2001) e que nos conduz ao período atual, marcado pelo recente tratado de Lisboa¹¹⁴.

4.3.2 – A proteção dos Direitos Fundamentais na União Europeia

Prima facie, pode considerar-se – erroneamente – que o processo de integração europeia se desenrolou um tanto ou quanto à margem dos direitos fundamentais dos cidadãos. Mas, escrutinando de forma mais eficaz este processo, rapidamente compreenderemos que ele ficou marcado de forma indelével pela intenção de salvaguarda dos seus direitos e liberdades.

O primeiro sinal do que acabamos de dizer encontra-se alojado desde logo nos supra mencionados alicerces desta construção, na *Declaração Schuman*¹¹⁵. A partir deste ponto referencial, a preocupação com os direitos fundamentais tornar-se-ia cada vez mais nítida nos

¹¹² Sobre o período que antecedeu o Tratado de Roma, *Vide* Franco PIODI, “From the Schuman Declaration to the birth of the ECSC: The role of Jean Monnet”, in *Cardoc Journals*, N.6, Maio 2010. Disponível em http://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_1_tarihce/from_the_schuman_declaration_to_the_birth_of_ecsc.pdf [15.01.2016].

¹¹³ E que coincide com a adesão de Portugal.

¹¹⁴ Cfr, Miguel Gorjão HENRIQUES, *Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência ...Op. Cit.*, P. 42 a 107.

¹¹⁵ Pode ler-se, logo no 3º parágrafo da Declaração Schumann: “A Europa não se fará de uma só vez, nem de acordo com um plano único. Far-se-á através de realizações concretas que criarão, antes de mais, uma solidariedade de facto”. *Solidariedade* é, de resto, palavra corrente nesta declaração.

tratados subsequentes. Ainda que os primeiros textos não o tivessem patenteado, com o Acto Único Europeu, ao instituir as *quatro liberdades*¹¹⁶, “o Direito comunitário dava um forte sinal (...) de querer levar em conta e proteger os direitos fundamentais no espaço comunitário”¹¹⁷.

A par da produção legislativa comunitária, também a nível jurisprudencial foi sendo sedimentado este intento de proteção dos direitos fundamentais. Destarte, são vários os casos que ilustram a posição do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante TJUE) em considerar “os direitos fundamentais como património jurídico das comunidades”¹¹⁸.

Ainda assim, foi com *Maastricht*¹¹⁹ que ficou clara a salvaguarda dos direitos fundamentais pela União Europeia. O número 2 do Artigo F estabelecia o respeito pelos Direitos Fundamentais, de acordo com a Convenção Europeia Dos Direitos Humanos e elevando-os a *Princípios Gerais do Direito Comunitário*, concretizando assim a linha seguida pela jurisprudência já referida¹²⁰.

Na senda da integração europeia, o Tratado que sucedeu a Maastricht, assinado em Amsterdão em 1997¹²¹, fortaleceu a proteção dos direitos fundamentais por via das alterações encetadas à redação dos Artigos 6^o¹²² e 46^o¹²³. Com efeito, o número 1 deste Artigo passou a preceituar que “a União assenta nos princípios da liberdade, da democracia, do respeito pelos direitos do Homem e pelas liberdades fundamentais, bem como do Estado de direito, princípios que são comuns aos Estados-Membros”¹²⁴. Já o número 2 mantendo a redação anterior, sai fortemente reforçado porque se torna passível de fiscalização pelo Tribunal de Justiça, *ex vi* o Artigo 46^o do mesmo Tratado. Outra inovação surgida em Amsterdão prende-se com a introdução do Artigo 7^o, que conferia ao Conselho a possibilidade de aplicar sanções aos Estados que violassem “de forma grave e persistente” os princípios de Liberdade, democracia e respeito pelos direitos fundamentais e do Estado de Direito, consagrado no número 1 do Artigo anterior.

¹¹⁶ Que consistiam na livre circulação de pessoas, serviços, mercadorias e capitais.

¹¹⁷ Cfr. Fausto de QUADROS, *Direito da União Europeia: direito constitucional e administrativo da União Europeia*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2013, P. 172 e 173.

¹¹⁸ *Ibidem*, P. 174. Destacam-se os casos *Stauder*, *Internationale Handelsgesellschaft*, *Nold* ou *Wachauf*.

¹¹⁹ Tratado da União Europeia, assinado em Maastricht em 7 de Fevereiro de 1992.

¹²⁰ Fausto de QUADROS, *Direito da União Europeia: direito constitucional e administrativo da União Europeia... Op. Cit*, P. 177.

¹²¹ Tratado de Amsterdão: Assinado em 2 de Outubro de 1997 e com entrada em vigor em 1 de Maio de 1999.

¹²² Artigo F do Tratado de Maastricht.

¹²³ Artigo L do Tratado de Maastricht.

¹²⁴ Cfr. Tratado de Amsterdão, Ponto 8.

Depois do notável progresso com o Tratado de Amsterdão, o Tratado de Nice pouco mais trouxe à ordem jurídica europeia em matéria de Direitos Fundamentais. Com exceção de duas breves notas. A primeira delas é relativa ao Artigo 7º, cujo alcance foi ampliado. Ora, se em Amsterdão se destinava a violações “graves e persistentes”, aqui a letra é alterada para “risco manifesto de violação grave”. Além disto, é inserido o Artigo 181º - A, que entre outros aspetos, compromete a Comunidade a contribuir para o objetivo de respeito pelos Direitos Humanos e das liberdades fundamentais para com os países terceiros, não obstante a restrição que a declaração nº 10 anexa à ata final da cimeira de Nice configurava.

Quase 60 anos volvidos desde a assinatura do Tratado de Roma, a construção Europeia – em contínuo desenvolvimento – resultou numa casa forte e robusta, detentora de um papel central no panorama jurídico - político mundial. Aquando da assinatura do Tratado de Lisboa (ou Tratado da União Europeia, doravante TUE), ninguém colocava em questão o valor dos Direitos Fundamentais no seio da União. Não obstante, este Tratado permitiu ainda robustecer a sua importância. Podemos percebê-lo, desde logo, no Artigo 2º do TUE que eleva o respeito pelos Direitos Fundamentais a *valor fundante da união*. De resto, isto tem reflexos práticos nas relações com países terceiros, como é imposto pelo número 5 do Artigo 3º e número 1 do Artigo 21º.

Outrossim, o elenco de Direitos fundamentais reconhecidos foi ampliado. Do mesmo modo que reconhece a força vinculativa da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o TUE adere à CEDH e inclui especificamente outros direitos até aí não reconhecidos¹²⁵. Houve ainda lugar a mais uma alteração do Artigo 7º e à criação da *Agência de Direitos Fundamentais da União Europeia*.

4.3.3 - A carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

Tendo por base o que discurremos, *supra*, a propósito da evolução da proteção dos Direitos Fundamentais ao longo do processo da construção europeia, revela-se clara a vontade de os Estados continuarem a caminhar no sentido de respeitar e fazer respeitar, de forma cada vez mais eficaz, os direitos políticos, económicos e sociais dos cidadãos europeus¹²⁶.

¹²⁵ Cfr. Artigo 6º do TUE.

¹²⁶ Cfr. Miguel Gorjão HENRIQUES “ A evolução dos direitos fundamentais no espaço comunitário” in Vital Moreira (dir.), *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001 p. 21.

Neste contexto, não nos surpreende o facto de, um mês apenas após a entrada em vigor do Tratado de Amsterdão, o Conselho Europeu de Colónia (1999) ter estabelecido um grupo de trabalho (autodenominado “convenção”) com vista à elaboração de uma *carta de direitos fundamentais* (doravante CDFUE)¹²⁷. Com a positivação desses direitos pretendia-se alcançar, nas palavras de JÓNATAS MACHADO, “um reforço da cidadania europeia, da transparência das instituições europeias e da sua proximidade dos particulares”¹²⁸.

O processo de *fundamentalização*¹²⁹ destes direitos foi rodeado por duas circunstâncias específicas que nos merecem algumas breves notas. A primeira delas prende-se com o método de trabalho adotado pelas partes intervenientes. Inéditos na forma de cooperação dos diversos atores europeus, sentando lado a lado Estados e organismos europeus na prossecução do mesmo objetivo, os trabalhos preparatórios da carta foram desenvolvidos pela *Convenção* durante sensivelmente um ano e redundaram num documento constituído pelo preâmbulo, seguido de 54 Artigos. Importa esclarecer, na linha de GOMES CANOTILHO, que esta carta não busca fundamento num qualquer hipotético *Estado Europeu*. Conscientes de que estes tempos (e os seguintes) foram marcados pela tentativa da criação de uma *Constituição Europeia*, reconhecemos como facto que esta carta não se pode confundir com aquilo que não é, pois “a sua elaboração não emana de um poder constituinte europeu radicado num ‘povo europeu’ ou nos ‘povos dos Estados-Membros da comunidade’”¹³⁰.

No que concerne à sua natureza jurídica, cabe dizer que a CDFUE não adquiriu força vinculativa imediata, algo que só viria a acontecer com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa¹³¹. Com efeito, o articulado foi aprovado apenas enquanto *proclamação solene* em Nice, mas transportava consigo “uma considerável força política”, contribuindo também desde o primeiro momento para a “densificação” do número 2 do Artigo 6º do Tratado da UE¹³².

¹²⁷ Cfr. Fausto de QUADROS, *Direito da União Europeia: direito constitucional e administrativo da União Europeia...*, op. Cit. p. 197 e 198.

¹²⁸ Cfr. Jonatas MACHADO, *Direito da União Europeia*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal - Coimbra Editora, 2010, p.260.

¹²⁹ A expressão é de JJ Gomes CANOTILHO, que desenvolve esta ideia em “Compreensão jurídico-política da carta”, in Vital Moreira (dir.), *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia... op.cit.* p. 13.

¹³⁰ *Ibidem* P. 14.

¹³¹ Pode ler-se no número 1 do Artigo 6º do TUE: 1. “A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados”.

¹³² Cfr. Vital MOREIRA, “Nota de Apresentação” in Vital Moreira (dir.), *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia... op.cit.* p. 7.

Relativamente à estrutura, a Carta é composta por sete capítulos que salvaguardam a dignidade da pessoa humana, as liberdades, a igualdade, a cidadania e a justiça e são precedidos do preâmbulo¹³³. Sublinhamos, no capítulo II, a consagração do *Direito de Asilo*, plasmado no Artigo 18º, expressando também neste articulado uma preocupação que começou a manifestar-se com a criação do espaço Schengen.

4.3.3.1 - O Artigo 18º da Carta dos Direitos Fundamentais

Nos termos do Artigo 18º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia relativo ao *Direito de Asilo*: “É garantido o direito de asilo, 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 que institui a Comunidade Europeia”.

Nas anotações aditadas à CFDUE pela *Convenção* que a elaborou - por forma a aclarar o conteúdo e alcance das diversas disposições - pode ler-se que a formulação deste Artigo se baseou num outro, o Artigo 63º do TCE¹³⁴. Ademais, a anotação da disposição do asilo remete-nos para três protocolos anexos ao referido tratado, designadamente o *protocolo relativo à*

¹³³ Para um entendimento global das diversas dimensões da carta, *Vide* todos os contributos académicos em Vital MOREIRA (dir.), *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

¹³⁴ Esta disposição vigora atualmente por força do Artigo 78.º do *Tratado de Funcionamento da União Europeia* (TFUE) que versa do seguinte modo:

“1. A União desenvolve uma política comum em matéria de asilo, de protecção subsidiária e de protecção temporária, destinada a conceder um estatuto adequado a qualquer nacional de um país terceiro que necessite de protecção internacional e a garantir a observância do 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.

2. Para efeitos do n.º 1, o Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário, adoptam as medidas relativas a um sistema europeu comum de asilo que inclua:

- a) Um estatuto uniforme de asilo para os nacionais de países terceiros, válido em toda a União;
- b) Um estatuto uniforme de protecção subsidiária para os nacionais de países terceiros que, sem obterem o asilo europeu, careçam de protecção internacional;
- c) Um sistema comum que vise, em caso de afluxo maciço, a protecção temporária das pessoas deslocadas;
- d) Procedimentos comuns em matéria de concessão e retirada do estatuto uniforme de asilo ou de protecção subsidiária;
- e) Critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de asilo ou de protecção subsidiária;
- f) Normas relativas às condições de acolhimento dos requerentes de asilo ou de protecção subsidiária;
- g) A parceria e a cooperação com países terceiros, para a gestão dos fluxos de requerentes de asilo ou de protecção subsidiária ou temporária.

3. No caso de um ou mais Estados-Membros serem confrontados com uma situação de emergência, caracterizada por um súbito fluxo de nacionais de países terceiros, o Conselho, sob proposta da Comissão, pode adoptar medidas provisórias a favor desse ou desses Estados-Membros. O Conselho delibera após consulta ao Parlamento Europeu”.

*posição do Reino Unido e da Irlanda, o protocolo relativo à posição da Dinamarca, bem como o protocolo relativo ao direito de asilo de nacionais dos Estados-Membros da União Europeia*¹³⁵.

Ainda que estejamos perante uma fórmula breve da consagração do direito de asilo, a norma merece-nos algumas considerações.

Desde logo, este direito consagrado na Carta só poderá ser bem entendido se o considerarmos “vivo e em desenvolvimento progressivo”¹³⁶. De facto, da relação do Artigo 18º CDFUE com o Artigo 63º TCE (atual 78º TFUE) podemos inferir o desejo de conjugar o *acquis comunitário* em matéria de asilo com o *Sistema Europeu de Asilo* - cuja criação este último Artigo prevê¹³⁷. Trata-se, portanto, de *iure condendo* a substância daquele direito de asilo vertido na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

No decorrer dos trabalhos preparatórios do articulado, a *Convenção* que o formulou manifestou-se divergente perante a abrangência do direito de asilo. Importava clarificar se o direito a positivar se colocava ao alcance de qualquer pessoa, ou antes se estava vedado aos nacionais dos Estados-Membros da União Europeia¹³⁸, podendo ser arrogado exclusivamente por nacionais de países terceiros¹³⁹. A anotação que remete para o *Protocolo Relativo ao Direito de Asilo de Nacionais dos Estados-Membros da União Europeia* do Tratado de Amsterdão vem esclarecer a questão controvertida, uma vez que o dito protocolo estabelece no seu Artigo único a presunção –ainda que ilidível – de que “cada Estado-Membro será considerado pelos restantes como constituindo um *país de origem seguro* para todos os efeitos jurídicos e práticos em matéria de asilo”. Esta decisão não passou, porém, incólume a críticas¹⁴⁰.

¹³⁵ O texto integral destes protocolos pode ser encontrado em http://europa.eu/eu-law/decision-making/treaties/pdf/treaty_of_amsterdam/treaty_of_amsterdam_pt.pdf. Disponível em [15.01.2016]

¹³⁶ Cfr. Cristina GORTÁZAR, “Comentário ao Artigo 18º” in Alessandra Silveira e Mariana Canotilho *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia comentada*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 233.

¹³⁷ Cfr. Maarten den HEIJER “Art 18º – Right to Asylum”, in Steve Peers [et al.], *The EU charter of fundamental rights – a commentary*, Oxford, Hart Publishing, 2014, p. 520. Muito haverá a dizer acerca do processo de criação do Sistema Europeu de Asilo, pelo que nos fixaremos nele no ponto seguinte deste capítulo.

¹³⁸ À época *Comissão Europeia*.

¹³⁹ Cfr. Maarten den HEIJER “Art 18º – Right to Asylum”, in Steve Peers [et al.], *The EU charter of fundamental rights – a commentary... op. cit.* p. 521.

¹⁴⁰ Cfr. Projeto da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia 4332/00 p. 496-598 disponível em português em <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-4332-2000-INIT/pt/pdf> e 4333/00 p.5 disponível em português em <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-4333-2000-INIT/pt/pdf>. Itálico nosso. Disponível em [15.01.2016].

Também na fase preparatória da Carta, este Artigo consagrava o asilo conjuntamente com a proibição de expulsão coletiva e o princípio de *non-refoulement*. Na versão final optou-se, porém, por consagrar num Artigo autónomo estas duas dimensões de expulsão. Na linha de MAARTEN DEN HEIJER consideramos que a opção de separar em diferentes Artigos estas duas matérias traduz o reconhecimento do asilo como um direito individual. Conquanto o Princípio de *non-refoulement* assuma um papel central no âmbito do direito de asilo, este não se esgota naquele¹⁴¹.

Ainda assim, a letra da norma não esclarece o que deve entender-se por asilo, nem tão pouco deixa claro se estamos perante um direito subjetivo ou um direito subjugado exclusivamente à esfera de soberania dos Estados. Ainda que estejamos perante uma redação propensa a ambiguidades interpretativas, a doutrina aponta no sentido de o Artigo 18º CDFUE consagrar, mais do que um *direito de asilo*, um verdadeiro *direito ao asilo*¹⁴². Cristina Gortázar e Maarten den Heijer concordam que está firmado aqui um direito individual ao asilo – *rectius*, um direito subjetivo – que Heijer considera “estender-se para lá de um ato de misericórdia do Estado [que concede a proteção internacional]”¹⁴³.

A par do direito secundário da União, também a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia tem esculpido as formas e a substância da proteção aqui positivada, designadamente por via dos casos B e D¹⁴⁴, N.S e outros¹⁴⁵ e Halaf¹⁴⁶.

Ante as breves notas que acabamos de erigir a propósito do Artigo 18º da CDFUE, e ainda que as preocupações com o asilo se reportem aos primeiros tempos da construção do espaço Schengen, é incontestável que esta disposição configura um marco incontornável na evolução do direito de asilo à escala comunitária. Sendo certo que não se esgotam aqui as questões controvertidas em torno da proteção internacional, o facto de o Artigo 18º da CDFUE

¹⁴¹ Cfr. Maarten den HEIJER “Art 18º – Right to Asylum”, in Steve Peers [et al.], *The EU charter of fundamental rights – a commentary...op. cit.* pag 522.

¹⁴² Cfr. Cristina GORTÁZAR, “Comentário ao Artigo 18º”, in Alessandra Silveira e Mariana Canotilho, *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia comentada... op. Cit.* P. 235.

¹⁴³ Cfr. Maarten den HEIJER “Art 18º – Right to Asylum” Steve Peers [et al.], *The EU charter of fundamental rights – a commentary... op. cit.* p .531 [tradução livre]. No mesmo sentido destes autores vai também Maria-Teresa GIL-BAZO, “The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to be Granted Asylum in the Union's Law”, in *Refugee Survey Quarterly*, 27 (3), 2008, p. 37. Disponível em <http://rsq.oxfordjournals.org/content/27/3/33.full.pdf+html> [16.01.2016].

¹⁴⁴ Processo C-101/09.

¹⁴⁵ Processo C-411/10.

¹⁴⁶ Processo C-528/11.

ter elevado o asilo a direito fundamental ofereceu-lhe, a nosso ver, um robustecimento que será da máxima utilidade para auxiliar a Europa a enfrentar de forma mais eficaz o grande fluxo de refugiados que vê chegar diariamente às suas fronteiras.

4.3.4 – A Evolução do Direito de Asilo na União Europeia

Como discurremos no ponto anterior, o asilo constitui atualmente um direito fundamental no seio da União Europeia. Sendo certo que o Artigo 18º da *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia* lhe ofereceu visibilidade, a *fundamentalização* do asilo não pode ser mais que um marco, entre outros, num caminho que começara a ser percorrido vários anos antes e que prosseguiu após a entrada em vigor da CDFUE. Cabe-nos, nas próximas linhas, reconstituir esse longo e tumultuoso caminho percorrido em direção ao Sistema Europeu Comum de Asilo (doravante SECA).

As primeiras preocupações concernentes ao direito de asilo no âmbito comunitário não são recentes. Com efeito, a recessão económica que se fez sentir na Europa nos anos 70 alertou para a necessidade de uma maior regulação da imigração e do asilo por parte dos Estados, que até essa década absorviam sem dificuldade a mão-de-obra de baixo custo que os fluxos migratórios ofereciam aos países de acolhimento¹⁴⁷. Ainda assim, os primeiros passos concretos no sentido da coordenação das políticas migratórias e de asilo só foram dados no ano da assinatura do Acto Único Europeu, com a criação do Grupo *Ad – Hoc imigração*¹⁴⁸. Já em 1988, na sequência do Conselho Europeu de Rodes, surgiu o *grupo intergovernamental de coordenadores "livre circulação de pessoas"*, a quem o Conselho Europeu tinha delegado a formulação de medidas válidas e viáveis com vista à concretização da livre circulação de pessoas – implementada pelo Artigo 7ºA TCE - salvaguardando a segurança dos Estados. O trabalho deste grupo redundou no célebre *documento de Palma*.

Ainda assim, era na esfera das relações intergovernamentais mantidas à margem da Comunidade Europeia que se verificavam os entendimentos cruciais para a melhor conjugação das várias questões atinentes à abolição das fronteiras e à segurança dos povos. Por isso deter-

¹⁴⁷ Cfr. Francisco Lucas PIRES “O Direito e a União política na UE - Por uma maior juridificação do direito comunitário de Asilo” in *A inclusão do outro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002 P. 32.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

Note-se que em 1975 tinha sido já criado o *Grupo Trevi*, que reuniu os ministros dos Assuntos Internos dos diversos países com o fim de combater o terrorismo e coordenar a cooperação policial na Comunidade nessa matéria. Mas os trabalhos deste grupo foram marados pela exclusão das instituições europeias e pela falta de transparência com que estes eram desenvolvidos.

nos-emos, seguidamente, nas Convenções de Schengen e Dublin, surgidas enquanto Direito Internacional clássico e que, por terem desenhado importantes traços do Sistema Europeu de Asilo são, hoje, objeto de novas reflexões.

4.3.4.1 – O Espaço Schengen

Prima facie, a criação do Espaço Schengen parece ter relevância mínima na política de asilo pela qual se regem atualmente os Estados-Membros da União Europeia. Mas o que é facto é que foi especificamente a abertura das fronteiras internas do espaço europeu, bem como o reforço das fronteiras externas deste espaço, que suscitaram as primeiras preocupações de harmonização das práticas de asilo no seio comunitário. De resto, a relação do direito de asilo com a abertura de fronteiras continua a ser, ao nosso tempo, fonte de preocupações para os Estados-Membros. A liberdade de circulação no interior deste espaço e, inevitavelmente, a necessidade de fortificação das fronteiras externas, constituem as *duas faces da moeda* que reclamam o equilíbrio do Espaço Schengen, engendrado em 1985, por via do *Acordo Relativo à Supressão Gradual dos Controlos nas Fronteiras Comuns* assumido entre os países da União Económica BENELUX¹⁴⁹, França e República Federal Alemã.

Destarte, a abertura de fronteiras no núcleo comunitário era tão desejada quanto inexecutável, dadas as barreiras que se erguiam. As prioridades dos Estados continuavam a ser eminentemente económicas, enquanto as mentalidades nacionalistas e tradicionalistas dos diferentes Estados colidiam de frente com a liberdade de circulação de pessoas pretendida. Em *ultima ratio*, a abertura de fronteiras roçava alguns pontos nevrálgicos da soberania dos Estados com os quais nem todos estavam preparados para lidar¹⁵⁰.

Este primeiro acordo veio, assim, aligeirar as tensões que orbitavam em torno de todos estes assuntos, refletindo a consciência de que não era possível a implementação das fronteiras abertas, a um tempo, em todo o espaço europeu¹⁵¹.

Schengen elencou um rol de medidas a implementar de imediato e outro para serem concretizadas a longo prazo, sendo que desde logo o controlo fronteiriço foi aliviado,

¹⁴⁹ Bélgica, Holanda e Luxemburgo, país berço do acordo.

¹⁵⁰ José Marques VIDAL, *Os tratados comunitários e o Acordo e Convenção de Schengen – génese e correlação*, Lisboa, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 1997, p. 13.

¹⁵¹ Note-se que esta especificidade antecede uma discussão que vem ganhando palco na UE nos últimos anos, a propósito de uma integração europeia a diversas velocidades, ou “europa a la carte”.

nomeadamente na passagem de automóveis ligeiros, que ficavam sujeitos a “simples fiscalização visual”¹⁵². Por outra via, nas medidas a aplicar a longo prazo estavam impressas já as preocupações com o reforço das fronteiras externas, por via a salvaguardar a segurança dos países e a conter a imigração ilegal¹⁵³.

Cinco anos após este acordo, os Estados alargaram o compromisso e firmaram-no na Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen. Esta Convenção vem, desde logo, dirimir conceitos - entre eles, *pedido de asilo*, *requerente de asilo* e *tratamento de pedido de asilo* – e dedica o Capítulo VII do Título II à responsabilidade pelo tratamento de pedidos de asilo, numa tentativa, também, de evitar o *Asylum-Shopping*, para além de implementar o importante Sistema de Informação Schengen¹⁵⁴.

Apesar de a Convenção ter entrado em vigor apenas em 1995, desde 1990 que esta foi sendo paulatinamente assinada pelos diversos países europeus - membros ou não da comunidade europeia – construindo assim o *espaço Schengen*.

Tendo presente que estamos perante acordos de natureza de direito internacional clássico, estes foram integrados no direito comunitário por via de um Protocolo Anexo ao Tratado de Amesterdão (assinado em 1997), cumprindo assim o que havia sido já determinado na assinatura do Acto Único Europeu, relativamente à livre circulação de pessoas¹⁵⁵.

4.3.4.2 – A Convenção de Dublin

Para além dos Acordos de Schengen, também a Convenção de Dublin passou a configurar *acquis comunitário* com o Tratado de Amesterdão, sete anos após a sua assinatura¹⁵⁶. Isto porque, à semelhança do que se disse a respeito de Schengen, as negociações de Dublin aconteceram igualmente à margem das instituições europeias e a Convenção foi erigida à luz do direito internacional clássico¹⁵⁷.

¹⁵² Cfr. Artigo 2º do Acordo de Schengen.

¹⁵³ Cfr. Art. 17º do Acordo de Schengen.

¹⁵⁴ Abordaremos infra o fenómeno *asylum shopping*.

¹⁵⁵ Esta integração acarreta todas as especificidades da lei comunitária, como sejam a sujeição ao controlo parlamentar e jurisdicional.

¹⁵⁶ Para um estudo aprofundado acerca da Convenção de Dublin *Vide* Clotilde MARINHO, *The Dublin Convention on Asylum: its essence, implementation and prospects*, Maastricht, European Institute of Public Administration, 2000.

¹⁵⁷ Os trabalhos preparatórios da Convenção não passaram, de resto, incólumes a críticas, precisamente por se terem desenvolvido à margem dos órgãos comunitários e em ambiente bastante reservado. Cfr. Teresa CIERCO, *A Instituição De Asilo Na União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 105.

Em 15 de Junho de 1990 era firmada na Irlanda a *Convenção Sobre a Determinação do Estado Responsável pela Análise de um Pedido de Asilo Apresentado num Estado-Membro das Comunidades Europeias*. O documento, que configura até aos nossos dias um dos mais importantes instrumentos de direito de asilo, contou com a assinatura da totalidade dos Estados-Membros¹⁵⁸.

As práticas que se verificavam relativamente aos pedidos de asilo clamavam o estabelecimento de competências para a apreciação desses pedidos. Porquanto se revelava premente o fim da existência de *refugiados em órbita*, também era conveniente suprimir-se da esfera jurídica internacional o fenómeno *asylum-shopping*¹⁵⁹. A Convenção de Dublin constituiu, pois, uma tentativa de resposta a estas questões.

Nesse sentido, o articulado estabelece um aglomerado de regras de determinação do Estado responsável pela análise de um concreto pedido de asilo¹⁶⁰, não sem antes reafirmar “as obrigações assumidas nos termos da Convenção de Genebra”¹⁶¹.

Outra das inovações da Convenção prende-se com a assunção de obrigações por parte dos Estados na transferência e troca de informações sobre requerentes de asilo¹⁶² que se destacam das restantes obrigações que oneram o Estado declarado responsável pela apreciação do pedido de asilo¹⁶³.

É inegável a importância que este documento assume na ordem jurídica dos Estados signatários – reflexo claro do progresso no âmbito do “Direito humanitário dos Refugiados”¹⁶⁴. A Convenção de Dublin comporta o grande mérito de dar os primeiros passos no fornecimento de

¹⁵⁸ Que eram, à época, a Bélgica, a Dinamarca, a República Federal Alemã, Grécia, Espanha, França, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Holanda, Portugal e Reino Unido.

¹⁵⁹ Consideram-se *refugiados em órbita* os “requerentes de asilo [que] sejam sucessivamente enviados de um Estado-membro para outro sem que nenhum desses Estados se reconheça competente para analisar o seu pedido de asilo”. Cfr. 4º Considerando da Convenção de Dublin. Por *Asylum-shopping* entende-se o fenómeno de “pedidos múltiplos, sucessivos ou simultâneos que [dão] origem a vários procedimentos de asilo e à consequente multiplicação de processos do mesmo requerente em diferentes Estados membros”. Cfr. Teresa CIERCO, *A Instituição De Asilo Na União Europeia... op. Cit.* p. 100 e 101.

¹⁶⁰ A Convenção de Dublin estabelece um *princípio de exclusividade*, i. é, só um Estado será competente para analisar um determinado pedido. Cfr. Art. 3º e ss da Convenção de Dublin. *Vide* Francisco Lucas PIRES “O Direito e a União Política na UE - Por uma maior juridificação do direito comunitário de Asilo”... *Op. Cit.* P. 34.

¹⁶¹ Cfr. Artigos 1ºb) e 2º Convenção de Dublin.

¹⁶² Cfr. Artigos 14º e 15º da Convenção de Dublin.

¹⁶³ Cfr. Artigo 10º da Convenção de Dublin.

¹⁶⁴ Cfr. Teresa CIERCO, *A Instituição De Asilo Na União Europeia... Op. Cit.* p.101.

um certo grau de certeza jurídica aos requerentes de asilo, oferecendo-lhes a legítima presunção de que a decisão tomada pelo Estado que apreciou o seu pedido seria a mesma em qualquer dos Estados-Membros, na medida em que determinou que apenas um Estado seria competente para apreciar o pedido¹⁶⁵. Mas diremos sempre que são passos demasiado curtos, uma vez que o articulado não regula nenhum aspeto atinente ao procedimento interno de apreciação dos pedidos de asilo¹⁶⁶. Uma vez mais, é a soberania estadual que releva, em detrimento de uma harmonização cabal da lei substantiva e processual¹⁶⁷. Aliás, não deixamos de questionar o valor real da Convenção pelo facto de ter surgido antes de qualquer harmonização normativa das práticas do asilo. JACK STRAW considera que o documento não pode responder totalmente aos desafios do asylum-shopping, precisamente pela necessidade de harmonizar as práticas dos Estados em matéria de asilo¹⁶⁸.

Assim, não podemos deixar de dizer com a melhor doutrina que estamos perante um instrumento internacional de *efeito limitado*. Não obstante as importantes inovações, o texto reflete uma preocupação acentuada com o Estados, em sentido inverso do que aconteceu com aqueles que buscam proteção nos países comunitários, a quem a Convenção não trouxe nada de novo¹⁶⁹. Para além disto, o instrumento jurídico também se escusa a apresentar alguma espécie de mecanismo que possa garantir uma aplicação justa e equilibrada do mesmo¹⁷⁰.

Por fim, cabe uma nota de distinção entre os instrumentos de Dublin e Schengen. Este primeiro documento oferece um elenco de medidas de cooperação entre os Estados, atinentes à eliminação das fronteiras internas entre os seus Estados signatários. Já Dublin, que estabelece também medidas de cooperação entre Estados, regula especificamente matérias de asilo. O hipotético conflito normativo foi evitado *a priori* com um protocolo aprovado pelo Comité

¹⁶⁵ Tal prescrição tornar-se-ia, de resto, um dos objetivos apontados ao Procedimento Comum de Asilo como nos mostra a declaração de Job COHEN na conferência “EM DIRECÇÃO A UM SISTEMA COMUM EUROPEU DE ASILO” Lisboa, nos dias 15 e 16 de Junho de 2000. Cfr *Em direção a um Sistema Europeu Comum de Asilo*, Lisboa, Serviços de Estrangeiros e Fronteiras, 2000, p. 126.

¹⁶⁶ Cfr. Teresa CIERCO, *A Instituição De Asilo Na União Europeia... Op. Cit.* p. 100.

Lucas pires apresenta-nos uma reflexão crítica que corrobora a nossa percepção de que a Convenção de Dublin ficou aquém do necessário. Cfr. Francisco Lucas PIRES “O Direito e a União Política na UE - Por uma maior juridificação do direito comunitário de Asilo”... *Op. Cit.* p. 35 – 40.

¹⁶⁷ Cfr. Clotilde MARINHO, *The Dublin Convention on Asylum: its essence, implementation and prospects...op. cit.* P. 9.

¹⁶⁸ Cfr. a comunicação de Jack Straw na conferência “EM DIRECÇÃO A UM SISTEMA COMUM EUROPEU DE ASILO” Lisboa, nos dias 15 e 16 de Junho de 2000. Cfr *Em direção a um Sistema Europeu Comum de Asilo... op. Cit.* P.146.

¹⁶⁹Cfr Francisco Lucas PIRES “O Direito e a União Política na UE - Por uma maior juridificação do direito comunitário de Asilo”... *Op. Cit.* p. 34 e 35.

Cfr. Teresa CIERCO, *A Instituição De Asilo Na União Europeia... Op. Cit.* p. 100 a 102.

¹⁷⁰ *Ibidem.*

Executivo de Schengen onde se impunha a derrogação dos cânones de asilo elencados no documento de Schengen aquando da entrada em vigor da Convenção de Dublin. Na linha de Lucas Pires, podemos assumir que Dublin e Schengen “constituem (...) uma espécie de estaleiro experimental na área da liberdade de circulação”¹⁷¹.

4.3.4.3 – O Asilo nos Tratados Europeus

Ainda que corramos o risco de nos repetirmos, ao revisitarmos os Tratados Europeus pretendemos esmiuçar a forma como o Instituto do asilo foi encontrando lugar no corpo normativo da União.

Depois de termos calcorreado os tempos de Schengen e Dublin, é escusado repetirmos que foi a pretensão de criar um espaço comunitário de livre circulação - cunhada no *Acto Único Europeu* – que despoletou o surgimento daqueles dois diplomas tão relevantes para o Asilo no nosso pólo regional. Mas os avanços daquele Tratado não granjeiam qualquer referência particular ao asilo. Ainda assim, foi sob a vigência do Acto Único Europeu que em 1991, que a Comissão Europeia traçou algumas linhas de ação no âmbito da migração e asilo¹⁷². Posteriormente, em 1992, foram ainda adotadas pelos Estados-Membros as *Resoluções de Londres*. Este que é, de acordo com alguma doutrina, o marco inicial da segunda fase de construção do Sistema Europeu de Asilo, traz à luz a *Resolução Sobre Os Pedidos De Asilo Manifestamente Infundados*, a *Resolução relativa a uma abordagem harmonizada das questões referentes aos países terceiros de acolhimento* e ainda as *Conclusões sobre países onde, regra geral, não se verificam graves riscos de perseguição*.

No mesmo ano em que tinham sido apresentadas as Resoluções de Londres, era assinado em Maastricht um novo Tratado Europeu. Pela primeira vez na construção europeia o direito de asilo adquiria *status quo* em sede de tratados europeus. No âmbito da construção dos 3 pilares, as políticas de asilo foram tidas em conta expressamente no 3º pilar, dedicado à Justiça e Assuntos Internos (JAI)¹⁷³. No título VI, foram estabelecidas diversas prerrogativas, como

¹⁷¹ Cfr. Francisco Lucas PIRES “O Direito e a União Política na UE - Por uma maior juridificação do direito comunitário de Asilo”... *Op. Cit.* P. 34.

¹⁷² Na comunicação avançada pela Comissão são desenhadas 3 linhas de ação, atinentes à pressão migratória vivenciada pela Europa, o controlo dos fluxos migratórios, salvaguardando as obrigações dos Estados e os princípios humanitários comunitários e ainda o desenvolvimento das políticas de integração dos imigrantes legais. Cfr. Teresa Cierco, Pag. 105-106.

¹⁷³ Pode ler-se no Artigo K.1 do Título VI deste tratado que “Para a realização dos objectivos da União, nomeadamente o da livre circulação de pessoas, e sem prejuízo das atribuições e competências da Comunidade Europeia, os Estados-membros consideram questões de interesse comum os seguintes domínios: 1. A política de asilo”.

sejam o poder de iniciativa dos Estados-Membros e da Comissão¹⁷⁴, o dever de informação ao Parlamento Europeu¹⁷⁵, bem como a transferência de competências de entidades intergovernamentais para instâncias especializadas da União, então criadas¹⁷⁶. Fazemos notar, de forma particular, o Número 1 do Artigo k.2 que configura, a nosso ver, uma oportunidade clara para os Estados fortalecerem a sua soberania na concessão de asilo aos seus requerentes. Conquanto estabelecem, na primeira parte do Artigo, o respeito pela CEDH e pela Convenção de Genebra de 1951, também frisam a “proteção concedida pelos Estados-Membros às pessoas perseguidas por motivos políticos”. Contudo, a declaração relativa ao asilo anexada ao Tratado, abria a porta à harmonização da política de asilo¹⁷⁷. Não obstante as diversas dificuldades que iam sendo sentidas pelos diversos atores europeus, é indubitável que os avanços de Maastricht em matéria de asilo configuram “um importante sinal político tanto para a opinião pública dos Estados-Membros, como para todo o mundo”¹⁷⁸.

Ao longo esta investigação temos referido não raras vezes o Tratado de Amesterdão, pelo que já se adivinha a importância a que este documento elevou as políticas de imigração e asilo. O cuidado com estas matérias é revelado, desde logo, com a sua transposição para o primeiro pilar da construção europeia. Tal significa, grosso modo, a submissão às regras e instrumentos comunitários, assim como o controlo judicial pelo TJUE¹⁷⁹. O Título IV do Tratado de Amesterdão é expressamente dedicado a “Vistos, asilo, imigração e outras políticas ligadas à livre circulação de pessoas”. Na sequência do enfoque dado aos Direitos Humanos neste tratado foi estabelecido um programa de ação de 5 anos com vista à adoção de medidas em matérias prioritárias, nas quais se inclui o asilo¹⁸⁰. Mas o verdadeiro corolário do asilo no Tratado de Amesterdão haveria de ser o Artigo 63º. Este firmava que “A fim de criar progressivamente um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, o Conselho adoptará:

¹⁷⁴ Cfr. Artigo K.3 do Tratado de Maastricht.

¹⁷⁵ Cfr. Art. K.6 do Tratado de Maastricht.

¹⁷⁶O conselho JAI elaborou, no âmbito do asilo, uma proposta de ação sobre Proteção Temporária, em 1997, que foi revista no ano seguinte para que lhe fosse acrescentada uma proposta relativa à partilha de encargos.

¹⁷⁷ Pode ler-se nessa declaração que “A Conferência acorda em que, no âmbito dos procedimentos previstos nos artigos K.I e K.3 das disposições sobre a cooperação no domínio da justiça e dos assuntos internos, o Conselho analisará prioritariamente as questões respeitantes à política de asilo dos Estados-membros, com o objectivo de adoptar, no início de 1993, uma acção comum destinada a harmonizar determinados aspectos desta”. Contudo, tal harmonização não se veio a concretizar nos prazos aí projetados..

¹⁷⁸ Cfr. Teresa CIERCO, *A Instituição De Asilo Na União Europeia... Op. Cit.*, p. 114.

¹⁷⁹ À época, Tribunal de Justiça da Comunidade.

¹⁸⁰ Cfr. Teresa CIERCO, *A Instituição De Asilo Na União Europeia... Op. Cit.* p. 122

a) No prazo de cinco anos a contar da data de entrada em vigor do Tratado de Amesterdão, medidas destinadas a assegurar a livre circulação de pessoas nos termos do artigo 7º - A, em conjugação com medidas de acompanhamento, com ela directamente relacionadas, em matéria de controlos na fronteira externa, asilo e imigração, nos termos do disposto nos pontos 2 e 3 do artigo 73º-5, no ponto 1, alínea a), e no ponto 2, alínea a), do artigo 73º-K, bem como medidas destinadas a prevenir e combater a criminalidade, nos termos da alínea e) do artigo K.3 do Tratado da União Europeia;

b) Outras medidas em matéria de asilo, imigração e protecção dos direitos de nacionais de países terceiros, nos termos do artigo 73º-K;

(...)" . Isto redundava na previsão do estabelecimento de um sistema comum de asilo¹⁸¹. Foi ainda com Amesterdão que foi adotado o *Protocolo relativo ao direito de asilo de nacionais dos Estados-Membros da União Europeia*. Como também referimos nos dois pontos anteriores, o Tratado de Amesterdão integrou no âmbito comunitário o *acervo de Schengen*, paralelamente à Convenção de Dublin à Convenção de Genebra de 1951, alterada pelo Protocolo Adicional de 1967 e à CEDH¹⁸². Depois desta breve resenha sobre o asilo no Tratado de Amesterdão, tornam-se inúteis quaisquer palavras que tencionem ilustrar a importância dos passos de gigante que foram dados neste tempo.

O Tratado que sucedeu a Amesterdão - Nice – foi já assinado neste século, mas antes disso, já seriam conhecidos avanços assinaláveis no direito de asilo, trazidos grosso modo pelo Conselho Europeu de Tampere. No que concerne especificamente ao Tratado de Nice, trouxe uma inovação *indireta* às políticas de asilo. Destarte, Nice implementou o sistema de votação por maioria qualificada, em detrimento da votação por unanimidade até à data transversal para quaisquer matérias. O facto de as políticas de asilo terem beneficiado desta alteração configura, *de per se*, um contributo ao instituto jurídico em apreço, na medida que em que a necessidade de unanimidade para aprovação de medidas nas instâncias europeias travou, amiúde, a implementação de novas políticas¹⁸³.

Nos tempos que correm – e depois da tentativa falhada da implementação da Constituição Europeia – vigora o Tratado de Lisboa. Este instrumento procurou caminhar ainda com mais firmeza na tutela dos direitos dos cidadãos europeus, pelo que tornou vinculativa a

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 124.

¹⁸² Entende-se que o verdadeiro acervo de Schengen mais não é que "um conjunto de actos a conservar para prosseguir a cooperação existente". O Acervo comunitário, ou *acquis communautaire*, "constitui a base comum de direitos e obrigações que vinculam os Estados Membros a título da UE (...)" . O Acervo comunitário foi sendo densificado com o correr dos tempos. *Ibidem* p. 126-129.

¹⁸³ *Ibidem* p. 141.

Carta Europeia de Direitos Fundamentais que consagra no Artigo 18º o direito de asilo e que, de resto, escrutinámos *supra*. É também com este tratado que a União Europeia formaliza a sua adesão à CEDH. A política comum em matéria de asilo é aqui definida expressamente como um objetivo da União Europeia, que constitui a prova cabal de que o direito de asilo veio conquistando lugar nos principais instrumentos comunitários com o passar do tempo. Veremos de que forma estes traços se foram densificando, por força do direito secundário em matéria de asilo que foi surgindo nos últimos anos.

4.3.5 – Sistema Europeu Comum de Asilo¹⁸⁴

Tendo presente todo o processo de integração europeia é por demais evidente que o grande impulso para a harmonização das matérias de asilo no seio comunitário aconteceu com a entrada em vigor do Tratado de Amesterdão. É, também, por esta razão que 1999 é o ano apontado como aquele em que se iniciou a primeira fase da construção do Sistema Europeu Comum de Asilo¹⁸⁵. O SECA foi-se estabelecendo ao longo de duas tumultuosas fases, cada uma delas marcada por desafios específicos, aos quais os Estados-Membros e as diversas instâncias europeias tentaram fazer face por via de diplomas jurídicos válidos e eficazes.

A par disto, verificavam-se os primeiros esforços reais para fazer emergir na união europeia um sistema de proteção subsidiária, depois de em 1997 a delegação dinamarquesa do grupo *Asilo* do Conselho da União Europeia ter emitido uma nota advogando a sua harmonização, como veremos em momento oportuno.

4.3.5.1- A Primeira Fase

As inovações oferecidas por Amesterdão começaram a ter eco ainda na fase de ratificação, quando em 1998 o Conselho Europeu de Viena assumiu um plano de ação, com vista à implementação das disposições relativas à liberdade, segurança e justiça. Neste contexto, foi dado especial relevo às matérias de imigração e asilo, onde se evidenciou a necessidade de uma solução concertada entre os Estados-Membros, tendo por base um “sistema de solidariedade europeia”¹⁸⁶. No sentido de iniciar esforços para travar as causas responsáveis por

¹⁸⁴ Também vulgarmente referenciado como Sistema Europeu de Asilo e representado pelas siglas SECA, ou CEAS.

¹⁸⁵ De facto, em 1999 verificaram-se dois grandes impulsos para o arranque da 1ª fase de construção do SECA – a entrada em vigor do Tratado de Amesterdão e o Conselho Europeu de Tampere.

¹⁸⁶ Cfr. Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Viena, N° 85. Disponível em português em http://www.europarl.europa.eu/summits/wie1_pt.htm#10. [15.01.2016].

produzir refugiados, foi criado o *Task Force* - um Grupo de Alto Nível sobre Imigração e Asilo¹⁸⁷. Foi ainda em Viena que se agendou uma sessão extraordinária do Conselho Europeu em Tampere, em Outubro do ano seguinte, com a finalidade de avaliação e ajustamentos das medidas tomadas relativas à JAI.

Tampere marcou o ritmo dos primeiros passos da construção do Sistema Europeu de Asilo. Foi aqui estabelecido que asilo e imigração eram fenómenos distintos (apesar de intimamente relacionados) e que, como tal, deveriam ser encontradas respostas distintas para cada um destes desafios à Europa¹⁸⁸. A iteração do “respeito absoluto pelo direito de requerer asilo”, a relevância oferecida à Convenção de Genebra e o fortalecimento da garantia de não repulsão alicerçaram todas as linhas aqui definidas na prossecução do sistema europeu de asilo¹⁸⁹. Essas linhas de ação passariam, grosso modo, pelo reforço das relações com os países de origem dos refugiados, bem como com os países de trânsito; a criação de um sistema europeu de asilo baseado num procedimento comum de acolhimento e um aprimoramento da gestão dos fluxos migratórios chegados à Europa, entre outros¹⁹⁰.

Este Conselho Europeu extraordinário releva particularmente para a nossa investigação. Isto porque permitiu que as formas subsidiárias de proteção dos migrantes forçados que não colhessem proteção jurídica ao abrigo do estatuto de refugiado fossem identificadas como elementos fundamentais do Sistema Europeu de Asilo.

Outro dos passos visíveis na direção de um Sistema Europeu Comum de Asilo foi dado no ano 2000, com a criação do Fundo Europeu para os Refugiados (doravante FER) “destinado a apoiar e a fomentar o esforço assumido pelos Estados-Membros ao acolherem refugiados e pessoas deslocadas e suportarem as consequências decorrentes do acolhimento” como se pode ler no número 1 do Artigo 1º da Decisão do Conselho¹⁹¹. Ainda no mesmo ano, a Comissão Europeia apresentou a comunicação “Em direção a um procedimento comum de asilo e a um estatuto uniforme, válido na União, para os beneficiários de Asilo”¹⁹².

¹⁸⁷ Cfr. Teresa CIERCO, *A Instituição De Asilo Na União Europeia... Op. Cit.P.* 136

¹⁸⁸ Cfr. Ponto 10 das Conclusões de Tampere.

¹⁸⁹ Cfr. Ponto 13 das Conclusões de Tampere.

¹⁹⁰ Cfr. Pontos 10-27 das Conclusões de Tampere.

¹⁹¹ Cfr. Decisão do Conselho de 28 de Setembro de 2000 que cria o Fundo Europeu para os Refugiados (2000/596/CE)

¹⁹² Disponível em

i) Diretiva 2001/55/CE do Conselho, de 20 de Julho de 2001

Com estes pequenos passos se fez nascer o primeiro instrumento jurídico vinculativo no âmbito do almejado Sistema Europeu Comum de Asilo. Como se infere pela designação da *Diretiva 2001/55/CE*¹⁹³, esta oferece aos Estados-Membros diretrizes relacionadas, especificamente, com a *proteção temporária* que, segundo a alínea a) do Artigo 2º do diploma em apreço, constitui um “procedimento de carácter excepcional que assegure, no caso ou perante a iminência de um afluxo maciço de pessoas deslocadas de países terceiros, impossibilitadas de regressar ao seu país de origem, uma protecção temporária imediata a estas pessoas, sobretudo se o sistema de asilo também não puder responder a este afluxo sem provocar efeitos contrários ao seu correcto funcionamento, no interesse das pessoas em causa e no de outras pessoas que solicitem protecção”.

Tendo presente a relevância desta questão no contexto dos desafios europeus¹⁹⁴ e tomando em linha de conta todo o caminho político e normativo até ali percorrido¹⁹⁵, o Conselho da União Europeia estabeleceu este leque de normas, por forma a conceder uma protecção cabal aos *deslocados em massa* que fosse conforme aos instrumentos internacionais e promovesse a solidariedade entre os povos europeus¹⁹⁶.

Resta-nos lamentar o facto de estarmos perante um instrumento que se tem revelado tão necessário quanto verdadeiramente inútil. Dizemo-lo pelo facto de esta diretiva nunca ter sido convocada pelas instâncias competentes pela sua aplicação, ainda que em vários momentos a realidade exigisse o seu uso. O tempo presente afigura-se como um caso paradigmático, quando estão reunidos todos os critérios exigidos para o reconhecimento de um afluxo maciço de pessoas deslocadas e, por conseguinte, a concessão de protecção temporária aos milhares de refugiados que diariamente clamam por protecção às portas da Europa.

http://o/acidi.gov.pt.s3.amazonaws.com/docs/Legislacao/LEuropeia/Comunicacoes_Asilo.pdf [15.01.2016]. Note-se que esta comunicação revela-se particularmente importante, na medida em que projeta vários traços que viriam a marcar a *proteção internacional*, como seja a implementação de um procedimento comum (que viria a traduzir-se no sistema de *guiché único*, como veremos).

¹⁹³ Diretiva 2001/55/CE Do Conselho de 20 de Julho de 2001 relativa a normas mínimas em matéria de concessão de protecção temporária no caso de afluxo maciço de pessoas deslocadas e a medidas tendentes a assegurar uma repartição equilibrada do esforço assumido pelos Estados-Membros ao acolherem estas pessoas e suportarem as consequências decorrentes desse acolhimento

¹⁹⁴ Cfr. Considerandos N. 1 e 2 da Diretiva 2001/55/CE Do Conselho de 20 de Julho de 2001.

¹⁹⁵ Cfr. Considerandos N. 3-7 da Diretiva 2001/55/CE Do Conselho de 20 de Julho de 2001.

¹⁹⁶ Cfr. Considerandos 9 - 11 da Diretiva 2001/55/CE Do Conselho de 20 de Julho de 2001.

ii) Dublin II

Seguidamente à adoção da Diretiva 2001/55/CE, a etapa de relevo que lhe sucedeu aconteceu com o surgimento do *Regulamento Dublin II*¹⁹⁷, que viria a substituir a Convenção de Dublin de 1990. Este instrumento constitui uma das respostas às conclusões da Cimeira de Sevilha, realizada em Junho de 2002 e onde, uma vez mais, se sublinhou a premência de “aceleração dos trabalhos legislativos em curso sobre a definição de uma política comum em matéria de asilo e de imigração”¹⁹⁸.

Este regulamento, concebido à luz do direito comunitário, segue a linha do diploma que substitui, mantendo os seus propósitos de fixar critérios e mecanismos de aferição do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de proteção apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro.

Porém, desde sempre que as dificuldades em implementar estas normas se fizeram sentir. Como forma de resposta, a Comunidade Europeia procedeu à criação do *Eurodac* – o importante sistema de identificação dos requerentes de asilo¹⁹⁹.

iii) Diretiva 2003/9/CE do Conselho de 27 de Janeiro de 2003

Ainda antes de ser conhecido o Regulamento Dublin II, era adotada pelo Conselho uma diretiva *relativa às normas mínimas em matéria de acolhimento dos requerentes de asilo nos Estados-Membros*²⁰⁰.

Como bem sabemos, este diploma veio cumprir uma exigência da construção do Sistema Europeu de Asilo, ao desincentivar os “movimentos secundários dos requerentes de asilo influenciados pela diversidade das condições de acolhimento” recorrendo à harmonização

¹⁹⁷ Cfr. Regulamento (CE) n.º 343/2003 do Conselho, de 18 de Fevereiro de 2003, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise e um pedido de asilo apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro.

¹⁹⁸ Cfr. Conclusões da Cimeira de Sevilha, Pontos 37-39, disponível em http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:afX_37qXEKAJ:www.consilium.europa.eu/pt/european-council/conclusions/pdf-1993-2003/conclus%25C3%2595es-da-presid%25C3%258Ancia_-conselho-europeu-de-sevilha_-21-e-22-de-junho-de-2002/+&cd=3&hl=pt-PT&ct=clnk&gl=pt [15.01.2016].

¹⁹⁹ Criado pelo Regulamento (CE) n.º 2725/2000 do Conselho, de 11 de Dezembro de 2000. Note-se, todavia, que o Eurodac não veio suprir os problemas de implementação do regulamento Dublin II, como ainda criou outros.

²⁰⁰ Directiva 2003/9/CE do Conselho, de 27 de Janeiro de 2003, que estabelece normas mínimas em matéria de acolhimento dos requerentes de asilo nos Estados-Membros.

desta matéria²⁰¹. Porém, a diretiva estabelece apenas normas mínimas com o intento de os Estados-Membros densificarem a matéria do acolhimento com normas internas mais favoráveis, mas expondo-se ao risco de conservar as discrepâncias entre os vários países da União²⁰².

À margem do que acaba de ser dito, não podemos deixar de relevar as matérias aqui vertidas, que tocam dimensões essenciais para a salvaguarda da dignidade humana de todos aqueles que se encontrem abrangidos pela diretiva comunitária²⁰³. Destarte, a diretiva dispõe acerca de questões tão importantes como sejam o direito de informação, a liberdade de circulação, alojamento, acesso à educação, emprego e saúde²⁰⁴.

iv) Diretiva 2004/83/CE do Conselho de 29 de Abril de 2004

Foi no dia 29 de Abril de 2004 que, por via da *Diretiva 2004/83/CE*²⁰⁵, a figura jurídica da Proteção subsidiária despontou na ordem jurídica comunitária. Como assinalam os seus considerandos, este instrumento, conhecido também como *diretiva qualificação* tinha como propósito salvaguardar a aplicação, por todos os Estados-Membros, de critérios comuns de identificação das pessoas verdadeiramente carentes de proteção internacional, na mesma medida em que era assegurado que em todos os Estados-Membros existia um nível mínimo de benefícios à disposição dessas mesmas pessoas.

A diretiva oferece-nos noções importantes, não se coibindo de resgatar outras já consagradas nas anteriores diretivas integrantes do Sistema Europeu de Asilo. Destarte, são introduzidos conceitos relevantes como o de *Proteção Internacional*²⁰⁶, ou *pessoa elegível para*

²⁰¹ Cfr. Considerando 8 da Directiva 2003/9/CE do Conselho, de 27 de Janeiro de 2003.

²⁰² Cfr. Considerando 15 da Directiva 2003/9/CE do Conselho, de 27 de Janeiro de 2003. Cfr. Teresa CIERCO, *A Instituição De Asilo Na União Europeia... Op. Cit.* p. 147.

²⁰³ De acordo com o Artigo 3º, aplica-se esta diretiva aos requerentes de asilo, sem conflitar com a diretiva de 2001 e dando margem aos Estados de alargar a sua aplicação aos procedimentos de decisão sobre pedidos de formas de protecção diferentes das que decorrem da Convenção de Genebra para os nacionais de países terceiros ou os apátridas que não sejam considerados refugiados.

²⁰⁴ Cfr., respetivamente, os Artigo 5º, Artigo 7º, 10º, 11º e 15º da Directiva 2003/9/CE do Conselho, de 27 de Janeiro de 2003.

²⁰⁵ Diretiva 2004/83/CE do Conselho, de 29 de Abril de 2004, que estabelece normas mínimas relativas às condições a preencher por nacionais de países terceiros ou apátridas para poderem beneficiar do estatuto de refugiado ou de pessoa que, por outros motivos, necessitassem de proteção internacional, bem como relativas ao respetivo estatuto, e relativas ao conteúdo da proteção concedida.

²⁰⁶ Entende-se por *proteção internacional* aquela que é assegurada com o Estatuto de refugiado e o Estatuto de proteção subsidiária. Cfr. Art. 2º a) da Directiva 2004/83/CE do Conselho, de 29 de Abril de 2004.

*proteção subsidiária*²⁰⁷. Por outro lado, a definição de *refugiado*²⁰⁸, entre outras, é transposta das anteriores diretivas e balizada pela noção vertida na Convenção de Genebra.

No que concerne à estrutura da diretiva, esta comporta, no capítulo II, critérios de apreciação do pedido de proteção internacional e dedica os dois capítulos seguintes às condições de reconhecimento de refugiados e às normas de concessão e extinção deste estatuto. Os capítulos V e VI fazem o mesmo com a proteção subsidiária e o capítulo VII consagra as normas que são comuns às duas figuras integrantes da proteção internacional.

v) Diretiva 2005/85/CE do Conselho de 1 de Dezembro de 2005²⁰⁹

A primeira fase da construção do Sistema Europeu de Asilo chegara ao seu término com a adoção da diretiva relativa a normas mínimas aplicáveis ao procedimento de concessão e retirada do estatuto de refugiado nos Estados-Membros.

Alvo de críticas, este diploma define os princípios de base que regem os procedimentos de análise dos pedidos que chegam às instâncias dos Estados-Membros definindo, mais uma vez, normas mínimas. Com o objetivo de tornar mais flexíveis os processos de apreciação de elegibilidade para aquisição do estatuto de refugiado, a diretiva deixa à discricionariedade dos Estados a organização da tramitação destes pedidos²¹⁰.

Ainda que o resultado dos trabalhos da primeira fase do sistema europeu de asilo tenha ficado aquém das pretensões de Tampere, foi possível estabelecer um quadro normativo

²⁰⁷ É 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 protecção desse país”. Cfr. Artigo 2º e) da Diretiva 2004/83/CE do Conselho, de 29 de Abril de 2004.

²⁰⁸ Considera-se *refugiado* um nacional de um país terceiro que, receando com razão ser perseguido em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, convicções políticas ou pertença a determinado grupo social, se encontre fora do país de que é nacional e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a protecção desse país, ou o apátrida que, estando fora do país em que tinha a sua residência habitual, pelas mesmas razões que as acima mencionadas, não possa ou, em virtude do referido receio, a ele não queira voltar. Cfr. Artigo 2º c) da Diretiva 2004/83/CE do Conselho, de 29 de Abril de 2004 e Artigo 2º d) da Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011.

²⁰⁹ Note-se que esta diretiva havia de ser alvo de um processo no Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, com vista à anulação das disposições relativas ao processo de adoção e de alteração das listas mínimas comuns de países seguros. Em de 6 de Maio de 2008, em consequência do processo C-133/06, Parlamento/Conselho, o Tribunal anula os nº 1 e 2 do artigo 29º, assim como o nº 3 do artigo 36º desta diretiva, relativos ao processo de aprovação ou de alteração de uma lista mínima de países de origem seguros, bem como de uma lista comum de países terceiros seguros.

²¹⁰ Cfr. considerando 11 da Diretiva 2004/83/CE do Conselho, de 29 de Abril de 2004.

harmonizado nos países da União, oferecendo garantias materiais e processuais *mínimas* aos requerentes de asilo.

4.3.5.2 - A Segunda Fase

Já depois da tentativa frustrada de fazer aprovar no seio da União *uma Constituição Europeia*, foi adotado o *Programa de Haia*, que vigorou entre Novembro de 2004 e Dezembro de 2009²¹¹. foi este programa que abriu os caminhos que nesta fase haveriam de ser percorridos, rumo à desejada harmonização normativa da protecção internacional no seio do espaço comunitário. Das 10 prioridades em matéria de JAI ali elencadas, aquelas que se relacionavam com o asilo substanciavam-se na avaliação dos trabalhos desenvolvidos na primeira fase da construção do Sistema Europeu de Asilo, na previsão da criação do Livro Verde sobre a política de asilo e do Programa de Acção em matéria de política de asilo, bem como na continuidade da cooperação, com vista à “convergência dos sistemas de asilo dos Estados-Membros”²¹².

i) Livro Verde

Em 6 de Junho de 2007 nascia o *Livro Verde sobre o futuro Sistema Europeu Comum de Asilo* com o propósito de “identificar as opções possíveis no âmbito do (...) quadro normativo da UE a fim de conceber a segunda fase da criação do SECA”²¹³.

O facto de este passo ser dado ainda antes da conclusão da avaliação dos trabalhos da primeira fase – como fora delineado em Haia – e justificado pela necessidade de cumprimento dos prazos de aplicação desta segunda fase, denuncia a relevância desta matéria no seio das instâncias comunitárias²¹⁴. Assim, pretendia-se que até 2010 se trabalhasse na busca de “um nível de protecção comum mais elevado e uma maior igualdade na protecção em toda a UE e garantir uma maior solidariedade entre os Estados-Membros da UE”, aperfeiçoando o sistema,

²¹¹ “Programa de Haia: dez prioridades para os próximos cinco anos. Parceria para a renovação europeia no domínio da liberdade, da segurança e da justiça”. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0184&from=PT> [15.01.2016].

²¹² Cfr. Pt. 2.2 do Programa de Haia.

²¹³ Cfr. P. 2 do Livro verde sobre o futuro Sistema Europeu Comum de Asilo de 6 de Junho de 2007. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0301&from=PT> [15.01.2016].

²¹⁴ Cfr. p. 3 do Livro Verde.

avançando com a harmonização normativa, promovendo a solidariedade entre os povos europeus²¹⁵.

No que diz respeito, de forma específica, à figura da proteção subsidiária, o Livro Verde manifestou, desde logo, o interesse em ver estabelecido um procedimento comum na apreciação dos pedidos de proteção internacional, a fim de alcançar os dois estatutos concedidos. Mas, mais relevante, o ponto 2.3 do documento em apreço promove “um estatuto uniforme único, isto é, um estatuto de protecção que inclua um conjunto uniforme de direitos para as duas categorias [refugiados e beneficiários de protecção subsidiária]”²¹⁶. Esta seria a alternativa à criação de dois estatutos uniformes separados, um para cada figura distinta. É neste sentido que nos interpela a questão N. 11²¹⁷.

Em suma, este documento formulou, à luz das reflexões vertidas por quatro dos seis capítulos, 35 questões que pretendiam dar eco e abrir debate aos principais desafios surgidos na construção do Sistema Comum Europeu de Asilo²¹⁸.

ii) Frontex

A par dos progressos feitos no sentido de sofisticar a proteção oferecida aos migrantes forçados que chegam às fronteiras da União Europeia, era premente fortalecer na mesma medida os sistemas de segurança fronteiriços. Só dessa forma não seria beliscada a liberdade de circulação que se construiu com esforço no espaço comunitário. Na verdade, o fim das fronteiras internas compromete-se a fortes fronteiras externas, da mesma forma que um sistema de proteção internacional cabal reclama um eficaz sistema de filtragem dos verdadeiros necessitados de proteção.

De facto, a ameaça real do terrorismo e dos complexos aparelhos de crime organizado, exigiam uma resposta concreta da União Europeia. Essa resposta surgiu no decorrer da segunda fase de construção do Sistema Europeu de Asilo com a criação do FRONTEX - Agência Europeia

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ Cfr. p. 6 do Livro Verde. Esta proposta surge pelo facto de os direitos e benefícios a que os beneficiários de protecção tinham acesso ser definida consoante a figura que lhes oferecia protecção. *Rectius*, o acervo de direitos era distinto para refugiados e beneficiários de protecção subsidiária.

²¹⁷ “Quais os modelos a considerar para a criação de um «estatuto uniforme»? Será possível prever um estatuto uniforme para os refugiados e um outro para as pessoas que beneficiam de protecção subsidiária? Quais seriam as grandes linhas?” cfr. p. 7 do Livro Verde.

²¹⁸ Cfr. p. 3 do Livro Verde.

Para a Gestão da Cooperação Operacional de Fronteiras Externas²¹⁹. Este organismo europeu nasceu com o propósito de “melhorar a coordenação da cooperação operacional entre Estados-Membros em matéria de gestão das fronteiras externas”²²⁰, tal como é afluído no preâmbulo do regulamento que o cria e que o Artigo 1º desenvolve. As linhas de ação desta agência passam capitalmente pela coordenação das operações entre os Estados-Membros, realização de análises de risco e auxílio aos Estados em várias vertentes, nomeadamente na formação dos técnicos nacionais. De resto, o regulamento aprofunda cada uma destas faces de atuação.

iii) Pacto Europeu Sobre Imigração e Asilo

Em pleno decurso da segunda fase de construção do Sistema Europeu Comum de Asilo, esta matéria marcou a agenda do conselho europeu que reuniu em Bruxelas nos dias 15 de 16 de Outubro de 2008. Foi, nessa ocasião, aprovado o *Pacto Europeu sobre Imigração e Asilo*, com a missão declarada de estimular a continuidade da construção da política comum de migração e asilo²²¹. Para tal, foram assumidos 5 compromissos que transportavam, antes de tudo, a consciência da necessidade de “uma evolução do quadro jurídico e em particular das bases convencionais”²²². Destarte, incumbe aos Estados-Membros a organização da imigração legal, promovendo a integração²²³; combater a imigração ilegal, aprimorando os mecanismos de expulsão²²⁴; reforçar os controlos fronteiriços²²⁵; construir uma “Europa do Asilo”²²⁶ e ainda estreitar relações com os países terceiros (de origem e de trânsito), amplificando a relação entre migrações e desenvolvimento²²⁷.

Para esta investigação, releva de forma particular o IV compromisso. Reiterando as disposições de Genebra e assumindo as disparidades do nível de proteção oferecido por cada Estado-Membro, a intenção da edificação de uma *Europa do Asilo* transportaria a necessidade de instaurar um gabinete de apoio com vista a agilizar a cooperação e diálogo entre os Estados-

²¹⁹ Regulamento (CE) N° 2007/2004 Do Conselho, de 26 de Outubro de 2004 que cria uma Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-Membros da União Europeia

²²⁰ Cfr. Considerando 3 do Regulamento (CE) N° 2007/2004 Do Conselho, de 26 de Outubro de 2004.

²²¹ Cfr. Pacto Europeu sobre a Imigração e o Asilo de 24 de setembro de 2008, P. 4, disponível em http://www.europarl.europa.eu/intcoop/eurolat/working_group_migration/meetings/27_28_01_2010_brussels/dossier/european_pact_immigration_asylum_pt.pdf [15.01.2016].

²²² *ibidem*

²²³ *Ibidem*, p.5 e 6.

²²⁴ *Ibidem*, P.7 e 8.

²²⁵ *Ibidem*, P. 9 e10.

²²⁶ *Ibidem*, P. 11 e 12.

²²⁷ *Ibidem*, P. 13 e 15.

Membros; instar a comissão a colaborar na edificação de um procedimento de asilo único; promover a solidariedade entre os Estados, de forma particular aquando de afluxos maciços de refugiados; reforçar a cooperação o ACNUR e ainda asseverar a formação dos agentes operacionais de cada país.

Este Pacto não pôde assumir, contudo, um carácter vinculativo, sob pena de não chegar sequer a dar à estampa²²⁸. Para além disso, o documento mereceu severas reparações aos olhos do Parlamento Europeu, manifestadas por via da *Resolução do Parlamento Europeu sobre o Conselho Europeu de 15-16 de Outubro de 2008*²²⁹.

iv) Programa de Estocolmo

Depois da adoção do Pacto Europeu sobre Imigração e Asilo e posteriormente à *Resolução do Parlamento Europeu sobre o futuro do regime comum europeu de asilo*, já de 2009, seguiu-se a adoção do Programa de Estocolmo, que daria continuidade às prerrogativas estabelecidas em Haia²³⁰. Este constituiu o passo seguinte na construção da *Europa do asilo*. No ponto 6 do documento, onde são abordados os fenómenos da imigração e asilo, é reiterado o empenho no prosseguimento do “objectivo de estabelecer um espaço comum e solidário de protecção”, alcançado por via de um Sistema Europeu Comum de Asilo capaz de oferecer uma forte protecção aos requerentes e que esteja imune às discrepâncias promovidas pelos Estados-Membros²³¹.

Para tal, o documento exorta as instâncias europeias a medirem todos os esforços para que o processo comum de asilo e estatuto uniforme fossem criados até 2012 e, se para tal fosse necessário, criar novos instrumentos legislativos, entre outros²³². Além disto, também a partilha de encargos entre todos os Estados da União recebeu várias propostas de ação²³³. Por fim, e no que diz respeito à dimensão externa do asilo, o documento reforça a necessidade de cooperação com os países terceiros, na mesma medida em que sublinha a importância da participação dos

²²⁸ Cfr. Teresa CIERCO, *A Instituição De Asilo Na União Europeia ... Op. Cit.* p. 153.

²²⁹ Note-se que as críticas são endereçadas especificamente às diretrizes relativas à migração laboral (legal ou ilegal), não havendo qualquer referência concreta ao SECA, mas não podemos deixar de sublinhar a carga nociva associada a esta Resolução.

²³⁰ Programa de Estocolmo – *Uma Europa Aberta e Segura que Sirva e Proteja os Cidadãos*, disponível em http://www.europarl.europa.eu/intcoop/eurolat/working_group_migration/meetings/27_28_01_2010_brussels/dossier/stockholm_programm_e_pt.pdf [15.01.2016].

²³¹ Cfr. Programa de Estocolmo, Ponto 6.2, p 69.

²³² *Ibidem*, p. 70.

²³³ Nomeadamente a criação de instrumentos e mecanismos de coordenação que permitissem e agilizassem a entajuda dos Estados.

Estados-Membros nos programas de reinstalação de refugiados²³⁴. Tudo isto foi veemente reiterado no plano de ação de aplicação deste programa²³⁵.

V) Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Dezembro de 2011

O primeiro eco do Programa de Estocolmo haveria de chegar em Dezembro de 2011, por via da adoção da diretiva 2011/95/UE do Parlamento e do Conselho, 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. Este instrumento veio responder à necessidade de densificar o quadro jurídico do Sistema Europeu de Asilo e, para tal, procedeu à reformulação da Diretiva 2004/83/CE (Diretiva *qualificação*). De facto, esperava-se, com este documento, que os Estados-Membros pudessem aplicar *critérios comuns de aplicação* àqueles que, de facto, carecessem de Proteção Internacional, na mesma medida em que lhes era disponibilizado um *standard* mínimo de proteção em qualquer Estado da União²³⁶.

v) Diretiva 2013/32/UE do Parlamento Europeu e do Conselho e 26 de Junho de 2013

Em 2013 surgiria a reformulação das restantes duas diretivas constituintes do Sistema Europeu de Asilo. Assim, a Diretiva 2013/32/UE vem reformular a Diretiva 2005/85/CE, que havia estabelecido normas mínimas relativas ao procedimento de concessão e retirada do estatuto de refugiado.

Esta nova *diretiva procedimento* introduz algumas alterações à tramitação, desde logo por estabelecer um procedimento comum à concessão e retirada da proteção internacional. O propósito desta reformulação baseava-se em agilizar o procedimento, tornando-o mais simples, rápido e eficiente. De facto, as disposições que foram integradas refletem a intenção de acelerar os pedidos, com o estabelecimento de procedimentos especiais para pedidos manifestamente

²³⁴ *Ibidem*, p. 72.

²³⁵ Cfr. Programa de Estocolmo, ponto 6 p. 8-9 e 50-51.

²³⁶ Cfr. Considerando n. 12 da Diretiva 2011/95/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2015.

infundados e mecanismos de proteção contra pedidos abusivos. Por outro lado, foram clarificadas as normas relativas ao recurso jurisdicional.

vii) Diretiva 2013/33/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Junho de 2013

A última diretiva surgida no âmbito do Sistema Europeu de Asilo reformulou a diretiva adotada 10 anos antes *relativa às normas mínimas em matéria de acolhimento dos requerentes de asilo nos Estados-Membros*.

Este documento, agora com nova designação (que estabelece normas em matéria de acolhimento dos requerentes de proteção internacional [reformulação]) começa desde logo por alterar a epígrafe que se refere às normas em matéria de acolhimento dos requerentes de *proteção internacional* e densifica, efetivamente, o corpo normativo já existente. A maior expressão dessa densificação encontra-se nas normas relativas à detenção dos requerentes de proteção, numa tentativa de assegurar o respeito pelos seus direitos fundamentais.

viii) Regulamento Dublin III

A par da reformulação das diretivas que concluiu a construção comunitária do Sistema Europeu de Asilo, em 2013 foi também reformulado o regulamento Dublin II, que daria origem ao regulamento Dublin III. O regulamento 604/2013 UE mantém a finalidade de aferir da competência dos Estados na apreciação dos pedidos de proteção que lhes chegam, mas prossegue o objetivo de agilizar este processo, ao mesmo tempo que começa a demonstrar algum interesse pelos direitos dos próprios requerente, ai contrário do que podíamos verificar até então.

CAPÍTULO III – O Direito de Asilo em Portugal

Percorrido o longo caminho da proteção jurídica dos refugiados à escala universal e no seio da construção comunitária, é devido o momento de perscrutar a relação que se veio a desenvolver entre o fenómeno dos refugiados e o nosso país com o passar dos tempos. É nosso propósito, com isto, oferecer um entendimento cabal da evolução da tutela jurídica dos refugiados em Portugal que, a partir de certo ponto, se viu intercetada de forma perene pelo Sistema Europeu Comum de Asilo, que hoje a nossa lei reflete numa matriz de competência.

Na mesma medida, propomo-nos a ilustrar o alcance do asilo enquanto direito constitucionalmente consagrado.

1 - Resenha Histórica

A História de Portugal do século XX confunde-se em certa medida com o fluxo de refugiados no mundo durante esse período.

Recordemos, desde logo, o regime do Estado Novo que vigorou no nosso país desde a aprovação da Constituição Portuguesa de 1933 até à sua deposição com o golpe de Estado do dia 25 de Abril de 1974. Os 41 anos de vigência do regime ditatorial tornaram Portugal num país produtor de refugiados. Com efeito, muitos foram os opositores ao regime salazarista que por este foram perseguidos e a quem restou, como via única de sobrevivência, a fuga para países terceiros de acolhimento²³⁷.

Não obstante as fugas ao regime político português, o nosso país soube também ser abrigo para grandes quantidades de pessoas que fugiam aos conflitos que se registavam na Europa. Por um lado, a Guerra Civil espanhola conduziu muitos fugitivos *rojos* às nossas

²³⁷ Configura um exemplo paradigmático a figura de Álvaro Cunhal. Na Biografia *Álvaro Cunhal : o homem e o mito* é retratada a sua fuga para Moscovo em 1961, após a evasão da prisão de Peniche, onde era preso político. Cfr. Joaquim VIEIRA, *Álvaro Cunhal – o homem e o mito*, 1ª ed. Carnaxide, Objectiva, 2013 p. 158 a 166 e 169.

fronteiras²³⁸. Por outro, o célebre cônsul de Bordéus salvou cerca de 30 mil judeus do genocídio Hitleriano²³⁹.

Foi ainda sob a égide do regime salazarista que se registaram alguns avanços no reconhecimento jurídico do estatuto de refugiado. Com efeito, em 1960, Portugal ratificava a Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto do Refugiados. Ainda assim, este resultou num gesto meramente formal, uma vez que só produziu ecos internos com a Constituição de 1976, surgida na sequência da queda do Estado Novo²⁴⁰.

2 – O Direito de Asilo à luz da Constituição da República Portuguesa

Na nossa Lei Fundamental, pode ler-se nos dois últimos números do Artigo 33º, sob a epígrafe *Expulsão, extradição e direito de asilo*, o seguinte:

“7. É garantido o direito de asilo aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consequência da sua actividade em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana.

8. A lei define o estatuto de refugiado político”²⁴¹.

Note-se, no entanto, que esta disposição constitucional é fruto de um caminho que começou a ser trilhado em 1974, com a queda do regime ditatorial então vigente e consequente transição para o regime democrático que preservamos até hoje. De facto, a Constituição da República Portuguesa de 1976 (doravante CRP) é filha da Revolução de Abril, que ditou a obliteração do quadro constitucional vigente até então²⁴². Mas a história constitucional, não só

²³⁸ Por uma questão de honestidade intelectual, devemos acrescentar que este acolhimento só foi possível pelo sentido humanitário e riscos corridos das gentes da Raia, em virtude da política de não acolhimento perpetrada pelo Estado Novo, que barrava a estes foragidos qualquer reconhecimento legal e ainda expulsava os que fugiam dos nacionalistas. “Eram recambiados para a morte certa”, nas palavras que merecem a nossa leitura de Iva DELGADO, “A minha memória portuguesa da Guerra Civil de Espanha”, in Miguel Rego, *A guerra civil de Espanha na raia portuguesa – Actas*, Barrancos, Câmara Municipal, D.L. 2001, Pags. 24 a 28.

²³⁹ Com efeito, em plena II Guerra Mundial e no auge das perseguições nazi aos judeus da Europa, Aristides de Sousa Mendes salvou milhares de pessoas da morte. Violando, em consciência, as indicações de Salazar para não conceder vistos a judeus e apátridas, este cônsul faz chegar a Portugal cerca de 30 mil pessoas, com documentos assinados pelo seu punho na primavera de 1940, acolhendo um grande número na sua própria casa.

²⁴⁰ A Convenção internacional integrou o ordenamento jurídico português *ex vi* Decreto-Lei 43201, de 1 de Outubro de 1960. O Protocolo Adicional de Nova Iorque foi ratificado já depois do 25 de Abril, pelo Decreto-Lei 207/75, de 17 de Abril de 1975, sendo que Portugal aderiu sem quaisquer reservas.

²⁴¹ Cfr, Artigo 33º/ 7 e 8 da CRP. Por uma questão de relevância para a nossa investigação, dedicar-nos-emos exclusivamente à análise dos últimos 2 números deste Artigo.

²⁴² J.J. Gomes CANOTILHO, e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa – anotada*, 4ª edição revista Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 17.

impeliu ao nascimento de uma nova Lei Fundamental, como lhe traçou boa parte do seu conteúdo²⁴³. E tudo isto é melhor entendido no âmbito da consagração constitucional do asilo se convocarmos as lembranças da ditadura vertidas no ponto anterior. De resto, aquela resenha histórica constitui, de *per si*, uma explicação da sua inclusão no texto constitucional, ainda assim não nos escusamos a deslindar algo mais acerca do preceito normativo *sub judice*.

Destarte, o texto original da Constituição cunhou o asilo num Artigo próprio (Artigo 22º) constituído por dois pontos, já com a letra que hoje lhes conhecemos²⁴⁴. Foi a revisão de 82 que unificou no Artigo 33º os anteriores Artigos 22º e 23º, sob a epígrafe “Extradição, expulsão e direito de asilo” e subsumiu o asilo ao quadro dos direitos, liberdades e garantias, oferecendo-lhe assim um maior grau de proteção constitucional²⁴⁵. Nas revisões constitucionais seguintes a renumeração que foi ocorrendo levou a que passassem a ser os números 8 e 9 os concernentes ao asilo²⁴⁶.

Sublinhamos ainda que no último processo de revisão que a nossa Lei Fundamental conheceu foi apresentada uma proposta de reconhecimento do asilo por razões humanitárias²⁴⁷. Apesar de ter sido reconhecida a importância desta forma de proteção, não se considerou que merecesse dignidade constitucional. Se, por um lado, havia a vontade de manter um nível de proteção similar à prática dos restantes Estados-Membros da União Europeia, por outro lado pesava também o facto de, nessa altura, terem sido já iniciados os trabalhos no sentido de formular uma nova Lei do Asilo e que conduziram à Lei n.º 15/98 de 26 de Março.

A proteção constitucional conferida neste preceito conduz-nos a uma interpretação teleológica segundo a qual se entende que é protegida *qualquer pessoa não portuguesa* que se encontre em perigo ou “em exposição ao perigo” de lhe serem limitados determinados direitos fundamentais e, por isso, procuram refúgio na nossa ordem jurídica, que encontram ao abrigo

²⁴³ J.J. Gomes CANOTILHO, e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa – anotada... Op cit*, p. 19.

²⁴⁴ Referimo-nos aqui ao Asilo em *lato sensu*. O Asilo em *stricto sensu* está consagrado no número 8 da versão atual. O Número 9 decorre do reconhecimento da proteção consagrada no número anterior.

²⁴⁵ Cfr. Artigo 18º da CRP, relativo à força jurídica dos preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias.

²⁴⁶ Cfr. J.J. Gomes CANOTILHO, e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa – anotada...op. cit*, p. 356

²⁴⁷ O Projeto de Revisão Constitucional nº4/VII, apresentado pelo PCP, sugeria a inclusão de um número no Artigo 33º com a seguinte redação: “a lei regula a concessão do direito de asilo por razões humanitárias”. Cfr. Diário da República: 484-(34) II SÉRIE - A – Número 27, 1º sessão legislativa (1995 – 1996).

do instituto do asilo²⁴⁸. Dizemos “qualquer pessoa não portuguesa” precisamente porque a natureza deste direito preceitua que só pode ser convocado por estrangeiros e apátridas e está vedado aos cidadãos nacionais.

Gomes Canotilho e Vital Moreira reconhecem uma dimensão tripartida ao direito de asilo. A primeira dimensão radica no campo *internacional*, pelo direito dos Estados a acolher e a conceder refúgio. A segunda dimensão, *pessoal*, prende-se com o direito subjetivo das pessoas a obter refúgio e a não serem reenviadas para o país de onde provêm. A terceira dimensão do Direito de asilo assume-se *constitucional*, enquanto meio de proteção dos valores constitucionais vertidos na norma²⁴⁹.

Também Damião da Cunha vê na consagração constitucional do asilo o garante de um direito subjetivo a quem corra riscos por defender os direitos constitucionais definidos no corpo da norma. Mas, ao passo que Canotilho se refere ao *direito* dos Estados a conceder proteção, este autor coloca em relevância o *dever* de garantir asilo²⁵⁰.

Evidenciamos também que o reconhecimento do direito de asilo transporta consigo a imperiosa observância de um quadro de outros direitos. Canotilho refere-se às *dimensões prestacionais* que decorrem de outros preceitos constitucionais²⁵¹.

Questão controvertida é aquela que diz respeito à convocação das limitações na capacidade de acolhimento (porventura de cariz económico) como fator decisório da concessão de proteção. Tratar-se-ia de uma “reserva do possível”, *rectius*, reserva da capacidade prestacional do país de acolhimento²⁵².

O que se afigura como certo é que as linhas que desenham o alcance e limites do direito de asilo são esboçadas pelo legislador ordinário, a quem cabe definir o estatuto de refugiado, tal como estatui o número 9 do Artigo 33º. *Prima facie*, é relevante que a disposição relativa ao asilo remeta para a perseguição motivada pela *atividade em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana*, tal

²⁴⁸ Cfr. Damião da CUNHA “comentário ao Artigo 33º”, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, 2ªed. Coimbra, Coimbra Editora, 2010. p. 746.

²⁴⁹ Cfr. J.J. Gomes CANOTILHO, e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa – anotada ... op. cit.*, p. 535 e 536.

²⁵⁰ Cfr. Damião da CUNHA “comentário ao Artigo 33º”, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada... op. cit.* p. 754.

²⁵¹ Cfr. J.J. Gomes CANOTILHO, e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa – anotada... op. cit.* p.356

²⁵² *Ibidem*.

como está vertido no preceito constitucional. Assim, não obstante a liberdade do legislador em alargar o alcance da figura do asilo, este está sempre vinculado a conceder proteção, *pelo menos*, pelos motivos aqui elencados²⁵³. São igualmente limitadoras do poder do legislador as disposições já vigentes na ordem jurídica internacional e comunitária, como sejam a convenção de genebra da qual somos parte, o Artigo 14º da Declaração Universal dos Direitos do Homem ou as diretivas surgidas na senda da construção do sistema europeu de asilo da União Europeia, que integramos. Isto não prejudica, contudo, que possa conceber-se uma “definição mais atualizada de forma a abranger *refugiados de facto, refugiados em órbita e refugiados prima facie*”, nem tão pouco que seja estabelecida uma equiparação entre refugiados e deslocados internos²⁵⁴.

Uma outra nota é deixada às questões procedimentais relacionadas com a aplicação do direito constitucional em apreço. Por um lado, convoca-se a melhor observância dos princípios da justiça material, necessidade e adequação de meios, sob pena do efeito perverso que a sua má aplicação pode provocar²⁵⁵. Por outro lado, cabe frisar que a aquisição do Estatuto de refugiado faz cessar qualquer procedimento criminal que possa estar em curso por entrada irregular no país, bem como algum processo de extradição ou expulsão. Estes atos têm de ser, sempre, precedidos da perda do estatuto de proteção conferido²⁵⁶. Assim, um refugiado juridicamente reconhecido nunca poderá ser expulso ou extraditado.

3 – A evolução da Lei do Asilo no Ordenamento Jurídico Português

O Número 9 do preceito constitucional respeitante às matérias de expulsão, extradição e direito de asilo produziu o primeiro eco na legislação ordinária em 1980, aquando da aprovação da Lei 38/80 de 1 de Agosto de 1980, que dispunha acerca do direito de asilo e estatuto de refugiado. Mas este foi apenas o primeiro de vários articulados que se lhe seguiram e nos conduziram à Lei 27/2008, de 30 de Junho que hoje vigora, já alterada em 2014. Compreenderemos nas próximas linhas a evolução legal que entre nós a instituição do asilo tem conhecido.

²⁵³ *Ibidem*, p. 356

²⁵⁴ *Ibidem* p. 357.

Também neste sentido Damião da CUNHA “comentário ao Artigo 33º”, in Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada... op. Cit.*, p. 754.

Note-se que, constitucionalmente, esta liberdade do legislador é sustentada pelo Artigo 16º.

²⁵⁵ J.J. Gomes CANOTILHO, e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa – anotada... op cit* p. 356.

²⁵⁶ *Ibidem* p. 357

3.1 – Lei nº 38/80, de 1 de Agosto

Neste diploma não nos é oferecida uma noção de refugiado, mas antes se evidenciam os fundamentos para ser concedido asilo a um não nacional no Artigo 1º do diploma. Ainda assim, não é acrescentada à ordem jurídica qualquer inovação, uma vez que a lei congrega o disposto no Artigo 33º/8 da CRP e o Artigo 1º - A 2 da Convenção de Genebra, com a redação estabelecida pelo Protocolo Adicional de 67²⁵⁷.

A verdadeira novidade da Lei do Asilo foi trazida pelo Artigo 2º, onde se dispõe acerca do *asilo por razões humanitárias*, o primeiro sopro da figura jurídica da proteção subsidiária²⁵⁸.

É explicitado no diploma legal que a concessão de asilo “confere ao beneficiado o estatuto de refugiado, sujeitando-o ao preceituado [naquela] lei”²⁵⁹, mas o articulado não densifica particularmente este estatuto.

Outra nota de relevo prende-se com a apreciação do pedido de asilo que cabe, nesta lei, ao Ministério da Justiça e ao Ministério da Administração Interna. Até à entrada em vigor desta lei esta apreciação era cumprida pelo gabinete do ACNUR que desde 1977 se encontrava em Portugal, assumindo esta função estadual²⁶⁰.

Desta lei, que se revelou bastante generosa, resta notar que sofreu uma alteração em 1983, por via do Decreto-lei 415/83, de 24 de Novembro e que veio afinar alguns pontos do texto original.

3.2 - Lei nº 70/93, de 29 de Setembro

A primeira Lei do Asilo acabaria por ser revogada em 1993, com a entrada em vigor da Lei nº 70/93, de 29 de Setembro.

Seguindo a tendência europeia, este articulado revelou um maior controlo e restrição no acesso ao asilo. Reflexo do que acaba de ser dito é a introdução no corpo normativo das noções

²⁵⁷ À Disposição constitucional corresponde, de forma quase literal, o Art. 1º/1 e à disposição da Convenção de Genebra de 1951 o Art. 1º/2.

²⁵⁸ Pela particular importância deste preceito para esta investigação, analisá-lo-emos com maior acuidade *infra*.

²⁵⁹ Cfr. Artigo 4º/1 da Lei nº 38/80, de 1 de Agosto.

²⁶⁰ Cfr. Artigo 9º da Lei nº 38/80, de 1 de Agosto.

de *pedido de asilo, terceiro país seguro e país seguro*, na linha das Resoluções de Londres de 1992²⁶¹.

No âmbito do procedimento também se fizeram sentir alguns retrocessos. Desde logo, os pedidos de proteção por razões humanitárias passaram a ser apreciados ao abrigo de um regime excecional estabelecido na lei dos estrangeiros então vigente. Parece-nos que esta foi uma forma de contornar as verdadeiras necessidades de acolhimento, resultando numa incompreensível debilitação do nosso sistema de asilo. Tal manifestou-se, também, nas disposições relativas ao recurso, que vieram limitar o acesso aos tribunais por parte dos requerentes de asilo²⁶². Ademais, a inclusão de um processo acelerado para fazer face aos pedidos manifestamente infundados acabou por revelar-se pouco funcional. Por fim, uma nota relativa à alteração de competências na apreciação dos pedidos de asilo. Com efeito, esta competência passa a ser exclusiva do Ministério da Administração Interna que, pela lei anterior, era partilhada com o Ministério da Justiça²⁶³.

Resta-nos lamentar o regime consagrado nesta lei por fragilizar em larga medida a proteção dos refugiados, principalmente pelo facto de responder a circunstâncias que, de facto, se observavam no contexto europeu, mas não se refletiam no nosso ordenamento jurídico.

3.3 – Lei nº 15/98, de 26 de Março

Cinco anos mais tarde, eis que surgia no Ordenamento Jurídico Português um novo diploma legal relativo ao asilo que, em contraste com o quadro normativo anterior, haveria de marcar pela sofisticação jurídica que transportava.

A Lei do Asilo de 1998 teve, de facto, muitos méritos. Sublinhamos a consagração de outras formas de proteção a par do estatuto de refugiado, como a proteção temporária e a autorização de residência por razões humanitárias. No caso desta última figura, que releva particularmente para nós, o desenvolvimento que conhece é ainda maior, uma vez que é com a entrada em vigor deste articulado que a concessão de autorização de residência por razões

²⁶¹ Cfr. Art. 1º da Lei nº 70/93, de 29 de Setembro.

²⁶² Cfr. Artigo 17º da Lei nº 70º/93, de 29 de Setembro, que diminui o prazo de recurso e elimina a disposição relativa ao efeito suspensivo do mesmo, constante no Artigo 19º/4 da lei anterior.

²⁶³ Cfr. Art. 11º Lei nº 70/93, de 29 de Setembro.

humanitárias se torna num ato vinculativo para o Estado, perdendo assim o seu carácter discricionário²⁶⁴.

Outra das vantagens deste articulado prende-se com o reconhecimento de direitos sociais aos requerentes de asilo, para além de prever a possibilidade de reagrupamento familiar.

Processualmente foi estabelecido um procedimento único para a apreciação dos pedidos e ainda foi assegurada a intervenção do Conselho Português para os Refugiados na sua apreciação dos pedidos.

A única alteração que esta Lei conheceu ficou a dever-se à necessidade de transposição de diretivas comunitárias para o nosso ordenamento jurídico e ditou a revogação da disposição relativa à proteção temporária, que integraria uma lei autónoma.

3.4 – Lei nº 27/2008, de 30 de Junho

Assim se chega à Lei 27/2008 de 30 de Junho. Na sua versão original eram 89 artigos, divididos entre nove capítulos, que se propunham definir os termos em que seria conferida proteção a estrangeiros ou apátridas em Portugal.

Ainda que estejamos perante um articulado largamente influenciado pelo diploma de 1998, este é já profundamente marcado pelo Sistema Europeu Comum de Asilo em construção na Europa. De facto, foi a necessidade de conformar o nosso quadro normativo em matéria de refugiados com o ordenamento jurídico comunitário que despoletou a necessidade desta nova Lei do Asilo e o mesmo motivo conduziu à sua primeira alteração, que aconteceu em 2014 por via da Lei 26/2014, de 5 de Maio. É, portanto, esta lei que se encontra em vigor e sobre a qual nos deteremos por ora.

Destarte, a alteração legislativa iniciou-se ainda no final de 2013, com o envio a diversas entidades, por parte do Governo, do anteprojeto de proposta de lei que procederia à alteração da lei 27/2008, de 30 de Junho, a fim de fazer emitir pareceres sobre a mesma. Pronunciaram-se a Comissão Nacional de Proteção de Dados, a Procuradoria - Geral da República, o Conselho Superior de Magistratura, o Conselho Superior do Ministério Público, o Conselho Superior dos Tribunais Administrativos e Fiscais e a Ordem dos Advogados.

²⁶⁴ Cfr. Artigo 8º/1 da Lei nº 25/98 de 26 de Março.

Este anteprojeto foi alvo de severos reparos por parte destas entidades que globalmente consideravam tratar-se de retrocesso na tutela jurídica dos refugiados. Tomados em linha do conta os pareceres emitidos, chegou-se à versão da proposta de alteração legislativa que deu entrada na Assembleia da República em Dezembro de 2013. Definiu-se então a Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias como comissão competente para acompanhar a proposta de alteração da Lei do Asilo. Ainda nesse mês foram pedidos novos pareceres às mesmas entidades inicialmente ouvidas.

A discussão na generalidade aconteceu no dia 9 de Janeiro de 2014 e a votação no dia seguinte. Aprovada com os votos a favor dos partidos do governo, foi no mesmo dia remetida à comissão da especialidade.

Deve dizer-se ainda que, a par dos pareceres emitidos, a comissão parlamentar recebeu contributos do Serviço Jesuíta aos Refugiados e do Conselho Português para os Refugiados. De resto, foram ouvidos o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, o Conselho Português para os Refugiados e a Amnistia Internacional.

As alterações de que a lei é alvo abarcam a esmagadora maioria dos Artigos, mas também na sua maioria, essa alteração prende-se apenas com as alterações de conceitos. Onde antes podíamos ler *requerente de asilo* ou *estatuto de refugiado* deverá agora ler-se *requerente de proteção internacional* ou estatuto de *proteção internacional*.

Os conceitos foram densificados com esta alteração legislativa, como faz notar o Artigo 2.º. Desde logo, foi inserido o conceito de *Beneficiário de proteção internacional*, que respeita a uma pessoa a quem foi concedido o estatuto de refugiado ou o estatuto de proteção subsidiária. Também foram inseridos os conceitos de *Decisão definitiva*, *Detenção*, *Menor*, *Órgão de decisão* e *Pedido subsequente*.

É importante notar o aditamento dos Artigos 15.º-A, 33.º-A, 35.º-A e 35.º-B a esta lei, que dizem respeito à tradução de documentos da responsabilidade do requerente, à apresentação de pedido na sequência de uma decisão de afastamento e colocação ou manutenção em centro de instalação temporária.

De todo o modo, e aproveitando as melhores posições dos pareceres e contributos das entidades supra referidas, a alteração legislativa estabelecida na lei ficou – felizmente - aquém das intenções vertidas na proposta de lei apresentada.

A primeira das alterações pretendidas prendia-se com o desaparecimento da referência expressa ao Conselho Português para os Refugiados (doravante CPR), quando estivesse em causa a intervenção de terceiros no decurso do pedido de proteção internacional. Ainda que a intervenção do CPR no procedimento tivesse sido limitado, continua a figurar na lei. De facto, não se atingia o alcance desta alteração legislativa. Esta Organização Não Governamental tem desempenhado um papel preponderante junto dos refugiados em Portugal desde a sua criação em 1991 e é, desde 1998, representante do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados em Portugal, cuja função foi reiterada em 2012 por esta entidade.

Outra das alterações propostas dizia respeito à alteração dos efeitos de recurso jurisdicional quando este tem lugar. Até então o recurso tinha efeito suspensivo, ou seja, os prazos para abandono do país estavam suspensos até se conhecer a decisão do Tribunal Administrativo. A proposta de lei pretendia que o recurso passasse a ter efeito meramente devolutivo, ou seja, os prazos continuassem a correr, correndo os requerentes de proteção internacional o risco de serem obrigados a abandonar o país antes de ser conhecida a decisão do recurso. Apesar de a versão final da alteração legislativa não ter sido tão brusca, fragiliza ainda assim o acesso aos tribunais, uma vez que, em casos específicos, o recurso terá efeito meramente devolutivo.

Outra das questões que causou alguma celeuma nesta alteração legislativa prende-se com as regras de detenção dos requerentes de proteção internacional, cujos motivos foram alargados no Artigo 35º- A.

Igualmente importante é a recolha dos dados de identificação dos requerentes de proteção internacional, de forma a integrarem o Eurodac. O Eurodac não é mais que uma Unidade Central gerida pela Comissão Europeia, de uma base de dados central informatizada contendo impressões digitais, e de meios eletrónicos de transmissão entre os países da UE e a base de dados central. Seria importante explicitar de que forma é que a proteção destes dados é assegurada, o que não chegou a verificar-se no diploma aprovado.

A nossa avaliação global do quadro normativo atualmente em vigor no âmbito do direito dos refugiados desilude, na medida em que degrada em certa medida os mecanismos de proteção internacional e, arriscamo-nos a dizer, causa algum embaraço à nossa tradição de direitos e garantias oferecidas aos refugiados.

4 – O Sistema Europeu de Asilo no Quadro Jurídico Português

Como já tivemos oportunidade de verificar no decorrer desta investigação, a construção do Sistema Europeu Comum de Asilo foi longa e morosa e as suas diretrizes teceram importantes traços nos sistemas de asilo dos diversos Estados Membros. Ora, Portugal não foi exceção e o nosso quadro jurídico de proteção é firmemente marcado pelas normas comunitárias.

O primeiro laivo dessa influência fez-se sentir com a aprovação da segunda Lei do Asilo, em 1993. A introdução de novos conceitos viria trazer à nossa lei o que fora firmado nas Resoluções de Londres de 1992, para além de deixar transparecer também a influência exercida pelos Acordos de Schengen e Dublin. A inspiração comunitária refletiu-se também na inclusão de um processo acelerado que constituía o primeiro mecanismo de filtragem de possíveis pedidos de asilo fraudulentos, com os quais os Estados-Membros vinham crescentemente a debater-se.

A Lei de 1998 viu ser reforçada no nosso ordenamento jurídico a influência da normatividade comunitária aquando da alteração ocorrida por via da Lei 67/ 2003, que transpôs para a ordem jurídica nacional a Diretiva 2001/55/CE do Conselho, de 20 de Julho, relativa a normas mínimas em matéria de proteção temporária e por isso lhe revogou o Artigo 9º, que dispunha acerca da mesma matéria.

Ainda assim, é a Lei vigente na atualidade que melhor expressa a presença do Sistema Europeu de Asilo no quadro jurídico português. Como já vimos, a Lei 27/2008 de 30 de Junho veio dar resposta à necessidade de integração das regras comunitárias e, como tal, transpôs para a nossa Ordem Jurídica a Diretiva 2004/83/CE, do Conselho, de 29 de Abril, (Diretiva qualificação) e a Diretiva 2005/85/CE, do Conselho, de 1 de Dezembro (diretiva procedimento). A alteração que esta Lei conheceu em 2014 veio lacrar esta influência comunitária, uma vez que veio transpor para o quadro jurídico interno as últimas diretivas constituintes do Sistema Europeu Comum de Asilo - Diretiva n. 2011/95/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de

13 de dezembro, Diretiva 2013/32/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho, e Diretiva 2013/33/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho.

Ora, desta influência comunitária crescente, é perceptível que a tutela jurídica dos refugiados sai, de algum modo, fragilizada. Ainda assim, uma avaliação à escala europeia far-nos-á relativizar esta visão. Perceberemos isto de forma específica o estudo mais profundo da figura da proteção subsidiária, cuja consagração é mais feliz no nosso ordenamento jurídico do que na diretiva *qualificação*.

PARTE II – A Proteção Subsidiária como figura do Direito de Asilo

O caminho percorrido foi longo, mas revelou-se de uma importância capital para que, neste ponto da investigação, pudéssemos lograr de um entendimento pleno deste instituto jurídico da proteção subsidiária. E se persiste algum ceticismo quanto à utilidade deste estudo, esta encontra fundamentos imediatos nos números disponibilizados pelo Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (doravante SEF). Segundo os dados avançados, em 2014 Portugal reconheceu o estatuto de refugiado a 20 requerentes de asilo e atribuiu 91 autorizações de residência por razões humanitárias, tendo recebido 447 pedidos de proteção internacional²⁶⁵. No ano anterior, quando Portugal recebia 507 pedidos de asilo, apenas tinham sido reconhecidos 15 estatutos de refugiados e 115 concessões de autorização de residência por razões humanitárias²⁶⁶.

A estatística demonstra, assim, o peso que esta figura jurídica detém na configuração da Proteção Internacional assegurada pela ordem jurídica nacional. A bagagem de informações que fomos transportando revela-nos, outrossim, por que se tornou forçoso desenvolver mecanismos jurídicos de proteção que pudessem amparar a instituição do asilo, para além de permitirem clarificar qual o alcance e limites que podem e devem guarnecer esta forma subsidiária de proteção dos que fogem da morte certa. A isto soma-se a parca investigação doutrinal até aqui empreendida e um frágil reconhecimento do direito internacional. Ainda que a proteção subsidiária tenha começado a ser desenhada na nossa ordem jurídica desde a primeira Lei do Asilo, à semelhança do que se verificou na experiência normativa de diversos Estados-Membros, só veio lograr de reconhecimento comunitário no âmbito do Sistema Europeu de Asilo com a Diretiva 2004/83/CE de 29 de abril de 2004²⁶⁷ e não está prevista em qualquer diploma de carácter internacional, vinculativo ou não.

Por esta ordem de razões, propomo-nos nesta terceira parte da nossa investigação a perscrutar a noção de proteção subsidiária, tendo presentes os pontos que a distinguem de outras formas de proteção e acompanhando a sua evolução normativa nos diversos sistemas jurídicos, ainda que nos detenhamos particularmente no sistema jurídico nacional. Tentaremos

²⁶⁵ Cfr. Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, *Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo*, Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, Lisboa, 2014, P. 29. Disponível em http://sefstat.sef.pt/Docs/Rifa_2014.pdf [15.01.2016]. (nota: apesar de a informação da página citada ser de 477 pedidos, os dados disponíveis nas páginas seguintes do relatório apontam para os 447 pedidos de proteção rececionados por Portugal).

²⁶⁶ Cfr. Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, *Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo*, Lisboa, Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, 2013 p. 38 disponível em http://sefstat.sef.pt/Docs/Rifa_2013.pdf. [15.01.2016].

²⁶⁷ Alterada pela Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011, também referenciada como Diretiva *Qualificação*.

pincelar as matérias aqui vertidas com a experiência jurisprudencial interna e comunitária adquirida nos últimos anos.

CAPÍTULO I – Introdução à Proteção Subsidiária

1 – Noção

A designação *proteção subsidiária* impele-nos prontamente para a sua função de natureza dualista – é, por um lado, protecional de um bem jurídico e, por outro, subsidiário a outra figura jurídica. *In casu*, o bem jurídico que pretende tutelar é a Dignidade da Pessoa Humana (e, em *ultima ratio*, o bem jurídico *vida*) e a figura jurídica a que se alude é o asilo²⁶⁸. Todavia, o conteúdo densificador da figura jurídica em apreço afigura-se mais complexo do que esta prévia explicação possa deixar transparecer e merece-nos mais algumas considerações.

Notamos desde já que esta mesma figura jurídica pode conhecer diversas designações. Na génese da proteção subsidiária no ordenamento jurídico nacional está a Lei 38/80, de 1 de Agosto, cujo Artigo 2º a referenciava como *asilo por razões humanitárias*. Posteriormente a Lei de 1998 ofereceu-nos o termo *autorização de residência por razões humanitárias*, sendo, de facto, numa autorização de residência que se materializa a proteção subsidiária. Só a Lei de 2008 passou a explicitar a expressão *proteção subsidiária*, fazendo eco das diretivas comunitárias que transpõe. Ainda assim, não é estranho que se possa encontrar noutros ordenamentos jurídicos outra espécie de terminologia, como *estatuto B*, *refugiados de facto*, *refugiados de guerra* ou *proteção complementar*²⁶⁹. Da nossa parte, referir-nos-emos a esta forma de proteção, a mais das vezes, como *proteção subsidiária*, num ato de coerência com a terminologia sancionada no nosso enquadramento legal.

No que diz respeito à designação legal, a Lei do Asilo atualmente em vigor não oferece uma noção direta de proteção subsidiária, mas o seu Artigo 2º/1 x) define “pessoa elegível para proteção subsidiária” como aquela que seja “nacional de um país terceiro ou um apátrida que não possa ser considerado refugiado, mas em relação ao qual se verificou existirem motivos significativos para acreditar que

²⁶⁸ Neste sentido *Vide* Thomas SPIJKERBOER, “Subsidiarity In Asylum Law. The Personal Scope of International Protection” in Daphné Bouteillet-Paquet (dir.), *Subsidiary Protection Of Refugees In The European Union: Complementing The Geneva Convention? / La Protection Subsidiaria Des Réfugiés Dans L'Union Européenne: Un Complément À La Convention de Genève?*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 19.

²⁶⁹Cfr. Jane MACADAM “The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime”, in *IJRL*, n. 17 (3), 2005, p.1;

Livia Elena BACAIAN, *The protection of refugees and their right to seek asylum in the European Union*, Universidade de Genebra, 2011, p. 18. Disponível em <https://www.unige.ch/gsi/files/6614/0351/6348/Bacaiian.pdf> [15.01.2016];

Constança URBANO DE SOUSA “Etude Comparée Sur La Protection Subsidiaria – Portugal” in Daphné Bouteillet-Paquet, *Subsidiary Protection Of Refugees In The European Union: Complementing The Geneva Convention? / La Protection Subsidiaria Des Réfugiés Dans L'Union Européenne: Un Complément À La Convention de Genève?*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 697.

não pode voltar para o seu país de origem ou, no caso do apátrida, para o país em que tinha a sua residência habitual, quer atendendo à sistemática violação dos direitos humanos que aí se verifique, quer por correr um risco real de sofrer ofensa grave na aceção do artigo 7.º, e ao qual não se aplique o n.º 1 do artigo 9.º, e que não possa ou, em virtude das referidas situações, não queira pedir a proteção desse país”.

O Artigo 7º, para o qual a disposição remete, esclarece no seu número 2 que pode considerar-se ofensa grave “a pena de morte ou execução [al.a)] a tortura ou pena ou tratamento desumano ou degradante do requerente no seu País de origem [al.b)]; ou a ameaça grave contra a vida ou a integridade física do requerente, resultante de violência indiscriminada em situações de conflito armado internacional ou interno ou de violação generalizada e indiscriminada de direitos humanos [al. c)]”. Esta noção aqui vertida não é mais que a transposição quase literal do disposto nos Artigos 2º f) e 15º da *Diretiva Qualificação*²⁷⁰.

A doutrina parece também consensual ao entender a proteção subsidiária como o mecanismo de proteção que permite a admissão (ou pelo menos não repulsão) de pessoas que enfrentam uma ameaça de segurança ou de liberdade devido a violência indiscriminada, resultante de situações de conflito armado, bem como de violações sistemáticas ou generalizadas dos seus direitos humanos e, por isto, não podem ser tecnicamente consideradas refugiadas²⁷¹.

Teremos assim por base estes traços gerais da proteção subsidiária para que nos seja possível conceber um recorte mais minucioso do seu fim último.

2 – Outras Figuras Afins

2.1 – Asilo

Qualquer menção à proteção subsidiária terá agregados os traços gerais do asilo. Como aflorámos *supra*, a terminologia *proteção subsidiária* denuncia desde logo a natureza da relação que tem com aquela figura jurídica. Podemos, pois, apontar como primeira nota de relação entre

²⁷⁰ Ainda assim, com diferenças assinaláveis, como teremos oportunidade de confirmar.

²⁷¹ Cfr. Kail HAILBRONNER “Principles of International Law Regarding The Concept Of Subsidiary Protection” in Daphné Bouteillet-Paquet, *Subsidiary Protection Of Refugees In The European Union: Complementing The Geneva Convention? / La Protection Subsidiare Des Réfugiés Dans L’Union Européenne: Un Complément À La Convention de Genève?*, Bruxelas, Bruylant, 2002 p. 4;

Thomas SPIJKERBOER, “ Subsidiarity In Asylum Law. The Personal Scope of International Protection”...*op. cit* p. 19;

Jane MACADAM, “The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime”... *op. cit.*, p.3.

Entre nós, Andreia Sofia Pinto OLIVEIRA, *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa: Âmbito de protecção de um direito fundamental...op. cit*. P. 214 e 215.

asilo e proteção subsidiária que, se é possível aludirmos àquela sem referirmos esta, a inversa não se verifica²⁷².

As diferenças entre estas duas formas de proteção internacional são várias e encontram-se espelhadas na legislação em vigor. Desde logo, o requerente de proteção internacional tem acesso a um estatuto diferente consoante lhe seja concedido asilo ou autorização de residência por proteção subsidiária. Como tal, a pessoa deslocada fica ao abrigo de regimes jurídicos com disposições distintas, nomeadamente que concerne à questão temporal²⁷³.

Ainda assim, consideramos que a alteridade substancial entre asilo e proteção subsidiária radica nos pressupostos de facto para a admissibilidade do pedido. *Prima facie*, a concessão do estatuto de refugiado depende da observância de *fundado receio de perseguição*²⁷⁴ na esfera jurídica do requerente, ao passo que a concessão de autorização de residência a pessoas elegíveis para proteção subsidiária tem como substrato a existência de *motivos significativos para crer* que corre um *sério risco* de ofensa grave²⁷⁵. A doutrina tem-se empenhado em destrinçar estes dois conceitos, como veremos *infra*.

²⁷²Não podemos, contudo, deixar de notar que alguma doutrina considera que esta proteção não é verdadeiramente *subsidiária*, mas antes *complementar* ao estatuto dos refugiados. Neste sentido V. Friso ROSCAM – ABBING “Subsidiarity Protection: Improving or Degrading The Right Of Asylum In Europe?” in Daphné Bouteillet-Paquet, *Subsidiary Protection Of Refugees In The European Union: Complementing The Geneva Convention? / La Protection Subsidiare Des Réfugiés Dans L’Union Européenne: Un Complément À La Convention de Genève?*, Bruxelles, Bruylant, 2002, P.48 e 49;

Joan FITZPATRICK, et. al., “Harmonized Subsidiary Protection In The European law – A View from the United States” in Daphné Bouteillet-Paquet, *Subsidiary Protection Of Refugees In The European Union: Complementing The Geneva Convention? / La Protection Subsidiare Des Réfugiés Dans L’Union Européenne: Un Complément À La Convention de Genève?*, Bruxelles, Bruylant, 2002, P.117.

Ainda assim, o caráter subsidiário encontra sustento normativo tanto na disposição comunitária como na disposição vertida na lei nacional atinentes à proteção subsidiária, uma vez que ambas estabelecem como requisito de elegibilidade a não observância dos pressupostos de acesso ao estatuto de refugiado, induzindo que estes deverão, sempre, ser tidos em conta antes dos pressupostos da proteção subsidiária. Neste sentido, Jane MACADAM, “The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime”, in *IJRL*, n. 17 (3), 2005. P.10.

²⁷³ Note-se que, em tempos, a doutrina considerou que a diferença temporal existia por causa do caráter permanente do estatuto de refugiado, em sentido diverso do caráter temporário da proteção subsidiária. Com a legislação em vigor, nos termos do Artigo 67º 1 e 2 lei 26/2014 de 5 de Maio, este argumento deixa de ter qualquer sentido. Neste sentido *Vide*. Andreia Sofia Pinto OLIVEIRA, *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa: Âmbito de protecção de um direito fundamental...op. cit.* P. 210 e 211. No âmbito procedimental encontravam-se também diferenças, na medida em que a concessão de Asilo era um ato vinculativo e a Proteção Subsidiária era um ato discricionário. *Ibidem*, p. 213. A comunitarização do asilo instituiu, ainda, um sistema do *guiché único* que abordaremos *infra*. *Ibidem*, p. 215.

²⁷⁴ Cfr. Artigo 1º -A (2) da Convenção de Genebra de 1951; Artigo 2º d) da Diretiva 2011/95/UE; Art. 2º/1 ac) e Artigo 3º/2 da Lei n.º 27/2008, de 30 de Junho.

²⁷⁵ Cfr. Art. 2º f) da Diretiva 2011/95/UE e Art. 2/1 x) Lei n.º 27/2008, de 30 de Junho. A formulação, contudo, altera-se ligeiramente no Artigo 7º da mesma Lei.

Outrossim, o asilo pressupõe atos persecutórios individuais, “em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou integração em certo grupo social”, enquanto a proteção subsidiária tem em conta a situação observada no país de origem ou de residência do requerente de proteção, nomeadamente a sujeição a “pena de morte ou execução, a tortura ou pena ou tratamento desumano ou degradante” ou “a ameaça grave contra a vida ou a integridade física do requerente, resultante de violência indiscriminada em situações de conflito armado internacional ou interno ou de violação generalizada e indiscriminada de direitos humanos”²⁷⁶.

Não obstante o que acaba de ser dito, há que sublinhar que o quadro normativo comunitário relativo ao asilo tem contribuído para a aproximação cada vez mais palpável das duas figuras em apreço.

2.2 – Proteção Temporária²⁷⁷

Os traços comuns que circunscrevem a proteção temporária e a proteção subsidiária determinam que procedamos com alguma acuidade à disjunção destas duas figuras jurídicas.

A conformidade das duas formas de proteção começa desde logo no facto de nenhuma delas encontrar abrigo nas normas de carácter universal, mas apenas no direito comunitário e nas ordens jurídicas nacionais²⁷⁸.

Assim, e como denuncia a designação da diretiva comunitária relativa à proteção temporária, esta forma de proteção traduz-se num “procedimento de carácter excecional que assegure, no caso ou perante a iminência de um afluxo maciço de pessoas deslocadas de países terceiros, impossibilitadas de regressar ao seu país de origem, uma protecção temporária imediata a estas pessoas, sobretudo se o sistema de asilo também não puder responder a este afluxo sem provocar efeitos contrários ao seu correcto funcionamento, no interesse das pessoas em causa e no de outras pessoas que solicitem protecção”²⁷⁹. Estas *peçoas deslocadas* a quem

²⁷⁶ Cfr. Artigo 15º da diretiva 2011/95/UE.

²⁷⁷ Para uma visão mais abrangente do que aquela que aqui podemos dar sobre a Proteção Temporária *Vide* Entre Alice EDWARDS, "Temporary Protection, Derogation And The 1951 Refugee Convention." *In Melb. J. Int'l L.* 13, 2012.

²⁷⁸ A Proteção Temporária surgiu no Direito Comunitário por via da 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 e a medidas tendentes a assegurar uma repartição equilibrada do esforço assumido pelos Estados-Membros ao acolherem estas pessoas e suportarem as consequências decorrentes desse acolhimento. A Lei N.º.67/2003 de 23 de Agosto transpõe essa Diretiva para o ordenamento jurídico português.

²⁷⁹ Cfr. Artigo 2º a) da Diretiva 2001/55/CE do Conselho, de 20 de Julho de 2001.

se pretende oferecer proteção são precisamente aquelas que se vejam obrigadas a fugir do seu país de origem, podendo estar abrangidas pela Convenção de Genebra relativa ao Estatuto de Refugiado e ainda “pessoas que tenham fugido de zonas de conflito armado e de violência endémica” ou “tenham estado sujeitas a um risco grave ou tenham sido vítimas de violações sistemáticas ou generalizadas dos direitos humanos”²⁸⁰.

Ora, as motivações que estão na origem da necessidade desta proteção – nomeadamente as vítimas de conflitos armados e de violações sistemáticas ou generalizadas dos direitos humanos – podem fazer crer que a proteção temporária e a proteção subsidiária se sobrepõem na sua finalidade. Mas tal não acontece, por dois traços específicos da proteção temporária. O primeiro deles é o carácter coletivo que reveste e o segundo é o acesso ao seu regime por parte das vítimas.

De facto, a noção de proteção temporária estabelece que se trata de um regime aplicável a um *afluxo maciço* de deslocados, que a Diretiva considera existir quando cheguem “à Comunidade (de) um número importante de pessoas deslocadas, provenientes de um país ou zona geográfica determinados, (...) por sua espontânea vontade [ou] por exemplo, assistidas por um programa de evacuação”²⁸¹. A melhor imagem ilustrativa desta realidade seria aquela que no nosso tempo nos chega pelas televisões do drama humanitário a que se assiste nas fronteiras marítimas ou terrestres do espaço comunitário, protagonizados pelas milhares de vítimas dos conflitos no médio oriente, nomeadamente da atividade do DAESH na Síria²⁸². Este é, por isto, um dos pontos de rutura com a figura da proteção subsidiária. Aproveitamo-nos da distinção sucinta apresentada por TERESA CIERCO para mostrar que “a proteção temporária visa dar resposta célere a casos de urgência humanitária e êxodo de pessoas, permitindo a admissão durante um período de tempo determinado de uma categoria genérica de beneficiários. A proteção subsidiária é conferida individualmente e, em princípio, em situações onde não há grandes fluxos de refugiados”²⁸³.

²⁸⁰ Cfr. Artigo 2º c) da diretiva 2001/55/CE do Conselho, de 20 de Julho de 2001.

²⁸¹ Cfr. Artigo 2º d) da Diretiva 2001/55/CE do Conselho, de 20 de Julho de 2001.

²⁸² Vemo-nos forçados a dizer que este *seria* um exemplo paradigmático de aplicação de proteção temporária porque na verdade não é. Ainda que se encontrem reunidos todos os pressupostos, a verdade é que esta forma de proteção não foi convocada na gestão deste afluxo maciço de refugiados nem, de resto, em qualquer outra circunstância. Tal facto revela, tão só, a inutilidade da figura.

²⁸³ Cfr. Teresa CIERCO, *A Instituição De Asilo Na União Europeia...* op. Cit.. p.150. No mesmo sentido, Constança URBANO DE SOUSA “Etude Comparée Sur La Protection Subsidiare – Portugal”... *op. cit.*, p. 719 e ainda Jane MACADAM “The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime”... *op. cit.* P3.

Estas duas figuras distanciam-se também no seu procedimento, na medida em que, como bem sabemos e melhor verificaremos *infra*, a autorização de residência por proteção subsidiária depende de um pedido de proteção internacional dirigido às instâncias do país da União responsável pela análise do mesmo. *Rectius*, tem subjacente um ato positivo por parte da vítima que necessita de proteção. Já a proteção temporária está dependente das instâncias comunitárias, uma vez que é o Conselho Europeu que toma a decisão de declarar existir um afluxo maciço de pessoas, consoante proposta da Comissão Europeia e respeitando a disposição do Artigo 5º da referida Diretiva. Apesar de a lei nacional prever no Artigo 4º que a proteção temporária pode ser concedida por via de resolução do Conselho de Ministros, a mesma é omissa quanto à sua tramitação²⁸⁴.

Por outro lado, não deixemos de ter presente que ambas as formas de proteção têm caráter temporário²⁸⁵. Com efeito, a Diretiva 2001/55/CE dispõe no número 1 do seu Artigo 4º que a proteção temporária tem a duração de 1 ano, tal como prevê o número 2 do Artigo 22º da Diretiva 2011/95/EU em relação à proteção subsidiária, não obstante as circunstâncias que possam fazer cessar ou prorrogar estas formas de proteção²⁸⁶. Já na transposição para o nosso ordenamento jurídico, a duração da autorização de residência concedida pela proteção subsidiária é alargada para 3 anos, ao passo a proteção temporária mantém o prazo de 1 ano²⁸⁷.

Resta dizer que tanto a proteção temporária como a proteção subsidiária configuram duas figuras jurídicas de importância capital na esfera do direito de asilo e refugiados, que servem necessidades específicas e, como tal, deverão ser reconhecidas nas suas diferenças, sendo que uma interpretação dúbia das finalidades de cada uma resultará, por certo, desfavorável à necessária tutela jurídica dos deslocados.

²⁸⁴ Cfr. Andreia Sofia Pinto OLIVEIRA, *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa: Âmbito de protecção de um direito fundamental... op. Cit.*, P. 217.

²⁸⁵ Cfr. Constança URBANO DE SOUSA “Etude Comparée Sur La Protection Subsidiare – Portugal” ...op. Cit. P. 719.

²⁸⁶ Cfr, respetivamente, Art. 4º e 6º da Diretiva 2001/55/CE e 24º/2 da 2011/95/UE.

²⁸⁷ Cfr. relativamente à proteção subsidiária Artigo 67º/2 Lei 27/2008, de 30 de Junho e relativamente à proteção temporária Artigo 7º Lei nº 67/2003, de 23 de Agosto.

CAPÍTULO II – A Proteção Subsidiária na Ordem Jurídica Comunitária

1 – Generalidades

É certo que a proteção subsidiária aos deslocados que não encontravam acolhimento no âmbito do Artigo 1º da Convenção de Genebra de 1951 ganhou expressão na ordem jurídica portuguesa bem antes de ser consagrada na esfera comunitária e, até, num momento anterior à adesão de Portugal à Comunidade. Ainda assim, pela importância deste enquadramento regional, deter-nos-emos, por ora, no surgimento e evolução da proteção subsidiária na União Europeia, percebendo a importância crescente que foi conquistando na construção e aplicação do Sistema Europeu Comum de Asilo, nomeadamente entre a Diretiva 2004/83/CE e a atualidade.

Se podemos identificar um momento para o nascimento da figura jurídica em apreço na Europa, ele é, indubitavelmente, a década de 90 e a crise da Jugoslávia. A desintegração do Estado da Jugoslávia e a sangrenta Guerra Civil que lhe sucedeu fizeram emergir uma onda de milhares de fugitivos da guerra em busca de auxílio nos outros países da Europa, onde provocaram a maior crise de refugiados desde a II Guerra Mundial²⁸⁸. A inspiração para a criação deste mecanismo específico de proteção surgiu das práticas individuais dos diversos Estados-Membros, entre os quais Portugal.

Esta situação e os receios dos países europeus que lhes eram inerentes despoletaram o surgimento da proteção subsidiária que, na esteira de SOFIA OLIVEIRA, pode ler-se como uma alternativa para “cobrir situações não abrangidas pela definição de refugiado do direito internacional convencional” bem como “uma forma de reduzir o alcance do asilo”²⁸⁹. Já SPICKERBOER julga o desenvolvimento desta figura jurídica na União Europeia como uma “reinvenção” da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, uma vez que a diferença entre a proteção subsidiária e o asilo radica essencialmente no procedimento administrativo e não propriamente no âmbito de proteção²⁹⁰.

²⁸⁸ Cfr. Philip MARFLEE, *Refugees in a global era*, New York, Palgrave Macmillan, 2006, P. 50-52.

²⁸⁹ Cfr. OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto, *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa: Âmbito de protecção de um direito fundamental...* op. Cit. P. 210.

²⁹⁰ Cfr. Thomas SPIJKERBOER, “Subsidiarity In Asylum Law. The Personal Scope of International Protection”, in Daphné Bouteillet-Paquet, *Subsidiary Protection Of Refugees In The European Union: Complementing The Geneva Convention? / La Protection Subsidaire Des Réfugiés Dans L'Union Européenne: Un Complément À La Convention de Genève?*, Bruxelles, Bruylant, 2002. P. 29

O que é facto é a importância crescente desta forma de proteção nos Estados-Membros da União Europeia, cujos caminhos comunitários conheceremos nas próximas páginas.

2 – A Base Jurídica da Proteção Subsidiária

Não obstante à vocação suplementar que define esta figura, a proteção subsidiária enquanto instituto comunitário assenta numa base jurídica própria e diferenciada do asilo. Estamos perante algo que se intui pela observância da letra da norma vertida nas Diretiva *qualificação* surgida em 2004 e reformulada em 2011, nomeadamente pela alínea b) do Artigo 15º comum a ambas as versões do diploma.

O forte vínculo existente, mormente, entre a proteção subsidiária e o Artigo 3º da CEDH e o Artigo 3º da Convenção Contra a Tortura (doravante CCT), mas também com o princípio de *non-refoulement* e com o número 2 do Artigo 63º do Tratado de Amsterdão merece-nos algumas considerações.

2.1 – Artigo 3º da Convenção contra a Tortura e 7º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos

Ainda que o instituto jurídico da proteção subsidiária não colha abrigo em qualquer diploma do direito internacional, a sua consagração na ordem jurídica comunitária reflete a sua influência.

Referimo-nos, concretamente, ao número 1 do Artigo 3º da Convenção Contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes²⁹¹ e à primeira parte do Artigo 7º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos²⁹². Ambas as disposições dizem respeito à proibição da tortura, e configuram o seu sustentáculo no âmbito da proteção subsidiária, desde logo da alínea b) do Artigo 15º comum às Diretivas 2004/83/CE e 2011/95/UE. Se, por um lado, o Artigo 3º da CCT expressa uma *proibição de repelir* “quando existam motivos sérios para crer que [determinada pessoa] possa ser submetida a tortura”, o Artigo 7º do PIDCP decreta que “ninguém será submetido à tortura nem a pena ou a tratamentos cruéis, inumanos ou degradantes”, que converge com o que, segundo as

²⁹¹ Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de Dezembro de 1984 e com entrada em vigor na Ordem Jurídica internacional em 26 de Junho de 1987. Entrou em vigor na ordem jurídica portuguesa em 11 de Março de 1989.

²⁹² Adotado em 16 de Dezembro de 1966 e com entrada em vigor na Ordem Jurídica internacional em 23 de Março de 1976. Entrou em vigor na Ordem Jurídica Portuguesa em 15 de Setembro de 1978.

disposições comunitárias, pode ser entendido como ofensas graves para efeitos de elegibilidade para proteção subsidiária.

2.2 – Artigo 3º da Convenção Europeia Dos Direitos do Homem

Tivemos oportunidade de verificar *supra* que a disposição da Convenção Europeia relativa à proibição da tortura e a proteção subsidiária se relacionam em larga escala por respeito ao princípio de *non-refoulement*. Depois de inferirmos da relevância das disposições do direito internacional na formulação da proteção subsidiária, verificamos que a alínea b) do Artigo 15º comum às diretivas *qualificação* incorpora também o conteúdo do Artigo 3º CEDH²⁹³.

Ademais, esta disposição foi tida como base jurídica desde o primeiro momento em que o instituto jurídico foi pensado e discutido no seio comunitário. Em 1997 a presidência holandesa emitia uma nota precisamente acerca da importância do Artigo 3º CEDH enquanto base jurídica alternativa para a proteção de pessoas excluídas da noção de refugiado da Convenção de 1951²⁹⁴.

A influência da disposição relativa à proibição da tortura da CEDH está, pois, patente nas linhas que desenham a proteção subsidiária²⁹⁵. Se vimos que essa presença se manifesta desde os seus inícios e marca de forma indelével a sua formulação, o mesmo acontece quando a proteção subsidiária se concretiza na esfera jurídica dos seus beneficiários, uma vez que é prática dos países comunitários conceder autorização de residência ao abrigo da proteção subsidiária se a deportação do requerente vier a constituir uma violação do Artigo 3º da CEDH²⁹⁶.

2.3 – Artigo 63º/2 do Tratado de Amesterdão

No que concerne ao Direito Comunitário, o sustento jurídico da proteção subsidiária advém do Artigo 63º/2 do Tratado de Amesterdão. Escusamo-nos a discorrer acerca das inovações trazidas por este Tratado em matéria de asilo, por já o termos feito em sede própria,

²⁹³ ROSCAM – ABBING considera que, transpondo para a diretiva o conteúdo da norma da Convenção Europeia, os atos a que a norma se refere devem manter o mesmo grau de gravidade que é exigido na aplicação daquele Artigo, oferecendo-nos assim outro ponto de contacto entre a PS e CEDH. Cfr. Friso ROSCAM – ABBING “Subsidiarity Protection: Improving or Degrading The Right Of Asylum In Europe?”... op. cit. p. 52. Note-se que este comentário é feito a este conteúdo, mas com referência à alínea a), em virtude de o projeto da diretiva de 2004 consagrar naquela alínea esta matéria.

²⁹⁴Cfr Jane MACADAM, “The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime”, *op. cit.* p. 463.

²⁹⁵Para uma perspetiva diferente da nossa, *Vide* Hugo STOREY, “EU Refugee Qualification Directive: a Brave New World?”, *in IJRL*, 20 (1), 2008 p. 28 e ss.

²⁹⁶ Cfr. Jane MACADAM, “The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime”... *op. cit.* p. 490.

pelo que nos cabe, nesta ocasião, deixar uma breve nota acerca do caminho que foi aberto para esta forma de proteção internacional.

Destarte, a referida disposição prevê que nos 5 anos posteriores à entrada em vigor do Tratado de Amesterdão fossem elaboradas “normas mínimas em matéria de concessão de proteção temporária a pessoas deslocadas de países terceiros que não possam regressar ao seu país de origem, bem como a pessoas que, por outros motivos, necessitem de protecção internacional”²⁹⁷. Apesar de a tradução para algumas línguas ter suscitado dúvidas à melhor interpretação, estes “outros motivos” são, indubitavelmente, os portões do que viria a ser o sistema de proteção subsidiária²⁹⁸.

2.4 – Princípio de *Non-Refoulement*

O instituto jurídico da proteção subsidiária encontra uma base sólida no princípio jurídico de não repulsão, do qual assume a função de ser guardião.

O princípio de *não repulsão*, *non-refoulement* ou ainda *proibição de repelir* é um princípio basilar do Direito Internacional dos Refugiados que encontra eco nas diferentes ordens jurídicas, desde logo no âmbito internacional²⁹⁹. Com efeito, o número 1 do Artigo 33º da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados estabelece que “nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, 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”.

No que concerne às ordens jurídicas regionais – nomeadamente aquelas que nos vinculam - o Conselho da Europa não consagra especificamente este princípio na CEDH ou em algum dos seus Protocolos adicionais, mas a jurisprudência do TEDH, evidenciando o papel da instância jurisdicional na concretização da CEDH, considerou que o Artigo 3º relativo à proibição

²⁹⁷ Cfr. Artigo 63/2 a) Tratado de Amsterdão.

²⁹⁸ Sobre estas questões de interpretação, v. Gregor NOLL e Jens VESTED – HANSEN “Temporary Protection and Burden Sharing: Conditionalising Access Suspending Refugee Rights?” in Elspeth Guild e Carol Harlow (dir.) *Implementing Amsterdam – Immigration and Asylum rights in EC Law*, Oxford, Hart Publishing, 2002, p. 213-214.

Esta parece-nos, de resto, a interpretação correta da letra da norma na sua versão original. Prova disso é o facto de terem, de facto, surgido posteriormente ao Tratado, duas diretivas distintas que visavam estabelecer normas mínimas de Proteção Temporária e de Proteção Internacional, respetivamente.

²⁹⁹ Note-se que este Princípio é tido como *Ius Cogens*, pelo que vincula os países independentemente da sua posituação em diplomas vinculativos para os mesmos. Neste sentido, Vide, Jean ALLAIN, “The *Ius Cogens* Nature of *non-refoulement*” in *IJRL*, 13 (4), 2001, P. 538.

da Tortura, funciona indiretamente como uma proibição de repelir. Como já tivemos oportunidade de verificar, foram os desafios surgidos neste contexto que impulsionaram os Estados a desenvolver uma de proteção específica que viria a resultar na proteção subsidiária.

Já a União Europeia foi mais longe na consagração do princípio de *non-refoulement*, que está presente na CDFUE e nas diretivas que constituem o Sistema Europeu de Asilo, obtendo particular relevância na Diretiva *qualificação*³⁰⁰.

Entre nós, a proibição de repelir encontra acolhimento na Lei do Asilo 2008, onde é definida na alínea aa) do Artigo 2º e consagrada de forma expressa no Artigo 47º, cujo número 2 vai além da proteção conferida pela convenção de Genebra³⁰¹.

Dizíamos nós a princípio que a proteção subsidiária e o princípio *non-refoulement* relacionam-se pela salvaguarda que conferem aos requerentes de proteção. Como se intui pela análise da letra das normas que estabelecem a proteção subsidiária e a proibição de repelir, estas figuras encontram-se na proteção conferida aos deslocados que possam correr o risco de sofrerem ofensas graves, nomeadamente pena de morte, execução, ou tortura ou pena ou tratamento desumano ou degradante³⁰². Ora, tal como a doutrina tem mostrado, o *non-refoulement* – projetado diretamente no Artigo 33º da Convenção de Genebra de 1951 e implicitamente no Artigo 3º da Convenção Europeia – está na base do surgimento e desenvolvimento da proteção subsidiária. De facto, a concretização daquele princípio jurídico manifesta-se na esfera jurídica dos seus beneficiários precisamente por via da proteção subsidiária, ao ser-lhes concedida autorização de residência.

³⁰⁰ Na CDFUE o *non-refoulement* abriga-se no Artigo 19º/2, que tem como epígrafe “Proteção em caso de afastamento, expulsão ou extradição” e 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 tratamentos ou penas desumanos ou degradantes”. Já na diretiva 2011, o Artigo 21º dispõe que “Os Estados-Membros devem respeitar o princípio da não repulsão, de acordo com as suas obrigações internacionais.”. Note-se, contudo, que o número seguinte reserva deliberadamente esta proteção aos Estados signatários da CG, deixando assim escapar a oportunidade de alargar o *non-refoulement* a todos os Estados independentemente do seu vínculo à norma internacional.

³⁰¹ Este Artigo estabelece que: 1 – Quando a perda do direito de proteção internacional determina a abertura de processo tendente ao afastamento coercivo, este obedece ao princípio da não repulsão definido na alínea aa) do n.º 1 do artigo 2.º; 2 – Ninguém será devolvido, afastado, extraditado ou expulso para um país onde seja submetido a torturas ou a tratamentos cruéis ou degradantes.

³⁰² Cfr. Artigo 7º al) v e Artigo 47º da Lei n.º 27/2008, de 30 de Junho, alterada pela Lei 26/2014, de 5 de Maio.

3 – A Proteção Subsidiária Nas Diretivas Comunitárias

3.1 – As Primeiras Aspirações

Se, como dissemos, a proteção subsidiária é filha da crise da Jugoslávia, a verdade é que já se idealizavam outras formas de proteção aos refugiados na Europa além da Convenção Internacional de 1951 nas décadas anteriores, como nos mostra diversa documentação desde 1976³⁰³. Apesar disso, foi já neste século que a União Europeia que positivou a figura jurídica em apreço, com a Diretiva 2004/83/CE de 29 de abril de 2004.

O processo comunitário desencadeou-se com uma nota da delegação dinamarquesa do “Grupo Asilo” de 17 de Março de 1997, com vista à harmonização da proteção subsidiária³⁰⁴. Seguiram-se, depois disso, uma série de atos que visavam oferecer uma resposta cabal àquele documento. Consequentemente, a presidência do Conselho holandesa emitiu uma nota em Abril de 1997 acerca da relevância do Artigo 3º da CEDH para a proteção subsidiária e em Janeiro do ano seguinte o Secretariado Geral do Conselho compilou as respostas dos Estados-Membros dadas ao questionário que incorporava o documento dinamarquês e que pretendia aferir as práticas dos Estados-Membros relativas à proteção subsidiária³⁰⁵.

O passo seguinte na assunção da proteção subsidiária à escala comunitária deu-se pela Áustria, quando, na presidência do Conselho da União Europeia, emitiu uma nota onde, além de estabelecer o ponto de situação deste processo e lançar questões para impulsionar os trabalhos futuros, adiantou uma noção preliminar de proteção subsidiária, segundo a qual se trataria de uma “protecção de pessoas [provenientes] de Estados terceiros que, não estando abrangidas pelo âmbito de aplicação da Convenção de Genebra sobre os refugiados, necessitam, porém, de outro tipo de protecção internacional”³⁰⁶. A nota emitida foi ainda mais longe, ao manifestar a importância de distinguir esta forma de proteção da proteção temporária, introduzindo-lhe assim

³⁰³ Referimo-nos especificamente a diversas recomendações do Conselho da Europa, como sejam a Recomendação 773 de 1976 sobre a Situação dos *refugiados de facto*, a Recomendação 1016 de 1985 relativa às condições de vida e de trabalho dos requerentes de asilo (particularmente, o n. 6.2) ou, mais recentemente, à Recomendação R de 2001 18 do Conselho de Ministros aos Estados Membros sobre a Proteção Subsidiária

³⁰⁴ Cfr. Doc. 6764/97 ASIM 52

³⁰⁵ Cfr. Doc. 7779/97 ASIM 89 e o Doc. 13667/97 ASIM 267, respetivamente.

³⁰⁶ Aludimos ao Doc. 10811/98 ASIM 193 ASILE 9 MIGR 13 de 5 de Agosto de 1998, mas citamos aqui o doc. 6246/99 de 23 de Fevereiro de 1999 do Conselho da União Europeia.

o seu caráter *ratione personae* para efeitos de elegibilidade³⁰⁷. O remate final para a construção da Diretiva *Qualificação*, onde haveria de se consagrar a proteção subsidiária, aconteceu com o Conselho Extraordinário de Tampere em 1999³⁰⁸.

Perante isto, o desafio desta construção residia no intento de aproveitar a experiência dos Estados-Membros na proteção dos migrantes forçados que não estivessem a coberto da Convenção de Genebra, conquanto fossem tidas na maior atenção as normas de direito internacional particularmente relevantes para este instituto³⁰⁹.

3.2 – Diretiva 2004/83/CE Do Conselho de 29 de Abril de 2004.

3.2.1 – Os Trabalhos preparatórios

A primeira proposta de diretiva, apresentada pela Comissão em 30 de Outubro de 2001, dedicou diversas disposições à proteção subsidiária, mas foram poucas aquelas que se mantiveram incólumes até à redação final³¹⁰. Deste esboço, os considerandos 17 e 18 introduziam o instituto jurídico, apresentando-o como um regime que “deve completar o regime de protecção dos refugiados consagrado pela Convenção de Genebra”³¹¹ e que se baseia em “critérios internacionais previstos em instrumentos relativos aos direitos do Homem e em práticas existentes nos Estados-Membros”³¹², refletindo deste modo as aspirações iniciais dos Estados Membros. O considerando 19 demonstrava que a positivação da proteção subsidiária prossegue o objetivo geral da construção do Sistema Europeu Comum de Asilo, na contribuição para “limitar os movimentos secundários de requerentes de asilo entre Estados-Membros, nos casos em que tais movimentos são exclusivamente devidos às diferenças existentes entre os seus regimes jurídicos”.

³⁰⁷ Quer-se com isto dizer que a avaliação das circunstâncias para aplicação da proteção subsidiária se faz caso a caso, ao invés do que acontece com a proteção temporária, que se prende com circunstâncias de fuga maciça.

³⁰⁸ Note-se que o Ponto 14 das Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Tampere expressa que o SECA deve “prever formas de protecção subsidiárias, oferecendo um estatuto adequado a qualquer pessoa que necessite de tal protecção”.

³⁰⁹ Note-se que, a isto, acrescia a necessidade de fixar um elevado nível de proteção, pois os mesmos estudos que revelavam as práticas dos Estados Membros em relação à Protecção Subsidiária faziam intuir, também, que os elevados números de beneficiários desta forma de proteção eram fruto de uma interpretação demasiadamente restritiva da Convenção de Genebra de 1951. Estando esta forma de proteção fora dos cânones internacionais, ficaria sujeita à maior discricionariedade dos Estados e, por conseguinte, os beneficiários de proteção seriam expostos a níveis de proteção inferiores. Cfr. Jane MACADAM, “The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime”... *op. cit.* p. 464.

³¹⁰ Doc. COM(2001) 510 final - 2001/0207(CNS).

³¹¹ Cfr. Considerando 17 da Diretiva 2004/83/CE.

³¹² Cfr. Considerando 18 da Diretiva 2004/83/CE.

O Artigo 2º dedicava várias alíneas a noções relevantes para o regime da proteção subsidiária. Deste modo, a alínea e) indicava quem era a *pessoa que pode beneficiar de proteção subsidiária*; a alínea f) definia *estatuto conferido pela proteção subsidiária* e as alíneas g) e i) referiam-se aos pedidos de *proteção internacional* e de *proteção subsidiária*, respetivamente. Já o Artigo 5º/2 explicitava que a proteção subsidiária é uma forma de proteção internacional, a par do estatuto de refugiado, sendo que os Artigos seguintes dispõem sobre as condições para beneficiar dessa proteção internacional.

Particularmente relevante era o capítulo IV do articulado, relativo especificamente às condições para beneficiar de proteção subsidiária. O capítulo seguinte fora dedicado às matérias comuns às duas formas de proteção.

Deste guião que acabámos de traçar, os trabalhos preparatórios geraram especial controvérsia na redação do Artigo 15º, relativo às ofensas graves³¹³. As dúvidas do grupo de trabalho prendiam-se com a conformidade daquela norma face ao Artigo 63.º do Tratado CE e conduziram ao pedido de um parecer por parte dos serviços jurídicos. Contudo, estes serviços consideraram, por via do parecer emitido, que o Artigo 63º, nomeadamente a alínea a) do número 2, constituía uma “base jurídica adequada e suficiente” às pretensões do articulado objeto de análise³¹⁴.

Os trabalhos preparatórios da diretiva qualificação ficaram, por fim, concluídos em Abril de 2004.

3.2.2 – Texto Final

A versão final da *diretiva que estabelece normas mínimas relativas às condições a preencher por nacionais de países terceiros ou apátridas para poderem beneficiar do estatuto de refugiado ou de pessoa que, por outros motivos, necessita de protecção internacional, bem como relativas ao respectivo estatuto, e relativas ao conteúdo da protecção concedida*, deu à estampa no Jornal Oficial da União Europeia, enfim, dois anos e meio após o início dos seus trabalhos. Logo nos considerandos, a proteção subsidiária é introduzida como uma forma de “completar e *suplementar* a protecção dos refugiados consagrada pela Convenção de

³¹³ Não obstante a maioria das disposições relativas à proteção subsidiária ter sofrido alterações relativamente à proposta inicial, como verificaremos no ponto seguinte.

³¹⁴ Cfr. Doc. 10560/02 – ASILE 34, Ponto 56.

Genebra”³¹⁵. O Considerando seguinte demonstra a necessidade de definição de critérios para o acesso à proteção subsidiária, que deverão basear-se na lei internacional³¹⁶.

No que diz respeito ao articulado propriamente dito, o Artigo 2º estabelece a noção de *Pessoa elegível para Proteção Subsidiária*³¹⁷, *Estatuto de Protecção Subsidiária*³¹⁸ e *Pedido de Protecção Internacional*³¹⁹. O Artigo 5º da proposta da diretiva foi suprimido na redação final do documento, uma vez que o seu conteúdo foi integrado nas referidas disposições do Artigo 2º. Já o Artigo 7º inicial fica consagrado com nova redação no Artigo 4º.

O Artigo 15º mantém-se como uma das disposições mais relevantes do regime da proteção subsidiária, uma vez que especifica o que deve entender-se por *ofensas graves*. Inserido no capítulo que é dedicado à qualificação para proteção subsidiária, esta disposição foi, como dissemos, alvo de amplo debate durante os trabalhos preparatórios, que culminou na seguinte redação: “Artigo 15º Ofensas graves

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

³¹⁵ Cfr. considerando 24 da Diretiva 2004/83/CE do Conselho, de 29 de Abril de 2004, que corresponde ao considerando 17 do projeto, devidamente alterado e renumerado. Itálico nosso. Note-se que, em relação aos trabalhos preparatórios, foi introduzida a nota “suplementar”.

³¹⁶ Cfr. considerando 25 da Diretiva 2004/83/CE do Conselho, de 29 de Abril de 2004. A letra evolui em relação à proposta do considerando 18, onde se diz que “é conveniente”. Para além destas alterações, foi ainda adicionado o considerando 27, sobre o risco individual de ofensa grave. O Considerando 5, sobre Tampere mantém-se e o considerando 19, acerca do objetivo de harmonização da Proteção Subsidiária e do SECA, passa a ser o considerando 7.

³¹⁷ “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 acepção 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 protecção desse país”. Cfr. Art. 2º al. e). O projeto propunha a noção de “Pessoa que pode beneficiar de protecção subsidiária” com uma redação menos clara do que aquele que foi consagrada.

³¹⁸ “O reconhecimento por parte de um Estado-Membro de um nacional de um país terceiro ou de um apátrida como pessoa elegível para protecção subsidiária”. Cfr. Art. 2º al. f) da Diretiva 2004/83/CE do Conselho, de 29 de Abril de 2004. A versão final da diretiva andou bem em simplificar a letra da disposição em relação à proposta inicial.

³¹⁹ “O pedido de proteção apresentado a um Estado-Membro por um nacional de um país terceiro ou por um apátrida, o qual dê a entender que pretende beneficiar do estatuto de refugiado ou de protecção subsidiária e não solicite expressamente outra forma de protecção não abrangida pelo âmbito de aplicação da presente directiva e que seja susceptível de ser objecto de um pedido separado.” Art. 2º al g) Esta disposição manteve uma redação muito próxima à do projeto. Quanto ao artigo 2º, resta dizer que a noção de pedido de proteção subsidiária desapareceu.

indiscriminada em situações de conflito armado internacional ou interno"³²⁰. O referido capítulo V é composto também pelas disposições relativas à cessação e à exclusão da proteção subsidiária³²¹.

Já o capítulo VI, dedicado ao estatuto da proteção subsidiária, integra o Artigo relativo à Concessão do estatuto de proteção subsidiária e dispõe acerca da legitimidade dos Estados-Membros para revogar, suprimir ou recusar renovar o estatuto de proteção subsidiária³²².

O capítulo VII dispõe, igualmente, de matérias relevantes para o regime da proteção subsidiária, uma vez que dispõe acerca do conteúdo da proteção internacional. *Rectius*, dispõe das matérias que são comuns ao estatuto de refugiado e ao estatuto da proteção subsidiária³²³. Aqui, são consagradas matérias de importância capital para os beneficiários de proteção internacional, como sejam o *non-refoulement*, a preservação da unidade familiar e os direitos sociais³²⁴.

Por fim, cabe referenciar que o grande mérito desta diretiva no âmbito da proteção subsidiária radica no facto de a ter concebido como um ato vinculativo, ao invés de a colocar no campo discricionário. Estamos em crer que a isto se deve, em boa medida, o sucesso da proteção susidiária.

³²⁰ A versão constante da proposta da diretiva: Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 5.º, os Estados-Membros devem conceder protecção subsidiária aos requerentes de protecção internacional que se encontrem fora do seu país de origem e não possam aí regressar por recear com razão sofrer uma das seguintes ofensas graves e injustificadas:

- a) Tortura, pena ou tratamento desumano ou degradante;
- b) Violação suficientemente grave dos seus direitos individuais susceptível de desencadear as obrigações internacionais do Estado-Membro;
- c) Ameaça à sua vida, segurança ou liberdade em resultado de violência indiscriminada resultante de um conflito armado ou de violações sistemáticas ou generalizadas dos direitos humanos". Foi sobre esta versão que a doutrina e pronunciou largamente, mas abstermo-nos aqui de fazer qualquer análise crítica, uma vez que a faremos no capítulo seguinte.

³²¹ Arts. 16º e 17º da Diretiva 2004/83/CE do Conselho, de 29 de Abril de 2004 respetivamente. Também estes artigos sofreram alterações relativamente à posposta inicial, para além de integrarem o capítulo IV da Diretiva 2004/83/CE do Conselho, de 29 de Abril de 2004.

³²² Artigos 18º e 19º da Diretiva 2004/83/CE do Conselho, de 29 de Abril de 2004.

³²³ Cfr. Art. 20º/2 da Diretiva 2004/83/CE do Conselho, de 29 de Abril de 2004.

³²⁴ Cfr. Especificamente, Artigos 21º, 23º e 26º e ss.

3.3 – Diretiva 2011/95/UE Do Parlamento Europeu E Do Concelho de 13 de Dezembro de 2011

3.3.1 – Trabalhos Preparatórios

Um dos intentos da segunda fase de construção vertido no programa de Haia passava pela densificação do corpo normativo que até ali tinha sido estabelecido. Nesse sentido, a comissão desenvolveu inúmeros esforços com vista à obtenção de informações da aplicação e que permitiram concluir, entre outros, que as normas vertidas na diretiva 2004 eram “vagas e ambíguas”³²⁵.

Assim, em Outubro de 2009 era conhecida a proposta de alteração da diretiva de 2004 que transportava a missão de prosseguir a harmonização normativa e o estabelecimento de disposições eficazes no regulamento das matérias atinentes à proteção dos migrantes forçados, por forma a corrigir as deficiências deixadas a nu na sua vigência. Tal ficou patente no esboço traçado pela Comissão, cujas propostas passavam por densificar os considerandos e o corpo normativo até ali em vigor, além de ser proposta a alteração da designação da própria diretiva³²⁶.

Não obstante, as disposições concernentes à proteção subsidiária passaram, grosso modo, à margem da discussão atinente à reformulação da diretiva.

3.3.2 – Texto Final

Foi em Dezembro de 2011 que veio a lume a versão final da diretiva qualificação 2011, atualmente em vigor na ordem jurídica comunitária.

Ainda que *a DIRECTIVA 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 protecção internacional, a um estatuto uniforme para refugiados ou pessoas elegíveis para protecção subsidiária e ao conteúdo da protecção concedida* ditasse a revogação da diretiva de 2004³²⁷, o certo é que as normas respeitantes ao regime da proteção subsidiária transitaram quase

³²⁵ Cfr. Doc COM(2009) 551 final, p.3.

³²⁶ Na proposta de reformulação, esta é designada como “DIRECTIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO que estabelece normas mínimas relativas às condições a preencher por nacionais de países terceiros ou apátridas para poderem beneficiar de protecção internacional e relativas ao conteúdo da protecção concedida” mas esta designação não procedeu. Cfr. doc. COM(2009) 551.

³²⁷ Cfr. Artigo 40º da Diretiva 2011/95/UE.

incólumes para o novo documento. A exceção situa-se à alteração da expressão *requerente de asilo* por *requerente de proteção internacional*, que é transversal a todo o diploma³²⁸.

No que concerne aos *considerandos* referentes de forma particular à proteção subsidiária, sofreram meramente alterações numerológicas e mantiveram o conteúdo vertido no diploma revogado³²⁹. O mesmo aconteceu às noções constantes do Artigo 2º, que sofreram apenas um reajuste na disposição por alíneas. Assim, foi inserida na alínea b) a noção de *Beneficiário de Proteção Internacional* pelo que as noções de *Pessoa elegível para proteção subsidiária*, de *Estatuto de Proteção Subsidiária* e *Estatuto de Proteção Subsidiária* passaram a constar das alíneas f), g) e h) do Artigo 2º, respetivamente³³⁰.

É de registar, igualmente, o facto de o Artigo 15º ter sido transposto *ipsis litteris* para a diretiva de 2011. Depois do debate a que deu palco nos trabalhos preparatórios na versão de 2004, esta disposição – chave para a figura jurídica em análise não foi sequer alvo de propostas de alteração³³¹.

A primeira alteração a registar no regime da proteção subsidiária radica no Artigo 16º, cujo novo número 3 apresenta uma exceção à regra da cessação prevista nos dois números anteriores. Os Artigos seguintes mantêm-se intactos³³².

As alterações relevantes à proteção subsidiária voltam a encontrar-se no capítulo VII, relativo ao conteúdo da proteção internacional. Desde logo, o Artigo 20º alarga o seu âmbito de proteção às vítimas de tráfico humano, às pessoas com distúrbios mentais e suprime a disposição que na diretiva de 2004 permitia a redução de benefícios concedidos a uma pessoa elegível para proteção subsidiária³³³. Os restantes cânones do capítulo referido sofreram pequenas alterações semânticas e supressões ou adições de números ou parágrafos para além de ter sido adicionado um Artigo inteiro, relativo ao Acesso a procedimentos de reconhecimento das qualificações (Artigo 28º).

³²⁸ Esta alteração verifica-se, v.g. no considerando 13.

³²⁹ Referimo-nos aos Considerandos 32, 33 e 34, que na primeira Diretiva correspondiam aos considerandos 24, 25 e 26.

³³⁰ Na diretiva 2004/83/CE: alíneas e), f) e g). Escusamo-nos a verter aqui o conteúdo das normas em virtude de já o termos feito na supra e não ter sofrido alterações. Note-se que estas alterações de disposição no corpo da diretiva são o reflexo formal da densificação material do corpo normativo.

³³¹ O mesmo aconteceu, também, com o Artigo 4º.

³³² É de notar que se procede a uma alteração semântica no número 4 do Artigo 19º. Onde antes se lia valor, le-se agora dever.

³³³ Referimo-nos especificamente ao número 7, embora o número 6, que dispunha o mesmo para os detentores do estatuto de refugiado, tenha sido igualmente suprimido.

3.4 – As Outras Diretivas

O facto de a diretiva *qualificação* ser o corolário da proteção subsidiária no seio comunitário ficou implícito nas últimas linhas, embora a robustez do seu regime jurídico dependa também das outras diretivas que constituem o Sistema Europeu de Asilo. Referimo-nos especificamente às diretivas *procedimento* e *acolhimento*.

Com efeito, a Diretiva 2013/32/UE Do Parlamento Europeu E Do Conselho de 26 de junho de 2013 relativa a procedimentos comuns de concessão e retirada do estatuto de proteção internacional, que veio reformular a diretiva 2005/85/CE do Conselho, de 1 de dezembro de 2005, vem estabelecer um *procedimento de Asilo único*³³⁴. Quer isto dizer que existe um só procedimento para analisar um pedido de proteção internacional, de acordo com o qual o órgão de decisão deve determinar em primeiro lugar se os requerentes preenchem as condições necessárias para beneficiar do estatuto de refugiados e, caso contrário, determinar se os requerentes são elegíveis para proteção subsidiária³³⁵. Esta disposição reflete, de resto, o caráter subsidiário deste regime jurídico em relação em estatuto de refugiado.

Já a diretiva 2013/33/UE de 26 de junho de 2013 que estabelece normas em matéria de acolhimento dos requerentes de proteção internacional e atualiza a Diretiva 2003/9/CE do Conselho, de 27 de janeiro de 2003, reveste menor importância no âmbito da proteção subsidiária, mas que não deve ser ignorada. Com efeito, este diploma tem o mérito de alargar as suas disposições aos requerentes de Proteção Subsidiária, com o propósito de garantir a igualdade de tratamento de todos os requerentes de proteção internacional³³⁶. Tal constitui, de facto, um avanço em relação à diretiva que vem reformular.

³³⁴ Cfr. Considerandos 11 e 12 da diretiva 2005/85/CE do Conselho, de 1 de Dezembro de 2005.

³³⁵ Cfr. Art. 10º/2 da Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011.

³³⁶ Cfr. Considerando 13 da Diretiva 2013/33/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2013.

CAPÍTULO III - A Proteção Subsidiária na Ordem Jurídica portuguesa

Eis-nos chegados à cúpula da construção que temos vindo a empreender. Como foi nosso propósito desde início, refletiremos nas próximas páginas acerca da figura jurídica da proteção subsidiária no ordenamento jurídico português.

Para que possamos oferecer uma reflexão tão profunda e rigorosa quanto nos seja possível, deter-nos-emos, desde logo, no surgimento desta figura entre nós, bem como na evolução jurídica que foi sofrendo com o tempo.

Seguidamente compreenderemos de que forma as disposições comunitárias foram moldando internamente a proteção subsidiária para, por fim, imergirmos no seu regime jurídico.

1 – Surgimento e Evolução

O direito de asilo é profundamente caro à nossa democracia, reflexo da História que escrevemos no século XX, como de resto tivemos oportunidade de evidenciar em momento oportuno. Daí que, desde o início da 3ª República, se tenha primado pela melhor prática e atualidade normativa na densificação do regime jurídico dos refugiados.

Estamos em crer que aproveitámos da nossa experiência histórico-política uma particular sensibilidade para a problemática dos refugiados no mundo. Essa circunstância ofereceu-nos uma visão aprimorada das reais carências de proteção e daí resultou, desde a primeira Lei do Asilo vigente em Portugal, a tutela das vítimas dos conflitos armados e da violação sistemática dos Direitos Humanos – os primeiros traços do que haveria de ser a figura da proteção subsidiária no nosso ordenamento jurídico.

A inclusão dos sofrendores daqueles atos no nosso regime protecional colheu fundamento em dois dramas humanitários concretos das décadas de 70 e 80. Referimo-nos primeiramente a um conflito de amplitude mundial, que à época se travava no Cambodja e Vietnam e que deram origem aos tristemente famosos *boat people* do Cambodja³³⁷. Outrossim, pretendia-se proteger as vítimas dos conflitos nascidos do processo de descolonização e que nos diziam particularmente

³³⁷ Cfr. discussão na generalidade do dia 16 de Abril de 1980, p. 1547, 1549 e 1553, disponível em <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/01/01/04/038/1980-04-15/1553?org=PLC&plcdf=true>

respeito, nomeadamente os acontecimentos verificados em Angola, Moçambique ou na Guiné-Bissau³³⁸.

Estavam, pois, construídos os alicerces desta figura jurídica sobre a qual nos debruçamos e que experimentou um desenvolvimento paulatino ao ritmo da produção legislativa em matéria de asilo, até ganhar a forma que hoje lhe conhecemos, tal como veremos nas próximas linhas.

1.1– Lei nº 38/80, de 1 de Agosto

Ao despontar na nossa ordem jurídica, ainda no decorrer da primeira legislatura após o 25 de Abril de 1974, a primeira Lei do Asilo, observa-se entre nós a primeira manifestação da figura da proteção subsidiária. Contudo, a inclusão de uma tutela jurídica das vítimas de conflitos armados e de violações sistemáticas de direitos humanos esteve longe de ser pacífica e o amplo debate que despoletou merece-nos algumas considerações.

Cabe dizer, desde já, que esta forma de proteção não surgiu de imediato como uma forma singular de proteção, mas antes como uma extensão do direito de asilo – *asilo por razões humanitárias*³³⁹. Ainda que a versão final lhe tenha reservado um Artigo específico, nos trabalhos preparatórios tomava parte dos fundamentos do asilo, a par da Convenção de 1951 e do preceituado na consagração constitucional do direito de asilo³⁴⁰.

Na discussão parlamentar desta proposta de lei a celeuma causada por esta disposição prendia-se com os fundamentos e limites do asilo e, em *ultima ratio*, com a sua conformidade constitucional³⁴¹. A tónica da discussão das então alíneas b) e c) do Artigo 1º radicava na admissibilidade para a concessão de asilo por quem não fosse perseguido em virtude das

³³⁸ *Ibidem*. p 1549 e 1550. Note-se que os números apresentados na discussão acerca dos pedidos de Asilo pelos nacionais dos três países referidos são exemplificativos da importância em estabelecer uma salvaguarda para as vítimas daqueles conflitos.

³³⁹ Cfr. Art. 2º da Lei nº 38/80, de 1 de Agosto – “Asilo por razões humanitárias

Pode ainda ser concedido asilo aos estrangeiros e aos apátridas que não queiram voltar ao Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual por motivos de insegurança devida a conflitos armados ou da sistemática violação dos direitos humanos que ali se verificarem”.

³⁴⁰ Cfr. Artigo 1º/2 als, b) e c) da proposta de lei N 311/I disponível em [http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2/01/04/042/1980-04-11/545?pgs=544 548&org=PLC&plcdf=true](http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/s2/01/04/042/1980-04-11/545?pgs=544%20548&org=PLC&plcdf=true) [15.01.2016].

³⁴¹ Note-se que a discussão parlamentar da proposta de lei nº 311/I apresentada pelo Governo aconteceu em conjunto com o Projeto de Lei 384/I concebido por uma força da oposição. Ainda que com uma redação semelhante àquela proposta, este projeto não previa qualquer forma de proteção às vítimas de conflitos armados e de violações sistemáticas de Direitos Humanos.

atividades de defesa dos valores vertidos na disposição constitucional³⁴². Os autores da proposta de lei consideravam estar a proceder a um “alargamento do motivo de asilo”, conquanto a oposição interpretava aquela disposição como uma deturpação do preceito constitucional, ou mesmo o seu “esvaziamento de sentido”³⁴³.

A redação final acabou por dedicar um Artigo específico ao asilo por razões humanitárias, mas mantendo, ainda assim, as vítimas de insegurança devida aos conflitos armados e da sistemática violação dos direitos humanos elegíveis para a concessão de asilo. Como tal, os requerentes que fundamentassem o seu pedido naquelas circunstâncias e, por via delas, lograssem proteção, ficariam a abrigo do estatuto de refugiado, sem qualquer distinção relativamente aos refugiados cujo pedido se baseasse noutro fundamento³⁴⁴.

1.2 – Lei nº 70/93, de 29 de Setembro

Após o surgimento dos primeiros traços da proteção subsidiária na nossa ordem jurídica com a Lei nº 38/80 de 1 de Agosto, era expectável que o diploma jurídico que lhe sucedeu desenvolvesse a noção e regime do asilo por razões humanitárias. De facto, a segunda Lei do Asilo trouxe desenvolvimentos neste campo, mas não necessariamente os desejáveis.

Mais uma vez foco de debate nos trabalhos preparatórios, a proteção das vítimas de conflitos armados e de violação sistemática de direitos humanos estava prestes a conhecer um retrocesso normativo. Se, contudo, no debate da primeira lei estava em causa a sua legitimidade constitucional, agora eram as mesmas vozes a erguer-se contra o desaparecimento da figura enquanto tal. Destarte, foi debatida a natureza jurídica da figura do asilo por razões humanitárias, que se considerou ser, não um objeto de direito, mas antes uma faculdade do Estado, que se traduz na possibilidade de a administração poder conceder uma autorização de residência em Portugal³⁴⁵. Perante isto, qualquer alteração ao asilo por razões humanitárias estaria livre de ferir o instituto formal do asilo e a alteração proposta – consagrada na versão final – a que nos referimos passava por designar este fundamento de concessão de proteção

³⁴² “Direito de asilo – 1. É garantido o direito de asilo aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos em consequência da sua actividade em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana. 2. A lei define o estatuto de refugiado político”. Cfr. Art. 22º da CRP na sua versão original, vigente aquando desta discussão parlamentar.

³⁴³ Cfr. Discussão na generalidade, p. 1547 – 1550.

³⁴⁴ Cfr. Artigo 4º/2 da Lei nº 38/ 80, de 1 de Agosto.

³⁴⁵ Cfr. Reunião plenária de 18 de agosto de 1993, P. 3195 e 3196, disponível em <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/01/06/02/096/1993-08-19?pgs=&org=PLC> [15.01.2016]

como *regime excepcional por razões humanitárias*³⁴⁶. Significa isto que as vítimas dos conflitos armados e da violação sistemática de Direitos humanos continuavam a merecer tutela jurídica, mas de carácter excepcional e não análogo ao estatuto de refugiado³⁴⁷. Ainda assim, a principal alteração radicava no regime que lhe era conferido, pois a remissão constante da nova disposição ditava que esta forma de proteção seria regida pelo regime excepcional estatuído no Artigo 64º da Lei dos Estrangeiros em vigor à época e já não por aquele diploma³⁴⁸.

Na votação final do documento foi avançado que esta solução legislativa limitaria os beneficiários desta proteção no acesso aos direitos (nomeadamente o acesso aos tribunais) e ainda que institucionalizava o livre arbítrio. De facto, e ainda que esta forma de proteção não se tenha extinguido, resultou fortemente fragilizada deste novo quadro normativo.

1.3 – Lei nº 15/98 de 26 de Março

Após a vigência de 5 anos daquele diploma, eis que surge entre nós a Lei n.º 15/98, de 26 de Março, que viria estabelecer um novo regime jurídico-legal em matéria de asilo e de refugiados. A sofisticação jurídica que revestia este diploma estendia-se à tutela jurídica conferida às vítimas de conflitos armados e de situações de sistemática violação dos direitos humanos, mas esta permanecia como um ponto nevrálgico no debate entre forças partidárias.

As divergências atinentes à proteção por razões humanitárias nos trabalhos preparatórios radicavam na sua natureza jurídica³⁴⁹. Numa das propostas em debate advogava-se a reposição no articulado do asilo por razões humanitárias, por se considerar que essas razões humanitárias – conflitos armados e sistemática violação de direitos humanos – cabiam nos fundamentos do direito de asilo³⁵⁰. Por outro lado – e entendendo já esta matéria como fora do

³⁴⁶ Regime excepcional por razões humanitárias: Aos estrangeiros e aos apátridas a quem não sejam aplicáveis as disposições do artigo 2.º e que sejam impedidos ou se sintam impossibilitados de regressar ao Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual por motivos de insegurança devida a conflitos armados ou da sistemática violação dos direitos humanos que ali se verificarem pode ser aplicado o regime excepcional previsto no artigo 64.º do Decreto-Lei n.º 59/93, de 3 de Março. Cfr. Artigo 10º da 1.2 Lei 70/93 de 29 de Setembro. Note-se que a oposição acusava o governo de eliminar o asilo por razões humanitárias mas fomos forçados a discordar, pois apenas se observou uma alteração na consagração – porventura mais frouxa – jurídica desta forma de proteção.

³⁴⁷ Citando o então ministro da Administração Interna, ainda que não concordemos em absoluto: “em termos rigorosos, não há é direito de asilo por razões humanitárias mas soluções a ele equiparadas”. Cfr discussão na generalidade, p 3216.

³⁴⁸ Referimo-nos ao Decreto-Lei n.º 59/93, de 3 de Março.

³⁴⁹ A discussão desta lei na generalidade teve por base a Proposta de Lei 97/VII e o Projeto de Lei 164/VII. Cfr. p. 22 a 37. Disponível em <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/01/07/03/001/1997-10-09?pgs=&org=PLC> [15.01.2016].

³⁵⁰ O que se considera, em concreto, é que, se “a consagração constitucional do direito de asilo não obriga a abranger estes casos, a verdade é que também os não exclui”, *Ibidem* p. 25.

alcance do asilo – a proposta de integração na lei da figura da autorização de residência por razões humanitárias fez questionar se estaríamos perante um direito subjetivo do requerente ou um ato discricionário do Estado³⁵¹. Pelo prisma de CALVÃO DA SILVA deveria esclarecer-se que estávamos perante uma “faculdade do Estado” e que esse haveria de ser, de resto, o traço de distinção do Direito de asilo, constitucionalmente consagrado³⁵². Apesar desta observação, a redação final da disposição manteve-se, evidenciando que este é um ato vinculativo, pelo que a concessão de autorização de residência por razões humanitárias foge à livre apreciação do Estado³⁵³.

Esta lei afastava, deste modo, definitivamente a autorização de residência por razões humanitárias do âmbito do direito de asilo – e por conseguinte do estatuto de refugiado – conquanto robustecia esta figura e a definia como uma forma de proteção singular. Como tal, os números 2, 3 e 4 do Artigo 8º estabelecem-lhe o regime jurídico³⁵⁴. No que diz respeito ao procedimento, intui-se que se integre no procedimento de asilo, uma vez que não se encontra qualquer referência direta ao procedimento de obtenção desta forma específica de proteção.

2– A Proteção Subsidiária Na Atual Lei do Asilo

Apesar de a tutela jurídica das vítimas de conflitos armados e de violações sistemáticas de direitos humanos estar salvaguardada desde que, entre nós, uma lei ordinária regula o asilo, só a Lei 27/2008 de 30 de Junho consagrou e definiu o instituto jurídico da proteção subsidiária no ordenamento jurídico português.

Este diploma que hoje vigora no ordenamento jurídico nacional – entretanto alterado pela Lei 26/2014 de 5 de Maio – é desenhado pelos mesmos contornos das diretivas comunitárias³⁵⁵. Tal reflete-se sobremaneira na forma de proteção que aqui perscrutamos.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 28 e 29.

³⁵² *Ibidem*.

³⁵³ “É concedida autorização de residência por razões humanitárias aos estrangeiros e aos apátridas a quem não sejam aplicáveis as disposições do artigo 1º e que sejam impedidos ou se sintam impossibilitados de regressar ao país da sua nacionalidade ou da sua residência habitual, por motivos de grave insegurança devida a conflitos armados ou à sistemática violação dos direitos humanos que aí se verificarem”. Cfr. Artigo 8º/1 da Lei n.º 15/98 de 26 de Março.

³⁵⁴ Estas disposições estabelecem a validade máxima de 5 anos (renovável) desta autorização de residência. (cfr. nº2). A concessão da autorização é da competência do Ministro da Administração Interna, sob proposta do Comissariado Nacional para os Refugiados (cfr. nº3) e a emissão da mesma é da competência do SEF. (cfr. Nº4).

³⁵⁵ A propósito destas alterações V. cap. Asilo em pt

Ao contrário das alterações legislativas que analisámos anteriormente, a proposta e debate desta lei decorreu sob a égide do consenso generalizado, particularmente na disposição atinente à proteção subsidiária³⁵⁶.

Como dissemos, a proteção subsidiária tomava parte, pela primeira vez enquanto tal, da Lei do Asilo portuguesa. Mas isso não constituiu uma alteração de fundo relativamente à disposição que consagrava a autorização de residência por razões humanitárias, antes a completou. Desde logo, a alínea f) do Artigo 2º do articulado esclarece que ao titular de proteção subsidiária é concedida autorização de residência por razões humanitárias³⁵⁷. Seguidamente, o número 1 do Artigo 7º da nova lei manteve a redação do número 1 do Artigo 8º da Lei de 98. Já o número 2 é um reflexo claro da Diretiva 2004/83/CE de 29 de Abril, alargando a construção da proteção subsidiária ao definir o que deve considerar-se por *ofensa grave*³⁵⁸. As alterações introduzidas em 2014, em virtude da necessidade de transposição das reformulações a que haviam sido sujeitas as diretivas comunitárias deixaram incólume aquela disposição.

No que concerne ao procedimento, a lei em análise faz uma aplicação extensiva à proteção subsidiária das disposições vertidas nas secções i, ii, iii e iv do capítulo III, relativas ao procedimento do asilo, *ex vi* o Artigo 34º. No entanto, esta norma acabaria por ser revogada em 2014, quando a alteração legislativa introduziu entre nós o sistema de *guichêt único*, numa alteração à redação do Artigo 10º.

Em relação ao estatuto jurídico da proteção subsidiária, está disposto nos capítulos VI, VII e VIII, conjuntamente com o estatuto de refugiado.

Diga-se, por último, que a proteção subsidiária que figura na nossa lei é uma solução híbrida, que concilia o melhor da nossa tradição na proteção por razões humanitárias com as

³⁵⁶ Não deixamos de salientar que este referido consenso se ficou a dever, essencialmente a três motivos, implícitos na discussão da proposta de lei na generalidade, disponível em <http://debates.parlamento.pt/catalogo/r3/dar/01/10/03/046/2008-02-09/28?pgs=28-32,40-47&org=PLC>. Desde logo, o facto de o legislador estar, de certo modo, refém da necessidade de responder às nossas obrigações comunitárias de transpor as diretivas constituintes do SECA Por outro lado, o articulado proposto densifica o disposto na lei até aí em vigor mas não a desvirtua na sua essência. Por fim, à época desta discussão o panorama internacional dos refugiados pautava-se por outra espécie de problemas, como a necessidade de filtrar as tentativas de imigração ilegal e o surgimento de novas noções, como a de refugiado por motivos económicos, trazido à colação no debate da lei por uma das forças partidárias.

³⁵⁷ Artigo 2º al. j) da Lei nº 26/2014, de 5 de Maio.

³⁵⁸ “A pena de morte ou execução;

b) A tortura ou pena ou tratamento desumano ou degradante do requerente no seu país de origem; ou

c) A ameaça grave contra a vida ou a integridade física do requerente, resultante de violência indiscriminada em situações de conflito armado”.

novidades trazidas pela sua comunitarização. Só isso tornou possível que não nos tivéssemos quedado no respeito pelas disposições comunitárias que nos vinculam, mas tenhamos conseguido ir além delas.

2.1– O Regime Jurídico da Proteção Subsidiária

Perante esta breve contextualização, é tempo de emprendermos uma análise ao regime jurídico da proteção subsidiária. Tentando estabelecer a sua melhor perceção, seguiremos o caminho apontado pela nossa Lei, mas recorreremos às disposições vertidas na Diretiva 2011/95/UE sempre que seja pertinente.

2.2.1 – Pressupostos de Facto da Proteção Subsidiária

Nos termos da lei vigente em Portugal, a proteção subsidiária é recortada nos seguintes termos:

“Artigo 7.º – Proteção Subsidiária

1 - É concedida autorização de residência por Proteção Subsidiária aos estrangeiros e aos apátridas a quem não sejam aplicáveis as disposições do artigo 3.º e que sejam impedidos ou se sintam impossibilitados de regressar ao país da sua nacionalidade ou da sua residência habitual, quer atendendo à sistemática violação dos direitos humanos que aí se verifique, quer por correrem o risco de sofrer ofensa grave.

2 - Para efeitos do número anterior, considera-se ofensa grave, nomeadamente:

- a) A pena de morte ou execução;
- b) A tortura ou pena ou tratamento desumano ou degradante do requerente no seu País de origem; ou
- c) A ameaça grave contra a vida ou a integridade física do requerente, resultante de violência indiscriminada em situações de conflito armado internacional ou interno ou de violação generalizada e indiscriminada de direitos humanos.

3 - É correspondentemente aplicável o disposto no artigo anterior”³⁵⁹.

Desta disposição podemos identificar desde já as condições que devem verificar-se para que um requerente de proteção internacional possa ser elegível para aproveitar da proteção oferecida por esta figura jurídica.

³⁵⁹ Cfr. Art. 7º da Lei nº 27/2008 de 30 de Junho com a redação oferecida pela alteração da Lei 26/2014, de 5 de Maio. Note-se que a alteração consubstancia-se, exclusivamente, na designação “autorização de residência por Proteção Subsidiária” onde na versão original se podia ler “autorização de residência por razões humanitárias”.

Prima facie a elegibilidade do requerente para concessão de proteção subsidiária afere-se pela negativa. O segmento normativo “(...) não sejam aplicáveis as disposições do artigo 3º(..)” dita que só pode ser concedida esta forma de proteção a quem tenha sido previamente excluído da concessão do estatuto de refugiado. Este é, de resto, um traço indicativo do caráter subsidiário da figura jurídica. Estamos com JANE MACADAM quando considera que tal decorre de uma interpretação inclusiva da Convenção de Genebra e torna-se particularmente relevante na medida em que a forma de proteção concedida tem por base diferentes tipos de danos sofridos pelos requerentes. Ora, uma qualificação errada do pedido formulado terá consequências no nível de proteção concedido³⁶⁰.

Num segundo momento, a lei fixa critérios positivos para aferir da elegibilidade para concessão desta forma de proteção. Logo no número 1 é definida a observância de uma *sistemática violação dos direitos humanos* como motivo bastante para o acesso à proteção subsidiária. Seguidamente, um dos critérios que mais tem inflamado a doutrina diz respeito ao *risco* de sofrer ofensa grave e, por conseguinte, ao *nível de risco* que deve ser observado para que se justifique a concessão da proteção. Por outro lado, a aclaração oferecida pela norma acerca do que deve entender-se por *ofensa grave* tem sido, igualmente, objeto de discussão. Se podemos afirmar que as noções de *pena de morte ou execução e tortura ou pena ou tratamento desumano ou degradante* são relativamente consensuais entre nós, o mesmo já não poderá ser dito acerca de *violência indiscriminada em situações de conflito armado internacional* e de *violação generalizada e indiscriminada de direitos humanos*.

Por isto, impõe-nos a consciência que nos detenhamos um pouco mais nestes critérios de concessão de proteção subsidiária ao longo das próximas linhas, por forma a colhermos deles uma melhor compreensão³⁶¹.

³⁶⁰ This emphasizes that subsidiary protection is only to be granted if a person does not qualify for refugee status, and stems from the rationale that the Convention is to be given a full and inclusive interpretation. This is of particular importance in a regime that differentiates between protection needs based on the type of harm feared, since the result of wrongly classifying a claim has serious consequences for status. It also has theoretical significance, since characterizing an individual as a subsidiary protection beneficiary without fully considering the application of the Convention may have the effect of stultifying that instrument's development". Cfr. Jane MACADAM "The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime"...*Op. Cit* p. 470.

³⁶¹ Note-se que a nossa formulação não corresponde *ipsis letteris* àquela vertida na diretiva comunitária, pelo que as questões suscitadas também são diferentes. Nomeadamente, a exigibilidade de existirem *motivos significativos para acreditar* que possam ocorrer ofensas graves, em contraposição ao fundado receio de perseguição constante da noção de refugiado. Sobre isto *Vide, ibidem*, p. 470-472.

2.2.1.1– Sistemática Violação De Direitos Humanos

Como ficou evidenciado pelo percurso legislativo que fizemos até aqui, as vítimas de violação sistemática de direitos humanos foram objeto de proteção desde o primeiro momento na nossa ordem jurídica³⁶². Contudo, e apesar de a importância desta noção ultrapassar em larga medida o âmbito do Direito Internacional dos Refugiados, nenhum dos textos normativos de caráter internacional, regional ou nacional nos oferece uma noção cabal de *sistemática violação de direitos humanos*.

Perante isto, é com a melhor doutrina – que se tem esforçado por clarificar este conceito – que vislumbramos uma proposta de definição que nos parece suficientemente rigorosa, clara e completa. Assim, pode entender-se por *sistemática violação de direitos humanos* “aquelas violações, instrumentais para a consecução das políticas governamentais, perpetradas em tal quantidade e de tal maneira que criem uma situação em que os direitos à vida, à integridade pessoal, à liberdade individual da população como um todo ou de um ou mais setores da população de um país são continuamente violados ou ameaçados”³⁶³. Ou seja, não se refere a violações pontuais e de vítimas isoladas, mas àquelas situações que se prolonguem no tempo e que não atinjam uma pessoa em específico mas um determinado grupo ou mesmo toda a população. Por outro lado, não – de decorrer de normas pré-estabelecidas no sistema governativo para levar a cabo os seus objetivos. No que diz respeito ao tipo de violações ocorridas, podemos socorrer-nos dos instrumentos de direito internacional para compreender que há um cuidado especial na tutela de alguns direitos, bem como especial acuidade na punição das suas violações. Referimo-nos, a título de exemplo, a situações de limpeza étnica ou segregação racial³⁶⁴.

Ainda assim, a melhor noção colhe-se da triste realidade de alguns países, que demonstra com rigorosa crueldade o que deve entender-se por *sistemática violação de direitos*

³⁶² Ressalvamos positivamente o facto de a transposição das diretivas comunitárias, que não contemplam este critério, não ter posto em causa a sua permanência na norma.

³⁶³ Tradução livre de “Gross, systematic violation of human rights are those violations, instrumental to the achievement of governmental policies, perpetrated in such a quantity and in such a manner as to create a situation in which the rights to life, to personal integrity or to personal liberty of the population as a whole or of one or more sectors of population of a country are continuously infringed or threatened”. Cfr. Cecilia Medina QUIROGA, *The battle of human rights: gross, systematic violations and the inter-American system*, Martinus Nijhoff Publishers, Utrecht, 1988, p. 16.

³⁶⁴No que diz respeito à limpeza étnica, exemplificamos, por exemplo, com o genocídio do Ruanda. No que diz respeito à segregação racial, é exemplo o *apartheid* ocorrido na África do Sul.

Para uma explicação aprofundada desta noção, *Vide, Ibidem.*, P. 7-15.

*humanos*³⁶⁵. O exemplo paradigmático é a Coreia do Norte que na atualidade comete crimes de *lesa humanidade*, como sejam crimes de natureza sexual, perseguição por motivos raciais e religiosos ou ainda a manutenção de campos de presos políticos, entre uma miríade de outros horrores perpetrados pelo seu regime totalitário³⁶⁶.

2.2.1.2– O Risco

Para que um requerente de proteção internacional possa ser elegível para proteção subsidiária terá de correr o *risco* de sofrer ofensa grave. Uma vez mais, a disposição legal é altamente discricionária e não dispõe de qualquer informação adicional que nos oriente para o nível de risco que se deve observar. De todo o modo, o legislador nacional optou por não fazer a transposição integral da norma comunitária, que refere que deve verificar-se um *risco real*³⁶⁷.

Ainda que a omissão de indicativos suplementares possa conduzir a uma prática menos uniforme na concessão da proteção subsidiária, consideramos que a larga margem de decisão conferida à entidade administrativa competente pela análise do pedido poderá beneficiar requerentes que necessitem de efetiva proteção mas não consigam fazer prova da dimensão real do risco³⁶⁸.

2.2.1.3– A Ofensa Grave

Como nos diz JANE MACADAM, a noção de ofensa grave não existia no direito internacional antes da diretiva *qualificação*³⁶⁹. Também entre nós, esta designação surgiu apenas na Lei 27/2008 de 30 de Junho, como reflexo da transposição da disposição comunitária que concretiza quem pode obter proteção subsidiária.

³⁶⁵ Regressamos aos trabalhos preparatórios da nossa primeira Lei do Asilo, já analisados, para recordar que foram os dramas específicos do Camboja e das antigas colónias portuguesas que motivaram a concessão de tutela jurídica a estas vítimas.

³⁶⁶ Cfr. Pontos 74 a 79 do Relatório da Comissão de Inquérito sobre os direitos humanos na República Popular Democrática da Coreia - A / HRC / 25/63 de 7 de Fevereiro de 2014, disponível em <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/ColDPRK/Pages/CommissionInquiryonHRinDPRK.aspx> [15.01.2016]

³⁶⁷ Cfr. Artigo 2º/1 f) da Diretiva 2011/95/UE. Recorde-se que analisamos aqui a disposição vertida no Artigo 7º da Lei 26/2014, de 5 de Maio. Contudo, a definição contida no Artigo 2º al.x) da mesma lei contém o termo *risco real*.

³⁶⁸ Pior ainda seria a proposta da França que sugeriu uma versão ainda mais restrita de risco, mas esta não procedeu. Cfr. Jane MACADAM “The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime”... *op. cit.*, p. 473.

³⁶⁹ *Ibidem* p. 476.

Acontece que, ao contrário do que verificámos com os outros critérios de admissibilidade para proteção subsidiária, a ofensa grave é concretizada em circunstâncias concretas que possam observar-se, como veremos nas alíneas seguintes.

2.2.1.4 - Pena de Morte ou Execução

A consideração do risco de pena de morte ou execução enquanto ofensa grave não nos causa qualquer estranheza³⁷⁰. Com efeito, a sua inclusão nos critérios de elegibilidade para concessão de proteção subsidiária constitui um mecanismo de proteção das vítimas destas práticas proibidas no âmbito regional e nacional.

São vários os diplomas relativos à proibição da pena de morte, de âmbito universal e regional, que inspiram este preceito legal. Referimo-nos, no contexto internacional, ao Segundo Protocolo Adicional ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos com vista à Abolição da Pena de Morte³⁷¹. Já no âmbito do Conselho da Europa, relevam os Protocolos n.º 6 e n.º 13 à CEDH³⁷². Por fim, o Artigo 19.º/2 da CDFUE serve igualmente de base para a formulação desta disposição. Entre nós, a pena de morte foi abolida ainda no século XIX e desde então Portugal tem-se empenhado nos esforços internacionais para a sua proibição.

Também a experiência jurisprudencial do TEDH influenciou a inserção das pessoas que corram risco de pena de morte sob a tutela da proteção subsidiária. Retomamos o *caso Soering vs. Reino Unido* para lembrar que a extradição daquele indivíduo configurava uma violação à CEDH por expô-lo, precisamente, ao risco de pena de morte³⁷³.

2.2.1.5 - Tortura ou Pena ou Tratamento Desumano ou Degradante

A alínea b) do número 2 do Artigo 7.º da Lei do Asilo em vigor, que transpõe a alínea b) do Artigo 15.º da diretiva 2011, expressa de forma clara o que dissemos anteriormente, a propósito da influência exercida pela CCT, PDCP e CEDH na formulação da figura jurídica da proteção subsidiária. Neste sentido, a proteção das possíveis vítimas de tortura, pena ou tratamento desumano ou degradante configura igualmente uma forma de respeitar os referidos

³⁷⁰ É, de resto, a primeira concretização de ofensa grave tanto na diretiva comunitária como na lei nacional que a transpõe.

³⁷¹ Adotado e proclamado pela resolução n.º 44/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 15 de Dezembro de 1989.

³⁷² Protocolo N.º 6 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais Relativo à abolição da Pena de Morte, assinado em 28.4.1983 e Protocolo n.º 13 à Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, Relativo à Abolição da Pena de Morte em quaisquer circunstâncias assinado em 3.5.2002.

³⁷³ *Ac. Soering c. Reino Unido*, Processo n.º. 14038/88, 7 de Julho de 1989. Vide supra, Capítulo II da Parte I.

diplomas que nos vinculam, nomeadamente os seus Artigos 3º do CCT, 7º do PDCP e 3º da CEDH.

Note-se, contudo, que esta disposição tutela apenas o risco que provenha do país de origem do requerente de proteção, afastando aquele que possa advir de países terceiros. No âmbito comunitário isto poderá constituir uma desproteção para o requerente que ambicione a tutela da diretiva comunitária³⁷⁴.

Já entre nós esse problema não se coloca, devido à nossa consagração do *princípio de non-refoulement*, mais ampla do que o disposto na Convenção de Genebra de 1951 e na diretiva comunitária que impede que alguém seja “devolvido, afastado, extraditado ou expulso para um país onde seja submetido a torturas ou a tratamentos cruéis ou degradantes”³⁷⁵.

2.2.1.6- A Ameaça Grave Contra A Vida ou A Integridade Física Do Requerente, Resultante De Violência Indiscriminada Em Situações De Conflito Armado Internacional ou Interno ou De Violação Generalizada e Indiscriminada De Direitos Humanos

A densidade conceptual impressa na alínea c) do número 2 do Artigo 7º da Lei do Asilo impõe-nos uma análise a vários tempos, sob pena de prejudicar a melhor compreensão da norma. A ambiguidade desta redação é esbatida na nossa lei, porquanto a formulação lacrada na diretiva comunitária se afigura ainda mais intrincada³⁷⁶.

i) Ameaça Grave Contra A Vida ou A Integridade Física Do Requerente

Importa esclarecer, desde já, que a norma pretende proteger os requerentes que enfrentem o *risco* de uma *ameaça grave* contra a sua *vida* ou *integridade física*³⁷⁷. Perante a

³⁷⁴ Na verdade, o requerente não chegaria a ficar exposto ao risco de tortura ou tratamento desumano ou degradante, por via da proteção conferida pelo CEDH, uma vez que todos os Estados Membros da EU estão vinculados àquela convenção. Neste sentido v. Jane MACADAM “The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime”... *op. cit.*, p. 478.

³⁷⁵ Cfr. Artigo 47º/2 da atual Lei do Asilo.

Fazemos uma última nota para o facto de Jane MACADAM considerar que esta norma pode ser de aplicabilidade reduzida, atendendo à presunção de que a tortura é motivo de concessão do estatuto de refugiado e cabendo-lhe, assim, um leque muito pequeno de requerentes que pudessem obter proteção subsidiária por não serem elegíveis para a concessão do asilo. Contudo parece-nos que esta disposição é sempre um reforço na proteção dos requerentes de proteção que possam vir a sofrer este tipo de tratamentos, nomeadamente à tendência a que se tem atendido de interpretar restritivamente as disposições da Convenção de Genebra de 1951. Cfr. *Op. Cit.* op cit. p. 479.

³⁷⁶ Prova disso são os casos jurisprudenciais do TUE que analisaremos no último capítulo.

³⁷⁷ É importante sublinhar que o diploma comunitário estabelece que a ameaça deve ser, também, individual. Essa redação constitui uma grave limitação da norma. Por isso, a nosso ver, andou bem o legislador nacional que omitiu o caráter individual da ameaça aquando da transposição

dificuldade em aferir do nível de gravidade de uma ameaça, a doutrina impele-nos a empregar o mesmo critério usado nos atos de perseguição, especificamente o estabelecido no Artigo 9º/1 a) da diretiva comunitária³⁷⁸, desde que essa ameaça não atinja um nível tal que deva considerar-se uma perseguição³⁷⁹. Apesar deste instrumento auxiliar de aferição do conceito, é importante que ele permaneça com um certo grau de flexibilidade na sua interpretação, por forma a que a verdadeira necessidade de proteção possa ser medida no confronto com a situação concreta de cada requerente de proteção internacional³⁸⁰.

No que concerne ao bem jurídico a salvaguardar, a disposição nacional vai ao encontro da disposição europeia, ao referir a *vida* e a *integridade física*. Apesar de os trabalhos preparatórios da diretiva terem incluído outros, como a liberdade e a segurança, estamos em crer que esta opção foi a mais prudente e conforme ao escopo da norma.

No que diz respeito ao tipo de vítimas, a norma pretende proteger especificamente civis, ainda que nos trabalhos preparatórios da Diretiva tivesse surgido a sugestão de incluir os ex-militares, nos termos do artigo 3º comum às Convenções de Genebra 1949. Não ignorando que as referidas Convenções configuram uma importância capital no auxílio à interpretação deste critério de elegibilidade para proteção subsidiária, consideramos que “vincular” esta figura jurídica ao Direito Internacional Humanitário seria altamente redutor para uma forma de proteção que se quer aberta às necessidades surgidas fora do alcance da Convenção de 1951³⁸¹.

ii) Violência Indiscriminada Em Situações De Conflito Armado Internacional ou Interno

Prosseguindo no conteúdo da disposição, percebemos que o objeto da ameaça é a *violência indiscriminada*. Para já – e recorrendo ao senso comum – podemos entendê-la como aquela que provém de autores que não fazem aceção de pessoas. Isto é, a violência que não conhece um alvo específico para a prossecução do objetivo da sua utilização.

da norma para o nosso ordenamento jurídico. Para um desenvolvimento desta questão *vide* Jane MACADAM “The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime”... *op. cit* p. 480-483.

³⁷⁸ “Ser suficientemente grave, devido à sua natureza ou persistência, para constituir uma violação grave dos direitos humanos fundamentais, em especial os direitos que não podem ser derogados, nos termos do artigo 15.º, n.º 2, da Convenção Europeia de Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais”. O artigo 5º da Lei do Asilo de 2008 respeitante a esta matéria não transpõe literalmente a disposição comunitária. Neste caso específico, consideramos que a norma da diretiva é mais clara.

³⁷⁹ Cfr Jane MACADAM “The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime”... *op. cit*, p. 483.

³⁸⁰ *Ibidem*, p. 484.

³⁸¹ *Ibidem*, p. 485.

Por fim, para que um requerente possa obter proteção subsidiária com base no que acabamos de analisar, tal deverá acontecer em contexto de *conflito armado internacional ou interno*. Urge pois saber quando é que estamos perante um conflito armado. Ainda que as Convenções de Genebra não o indiquem, Michel Deyra refere que “qualquer diferendo entre Estados que conduza à intervenção de forças militares é (assim) um conflito armado, independentemente da duração do confronto, do número dos efectivos, da extensão e da intensidade dos conflitos”³⁸². O conflito é internacional quando opõe “directamente dois ou mais Estados; guerra de libertação nacional; conflito armado interno que se torna internacional pelo facto de ter sido objecto de um reconhecimento de beligerância, de se ter registado uma intervenção de um ou mais Estados ou de ter havido uma ação coercitiva das Nações Unidas com base no Artigo 42º da Carta [das Nações Unidas]”³⁸³. Assim, a existência de um conflito afere-se pela verificação dos factos concretos, não sendo necessária a observância de uma declaração expressa. O conflito armado é interno quando surja no interior de um Estado e não se verifique a ingerência de nenhum outro. Resta dizer que é nesta última noção que cabem as guerras civis³⁸⁴.

Não nos sendo possível ignorar o panorama da conflitualidade do nosso tempo, esta disposição releva particularmente face ao fenómeno DAESH. Com efeito, os comentários às Convenções de Genebra de 1949 confirmam que “qualquer controvérsia que surja entre dois Estados que leve à intervenção das forças armadas é um conflito armado na acepção do Artigo 2º, mesmo que uma das Partes negue a existência do estado de guerra. Não importa a duração do conflito ou quanta mortandade ocorra”³⁸⁵.

No caso concreto da crise de refugiados que no tempo presente atravessamos, (e uma vez que não foi convocada a proteção oferecida pela figura jurídica da proteção temporária), nas situações em que não seja possível identificar o fundado receio de perseguição individual nos termos do Artigo 1º da Convenção de 1951, os fugitivos do auto denominado Estado Islâmico

³⁸² Michel DEYRA, *Direito Internacional Humanitário*, Lisboa, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 2001, p. 44.

³⁸³ *Ibidem*.

³⁸⁴ Para uma visão aprofundada da tipologia dos conflitos armados no âmbito do Direito Internacional Humanitário, *Vide*, Maria de Assunção do Vale PEREIRA, *Noções Fundamentais de Direito Internacional Humanitário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 83 a 102.

³⁸⁵ Jean S. PICTET, *The Geneva Conventions Of 12 August 1949 – Commentary*, Genebra, International Comittee Of The Red Cross, 1952, p. 32. Disponível em https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/GC_1949-I.pdf [15.01.2016].

haverão de encontrar proteção ao abrigo do regime jurídico da proteção subsidiária, precisamente no âmbito desta alínea c) que ora analisamos³⁸⁶.

iii) A Violação Generalizada e Indiscriminada De Direitos Humanos

Também ao abrigo da alínea c) do Artigo 7º da Lei do Asilo são acolhidos os requerentes de proteção internacional cuja ameaça resulte de *violação generalizada e indiscriminada de Direitos Humanos*.

Este segmento normativo torna-se particularmente interessante pelo facto de não encontrar eco na diretiva comunitária cujo preceito apenas contém o analisado anteriormente. Nos seus trabalhos preparatórios incluía, de facto, a proteção dos refugiados das situações de violação sistemática e generalizada e indiscriminada de direitos humanos. Uma vez mais, a lei nacional vai além das imposições comunitárias, oferecendo uma tutela jurídica mais completa aos deslocados que, nos termos da Convenção Internacional de 1951, não possam obter estatuto de refugiados. Ainda assim, a nossa lei diverge do projeto de diretiva que não vingou, uma vez que esta integra as violações sistemáticas no âmbito da ofensa grave, enquanto entre nós isso não acontece, como já tivemos oportunidade de analisar. Para além disso, a proteção de vítimas de violações sistemáticas está presente desde sempre na nossa lei, ao contrário destas formas de ofensa grave.

Mas, recentrando-nos na designação de violação generalizada e indiscriminada de Direitos Humanos, consideramos desde já que devem integrar-se aqui as situações de violência grave que não possam qualificar-se como situações de conflito armado nos termos em que o DIH o define, ou seja, situações limite em que ocorra dano grave para a população mas não possa considerar-se efetivamente um conflito armado. Foi nesse sentido que o ACNUR propôs a integração deste segmento na primeira versão da Diretiva *qualificação*, com vista a aproximar a figura à proteção temporária, mas configurando uma base protecional para as pessoas que fujam individualmente e, portanto, não possam colher daquela forma de proteção específica para grandes fluxos de pessoas³⁸⁷.

³⁸⁶ Nos termos do artigo 9º/1 a) da Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011.

³⁸⁷ Cfr. ACNUR, *Some Additional Observations and Recommendations on the European Commission 'Proposal for a Council Directive on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals and Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection' (COM(2001) 510 final, 2001/0207(CNS) of 12 September 2001)*, p. 7, Julho de 2002. Disponível em <http://www.refworld.org/docid/3e493dc94.html> [15.01.2016].

Contudo, parece-nos relevante concretizar estas situações de violação generalizada e indiscriminada de Direitos Humanos. Na linha do que temos vindo a dizer, parecem ser acolhidas aqui as situações de *conflitos internos de fraca intensidade* (CFIs). Este fenómeno da conflitualidade, que se observa de forma particular nas regiões do Globo menos desenvolvidas, tem conhecido um crescimento acelerado nas últimas décadas e materializa-se em guerrilhas, guerras civis ou conflitos étnico-religiosos³⁸⁸. Exemplo destas situações são as realidades verificadas nos *Estados falhados*, tidos como “países problemáticos que não funcionam de todo, ou que vão funcionando mal. Têm governos fracos, sociedades com pouca coesão, não conseguem competir na economia mundial e são vulneráveis a desordens internas”³⁸⁹. Para além da violência que se faz sentir, estas terras tornam-se também terreno fértil de grupos de terrorismo e crime organizado, expondo assim os civis à violação generalizada e indiscriminada de direitos humanos³⁹⁰.

Coloquemo-nos na posição de um requerente de proteção internacional proveniente de um destes países, como sejam a República Centro-Africana ou a Somália. Se não estiver em causa qualquer perseguição individual por motivos que possam enquadrá-lo no estatuto de refugiado, nem se podendo verificar efetivamente uma situação de conflito armado, essa pessoa terá dificuldades em receber proteção, ainda que dela tanto precise³⁹¹. É aqui que, a nosso ver, radica a importância deste preceito normativo e que indubitavelmente destaca a nossa lei em relação à diretiva *qualificação*, elevando-a a outro nível de sofisticação jurídica pela sensibilidade humanitária que transporta. É, portanto, um *reforço* da proteção das vítimas da violência, que certamente não ficarão desamparadas em casos dúbios de qualificação de uma situação de conflito³⁹².

³⁸⁸ Cfr. Maria do Céu PINTO, “Tendências nos Conflitos de Fraca Intensidade”, in *Nação e Defesa*, 3ª Série, nº 112, Outono-Inverno, 2005 p. 23. Disponível em <http://www.idn.gov.pt/publicacoes/consulta/NeD/NeD112/NeD112.pdf> [15.01.2016].

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 28.

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 28 e 29.

Neste sentido, também Maria Assunção do Vale Pereira nos oferece uma visão dos novos conflitos armados, onde faz uma distinção mais específica entre conflitos de baixa intensidade e conflitos desestruturados. Cfr. Maria Assunção do Vale PEREIRA, *Noções Fundamentais de Direito Internacional Humanitário...* op. Cit. p.104 – 107.

³⁹¹ Note-se que não fazemos alusão a migrantes económicos, que abandonam o seu país por falta de condições de sobrevivência. Ainda que essa possa ser uma realidade nos Estados falhados, as circunstâncias que tornam um requerente elegível para Proteção Subsidiária são mais graves do que isso.

³⁹² Isso acontecerá, por certo, com a redação impressa na diretiva comunitária. Neste sentido, *Vide* Jane MACADAM, “The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime”... op. cit, p. 487.

2.2– As Causas De Exclusão De Elegibilidade Para Concessão de Proteção Subsidiária³⁹³

Pode acontecer que um requerente de proteção internacional preencha os critérios de elegibilidade sobre os quais discorreremos atrás e, contudo, não possa obter proteção subsidiária.

Tal acontecerá se, sobre o requerente, caírem *suspeitas graves* relativas à prática de crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade³⁹⁴. Essas suspeitas graves podem ainda ser relativas à prática de crime doloso de direito comum punível com pena de prisão superior a três anos fora do território português ou que tenha desrespeitado os *princípios e objetivos* da ONU vertidos na sua Carta³⁹⁵. Ademais, é avaliado o risco de “perigo ou fundada ameaça para a segurança interna ou externa ou para a ordem pública” e releva a circunstância de ter cometido outros crimes sancionados com pena de prisão entre nós e a fuga se ficasse a dever *unicamente* à tentativa de enfrentar a respetiva condenação³⁹⁶.

2.3 – O Âmbito Procedimental

No que concerne ao procedimento a observar na concessão da proteção subsidiária, o longo capítulo que a nossa lei lhe reserva reflete uma das mais importantes novidades da alteração sofrida em 2014³⁹⁷.

O Artigo 10º/1 estabelece a presunção de que “qualquer pedido de proteção, ainda que implícito, é um pedido de proteção internacional”³⁹⁸. *Rectius*, quaisquer que sejam as motivações que levem um requerente a formular um pedido de proteção, será sempre (excetuando-se os casos em que seja ilidida a presunção) um pedido de *proteção internacional* ao invés de apresentar um pedido de asilo ou de proteção subsidiária – é nisto que se consubstancia o *sistema do guichet único*. Note-se que este sistema procedimental, apesar de implementado normativamente com a alteração de 2014, não diverge da prática observada desde a lei de

³⁹³ Transpõe o artigo 17º da Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2015.

³⁹⁴ De acordo com o tipo legal de crime que se encontre estabelecido em diplomas internacionais. Cfr. Artigo 9º/1 al. c) i), ex vi Artigo 9º/2 a). É aplicável a exclusão se, destes atos, o requerente tiver sido autor ou cúmplice..Cfr. Artigo. 9º/4 da Lei nº 26/2014, de 5 de Maio.

³⁹⁵ Cfr.,Artigo 9º/1 al. c) i) e ii) da Lei nº 26/2014, de 5 de Maio. Note-se que o Artigo 9º/1 al. c) i) acrescenta um requisito temporal, referindo-se ao tempo anterior ao *requerente ter sido admitido como refugiado*. Contudo, esta formulação ambígua não nos permite compreender o espírito da lei. É aplicável a exclusão se, destes atos, o requerente tiver sido autor ou cúmplice. Cfr. Art. 9º/4 da Lei nº 26/2014, de 5 de Maio.

³⁹⁶ Cfr. Art. 9º/2 b) e c) da Lei nº 26/2014, de 5 de Maio.

³⁹⁷ Capítulo III Artigos 10º a 35º - B da Lei nº 26/2014, de 5 de Maio.

³⁹⁸ Redação conferida pela alteração sofrida em 2014.

1998. Já dissemos anteriormente que, antes desta alteração legislativa, a lei do asilo presumia que todos os pedidos de proteção seriam pedidos de asilo e, como tal, dispunha de normas procedimentais relativas a pedidos de asilo, que aplicava por interpretação extensiva aos casos de proteção subsidiária³⁹⁹. Serve isto para dizer, portanto, que não existe um procedimento específico para a concessão de proteção subsidiária, mas para a concessão de proteção internacional, independentemente da forma que essa proteção venha a assumir⁴⁰⁰.

Ainda relativamente ao disposto no Artigo 10º, não podemos deixar de notar o reforço da condição subsidiária a que é submetida esta forma de proteção⁴⁰¹. Com efeito, o seu número 2 concretiza a articulação das duas formas de proteção internacional, esclarecendo que devem ser atendidas, primeiramente, as condições de ilegitimidade do estatuto de refugiado e, apenas se estas não se encontrarem preenchidas, aferir da ilegitimidade para proteção subsidiária.

Não obstante a importância capital de que é revestido o Artigo 10º, os Artigos seguintes da secção relativa às disposições comuns do procedimento relativo aos pedidos de proteção internacional estabelecem outras matérias que merecem ser assinaladas. Desde logo, é conferido ao requerente um direito de permanência na pendência do pedido⁴⁰², cuja apresentação faz cessar qualquer procedimento administrativo ou processo criminal por entrada irregular no país⁴⁰³. A apresentação do pedido deve obedecer aos termos do Artigo 13º. Os deveres do requerente, que estão fixados no Artigo 15º, foram densificados em virtude da alteração legislativa de 2014⁴⁰⁴. As disposições seguintes estabelecem os termos em que devem decorrer as declarações por parte do requerente, a realização de um relatório por parte do SEF, bem como o que deve ser tido em conta na apreciação do pedido⁴⁰⁵. Por outro lado, as disposições relativas à tramitação acelerada não são pacíficas entre nós nem no âmbito comunitário. Esta tramitação conduz os pedidos manifestamente infundados nos termos do

³⁹⁹ Cfr. Art. 26º lei de 98 e Artigo 34º lei de 2008, revogada em 2014.

⁴⁰⁰ Por considerarmos relevante para o cabal entendimento da figura da proteção subsidiária, iremos analisá-lo.

⁴⁰¹ Essa condição é, de resto, reiterada em diversas disposições do articulado, como seja no Artigo 2º/1 x) ou Artigo 7º/1 da Lei nº 26/2014, de 5 de Maio

⁴⁰² Cfr. Artigo 11º/1 da Lei nº 26/2014, de 5 de Maio. Note-se que este direito de permanência não deve ser confundido com uma autorização de residência. É atestado pela declaração comprovativa de apresentação do pedido de asilo, nos termos do Artigo 14º/1.

⁴⁰³ Cfr. artigo 12º da Lei nº 26/2014, de 5 de Maio.

⁴⁰⁴ Sublinhamos aqui a obrigatoriedade de disponibilizar as impressões digitais para integrarem o *sistema Eurodac* (artigo 15º/1e) e também a introdução do Artigo 15º-A que se refere à tradução de documentos.

⁴⁰⁵ Cfr. Respetivamente, Artigos 16º, 17º, 17º-A e 18º da Lei nº 26/2014, de 5 de Maio.

Artigo 19º, sendo que os Artigos seguintes dizem respeito à competência para os apreciar e decidir, bem como aos efeitos e putativa impugnação dessa mesma decisão⁴⁰⁶.

A secção II do capítulo que ora analisamos diz respeito ao regime específico a aplicar aos pedidos apresentados nos postos de fronteira. Aplica-se, nestes casos, o regime geral, exceto na apreciação do pedido, decisão, possível impugnação e efeitos desse mesmo pedido⁴⁰⁷.

Após a admissibilidade do pedido, o processo conhece a fase de instrução e obedece ao disposto na secção III do capítulo III. Enquanto esta decorre é concedida uma autorização de residência provisória, nos termos do Artigo 27º. Seguidamente à tomada a decisão, esta é passível de recurso para os tribunais administrativos, com efeito suspensivo⁴⁰⁸. As decisões de recusa que não sejam impugnadas conferem ao requerente uma permissão de permanência em território nacional, finda a qual deixa de ser tutelado pela Lei do Asilo, mas sujeito ao regime vertido na lei dos estrangeiros⁴⁰⁹.

Apesar de o último Artigo da secção III dizer respeito à extinção do procedimento⁴¹⁰, o capítulo a si dedicado não finda por aqui. Destarte, são ainda nestes capítulos reguladas matérias tao importantes como sejam os *pedidos subsequentes*⁴¹¹, os pedidos formulados na sequência de uma decisão de afastamento coercivo ou expulsão do território nacional, bem como a reinstalação de refugiados e o regime de colocação ou manutenção e centro de instalação temporária⁴¹².

2.4 – O Âmbito Material Do Estatuto Da Proteção Subsidiária

A dimensão material do estatuto aplicável ao beneficiário de proteção subsidiária é distinta daquele que o abrange quando este ainda se encontra na posição de requerente. A nossa lei separa estes dois estados em capítulos diferentes, sendo que reserva um outro para dispor das normas que são comuns, ou seja, aplicam-se nas duas fases que referimos.

⁴⁰⁶ Cfr. Art. 19º, 19º-A, 20º, 21º e 22º da Lei nº 26/2014, de 5 de Maio.

⁴⁰⁷ Cfr. Artigo 23º e ss da Lei nº 26/2014, de 5 de Maio.

⁴⁰⁸ Cfr. Artigos 28, 29 e 30 da Lei nº 26/2014, de 5 de Maio. Ver questão do efeito de recurso, questão controversa nos trabalhos preparatórios.

⁴⁰⁹ Cfr Artigo 31º da Lei do Asilo. O preceito diz respeito à Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho.

⁴¹⁰ Art. 32º da Lei nº 26/2014, de 5 de Maio.

⁴¹¹ Art. 33º da Lei nº 26/2014, de 5 de Maio.

⁴¹² Note-se que estamos perante um processo gratuito e urgente. Cfr. artigo 83º da Lei nº 26/2014, de 5 de Maio.

De todo o modo, cabe-nos esclarecer desde já que as disposições relativas aos direitos e deveres dos beneficiários de proteção subsidiária – à semelhança de qualquer estrangeiro ou apátrida que resida no nosso país – são sustentadas constitucionalmente pelo *princípio da equiparação*⁴¹³. Neste sentido, os estrangeiros são equiparados aos nacionais no que concerne aos direitos e deveres a que ficam sujeitos⁴¹⁴.

A formulação de pedido de proteção internacional atribui desde logo ao requerente um conjunto de direitos dos quais dispõe e que passam, grosso modo, pelo *direito à informação*. Referimo-nos à informação sobre o conhecimento desses mesmos direitos e deveres, recolha e tratamento de dados, direito a intérprete, aconselhamento jurídico e apoio domiciliário⁴¹⁵. As disposições relativas ao acolhimento dos requerentes de proteção internacional, para além de obedecerem ao preceito constitucional já referido, são também resultado da Diretiva n.º 2013/33/EU, que regula esta matéria ao nível comunitário. Aqui são estabelecidos os termos do acesso aos diversos direitos sociais. Por fim, a lei prevê ainda as circunstâncias em que poderá ocorrer uma redução, ou mesmo a cessação, destas condições de acolhimento⁴¹⁶.

Finda a apreciação do pedido – e se este não for recusado – o requerente obtém então estatuto de refugiado ou estatuto de proteção subsidiária. Note-se que as alterações legislativas a que temos vindo a assistir, assim como a evolução do SECA tem permitido, a aproximação paulatina dos estatutos destas duas formas de proteção. Ainda assim, há diferenças a salientar. Aquela que, a nosso ver, é mais marcante, prende-se com a validade da autorização de residência, que é concedida aos beneficiários de proteção subsidiária por um período inicial de 3 anos, passível de renovação por iguais períodos, sendo que o estatuto de refugiado tem uma durabilidade de 5 anos, renovável por iguais períodos⁴¹⁷. Também no que diz respeito aos documentos de viagem se verificam diferenças, uma vez que o beneficiário de proteção subsidiária não tem acesso ao *passaporte Nansen*⁴¹⁸ e, como tal, é-lhes permitido obter um

⁴¹³ Cfr. Artigo 15º/1 da CRP.

⁴¹⁴ Sem prejuízo da exceção prevista no Artigo 15º/2. J.J. Gomes CANOTINHO e VITAL Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4ª edição, Volume I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007 p. 354 e ss; M. J. Rangel de MESQUITA, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros na Ordem Jurídica Portuguesa: uma perspetiva constitucional*, Coimbra, Edições Almedina, 2012 p. 222 e ss; Andreia Sofia Pinto OLIVEIRA, *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa: Âmbito de protecção de um direito fundamental... op. cit* p.221 e ss.

⁴¹⁵ Cfr. Artigo 49º da Lei n.º 26/2014, de 5 de Maio.

⁴¹⁶ Cfr. secção IV capítulo VI da Lei n.º 26/2014, de 5 de Maio..

⁴¹⁷ Cfr. artigo 67º/2 da Lei n.º 26/2014, de 5 de Maio.

⁴¹⁸ Referido documento de viagem concedido aos refugiados, nos termos da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados e o qual aludimos no início desta investigação. Cfr. art. 69º/1 da Lei do Asilo.

passaporte nacional para estrangeiros⁴¹⁹. No que concerne às prestações sociais – e toldada pela imposição constitucional da equiparação – as disposições são partilhadas pelos refugiados e beneficiários de proteção subsidiária. Outra nota da aproximação dos regimes diz respeito à reunião familiar, que a nossa lei preza no Artigo 68^o⁴²⁰, bem como à liberdade de circulação no nosso país e, ainda, acesso a programas de integração⁴²¹.

Resta-nos dizer, neste âmbito, que o nosso articulado dispõe de um capítulo onde consagra matérias sobejamente relevantes para o acolhimento de pessoas em situações particularmente vulneráveis, como sejam os menores, a situação específica dos menores não acompanhados e as vítimas de tortura. Estas normas aplicam-se as pessoas enquanto requerentes e beneficiárias de proteção.

2.5 – Extinção

Esta forma de proteção internacional pode extinguir-se em virtude da sua cessação, revogação, supressão ou recusa de renovação da autorização de residência por proteção subsidiária.

A sua cessação pode acontecer “quando as circunstâncias que levaram à sua concessão já não se verificarem ou se tiverem alterado a tal ponto que a proteção já não seja necessária”⁴²². Mas tal não pode ser declarado sem mais, uma vez que é necessário que “o SEF conclua que a alteração das circunstâncias no Estado da nacionalidade ou residência habitual do beneficiário (...) de proteção subsidiária é suficientemente significativa e duradoura para afastar (...) o risco de sofrer ofensa grave”⁴²³.

As restantes formas de extinção de proteção subsidiária podem acontecer nas circunstâncias em que se verifique ou (devia ter-se verificado anteriormente) alguma das causas de exclusão de elegibilidade constantes do Artigo 9^o⁴²⁴, quando o requerente tenha agido de má-

⁴¹⁹ Isto apenas se não for possível adquirir passaporte nacional e não colocar em risco a segurança nacional ou ordem pública. Cfr. Artigo 69^o da Lei n^o 26/2014, de 5 de Maio.

⁴²⁰ Para além do aqui disposto, os familiares dos beneficiários de proteção internacional adquirem também uma autorização de residência com a mesma validade, consoante o estatuto concedido. Cfr. artigo 67^o/3 da Lei n^o 26/2014, de 5 de Maio.

⁴²¹ Cfr. Artigos 75^o e 76^o da Lei n^o 26/2014, de 5 de Maio.

⁴²² Cfr. Artigo 41^o/2 da Lei n^o 26/2014, de 5 de Maio..

⁴²³ Cfr. Artigo 41/3 da Lei n^o 26/2014, de 5 de Maio..

⁴²⁴ Cfr Artigo 41^o/5 a) da Lei n^o 26/2014, de 5 de Maio.

fé ao ludibriar factos ou provas⁴²⁵, no caso de “representar perigo para a segurança nacional”⁴²⁶ ou ainda, “tendo sido condenado por sentença transitada em julgado por crime doloso de direito comum punível com pena de prisão superior a três anos, represente um perigo para a segurança interna ou para a ordem pública”⁴²⁷.

Tal como verificámos no procedimento do pedido de proteção internacional, também aqui a decisão de extinção do estatuto conferido é passível de recurso com efeito suspensivo. Após o trânsito em julgado da decisão o beneficiário de proteção subsidiária é afastado da tutela conferida pela Lei do Asilo, ficando então sujeita as disposições da lei dos estrangeiros⁴²⁸.

⁴²⁵ Cfr. Artigo 41º/5 al. b) da Lei nº 26/2014, de 5 de Maio.

⁴²⁶ Cfr. Artigo 41º/5 al. c) da Lei nº 26/2014, de 5 de Maio.

⁴²⁷ Cfr Artigo 41º/5 al. d). Não podemos passar sem deixar de indagar acerca da clareza desta norma que, numa primeira interpretação, parece sobrepor-se, em parte, à alínea anterior.

⁴²⁸ Cfr. Artigos 44º e 43º da Lei nº 26/2014, de 5 de Maio.

CAPÍTULO IV – Análise Jurisprudencial

1 – Generalidades

Depois do longo caminho percorrido pelos meandros da proteção subsidiária, parece-nos indicado que os últimos passos possam ser dados no campo da jurisprudência, sob pena de tornarmos esta investigação deficiente.

Sendo a proteção subsidiária relativamente recente no seio a UE, não é de esperar, a curto prazo, uma abundante produção legislativa nesta matéria. Mas tal não obsta a que sejam tomadas posições da maior importância para a melhor aplicação desta figura jurídica, como sucedeu com os casos Elgafaji e Diakité, do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante TJUE).

No que concerne à pobre experiência jurisprudencial portuguesa, as questões controvertidas que clamam uma solução jurisdicional prendem-se, a mais das vezes, com a prova das circunstâncias a que os requerentes de proteção internacional alegam estar sujeitos no seu país de origem.

Ora, ainda que a jurisprudência se pronuncie quase sempre em determinado sentido, lançamos mão de alguns casos jurisprudenciais, de forma a podermos avançar com uma visão crítica global da nossa experiência jurisprudencial, após a qual nos deteremos na apreciação concreta dos casos Elgafaji e Diakité.

2 - A Jurisprudência dos Tribunais Administrativos Portugueses

Como referimos acima, a figura jurídica da proteção subsidiária não tem suscitado aos nossos tribunais questões de grande relevo. Por este facto não nos é possível colher tantos contributos da jurisprudência quanto gostaríamos na definição do alcance e limites da figura que temos vindo a tratar. Ainda assim, as decisões do Supremo Tribunal de Justiça (doravante STA) e do Tribunal Central Administrativo do Sul (doravante TCASul), sempre nos merecem umas breves considerações.

É possível, desde já, estabelecer um padrão nas questões controvertidas que chegam aos órgãos jurisdicionais. As mais das vezes, os requerentes fundamentam o seu recurso com base no erro sobre os pressupostos de facto. Quer isto dizer que a maioria das decisões

jurisprudenciais prende-se com a avaliação das circunstâncias observadas no país de origem ou de residência habitual dos requerentes de proteção.

Contudo, é possível também afirmar que a fundamentação que acompanha os pedidos de decisão é, não raras vezes, cega no que respeita à diferença existente entre os pressupostos de facto para concessão do estatuto de refugiado ou estatuto de proteção subsidiária. O que se infere dos pedidos que chegam aos tribunais administrativos é um desconhecimento dos pressupostos da figura jurídica da proteção subsidiária.

Ainda assim, as decisões lavradas pelos órgãos jurisdicionais onde se suscita a aplicação da proteção subsidiária têm oferecido algumas linhas orientadoras acerca do que deve ser atendido no momento de decidir (e de requerer) a concessão da proteção subsidiária.

O acórdão n.º 046290 do STA, de 22 de Janeiro de 2001, oferece as noções de *pulsão objetiva* e *pulsão subjetiva* como resposta a um pedido de autorização de residência por razões humanitárias de um cidadão do Kosovo⁴²⁹. Pode ler-se nesta decisão que a disposição relativa à proteção por razões humanitárias exige que se observe uma destas duas pulsões para que possa ser concedida autorização de residência por razões humanitárias. Quer isto dizer que o requerente deverá estar, efetivamente, impedido de voltar ao seu país (pulsão objetiva) ou, de outra forma, deve sentir-se impossibilitado (pulsão subjetiva) e esclarece que a aferição desta impossibilidade tem como referência a situação de grave insegurança devida a conflitos armados ou a sistemática violação dos direitos humanos que possa encontrar-se no seu país.

Neste sentido vai o acórdão n.º 01397/04 de 9 de Fevereiro de 2005, do mesmo órgão de cúpula. No caso em apreço, o recorrente, cidadão albanês, requereu asilo à chegada a Lisboa, justificando o seu pedido com as perseguições de que seria alvo no seu país devidas às suas opções políticas. Uma vez que este pedido foi recusado e tido como abusivo, a defesa do requerente considerou que devia ter sido ponderada a concessão de autorização de residência por razões humanitárias bastando-se na argumentação com o facto de ser um regime, justamente, *subsidiário* ao direito de asilo aqui requerido e pretendido. Andou bem o tribunal ao esclarecer que tal não pode querer significar que esta forma de proteção substitua o asilo, sem mais, quando falha a fundamentação do pedido principal. Ora, como bem se pode ler no

⁴²⁹ Referimo-nos aqui à autorização de residência por razões humanitárias por ser essa a designação da figura jurídica em apreço constante na lei em vigor à data desta decisão.

acórdão, “enquanto no caso de concessão do direito de asilo se realça a *acção individual*, ou seja, a actividade do requerente, no caso da autorização de residência por razões humanitárias o ponto capital é colocado na *situação objectivamente existente no país de origem do requerente*”⁴³⁰. Ou seja, “é necessário que se radique na esfera pessoal do peticionante um sentimento de intranquilidade, de insegurança proveniente de uma pressão exterior de feição socio-política potenciada na violação sistemática dos direitos humanos ou decorrente da existência de conflito armado”. Serve, desta forma, esta decisão para demonstrar - bem - que ainda que esta figura seja subsidiária do asilo, a tónica que evoca cada uma das foras de protecção é de origem distinta, uma vez que o asilo radica no âmbito subjetivo e a protecção subsidiária no âmbito objetivo. A pretensão de obtenção de autorização de residência não pode, portanto, ser entendida como prémio de consolação por não ser possível alcançar o grau de protecção pretendido, ou seja, o estatuto de refugiado.

Por fim, resta-nos concluir que o deficiente conhecimento do alcance e limites da protecção subsidiária tem resultado prejudicial aos requerentes de protecção. Dizemo-lo pelo facto de em algumas circunstâncias, certamente estarem reunidos os pressupostos de facto para a concessão de protecção subsidiária, mas tal realidade é, muitas vezes, menosprezada na fundamentação do pedido apresentado⁴³¹.

3 - A Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

3.1 – Caso Elgafaji

O conhecido caso Elgafaji chegou ao TJUE em Outubro de 2007 em virtude de um pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Raad van State e vem colocar a nu a ambiguidade do Artigo 15º al. c) da diretiva qualificação⁴³².

O litígio que está na base deste pedido iniciou-se com o indeferimento do pedido de autorização de residência temporária nos Países Baixos formulado às entidades competentes daquele país pelo casal Elgafaji, de origem iraquiana. Essa decisão foi tomada por se considerar

⁴³⁰ Italicos nossos.

⁴³¹ Para além das decisões jurisprudenciais apresentadas, constituem também exemplo do que quisemos demonstrar nesta análise o acórdão nº 0151/03 de 29 de Outubro de 2003, do STA; o acórdão nº 02543/07 de 24 de Maio de 2007 e, mais recentemente, o acórdão nº 12520/15 de 15 de Outubro de 2015, ambos do TCASul.

⁴³² Processo C-465/07. Aquando do decurso do processo no TJUE, estava em vigor a diretiva de 2004, entretanto alterada pela diretiva 2011. Contudo, este facto não releva uma vez que a redação da norma no sofreu alterações.

que os requerentes de proteção não tinham demonstrado de forma cabal que no seu país de origem corriam o risco real de virem a sofrer ofensas graves e individuais⁴³³.

Após recurso de M. Elgafaji e N. Elgafaji para o Raad van State, este órgão jurisdicional dos Países Baixos formulou então ao TJUE que se pronunciasse relativamente à melhor interpretação a colher do Artigo 15º al. c) da diretiva 2004 e formulou, para tal, duas questões concretas. Na primeira delas era questionado se a interpretação daquela disposição devia ser no sentido de apenas conferir proteção numa situação também abrangida pelo Artigo 3º da CEDH tal como interpretado pela jurisprudência do TJUE, ou se, por outro lado, a disposição constante na diretiva oferecia uma proteção complementar ou diferente em relação ao referido Artigo 3º da convenção europeia. Se esta segunda opção constituísse a resposta à questão formulada, era então pedido que fossem identificados os critérios de apreciação do risco para concessão de proteção nos termos Artigo 15º al. c) da diretiva 2004⁴³⁴. Perante isto, o Advogado Geral apresenta nas suas conclusões gerais diretrizes importantes para responder às questões apresentadas.

Poiares Maduro afasta, desde logo, uma solução de interpretação baseada na interpretação do Artigo 3º da CEDH. Apesar de reconhecer a importância da jurisprudência do TEDH – a quem cabe fiscalizar a aplicação da CEDH - para a melhor aplicação do quadro normativo comunitário, o advogado considera não ser competência do TJUE interpretar normas provenientes de outros órgãos. Assim, deve ser aferido o *conteúdo comunitário* da norma *sub Júdice*, em vez de a colocar em perspetiva com a disposição da Convenção⁴³⁵.

O advogado geral coloca a tónica deste exercício hermenêutico na conciliação do que deve entender-se por *violência indiscriminada* e *ameaça individual*, à luz do objetivo último prosseguido pela diretiva. Deste modo, as conclusões pretendem esclarecer que o requisito da individualidade não significa que a forma de violência usada tenha em atenção a identidade específica da pessoa que se encontra em risco de ver os seus direitos fundamentais violados,

⁴³³ Cfr. Processo C-465/07 - CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL M. POIARES MADURO apresentadas em 9 de Setembro de 2008., pontos 2 e 3. disponíveis em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=Elgafaji&docid=67816&pageIndex=0&doclang=pt&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=849840#Footnote1>

⁴³⁴ Cfr Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Raad van State (Países Baixos) em 17 de Outubro de 2007 – M. e N. Elgafaji/Staatssecretaris van Justitie disponível em http://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/PDF/?uri=uriserv%3AOJ.C_.2008.008.01.0005.01.POR

⁴³⁵ Cfr. Conclusões do advogado geral. Pontos 19 -24.

mas antes pelo conjunto das circunstâncias concretas observadas. Dito de outra forma, a ameaça é tão mais individual quanto mais o requerente esteja exposto ao perigo de ser violentado, ainda que essa violência não tenha em atenção a individualidade concreta das vítimas. Poiars Maduro tenta assim evidenciar que um *elevado grau de risco individual* é diferente de um *risco que depende de características individuais*⁴³⁶.

Estas conclusões do advogado geral abrem assim caminho à segunda questão formulada. Neste ponto, Maduro faz referência ao ónus da prova, considerando que é importante fazer prova da existência, de facto, de uma situação de violência indiscriminada, mas que seja grave o suficiente ao ponto de poder tornar o requerente numa vítima pessoal dessa violência⁴³⁷. *Rectius*, quão mais fácil for provar a existência de uma ameaça individual, menos necessário se torna provar a existência de violência indiscriminada – ou o oposto – desde que as duas circunstâncias se encontrem⁴³⁸.

O exercício hermenêutico levado a cabo por Poiars Maduro conclui que deve ser concedida Proteção subsidiária ao abrigo do Artigo 15º al.c) “ se a pessoa em causa demonstrar que corre um risco real de ameaças à sua vida ou à sua integridade física em caso de conflito armado interno ou internacional, em razão de uma violência indiscriminada de uma gravidade tal que constitui necessariamente uma ameaça provável e séria para essa pessoa”⁴³⁹. No que concerne ao ónus da prova, “o carácter individual da ameaça não tem de ser demonstrado com tanto vigor no que respeita ao Artigo 15.º, alínea c), da directiva como no que respeita às alíneas a) e b) do mesmo Artigo. No entanto, a gravidade da violência deverá ser demonstrada com suficiente grau de certeza, de modo a que não subsistam dúvidas quanto ao carácter simultaneamente indiscriminado e grave da violência de que é alvo a pessoa que pede a Proteção Subsidiária”⁴⁴⁰.

O acórdão final segue, de certo modo, as conclusões do advogado geral poiars maduro, mas simplifica e aprofunda a interpretação da norma levada ao TJUE. Destarte, o tribunal clarifica que a violência indiscriminada atinge as pessoas “independentemente da sua situação

⁴³⁶ Cfr. conclusões advogado geral pts 33-35.

⁴³⁷ Não significa que não deva provar-se o nexu individual, mas nesta alínea do Artigo 15º essa prova é menos importante do que nas situações acolhidas nas alíneas anteriores deste artigo. Esta é uma situação excecional suportada pelo considerando 26 da Diretiva 2004.

⁴³⁸ Cfr. pontos 36-38.

⁴³⁹ Conclusões do advogado geral, pt, 42.

⁴⁴⁰ ibidem

peçoal”, ou seja, das suas características individuais⁴⁴¹. E, por isso, a ameaça deve ser individual na medida em que “abrange as ofensas de que os civis são objecto independentemente da respectiva identidade”⁴⁴².

No que concerne aos critérios que permitem apreciar se uma pessoa corre um risco real de sofrer uma ameaça grave e individual resultante de violência indiscriminada a fim de ser elegível para protecção subsidiária, o Acórdão chama à colação o disposto nos Artigos 8º/1 e 4º/4 da diretiva para auxiliarem nesta tarefa⁴⁴³.

Em consequência destes esclarecimentos, o TJUE declarou duas linhas de orientação para o preceito normativo. Por um lado, “a existência de uma ameaça grave e individual contra a vida ou a integridade física do requerente da protecção subsidiária não está subordinada à condição de este fazer prova de que é visado especificamente em razão de elementos próprios da sua situação pessoal”⁴⁴⁴, isto é, o nexu individual não se prende com a individualidade específica da pessoa, mas com as circunstâncias onde ela se insira e que lhe proporcionem um sério risco. Nós permitimo-nos acrescentar que esta exposição às circunstâncias do risco não tem de ser ativa, basta que seja passiva. Ou seja, não deve exigir-se que o requerente tenha provocado de alguma forma essa violência para que se considere exposto ao risco⁴⁴⁵. Mas se, porventura, isso se verificar, tal não deve ser motivo de exclusão de concessão da protecção, sem prejuízo do disposto no Artigo 17º da diretiva.

Por outro lado, o tribunal declarou que “a existência de tal ameaça pode *excepcionalmente* ser dada como provada quando o grau de violência indiscriminada que caracteriza o conflito armado em curso, apreciado pelas autoridades nacionais competentes que devam pronunciar-se sobre um pedido de protecção subsidiária ou pelos órgãos jurisdicionais de um Estado-Membro chamados a apreciar uma decisão de indeferimento de tal pedido, 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, poderia correr, pelo simples facto

⁴⁴¹ Cfr. acordao pt. 34. Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=Elgafaji&docid=76788&pageIndex=0&doclang=pt&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=849840#ctx1>

⁴⁴² Cfr. pt. 35. Esclarecer questão relativa ao considerando

⁴⁴³ Cfr. Ponto 40. Note-se que a versão em português do acordão refere erroneamente o Artigo 80º/1.

⁴⁴⁴ Cfr. Ponto 43.

⁴⁴⁵ O facto de estar “no sitio errado, à hora errada” é causa bastante para ser concedida a protecção.

de se encontrar no território destes, um risco real de sofrer tal ameaça”⁴⁴⁶. Isto vai ao encontro das conclusões apresentadas por Maduro ao indiciar que, quão mais fácil for a prova de uma das circunstâncias, menos se exige que se prove a outra.

Resta-nos dizer, como fizemos aquando da análise cuidada deste preceito normativo, que esta dúvida interpretativa tem pouca relevância à luz do constante na nossa lei pelo facto de a transposição ter omitido o carater individual da ameaça.

3.2 – Caso Diakité

O caso em apreço deu entrada no TJUE em Junho de 2012 impulsionado por uma dúvida de interpretação do Artigo 15º al. c) da Diretiva 2004/83/CE de 29 de Abril de 2004.

Diversamente do que motivou o caso Elgafaji, aqui a dúvida radicava no que deveria entender-se por *conflito armado interno*. Isto depois de Diakité, requerente de asilo na Bélgica, ter visto recusados os dois pedidos de proteção, formulados com base na repressão e nos atos de violência que havia sofrido no seu país de origem, em virtude da sua participação nos movimentos de protesto contra o poder instituído⁴⁴⁷. No sequência do recurso apresentado para o Conseil d’État, este órgão jurisdicional pretendia saber se, para efeitos do referido Artigo 15º a noção *conflito armado interno* poderia colher-se no Direito Internacional Humanitário ou, sendo interpretado de forma autónoma, quais seriam os critérios de apreciação da existência de um conflito interno.

Apesar de este pedido de decisão prejudicial contemplar diferentes dimensões daquelas suscitadas no caso Elgafaji, as duas decisões tocam-se por se pronunciarem relativamente à independência das normas comunitárias em contraposição com normas de outras ordens jurídicas.

O advogado geral PAOLO MENGOLZI alertou para os efeitos perversos a que a extensão interpretativa pode conduzir por serem interpretados de forma idêntica conceitos e disposições que surgiram em contextos diferentes⁴⁴⁸. Socorrido do precedente aberto na decisão Egafaji,

⁴⁴⁶ Cfr. ponto 43.

⁴⁴⁷ Cfr. pontos 9-15 do acórdão disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=Elgafaji&docid=147061&pageIndex=0&doclang=pt&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=849840#ctx1>. Sublinhamos o facto de não ser possível identificar a nacionalidade do requerente de proteção. Com efeito, é feita menção à sua nacionalidade guineense, mas não é fornecida qualquer informação que permita identificar de qual “Guiné” se trata.

⁴⁴⁸ V. ponto.

MENGOZZI aponta o mesmo caminho da autonomia na interpretação dos preceitos comunitários, baseando-se na “diferença de domínios nos quais se enquadram as disposições da diretiva e as do DIH”⁴⁴⁹. No que concerne à segunda questão, o advogado geral volta a socorrer-se do caso Elgafaji para demonstrar a existência de um conflito deve medir-se pela intensidade da violência que se registre no país de onde fugiu o requerente de proteção⁴⁵⁰. Diz com razão que, aqui, o ponto central será o risco que a conflitualidade observada configure para o requerente, sendo que a origem desse conflito é menos relevante⁴⁵¹. Neste sentido, é pelo grau de violência indiscriminada que caracteriza a situação na região da qual provém o requerente, que há-de aferir-se da existência de uma situação de conflito armado interno ou não.

A conclusão do tribunal não respondeu diretamente à questão formulada, mas foi mais longe ao demonstrar que pode verificar-se uma situação de conflito armado interno “quando as forças regulares de um Estado se confrontam com um ou mais grupos armados, ou quando dois ou mais grupos armados se confrontam” independentemente da qualificação oferecida pelo DIH à mesma situação⁴⁵². Ademais, o tribunal reforçou a posição ao indicar que “a intensidade dos confrontos armados, o nível de organização das forças armadas envolvidas ou a duração do conflito [são] objeto de uma apreciação distinta da apreciação relativa ao grau de violência que existe no território em causa”⁴⁵³.

No nosso entender, esta posição assumida pelo TJUE é prudente mas, ainda assim, pouco clara quanto às circunstâncias de facto que deverão observar-se para a concessão de proteção subsidiária, que, certamente, conduzirá a tomadas de decisões díspares por diferentes Estados, tendo por base contextos idênticos. Numa visão mais otimista, podemos entender estas declarações como a abertura à proteção de vítimas de violação generalizada e indiscriminada de Direitos Humanos, nomeadamente de situações limite em que ocorra dano grave para a população mas não possa considerar-se efetivamente um conflito armado e que, de resto, não encontram proteção expressa no âmbito da diretiva *qualificação*.

Disponível em <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=Elgafaji&docid=139689&pageIndex=0&doclang=pt&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=849840#ctx1>

⁴⁴⁹ Cfr. ponto 80.

⁴⁵⁰ Cfr. ponto 92 e ss

⁴⁵¹ Ponto 91

⁴⁵² Cfr. conclusão, parte inicial.

⁴⁵³ Cfr. Conclusão, parte final.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Eis-nos chegados ao término de uma investigação que se revelou de uma densidade que não poderíamos adivinhar. Os caminhos que fomos percorrendo na busca da melhor compreensão da figura jurídica da proteção subsidiária merecem-nos, a este ponto do trabalho, algumas considerações.

Era incontornável que a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e o seu respetivo Protocolo Adicional de 1967 marcassem o ponto de partida do nosso trabalho. Apesar de aquele diploma se afigurar como o único instrumento vinculativo de carácter internacional que alguma vez foi concebido no âmbito do Direito Internacional dos Refugiados, está ferido de diversas falhas. Desde logo, as circunstâncias geopolíticas em que foi concebida traçaram-lhe um carácter europeísta, numa forma de tutelar refugiados de contextos específicos e, por isso, a noção de refugiado que consagra é mais limitada do que os cenários que produzem a fuga de pessoas para outros locais em busca de proteção exigem. O facto de o documento não estabelecer uma conexão entre o direito de asilo e o estatuto de refugiado também se nos afigura como uma das suas limitações. Ademais, a Convenção de Genebra de 1951 nunca conseguiu adquirir uma dimensão verdadeiramente universal, na medida em que alguns dos países que assumem hoje particular relevância geoestratégica na rota dos refugiados não são signatários do diploma.

No seguimento das debilidades assinaladas ao mais importante instrumento jurídico no âmbito do direito dos refugiados – e sabendo de antemão que seria esse o caminho que nos conduziria à proteção subsidiária – surgiu a necessidade de compreender de que forma os diferentes polos regionais haviam contornado aquela circunstância, face às reais necessidades de tutela. Deste modo, lográmos saber que a Organização de Unidade Africana adotou em 1969 uma Convenção de âmbito regional concernente aos aspetos específicos dos problemas dos refugiados em África. Naquele documento a noção de refugiado conheceu uma dimensão mais ampla, por forma a abranger também vítimas de perturbações graves da ordem pública.

No mesmo sentido foi a Declaração de Cartagena que, não configurando um instrumento vinculativo, assumiu uma importância capital na construção da tutela jurídica dos refugiados. Também aqui a noção de refugiado é alargada às vítimas de perturbações graves de ordem pública, mas o documento vai ainda mais longe ao nomeadamente os que tenham sofrido por violência generalizada, conflitos internos ou violação maciça dos direitos humanos.

A noção jurídica de refugiado foi igualmente ampliada noutros polos regionais, ainda que não tivessem produzido eco na comunidade internacional.

No que diz respeito à tutela jurídica dos refugiados no âmbito europeu o caminho seguido foi, contudo, diverso. Consideramos que tal se ficou a dever, em parte, ao referido carácter europeísta da Convenção de Genebra de 1951. Com efeito, uma vez que a construção daquele instrumento normativo teve por base a realidade europeia, não havia tão grande necessidade de adaptação às exigências reais como esta se fazia sentir em África e na América Central e do Sul. Mas foi, também, o quadro normativo resultante dessa necessidade que tornou desnecessário o desenvolvimento de uma figura jurídica nos termos em que, entre nós, foi formulada a proteção subsidiária.

No que respeita, especificamente, ao âmbito do Conselho da Europa, não contemplou na sua Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais qualquer tutela jurídica aos refugiados. O seu âmbito protecional acabaria por concretizar-se por via da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, numa manifestação indireta do princípio de *non-refoulement*, por via da proteção concedida no Artigo 3º da CEDH.

A União Europeia teve necessidade de adotar normas harmonizadas relativas à qualificação, procedimento e acolhimento dos refugiados para fazer face aos movimentos secundários dos requerentes de proteção que se verificavam nos diversos Estados-Membros. Por isso empreendeu o Sistema Europeu Comum de Asilo, um caminho difícil pautado por vários ritmos, que culminou na adoção de diversas diretivas, entretanto reformuladas. O primeiro teste à eficácia do SECA, a acontecer nos nossos dias, revelou – o, contudo, frouxo. Assumimos nesta investigação a inabilidade das estruturas europeias, assentes neste Sistema Europeu de Asilo,

em gerir a crise de refugiados que se verifica aos nossos dias, evidenciando a sua disfuncionalidade⁴⁵⁴.

Foi a necessidade de estabelecer um sistema comum de asilo que trouxe à UE a proteção subsidiária. Isto porque, embora o alcance da noção jurídica de refugiado se tivesse cingido àquele oferecido pela Convenção de Genebra de 1951, a alteração das circunstâncias geopolíticas observadas na comunidade internacional fizeram surgir outras espécies de deslocados que não colhiam proteção nos termos daquela noção. A solução encontrada pelos Estados-Membros passou, assim, pelo desenvolvimento de uma figura jurídica subsidiária ao estatuto de refugiado. É neste sentido que afirmamos que o caminho evolutivo da tutela jurídica dos refugiados trilhado pela União Europeia seguiu um rumo diferente daquele que se observou noutras regiões do mundo onde a ampliação da noção jurídica de refugiado sanou a necessidade de desenvolver outras figuras jurídicas.

Pudemos verificar com esta investigação que, em Portugal, a tradição no âmbito dos refugiados resultou na sua melhor tutela. Tal manifestou-se ao nível constitucional, pela consagração do direito de asilo, bem como pelas leis ordinárias que, ao longo dos tempos, foram estabelecendo o estatuto jurídico de refugiado. Num desvio ao que viria a ser a opção da União Europeia, a primeira Lei do Asilo adotada entre nós alargou a noção de refugiado, de forma a contemplar as vítimas de conflitos armados e de violações sistemáticas de direitos humanos. Apesar de as alterações legislativas que sucederam a lei de 1980 terem dissociado os refugiados por razões humanitárias dos refugiados políticos, aquela franja de deslocados colheu sempre proteção entre nós. Esta dissociação a que nos referimos manifestou-se na formulação de uma autorização de residência por razões humanitárias que configurava a base do que viria a estabelecer-se como figura jurídica da proteção subsidiária. Tal aconteceu quando a harmonização da práticas do asilo intercetaram o nosso quadro normativo, em 2008.

Ainda assim, e tal como ficou explícito ao longo desta investigação, a nossa disposição jurídica relativa à proteção subsidiária revelou-se mais generosa do que aquela contida na Diretiva *qualificação*, nomeadamente pelo nível de risco que exige, bem como pelo espectro alargado de situações que abrange. Este parece-nos, de facto, o ponto que nos merece maior

⁴⁵⁴ Não estamos sós nesta linha argumentativa. No mesmo sentido vai o antigo Alto-comissário das Nações Unidas para os Refugiados, António Guterres, que denuncia o caos instalado na gestão da crise de refugiados devido ao mau funcionamento do Sistema Europeu de Asilo. Vide, neste sentido, as declarações de António Guterres em Setembro de 2015, reportadas em <http://www.tv24.iol.pt/internacional/antonio-guterres/crise-de-refugiados-e-gerivel-mesmo-com-sistema-caotico>. [15.01.2016].

louvor. É seguro afirmar que a nossa consagração legal da proteção subsidiária é uma mais – valia na tutela jurídica dos requerentes de proteção internacional. O estatuto jurídico do beneficiário de autorização de residência por proteção subsidiária, que tende a aproximar-se ao estatuto de refugiado, é demonstrativo do que dizemos.

Se esta investigação foi perentória na demonstração da importância da figura jurídica da proteção subsidiária no âmbito da tutela jurídica dos refugiados, também foi fonte de inquietações. Desde logo, o recurso por parte do Estado a esta forma de proteção faz-nos questionar se tal se deve ao efetivo estado obsoleto da noção de refugiado o antes assistimos a uma utilização abusiva da figura que estudamos, numa tentativa de conceder aos requerentes de proteção uma tutela jurídica mais frágil. Apesar de verificarmos que essa maior fragilidade no nível de proteção concedido pela proteção subsidiária em relação ao estatuto de refugiado é, hoje, pouco evidente, não podemos afirmar que seja nula.

Por outro lado, e sempre ressalvando o facto de o nosso quadro legal não se ter deixado beliscar nos seus elevados padrões protecionais pela interferência comunitária, não deixamos de nutrir sentimentos mistos por esta forma subsidiária de proteção. Ainda que se apresente como uma figura detentora de uma identidade própria, vocacionada para a proteção de vítimas de contextos específicos, sempre questionamos se a sua pertinência jurídica continuaria a manifestar-se se tivéssemos mantido entre nós uma opção alargada na concessão de asilo.

Estamos em crer que estas páginas refletem uma resposta cabal ao compromisso a que nos propusemos na oferta de um estudo rigoroso do limite e alcance da figura jurídica da proteção subsidiária, ainda que conscientes de que as considerações acerca desta matéria nunca se esgotariam, como nunca se esgotarão as necessidades daqueles que, recorrendo à nossa proteção, implorando a nossa assistência, e reclamando o nosso socorro, não poderão, nunca, ser por nós desamparados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACNUR, *Manual de Procedimentos e Critérios Para Determinar a Condição de Refugiado de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto dos Refugiados*, ACNUR, Brasil, 2004. Disponível em http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/Manual_de_procedimentos_e_critérios_para_a_determinacao_da_condicao_de_refugiado.pdf?view=1

[15.01.2016].

ACNUR, *Some Additional Observations and Recommendations on the European Commission 'Proposal for a Council Directive on Minimum Standards for the Qualification and Status of Third Country Nationals and Stateless Persons as Refugees or as Persons Who Otherwise Need International Protection' (COM(2001) 510 final, 2001/0207(CNS) of 12 September 2001)*, Julho de 2002. Disponível em <http://www.refworld.org/docid/3e493dc94.html> [15.01.2016].

ACNUR, *The state of the world's refugees 2000 - fifty years of humanitarian action*, tradução de Isabel Galvão, *A situação dos refugiados no mundo - cinquenta anos de acção humanitária*, Nova Iorque, ACNUR, 2000.

ALLAIN, Jean "The *Jus Cogens* Nature of *non-refoulement*" in *IJRL*, 13 (4), 2001.

ANDRADE, José H. Fischel de, *Direito internacional dos Refugiados: evolução histórica 1921-1952*, Rio de Janeiro, Renovar, 1996.

BACAIAN, Livia Elena. *The protection of refugees and their right to seek asylum in the European Union*. Universidade de Genebra, 2011. Disponível em <https://www.unige.ch/gsi/files/6614/0351/6348/Bacaian.pdf> [15.01.2016].

BARRETO, Ireneu Cabral, *Convenção Europeia dos Direitos do Homem: anotada*, 4ª ed, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal - Coimbra Editora, 2010.

BELL, Derek R., "Environmental refugees: What rights? Which duties?" in, *Res Publica: A Journal of Legal and Social Philosophy*, Vol. 10, N. 2, 2004.

- BELL, Derek R., "Environmental refugees: What rights? Which duties?" *in, Res Publica: A Journal of Legal and Social Philosophy*, Vol. 10, N. 2, 2004.
- CANOTILHO, J.J. Gomes, "compreensão jurídico-política da carta", *in* Vital Moreira (dir.), *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.
- CANOTILHO, JJ Gomes e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa – anotada*, 4ª edição revista, Coimbra, Coimbra Editora, 2014
- CHIMNI, B. S., *International refugee law: a reader*, Nova Deli, Sage Publications, 2000.
- CIERCO, Teresa, *A Instituição De Asilo Na União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2010.
- COHEN, Job, "Atas da Conferencia Europeia sobre Asilo", *in Em direção a um Sistema Europeu Comum de Asilo*, Lisboa, Serviços de Estrangeiros e Fronteiras, 2000.
- COLES, G. J. L., *Conflict and Humanitarian Action: An Overview*, Genebra, ACNUR, 2003
- CUNHA, Damião da "comentário ao Artigo 33º", *in* Jorge Miranda e Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, 2ªed. Coimbra, Coimbra Editora, 2010.
- DELGADO, Iva "A minha memória portuguesa da Guerra Civil de Espanha", *in* Miguel Rego, *A guerra civil de Espanha na raia portuguesa – Actas*, Barrancos, Câmara Municipal, D.L. 2001
- DEYRA, Michel, *Direito Internacional Humanitário*, Lisboa, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 2001.
- EDWARDS, Alice. "Temporary protection, derogation and the 1951 Refugee Convention." *In Melb. J. Int'l L.* 13, 2012.
- FITZPATRICK, Patrick et. al. "Harmonized subsidiary protection in the European law – a view from the United States" *in* Daphné Bouteillet-Paquet, *Subsidiary protection of refugees in the European Union: complementing the Geneva convention? / La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union Européenne: un complément à la convention de Genève?*, Bruxelas, Bruylant, 2002.
- GADDIS, John Lewis, *The cold war : a new History*, tradução portuguesa de Jaime Araújo, *A Guerra Fria*, Lisboa, Edições 70, 2007.
- GIL, Ana Rita "Asilo", *in Enciclopédia de direito internacional*. Coimbra, Almedina, 2011.

GIL-BAZO, María-Teresa, “The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Right to be Granted Asylum in the Union's Law”, *in Refugee Survey Quarterly*, 27 (3), 2008.

GORTÁZAR, Cristina, “Comentário ao Artigo 18º” *in* Alessandra Silveira e Mariana Canotilho *Carta dos direitos fundamentais da União Europeia comentada*, Coimbra, Almedina, 2013.

GUICHAOUA, André, *Exilés, réfugiés, déplacés en Afrique centrale et orientale*, Paris, Editions Karthala, 2004.

HAILBRONNER, Kail “Principles of International Law Regarding The Concept Of Subsidiary Protection” *in* Daphné Bouteillet-Paquet, *Subsidiary protection of refugees in the European Union: complementing the Geneva convention? / La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union Européenne: un complément à la convention de Genève?*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

HATHAWAY, James, “The law of refugee status” *in* B. S. Chimni, *International refugee law: a reader*, Nova Deli, Sage Publications, 2000.

HEGARTHY, Angela e LEOARD, Siobhan, *Human Rights – An Agenda For The 21st Century*, 1999, tradução portuguesa de João C. S. Duarte, *Direitos do Homem – Uma Agenda Para o Século XXI*, Lisboa, Instituto Piaget, 2003.

HEIJER, Maarten den, “Art 18º – Right to Asylum”, *in* Steve Peers [et al.], *The EU charter of fundamental rights – a commentary*, Oxford, Hart Publishing, 2014.

HENRIQUES, Miguel Gorjão, “A evolução dos direitos fundamentais no espaço comunitário” *in* Vital Moreira (dir.), *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

HENRIQUES, Miguel Gorjão, *Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2014.

IGLESIAS, María Teresa Ponte, *Conflictos armados, refugiados y desplazados internos en el derecho internacional actual*, Santiago de Compostela, Tórculo Edicións, 2000.

LAMBERT, Hélène, “The European Convention on Human Rights and the Protection of Refugees: Limits and Opportunities”, *in* *Refugee Survey Quarterly*, vol. 24, 2005.

LOESCHER, G., 'American Foreign Policy, International Politics and the Early Development of UNHCR', relatório apresentado na conferência sobre "The Uprooted; Forced Migration as an International Problem in the Pos-War Era" entre 19 e 21 de Agosto de 1988.

MACADAM, Jane, "The European Union Qualification Directive: The Creation of a Subsidiary Protection Regime", in *IJRL*, n. 17 (3), 2005.

MACHADO, Jónatas, *Direito da União Europeia*, Coimbra, Wolters Kluwer Portugal - Coimbra Editora, 2010.

MARFLEE, Philip, *Refugees in a global era*, New York, Palgrave Macmillan, 2006.

MARINHO, Clotilde, *The Dublin Convention on Asylum: its essence, implementation and prospects*, Maastricht, European Institute of Public Administration, 2000.

MOLE, Nuala e MEREDITH, Catherine, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 2010. Disponível em <http://www.refworld.org/pdfid/4ee9b0972.pdf> [15.01.2016].

MOREIRA, Vital, "Nota de Apresentação" in Vital Moreira (dir.), *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

NOLL, Gregor e VESTED – HANSEN, Jens "Temporary Protection and Burden Sharing: Conditionalising Access Suspending Refugee Rights?" in Elspeth Guild e Carol Harlow (dir.) *Implementing Amsterdam – Immigration and Asylum rights in EC Law*, Oxford, Hart Publishing, 2002.

OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto, *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa: Âmbito de protecção de um direito fundamental*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009.

PEREIRA, Maria de Assunção do Vale, *Noções Fundamentais de Direito Internacional Humanitário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014.

PICTET, Jean S., *The Geneva Conventions Of 12 August 1949 – Commentary*, Geneva, International Committee Of The Red Cross, 1952, p. 32. Disponível em https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/GC_1949-I.pdf [15.01.2016].

PINTO, Maria do Céu, “Tendências nos Conflitos de Fraca Intensidade”, in *Nação e Defesa*, 3ª Série, nº 112, Outono-Inverno, 2005.

PINTO, Maria do Céu, *o Papel da ONU na Criação da Nova Ordem Mundial*, Lisboa, Prefácio, 2010.

PIODI, Franco, “From the Schuman Declaration to the birth of the ECSC: The role of Jean Monnet”, in *Cardoc Journals*, N.6, Maio 2010. Disponível em http://www.ab.gov.tr/files/ardb/evt/1_avrupa_birligi/1_1_tarihce/from_the_schuman_declaration_to_the_birth_of_ecsc.pdf [15.01.2016].

PIRES, Francisco Lucas, “O Direito e a União política na UE – Por uma maior juridificação do direito comunitário de Asilo” in António José Avelãs Nunes (dir.) *A inclusão do outro*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

QUADROS, Fausto de, *Direito da União Europeia: direito constitucional e administrativo da União Europeia*. 3ª ed. Coimbra, Almedina, 2013.

QUINTAS, Ana Isabel Soares, *O equilíbrio entre o princípio do Non-Refoulement e as cláusulas de exclusão do estatuto de refugiado: análise jurisprudencial*, Dissertação de mestrado em Direitos Humanos, Braga, 2012. Disponível em <http://hdl.handle.net/1822/28417> [15.01.2016]

QUIROGA, Cecilia Medina, *The battle of human rights: gross, systematic violations and the inter-American system*, Martinus Nijhoff Publishers, Utrecht, 1988.

ROSCAM – ABBING, Friso, “Subsidiarity Protection: Improving or Degrading The Right Of Asylum In Europe?” in Daphné Bouteillet-Paquet, *Subsidiary protection of refugees in the European Union: complementing the Geneva convention? / La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union Européenne: un complément à la convention de Genève?*, Bruxelas, Bruylant, 2002.

SERVIÇO DE ESTRANGEIROS E FRONTEIRAS, *Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo*, Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, Lisboa, 2014, disponível em http://sefstat.sef.pt/Docs/Rifa_2014.pdf [15.01.2016].

SERVIÇO DE ESTRANGEIROS E FRONTEIRAS, *Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo*, Lisboa, Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, 2013, disponível em http://sefstat.sef.pt/Docs/Rifa_2013.pdf [15.01.2016].

SHARPE, Marina, “The 1969 African Refugee Convention: innovations, misconceptions and omissions”, in *McGill Law Journal*, Vol. 58, Setembro 2012. Disponível em <http://lawjournal.mcgill.ca/userfiles/other/5818395-581.art.Sharpe.pdf> [15.01.2016].

SOUSA, Constança Urbano de, “Etude Comparée Sur La Protection Subsidaire – Portugal” in Daphné Bouteillet-Paquet, *Subsidiary protection of refugees in the European Union: complementing the Geneva convention? / La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union Européenne: un complément à la convention de Genève?*, Bruxelas, Bruylant, 2002.

SPIJKERBOER, Thomas, “Subsidiarity In Asylum Law. The Personal Scope of International Protection”, in Daphné Bouteillet-Paquet, *Subsidiary protection of refugees in the European Union: complementing the Geneva convention? / La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union Européenne: un complément à la convention de Genève?*, Bruxelas, Bruylant, 2002.

STOREY, Hugo, “EU Refugee Qualification Directive: a Brave New World?”, in *IJRL*, 20 (1), 2008.

STRAW, Jack “Atas da Conferencia Europeia sobre Asilo”, in *Em direção a um Sistema Europeu Comum de Asilo*, Lisboa, Serviços de Estrangeiros e Fronteiras, 2000.

TÜRK, Volker, “The role of UHNCR in the development of international refugee law” in Frances Nicholson e Patrick Twomey (dir.), *Refugee rights and realities: evolving international concepts and regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000.

VEDSTED – HANSEN, Jens “Assessment Of The Proposal For An EC Directive On The Notion Of Refugee And Subsidiary Protection From The Perspective Of International Law” in Daphné Bouteillet-Paquet, *Subsidiary protection of refugees in the European Union: complementing the Geneva convention? / La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union Européenne: un complément à la convention de Genève?*, Bruxelas, Bruylant, 2002.

VIDAL, José Marques, *Os tratados comunitários e o Acordo e Convenção de Schengen – génese e correlação*, Lisboa, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, 1997.

VIEIRA, Joaquim, *Álvaro Cunhal – o homem e o mito*, 1ª ed. Carnaxide, Objectiva, 2013.

WEIS, Paul, *The Refugee Convention of 195: The travaux preparatoires analysed*, Cambridge University Press, XIX, 1995. Disponível em <http://www.refworld.org/docid/53e1dd114.html> [15.01.2016].