



ANUÁRIO DE DIREITOS HUMANOS

**Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos
Escola de Direito da Universidade do Minho**

2023

5º Anuário de Direitos Humanos

JUSGOV Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos
EDUM Escola de Direito da Universidade do Minho

2023

Esta publicação é financiada por fundos nacionais através da
FCT — Fundação para a Ciência e Tecnologia, I.P., no âmbito do Financiamento UID/05749/2020

FICHA TÉCNICA

TÍTULO

5º Anuário de Direitos Humanos

ORGANIZAÇÃO E EDIÇÃO

Centro de Investigação em Justiça e Governação

Universidade do Minho

Campus de Gualtar

4710-057 Braga

(+351) 253 601 841 / (+351) 253 601 810 | jusgov@direito.uminho.pt

DIRETORA

Anabela Susana de Sousa Gonçalves

INTERVENIENTES

Fátima Pacheco | Filipe Veríssimo Duarte | Gonçalo Martins de Matos |

Sergio Ruiz Díaz Arce | Illia Roskoshnyi

LOCAL E DATA

Braga, dezembro de 2021

PAGINAÇÃO

Papelmunde

FOTO DE CAPA

Foto original da capa de Laurenz Kleinheider (Unsplash)

ISSN

2184-1853

ÍNDICE

Nota Prévia

vii

A aplicação do princípio do *non-refoulement* quando estão em causa problemas graves de saúde de nacionais de países terceiros:

Um breve percurso sobre a jurisprudência do TEDH e do TJUE

Fátima Pacheco

1

Da tutela judicial efetiva contra atos de poder público lesivos de direitos fundamentais

Filipe Veríssimo Duarte

39

A proteção de direitos fundamentais através da ação por incumprimento:

O Processo C-769/22 *Comissão Europeia contra Hungria*, do Tribunal de

Justiça da União Europeia

Gonçalo Martins de Matos

61

Participación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos judiciales

o administrativos: Aportes de la jurisprudencia de la Corte IDH

Sergio Ruiz Díaz Arce

75

The right to petition in comparative constitutional law

Illia Roskoshnyi

95

Nota Prévia

É com enorme satisfação que anunciamos o quinto número do *Anuário de Direitos Humanos* que, seguindo a já habitual tradição, é um número temático. Esta quinta edição do Anuário explora a temática dos Direitos Humanos e a Aplicação do Direito pelos Tribunais (*law in action*).

A primeira palavra de agradecimento dirige-se aos revisores que nos acompanharam nesta edição. O rigoroso processo de *double-blind peer review*, mantido nesta edição, permite-nos obter um elevado padrão científico e publicar um conjunto de artigos inovadores que alimentam o interesse dos nossos leitores relativamente ao *Anuário de Direitos Humanos*.

Nesta quarta edição, apresentamos um conjunto de trabalhos que analisa as relações entre Direitos Humanos e a Aplicação do Direito pelos Tribunais (*law in action*). São apresentados artigos de investigação sobre: o princípio do *non-refoulement* quando estão em causa problemas graves de saúde de nacionais de países terceiros; a tutela judicial efetiva contra atos de poder público lesivos de direitos fundamentais; a proteção de direitos fundamentais através da ação por incumprimento; o direito de participação da criança nos processos que lhe dizem respeito; e um estudo de direito comparado relativamente ao direito de petição.

Este é o conjunto de artigos que compõem o quinto número temático do *Anuário de Direitos Humanos*, agradecendo aos autores o envio dos trabalhos que agora apresentamos. A investigação no âmbito dos Direitos Humanos tem tido

uma longa tradição na Escola de Direito da Universidade do Minho, ao longo dos anos, e mantém a sua força na investigação do JusGov, como demonstra a periodicidade deste Anuário. O cruzamento que o *Anuário de Direitos Humanos* tem vindo a promover nas últimas cinco edições com outras áreas do Direito, através dos seus números temáticos, permite também mostrar a diversidade da investigação feita no JusGov. Esperamos que o Anuário continue a trilhar este caminho, sedimentando-se, em cada edição, como um periódico de referência na área dos Direitos Humanos.

A editora,

Anabela Susana de Sousa Gonçalves

O coeditor,

Tiago Branco da Costa

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO NON-REFOULEMENT QUANDO ESTÃO EM CAUSA PROBLEMAS GRAVES DE SAÚDE DE NACIONAIS DE PAÍSES TERCEIROS

UM BREVE PERCURSO SOBRE A JURISPRUDÊNCIA DO TEDH E DO TJUE

Fátima Pacheco

Doutora em Direito da União Europeia pela Universidade Católica (Escola de Direito do Porto), Professora Adjunta no ISCAP (Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto – Politécnico do Porto), Investigadora do JusGov (Universidade do Minho) e do CEI (ISCAP), Portugal. Email: fatima_pacheco@live.com.pt

Resumo: Embora sejam os Estados-membros que controlam a entrada, residência e expulsão de estrangeiros dos seus territórios, é um dado que o sistema europeu comum de asilo os obriga a observar o princípio do *non-refoulement*. Ora, ainda que todos os requerentes de proteção internacional se encontrem numa situação de carência de proteção por parte de outros Estados, o respeito pela dignidade humana daqueles que padecem de enfermidades graves exige respostas específicas. Saber se os motivos de saúde poderão sustentar a proibição da devolução de um estrangeiro e se um eventual afastamento poderá ser assimilado a um tratamento proibido pelo artigo 3.º da CEDH constitui o principal objeto deste estudo. Para o efeito, será efetuado um percurso pela forma pela qual o princípio tem sido tratado pelo TEDH e pelo TJUE, não sem antes abordar as obrigações substantivas que resultam da Convenção de

Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados, da CEDH, da Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho e da CDFUE.

Palavras-chave: *Non-refoulement*; CEDH; Estatuto dos Refugiados; CDFUE.

1. Enquadramento do tema

Os requerentes de proteção internacional encontram-se sempre numa situação de violação dos seus mais básicos direitos fundamentais, carecendo, por isso mesmo, de acolhimento e proteção de um Estado que não o da sua nacionalidade ou residência. Forçados a fugir, assiste-lhes um primeiríssimo direito que subjaz a todos os outros, qual seja o de não serem devolvidos para um Estado onde a sua vida ou a sua liberdade possa estar em perigo (*non-refoulement*).

O artigo 78.º, n.º 1, do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) afirma com uma intencional clareza que “A União desenvolve uma política comum em matéria de asilo, de proteção subsidiária e de proteção temporária, destinada a conceder um estatuto adequado a qualquer nacional de um país terceiro que necessite de proteção internacional e a garantir a observância do princípio da não repulsão (sublinhado nosso). 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”, e integra a construção de um Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, o qual constitui um dos objetivos da União Europeia (UE). Por sua vez, nos termos do artigo 67.º, n.º 2, do TFUE, decorre do funcionamento de um espaço sem fronteiras internas a necessidade de implementar uma política comum de asilo e o controlo das pessoas nas fronteiras externas¹.

Num contexto internacional em que agudizavam os fluxos migratórios, impunha-se uma política de asilo consistente. Ora, esta política é estabelecida pela UE a nível legislativo, é certo. Mas é às administrações públicas de cada Estado-membro que cabe a sua execução. Por isso, ainda que continuem a ser os Estados a deter a autoridade para controlar a entrada, residência e expulsão de estrangeiros dos seus territórios, estão eles obrigados a uma correta implementação das regras estabelecidas pelo legislador da União. Passou, por isso, a ser inevitável uma gestão comum racional e solidária das fronteiras externas apelando à ordem, funcionalidade e respeito pela dignidade humana.

Determinar quem tem direito à proteção internacional; em que termos se processa o pedido e se há direito de reclamação das decisões negativas; que direitos têm as pessoas enquanto aguardam pelas decisões administrativas; e em que

¹ Ver Código de Fronteiras Schengen (CFS), aplicado de acordo com o Regulamento (UE) n.º 2016/399 [2016] OJ L 77.

casos podem os requerentes ser afastados para o país de onde procederam, são algumas das questões que se levantam a quem tenta aceder à Europa. As respostas a tais questões foram estabelecidas no quadro dos compromissos decorrentes da pertença à UE e com base no respeito pelos direitos humanos que vinculam todos os Estados-membros.

A seguir apresentam-se as respostas àquelas inquietações, materializadas que estão nos vários atos de direito derivado adotados pela UE, a propósito da estruturação do Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA). Se às primeiras três questões nos referiremos brevemente (pontos 2.2, 2.3, 2.4), à última (pontos 3, 3.1, 4) será dedicada uma maior atenção, pois nela se centra o âmago desta reflexão.

É um dado que os requerentes de proteção internacional se encontram numa posição de vulnerabilidade relativamente aos seus direitos mais fundamentais. Mas, lá, onde circunstâncias pessoais dos requerentes agudizem ou extremem aquela vulnerabilidade, terá de haver respostas corretivas do Direito que revertam as situações de desumanização em que se possam encontrar. Entre elas, e em particular, tentaremos aferir sobre se as enfermidades graves poderão dar causa à proibição da devolução ou expulsão dos estrangeiros que delas padecem, sempre que tal devolução ou expulsão acarrete o risco de agravamento das condições de saúde e o não acesso a terapia no Estado de origem.

2. Ser ou não ser protegido: as respostas do Direito Internacional

O artigo 14.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), de 1948, proclama o direito de toda a pessoa procurar e de beneficiar de asilo, mas não o direito de o obter. Acresce que a DUDH² deixou claro que todos os que tivessem tido atividades contrárias aos fins e aos princípios das Nações Unidas ou que tivessem praticado crimes de direito comum não poderiam invocar tal direito. Nos termos da Declaração, trata-se de um direito que se consubstancia na possibilidade de os estrangeiros procurarem e apresentarem um pedido de asilo³, ficando o Estado a quem eles se dirijam com a faculdade jurídica de o conceder⁴. O que é dizer que a concessão de tal forma de

² Sobre a DUDH no domínio da proteção internacional dos refugiados, S Oliveira, “Direito de asilo”, in J Bacelar Gouveia (ed.), *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 3.º suplemento (s. n., 2007), 303; S Oliveira, *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa* (Coimbra Editora, 2009), 63-64.

³ Neste sentido, J N Rodrigues, *Instituto de Asilo, Antiguidade, Contemporaneidade e o Futuro – Política de Asilo na União Europeia* (AAFDL, 2022), 75, e doutrina lá referida.

⁴ Afirmando que a instituição do asilo radica na soberania territorial do Estado, invocando o caso “Haya de La Torre”, A B Navarro, *Origen y Fundamentos del Principio de Non-Refoulement en el Marco del Derecho Internacional de las Personas Refugiadas* (Aranzadi, 2022), 105-106.

proteção dependerá da legislação de cada Estado requerido, a qual ditará em que medida tal Estado abdicou do originário direito soberano de decidir quem admite no seu território⁵.

A Convenção de Genebra de 28/07/1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados⁶ – núcleo duro do direito dos refugiados e instrumento de aceitação geral por parte da comunidade internacional – ainda que definindo o que entende por refugiado, igualmente não consagrou o direito de qualquer estrangeiro obter asilo, ainda que reconheça àquelas pessoas um estatuto jurídico internacional específico.

Para beneficiar da proteção da Convenção de Genebra de 1951, o estrangeiro tem de cumprir os seguintes requisitos positivos: i) tem de estar fora do seu país de origem ou residência habitual; ii) tem de o ter deixado por receio de ser perseguido; e iii) tal perseguição deve ter sido baseada em algum dos motivos nela enunciados⁷, quais sejam: raça, religião, nacionalidade, filiação em grupo social ou opinião política. O que significa que tem de existir um nexo de causalidade entre os motivos de perseguição indicados e os atos de perseguição (ou o risco deles) invocados por um requerente, ou, então, a omissão da proteção devida por parte do seu Estado de origem, que não quer ou não consegue proteger o indivíduo⁸.

Saliente-se que o receio de perseguição – o qual constitui o elemento típico do instituto – deve ser justificado num motivo especialmente grave e não deve fundar-se numa convicção subjetiva de mera inquietação do requerente,

⁵ Sobre o direito de asilo como direito subjetivo em várias dimensões, assumindo-o como um direito das pessoas, ver por todos, A S P Oliveira, *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa – Âmbito de Proteção de um Direito Fundamental* (Coimbra Editora, 2009), 98-102. Sobre a tensão entre o interesse de os Estados manterem o controlo sobre o acesso aos seus territórios e o direito dos migrantes na UE, I L Delgado, “Elementos de una política común de inmigración en la Unión Europea: una lectura crítica”, in M P I Llorens e E Z Duque (coord.), *Hacia una Europa de las personas en el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia?* (Marcial Pons, 2010).

⁶ Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, 28 de julho de 1951, disponível em: <https://bit.ly/3ezXMm0>, consultado a 16 de junho de 2023.

⁷ Para uma análise individual de cada um destes requisitos A R Gil, *Estudos sobre Direito da Imigração e do Asilo* (Petrony, 2021), 223-233; A S P Oliveira, *supra* n 5, 258-319, e, com especial interesse, “Introdução ao Direito de Asilo”, in *O contencioso do Direito de Asilo e Proteção Subsidiária (Jurisdição Administrativa e Fiscal)* (Centro de Estudos Judiciários, 2016), 41-60; F Pacheco, “Os Passageiros da Esperança: algumas considerações sobre o estatuto de refugiado e outras respostas para os indivíduos que buscam asilo” (2023), *E- Revista De Estudos Interculturais* 11, 7-9. Ver caso C-71/11 e C-99/11, *Bundesrepublik Deutschland* [2012] ECLI:EU:C:2012:518, sobre o conteúdo de “atos de perseguição”.

⁸ Se um Estado falhar na implementação de um sistema que puna todas as formas de violência doméstica, sem garantir salvaguardas para as vítimas, pode violar o artigo 3.º da CEDH. Sobre a evolução da aplicação do artigo 3.º da CEDH a estas situações, caso 53891/20, *A.E. v. Bulgária* [2023].

mas numa situação de carácter objetivo e de razoabilidade⁹. Assim, a atribuição do estatuto exige uma indagação por parte do Estado requerido, no sentido de verificar se o indivíduo reúne os requisitos para lhe ser reconhecida a sua condição de refugiado.

Não se está, portanto, perante indivíduos que procuram melhores condições de vida, mas perante seres humanos que forçosamente se viram na necessidade inelutável de fugir e procurar proteção noutros Estados, conquanto que a sua perseguição¹⁰ se funde nos motivos estritamente referidos.

Esta delimitação do âmbito pessoal de proteção da convenção é agravada pela existência de requisitos negativos de preenchimento obrigatório, enunciados na alínea f) do artigo 1.º e no n.º 1 do artigo 32.º da Convenção de Genebra¹¹, que, a verificarem-se, constituem motivos de exclusão do estatuto. Introduzidos, essencialmente, para excluir indivíduos não merecedores de proteção, deve a sua verificação ser casuística e cautelosa (restritivamente interpretada), conduzindo à não atribuição do estatuto em caso de existência de razões sérias e comprovadas de que houve envolvimento pessoal e consciente do requerente na sua prática.

De todo o modo, aquela convenção, posteriormente ampliada pelo Protocolo de Nova Iorque, de 1951¹², teve o imenso mérito de reconhecer o direito humano de os indivíduos não serem devolvidos a um Estado lá “(...) 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”, ou seja, teve a virtude de consagrar explicitamente a proibição estadual do *refoulement*.

A Convenção, no entanto, não reconheceu o *non-refoulement* sem quaisquer exceções. Na verdade, facultou aos Estados a possibilidade de expulsão ou

⁹ Indicando circunstâncias atendíveis, ACNUR, *Manual de Procedimentos e Critérios para Determinar o Estatuto de Refugiado – De Acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados* (UNHCR/ACNUR, 2019), par. 13-28 e 43 e 51-53.

¹⁰ Afirmando que o conceito de refugiado tem alargado o seu conteúdo, relativamente a pessoas perseguidas em função do género ou da orientação sexual, englobando-as no conceito de pertença a grupo social específico, o mesmo dizendo sobre vítimas de guerra ou de situações de violência indiscriminada, A R Gil, “Deve distinguir-se entre Refugiado e Imigrante?”, in T P Belezã, C N Silva, A R Gil, E Oliveira (orgs.), *Olhares sobre as Migrações, a Cidadania e os Direitos Humanos na História e no Século XXI* (Petrony Editora, 2020), 69-88.

¹¹ Crime contra a paz, de guerra ou de humanidade; crime grave de direito comum praticado fora do país onde se encontrem; atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas.

¹² O Protocolo de Nova Iorque, de 31 de janeiro de 1967, adicional à Convenção de Genebra, eliminou a restrição temporal da Convenção, relativamente a situações ocorridas antes de 1 de janeiro de 1951, ou seja, para os refugiados resultantes da II Guerra Mundial. Ver Protocolo Adicional à Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 31 de janeiro de 1967, disponível em: <https://bit.ly/381CWcK>, consultado a 12 de junho de 2023.

de repulsão¹³ de estrangeiros por i) “motivos sérios” de segurança nacional, ou ii) por os indivíduos em causa terem sido condenados por crimes ou delitos graves, constituindo uma fundada ameaça (real, atual e futura) para a comunidade do país de acolhimento¹⁴ (n.º 1 do artigo 32.º e n.º 2 do artigo 33.º da Convenção de Genebra), caso logrem provar a veracidade dessas situações.

Seja lá como for, é importante salientar que o artigo 33.º da Convenção de Genebra constitui a garantia nuclear do sistema internacional de asilo, reconhecendo um direito humano a todos os que preencham os requisitos para beneficiar do estatuto de refugiado. Trata-se, portanto, para grande parte da doutrina, de uma norma consuetudinária de *ius cogens*¹⁵. O dispositivo, sob a epígrafe “Proibição de afastar expulsar e repelir”, em concreto, no seu n.º 1, consagrou uma regra humanitária que consubstancia um dos bens jurídicos mais fundamentais ao ser humano, de alguma forma contrapesando a não previsão de uma obrigação internacional e incondicional de acolhimento na Convenção de Genebra.

Graças àquela proibição, os casos de recusa de asilo por não preenchimento dos requisitos legais (não dando causa a situações de expulsão) não devem ter como consequência automática uma ordem de devolução dos indivíduos para o Estado de origem, ou para Estado terceiro (*refoulement* indireto)¹⁶. Estamos em crer que esta prerrogativa, não obstante o seu carácter não absoluto,

¹³ A expulsão é um ato unilateral do Estado consubstanciado numa ordem de saída de um estrangeiro do seu território. Os nacionais não podem ser expulsos, nem proibidos de saírem do seu Estado (direito de emigrar) ou de voltarem a entrar. Expulsa-se os indivíduos por motivos de ordem ou saúde pública, sancionando individualmente comportamentos indevidos. A denegação da concessão de asilo e de autorização de residência não é uma expulsão, mas conduz a uma medida de afastamento, por via administrativa ou por via de decisão judicial. Na segunda situação, a impugnação da medida é por via do contencioso dos atos administrativos, a qual é plena (mobilização de qualquer meio processual), e na primeira é por via do contencioso penal. O TEDH aplica o conceito no sentido comum, enquanto afastamento forçado de um estrangeiro do território de um Estado-parte.

¹⁴ Incumbe sobre o Estado a ponderação entre a situação de perigo de devolução para o indivíduo em causa e a sua potencial ameaça para a segurança pública, caso aí permaneça. A B Navarro, *supra* n 4, 158-170. Ver caso C-374/22 XXX c. *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides* [2023], do TJUE, que exige que um estrangeiro tenha sido condenado por sentença transitada em julgado por um crime particularmente grave e, cumulativamente, que se demonstre que ele constitui um perigo – real, atual e suficientemente grave – suscetível de afetar um interesse fundamental da comunidade do Estado-Membro onde se encontre. Incumbe à autoridade competente avaliar as circunstâncias concretas do caso, tendo em conta os direitos fundamentais da UE e a possibilidade de adoção de medidas menos atentatórias dos direitos garantidos aos refugiados que respeitem a proporcionalidade da decisão de revogação do seu estatuto migratório.

¹⁵ Ver E Lauterpacht, D Bethlehem, “El alcance y contenido del principio de no devolución: opinión”, in VV.AA., *Protección de los Refugiados en Derecho Internacional. Consultas globales de ACNUR sobre protección internacional* (Icaria Editorial/ACNUR, 2010), 97-201.

¹⁶ Neste sentido, A Grahl-Madsen, *The Emergent International Law Relating to Refugees: Past, Present, Future*, (University of Bergen Faculty of Law monographs, 1985), 204-205.

consustancia o mais importante contributo da convenção em sede de proteção internacional, consagrando um verdadeiro limite aos poderes estaduais, já que apenas em condições extremas se poderá proceder a tal devolução.

Não fique por dizer que o princípio de não repulsão é um princípio igualmente previsto noutros instrumentos internacionais mais recentes, donde destacamos o artigo 3.º da Convenção para a Eliminação da Tortura (CET) e o artigo 7.º do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP).

2.1. De Genebra a Estrasburgo: a ampliação do princípio do *non-refoulement*

Este dar as mãos do instituto de asilo e do *non-refoulement* enriqueceu o nível de proteção disponibilizado pela Convenção de Genebra, é certo. Porém, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH)¹⁷, sem consagrar explicitamente¹⁸ o direito de asilo no rol de direitos que consigna¹⁹, tem viabilizado a ampliação e autonomização da proibição do *refoulement* advinda de Genebra, sobretudo graças ao reconhecimento, no seu artigo 3.º, sob a epígrafe “Proibição da Tortura”, de que “Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”. Este dispositivo, quando aplicado

¹⁷ Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, disponível em: <https://bit.ly/3eg4NYj>, consultado a 15 de junho de 2023.

¹⁸ Alertando sobre momentos importantes na CEDH em matéria de asilo, S P Oliveira, “Refugiados e requerentes de asilo”, in P P Albuquerque (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais*, Vol III (Universidade Católica Portuguesa, 2020), 2945-2968.

¹⁹ A CEDH é um “instrumento constitucional da ordem pública europeia” (caso C-420/07 *Loizidou c. Turquia* [1995], par. 7, Série A, n.º 310). Os direitos reconhecidos são essencialmente de natureza civil e política, ou seja, de defesa das pessoas perante os Estados, e correspondem a um denominador comum dos direitos fundamentais nacionais. Destaca-se o direito à vida, a proibição da tortura, a proibição da escravatura e do trabalho forçado, o direito à liberdade e segurança, o direito a um processo equitativo, o princípio da legalidade criminal, o direito ao respeito da vida privada e familiar, a liberdade de pensamento, consciência e religião, a liberdade de expressão, a liberdade de reunião e associação, o direito ao casamento, o direito ao recurso efetivo e a proibição da discriminação, alguns absolutos e irrestringíveis (artigos 2.º, 3.º, 4.º, n.º 1, 7.º, 15.º, n.ºs 2 e 3, e 13.º do Protocolo n.º 6, e artigo 4.º do Protocolo n.º 7). Reconheceram-se direitos de liberdade, direitos processuais, direitos pessoais, direitos de ação social e política e direitos para a proteção da propriedade (Protocolo n.º 1), elementares para a proteção da pessoa humana. Refletindo os valores europeus, estabelece um consenso europeu em sede de direitos humanos, outorgando um nível de proteção de *standard* mínimo, sem precluir a aplicação mais generosa do direito interno dos Estados (artigo 53.º da CEDH) ou decorrente de compromissos internacionais. Não obstante a falta de consagração do direito de asilo na CEDH, uma vez reconhecendo um conjunto de direitos a todos os indivíduos sob a jurisdição dos seus Estados-parte, o seu tribunal assegura uma proteção deles derivada (por ricochete) a todos os estrangeiros destinatários de medidas de expulsão, afastamento ou extradição, impondo aos Estados que avaliem se tais medidas não colocarão aqueles indivíduos numa situação de risco de sujeição ao disposto no artigo 3.º.

no âmbito do sistema de asilo europeu, e em articulação com outros direitos reconhecidos pela CEDH, passou a funcionar como um instrumento contra o afastamento²⁰ mais consistente do que o artigo 33.º da Convenção de Genebra, permitindo abranger um maior número de pessoas, transformando o TEDH num defensor do Direito de Asilo.

Com efeito, deve ser sublinhado que a Convenção de Genebra consente o *refoulement* em caso de “motivos sérios” (v.g., prática de crimes graves), cuja demonstração da existência cabe ao Estado que pretende proceder ao afastamento ou à expulsão – como referimos. No entanto, nos termos da CEDH, o reconhecimento absoluto do princípio da dignidade humana permitiu como que um enlace entre o princípio de *non-refoulement* e a proibição absoluta dos maus tratos. Por via desta proibição, todos os indivíduos que tenham um fundado receio de sofrerem perseguições que ponham em risco a sua vida ou a sua integridade pessoal, caso sejam devolvidos ao seu país, podem beneficiar desta prerrogativa. O que é dizer que i) todos que se encontrem em risco de ficar sujeitos a tortura, ou ii) a penas ou tratamentos desumanos ou iii) a penas ou tratamentos degradantes causados pelos Estados de origem ou residência, ou por particulares relativamente aos quais aquele Estado não consiga ou não queira impedir as suas práticas (v.g., penas corporais, prisão perpétua, castigos corporais a crianças em escolas, tratamento de refugiados, falta de assistência à saúde, condições de detenção ou prisão inadequada, técnicas de interrogatório, uso da força por autoridades policiais, conflitos armados, violência generalizada), poderão beneficiar daquela proteção absoluta e inderrogável, por força do artigo 15.º, n.º 2, da CEDH²¹.

Encerrando “valores essenciais a qualquer sociedade democrática” que preze e honre os direitos humanos (*Ac. Selmouni c. França, Processo n.º 25803/94 de 28 de julho de 1999, par. 95, e Chahal c. Reino Unido, n.º 22414/93, de 15 de novembro de 1996, par. 79*), o artigo 3.º da CEDH implica uma obrigação positiva para os Estados (medidas legislativas de proteção efetiva), vinculando-os ao seu acatamento.

²⁰ Ver A Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention 1951: Articles 2–11, 13–37* (UNHCR Division of International Protection, 1997), 231-2.

²¹ Ilustrando esta constatação, caso 22414/93, *Chahal c. Reino Unido* [1996], a propósito de indiano considerado terrorista, onde o TEDH reiterou que a proteção derivada do artigo 3.º é absoluta; caso 14038/88, *Soering c. Reino Unido* [1989]; caso 30696/09 *MSS c. Bélgica e Grécia* [2011], onde o TEDH afirma que condições de acolhimento precárias (contra a dignidade humana) e a ausência de acesso efetivo ao procedimento de asilo podem constituir uma violação do artigo 3.º da CEDH. Este foi o primeiro caso em que um Estado-membro da UE foi condenado por enviar, conscientemente, um requerente de asilo (Afegão) para o território de outro Estado-membro (Bélgica para a Grécia), em aplicação do Regulamento de Dublin II.

A sua aplicação dispensa a necessidade da apreciação da existência do elemento perseguição e dos motivos da mesma (requeridos pela Convenção de Genebra), bem como da verificação do risco individualizado, antes optando por um exercício de ponderação entre a gravidade dos atos proibidos e a irreversibilidade dos danos que poderão advir da sua prática, caso uma devolução, expulsão ou extradição suscitem o risco de sujeição aos mesmos, ainda que se trate de situações relativas à segurança nacional.

O artigo 3.º da CEDH não define o que seja tortura²², pena ou tratamento desumano ou degradante²³. Aliás, pode verificar-se que um mesmo tratamento preencha as três categorias. Atenta a complexidade de cada conduta, a sua distinção tem sido densificada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) por via da análise da “intensidade e gravidade” dos sofrimentos infligidos à vítima, exigindo-se um mínimo de severidade, para além da dúvida razoável e a culpa como elemento subjetivo da proibição. Cada um daqueles conceitos – em si mesmo suscetíveis de causar sofrimento grave e cruel – foi

²² Em relação à tortura, o TEDH adota a definição da Convenção das Nações Unidas contra a tortura e outros tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, de 10 de dezembro de 1984, interpretando o conceito de forma ampla e evolutiva, em situações muito diversificadas.

²³ Nos termos do Glossário sobre as Migrações (2009), publicado pela Organização Internacional para as Migrações e disponível em <https://www.iom.int/glossary-migration-2019>, consultado a 12 de junho de 2023, entende-se por tratamento desumano “uma crueldade física ou mental, de tal modo grave que coloca em risco a vida ou a saúde” (sublinhado nosso), voluntariamente provocada, ainda que não se destine a provocar tal efeito, e por tratamento degradante “aquele que, com severidade e gravidade, humilha ou rebaixa a vítima, cause sentimentos de medo, angústia ou inferioridade, capazes de humilhar ou levar a agir contra a sua vontade ou consciência, por lhe quebrar a resistência física ou mental” (sublinhado nosso), independentemente de intenção do agente, logo que afete negativamente a personalidade da vítima, autodesvalorizando-a. Por sua vez, entende-se por tortura “qualquer ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa com os fins de, nomeadamente, obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissões, a punir por um ato que ela ou uma terceira pessoa cometeu ou se suspeita que tenha cometido, intimidar ou pressionar essa ou uma terceira pessoa, ou por qualquer outro motivo baseado numa forma de discriminação, desde que essa dor ou esses sofrimentos sejam infligidos por um agente público ou qualquer outra pessoa agindo a título oficial, a sua instigação ou com o seu consentimento expresso ou tácito. A tortura não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legítimas, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionados” (sublinhado nosso), trata-se de um tratamento desumano, intencional, grave e cruel, com o objetivo de infligir sofrimento. A distinção entre os três conceitos faz-se pela via da intensidade e gravidade dos sofrimentos infligidos, sendo necessário determinar se existiu um aviltamento grave e voluntário. O TEDH atende à duração concreta de tal tratamento, às suas sequelas a nível físico ou psíquico, ao sexo, idade e estado de saúde da vítima – numa palavra, à sua maior ou menor vulnerabilidade. Um ato pode reunir em si as três classificações, sendo que um tratamento desumano é também degradante. Sobre estes conceitos ver E Ferreira, “Proibição da Tortura – Direito à integridade física e proibição da tortura”, e P G Marques, “Proibição de tratamento desumano e degradante”, in P P Albuquerque (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, Vol. I* (Universidade Católica, Lisboa, 2019), 687-704 e 705-736.

sendo concretizado pelo TEDH, em termos bastante amplos, transformando-se o dispositivo num “parâmetro normativo incontornável para a densificação”²⁴ do princípio do *non-refoulement*. Graças à jurisprudência daquele tribunal foi-se assistindo à formação de “um direito a não ser expulso ou afastado, se a execução das medidas de expulsão ou afastamento acarretarem o «risco» de o estrangeiro incorrer em tortura, penas ou tratamentos desumanos ou degradantes no país de destino”²⁵.

O que é dizer que, por força do artigo 3.º, há – também – uma obrigação substantiva de os Estados-parte da CEDH não praticarem atos contrários ao previsto no seu texto (obrigação negativa). Bem como existe uma obrigação implícita de os Estados investigarem oficialmente²⁶, diligente e cabalmente a existência dessa prática no seu território (v.g., exame médico a detidos), identificando e condenando os responsáveis. Atendendo à vocação humanitária do dispositivo, estão os Estados vinculados ao dever de não ignorarem o destino daqueles que pretendem afastar da sua jurisdição (*refoulement* indireto), responsabilizando-os diretamente – caso assim o façam – pelas violações dos direitos humanos reconhecidos na CEDH, em consequência de tal devolução, independentemente do estatuto jurídico que lhes assista. Ou seja, caso tenham um estatuto derivado do Direito de Asilo, caso sejam irregulares ou caso sejam imigrantes.

Acresce que a CEDH também consagrou a proibição de perseguição criminal²⁷ de todos os estrangeiros em situação ilegal, que tenham fugido de um Estado onde a sua vida ou liberdade se encontrava ameaçada, o que demonstra a sua vinculação ao respeito pelo valor da dignidade humana, fundamento de todos os direitos humanos.

Embora as situações de pobreza extrema e de falta de assistência à saúde não se integrem no âmbito de proteção do artigo 3.º da CEDH, e que nenhuma das suas disposições assegura aos estrangeiros que os Estados-parte sejam obrigados a garantir-lhes o direito de entrar ou permanecer no seu território, é-lhes reconhecido o direito a não serem devolvidos ou expulsos se forem sujeitos – ou

²⁴ N Piçarra, “Artigo 78.º do TFUE”, in M L Porto, G Anastácio (coords.), *Tratado de Lisboa anotado e comentado* (Almedina, 2012), 404-410.

²⁵ A R Gil, *supra* n 7.

²⁶ Ilustrando exemplos de violação do artigo 3.º da CEDH por parte do Reino de Espanha, ver casos apresentados por S E R Boente, *Argumentos que convencen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos – Jurisprudencia que Afecta a España* (Aranzadi, 2015), 25-41.

²⁷ A “crimigração” consiste numa política dos Estados que utilizam indevidamente os instrumentos de Direito Penal para controlar o afluxo migratório. No caso 25794/13 e 28151/13, *Abdullahi Elmi e Aweys Abubakar* [2016], o juiz Paulo Pinto de Albuquerque alerta que a detenção de migrantes irregulares ou de indivíduos a quem foram rejeitados os pedidos de asilo é ilustrativa, considerando desnecessária a detenção, afirmando que o processo criminal não deve ser funcionalizado por interesses da política e da polícia, sob pena da violação dos direitos humanos.

se estiverem em risco de o ser – a tortura ou a maus tratos, numa vasta série de situações, de carácter intencional, nomeadamente: se forem objeto de graves injustiças no país de origem, se o comportamento das forças de segurança ou condições de detenção se subsumirem à classificação de maus tratos e se houver falta de assistência médica no estabelecimento prisional. Ou, ainda, se, estando detidos estiverem em situação de doença grave ou forem idosos, com isso havendo intolerável sofrimento caso inexista assistência médica, e se da inexistência de cuidados médicos resultarem práticas de desrespeito pela dignidade humana, bem como se se verificarem abusos sexuais ou fenómenos de discriminação racial relativamente aos quais o Estado não inicie a ação penal, nem puna os culpados ou, ainda, se inexistir um inquérito que permita a identificação e punição dos responsáveis pelas práticas dos atos e tratamentos proibidos, sob pena de se quedar o efeito útil do dispositivo.

Ora, atendendo ao contexto variado em que podem surgir aqueles tratamentos, o TEDH afirmou que determinadas situações de índole humanitária poderiam também determinar a proibição do retorno, nomeadamente a total ausência de serviços médicos no país de origem. Assim sendo, cabe aferir sobre se os motivos de saúde (mental ou física) poderão sustentar a proibição do afastamento, sempre que se considere que o retorno de uma pessoa em condições de doença extrema – devido à sua grande vulnerabilidade – poderá ser assimilado a um tratamento proibido pelo artigo 3.º da CEDH.

A dificuldade que encerra esta questão decorre do receio de que uma resposta positiva poderá dar causa a pressões financeiras sobre os Estados, pelo que o TEDH tem sido muito cauteloso a este respeito. Para responder àquela questão, tem de se observar as respostas do TEDH, no que concerne à proibição de afastamento de estrangeiros por motivos de saúde, o que será feito no ponto 3. A ser assim, verificar-se-á um alargamento do âmbito material do artigo 3.º da CEDH e, por consequência, a sua posição numa matéria onde inexistente uma competência explícita no quadro do Direito de Asilo.

De resto, o princípio do *non-refoulement* é um princípio geral de Direito da União Europeia (DUE) cujo respeito é garantido pelo TJUE, consagrado no artigo 19.º, n.º 2, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), de modo autónomo ao reconhecimento formal do Direito de Asilo no seu artigo 18.º²⁸, e à proibição da tortura e das penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, prevista no artigo 4.º do mesmo catálogo de direitos

²⁸ Afirmando que o Direito de Asilo integra os princípios gerais de DUE, N A Hidalgo, “El Derecho de Asilo en La Carta (artigo 18.º): un corolario esencial del Sistema Europeo de Asilo”, in G R Santolaya (coord.), *Integración Europea a través de Derechos Fundamentales: De un Sistema Binario a Otro Integrado*, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009), 513-539.

fundamentais²⁹. Sabendo que o respeito para com o artigo 19.º vincula os Estados-membros quando aplicam DUE (artigo 51.º, n.º 1, da CDFUE), e que tal dispositivo goza do mesmo sentido e alcance que os artigos 3.º e 4.º do Protocolo 4.º da CEDH (sendo mais garantístico por englobar o risco de sujeição à pena de morte), veremos quais as respostas do TJUE (ponto 4) no âmbito da proteção internacional, em concreto, no que respeita à ponderação das condições de saúde dos requerentes de asilo.

Antes, porém, faremos um curto percurso sobre as questões, de índole mais geral, indicadas na introdução do nosso trabalho. Ou seja, veremos quem tem direito à proteção internacional; em que termos se processa o pedido e se há direito de reclamação das decisões negativas; que direitos assistem às pessoas que aguardam pelas decisões; e em que casos podem os requerentes ser afastados para o país de onde procederam.

2.2. De Genebra à União Europeia: quem pode beneficiar da proteção internacional facultada pelo asilo

A limitação do âmbito de proteção pessoal da Convenção de Genebra, aliada ao facto de que pessoas não deveriam ser devolvidas ao Estado de origem se temessem pela sua vida ou integridade pessoal por circunstâncias diversas, fez com que a UE criasse novas respostas, mais amplas e complementares à proteção concedida pelo Estatuto dos Refugiados.

A Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de dezembro de 2011 (Diretiva Qualificação) estabelece as normas relativas às condições a preencher pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para beneficiarem de proteção internacional, determina os critérios comuns de identificação das pessoas que dela necessitam e indica “um nível mínimo de benefícios” a disponibilizar pelos Estados-membros. Com efeito, um dos seus objetivos consistia em evitar que os requerentes de proteção internacional buscassem melhores condições de acolhimento, pelo que se tentava harmonizar a outorga de benefícios.

Assim, foram englobadas na sua previsão as pessoas que podem beneficiar do Estatuto de Refugiados e, ainda, as pessoas que, não sendo perseguidas, podem – no entanto – vir a sofrer uma “ofensa grave aos seus direitos fundamentais”, caso sejam devolvidas ao seu Estado de origem (atribuindo o direito de asilo em sentido lato). Com efeito, a Diretiva afirma que a pessoa elegível para proteção subsidiária é “o 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, caso volte para o seu país

²⁹ O dispositivo permite margem de liberdade aos Estados-membros para tipificarem penalmente as condutas nele referidas, sendo a proibição absoluta e com efeitos *erga omnes*.

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, (...)” (sublinhado nosso).

Ora, o artigo 15.º, referindo-se às condições de elegibilidade para beneficiar de proteção subsidiária, considera ofensa grave i) a pena de morte ou a execução; ii) a tortura ou a pena ou tratamento desumano ou degradante do requerente no seu país de origem; e iii) a ameaça grave e individual contra a vida ou a integridade física de um civil, decorrente de violência indiscriminada em situações de conflito armado internacional ou interno. O que é dizer que prescinde do requisito da perseguição individual, sendo-lhe indiferente que tais pessoas sejam especificamente visadas por aquela situação³⁰, bastando a verificação de que para qualquer pessoa – relativamente à qual não se aplique as cláusulas de exclusão previstas no artigo 17.º – seria um risco estar presente no seu país de origem ou residência.

Ou seja, um estrangeiro pode beneficiar da proteção subsidiária (complementar ao refúgio) quando existam fortes motivos para acreditar que, caso regresso ao seu país, correrá um risco sério e real de sofrer um dos três tipos das ofensas graves indicadas, podendo – por via da atribuição de tal estatuto – usufruir de uma autorização de residência válida por 3 anos.

Nesta medida, é nossa convicção de que a atribuição deste benefício – concretizando os valores europeus que alicerçam a UE – veio constituir um verdadeiro limite prático à devolução das pessoas que o solicitam, ainda que não em moldes absolutamente idênticos ao outorgado pelo artigo 3.º da CEDH. Aliás, o próprio acesso à proteção internacional disponibilizada – que se manifesta na concessão de acolhimento e na proibição de afastamento de um indivíduo para onde possa ser perseguido ou sofrer tratamentos desumanos ou degradantes – está incindivelmente ligado à proibição da repulsão.

³⁰ Neste sentido, ver caso C-465/07, *Meki Elgafaji and Noor Elgafaji* [2009], densificando o que seja ofensa grave, referida no artigo 15.º, alínea c), da Diretiva 2004/83/CE OJ L 304, nos termos seguintes: “a existência de uma ameaça grave e individual contra a vida e a integridade física do requerente da proteção subsidiária não está subordinada à condição de este fazer prova de que é visado especificamente em razão de elementos próprios da sua situação pessoal; – a existência de uma 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 proteção subsidiária seja de um nível tão elevado que existem motivos significativos para acreditar que um civil expulso para o país ou, eventualmente, para a região em causa, poderia correr, pelo simples facto de se encontrar no território destes, um risco real de sofrer tal ameaça.” (sublinhado nosso). Este acórdão pronunciou-se sobre o nível de proteção outorgada pelo princípio da não repulsão, por relação com o artigo 3.º da CEDH, concluindo que a interpretação decorrente do DUE deve ser autónoma da realizada pelo TEDH, ainda que no respeito dos direitos por ela reconhecidos.

Esta Diretiva foi o primeiro instrumento a estabelecer o direito a garantir asilo enquanto obrigação internacional, transformando-o num verdadeiro direito subjetivo que pode ser exigido pelos requerentes de proteção internacional, é certo. Ainda assim, o diploma também contempla casos de exclusão (crimes contra a paz, crimes de guerra ou crimes contra a humanidade, crimes graves e atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas), que podem restringir a sua capacidade de proteção (v.g., terrorismo).

Ademais, decorre do seu artigo 6.º que os agentes da perseguição ou os responsáveis pela prática das ofensas graves são o Estado; as partes ou organizações que controlem o Estado ou parcela significativa do território; e os agentes não estatais, exigindo-se que o Estado não consegue garantir proteção contra a perseguição ou a ofensa grave. Ora, o requerente tem de provar que, caso seja devolvido, se encontra em risco de sofrer um tratamento contrário ao disposto no artigo 15.º, e que tal tratamento será causado por aqueles agentes de perseguição. Atenta esta circunstância, o TJUE tem sustentado que o previsto no artigo 15.º, alínea b), da Diretiva deve ser interpretado tendo em conta o disposto no artigo 4.º da CDFUE – que estabelece a proibição da tortura e das penas e tratamentos desumanos ou degradantes – cujo conteúdo corresponde ao que resulta do artigo 3.º da CEDH, o qual se torna aplicável por força do artigo 52.º, n.º 3, da CDFUE. Neste quadro, não devem os Estados devolver ou expulsar tais pessoas, mesmo que se encontrem em situação irregular, e mesmo que os referidos tratamentos sejam praticados por outros agentes que não o Estado ou os agentes estaduais (neste sentido, ver as conclusões de 17 de julho 2014, proc. C-542/13, *Mohamed M`Bodji*, par. 58).

2.3. Como se processa o pedido de proteção e o direito a recurso efetivo das decisões negativas

Sem a existência de garantias adjetivas não é possível a efetivação do direito de asilo. Assim sendo, a Diretiva 2013/32/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, estabelece os procedimentos comuns de concessão e retirada do estatuto de proteção internacional, garantindo o acesso a um procedimento de asilo justo e o recurso efetivo das decisões administrativas de indeferimento, bem como o seu efeito suspensivo³¹.

O procedimento de asilo deve ser justo, ou seja, deve corresponder-lhe uma série de garantias, devendo o pedido ser individual, urgente, gratuito e

³¹ Ver caso C-239/14, *Abdoulaye Amadou Tall c. Centre public d'action sociale de Huyproc* [2015], e caso C-562, *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve contra Moussa Abdida* [2014].

efetivamente analisado e sopesado. Devem as autoridades ouvir³², apreciar e cooperar (audiência prévia), informar (traduzindo e acedendo ao ACNUR), apoiar judiciariamente, notificar e fundamentar as decisões (recusa, supressão ou revogação) e possibilitar o seu recurso, com determinação da suspensão imediata do ato impugnado, reavaliando o seu mérito. Da mesma maneira, deve ser atribuído aos requerentes o direito de permanecer no território na pendência da decisão do órgão competente para o efeito, garantindo a sua não repulsão, mesmo que tenham entrado irregularmente. Da necessidade da individualização do pedido emerge a proibição absoluta das decisões automáticas e das decisões coletivas.

Sempre que estiver em causa a possibilidade do risco de sujeição aos tratamentos previstos no artigo 3.º da CEDH, invocado pelos requerentes, devem as autoridades proferir a decisão de forma especialmente cuidadosa (*D. e outros c. Roménia, queixa n.º 75953/16*). Podendo ser necessário o estabelecimento de garantias processuais especiais, em razão da especial vulnerabilidade dos requerentes, assim como a realização de exames médicos.

Nos termos da legislação portuguesa, a análise da admissibilidade do pedido é (em regra) a fase inicial do procedimento³³. Após, far-se-á a instrução do mesmo, a qual se destina a verificar a existência dos requisitos para obter o estatuto protetor, sendo que só após se adquire a qualidade de requerente de asilo, beneficiando de autorização de residência provisória, a favor do requerente e família. Finda a instrução, é lavrada a decisão de concessão ou de recusa do estatuto. Enquanto não entrar em vigor uma decisão de indeferimento ou uma decisão que faça cessar o direito de permanência, o requerente não deve ser qualificado como irregular e tem direito a permanecer no território até à decisão.

O recurso das decisões desfavoráveis tem carácter de urgência. A sua impugnação tramita nos tribunais administrativos (contencioso dos atos

³² O direito a ser ouvido reveste a maior importância no âmbito do procedimento de asilo. Trata-se de um princípio geral de DUE, numa matéria onde os valores mais básicos das pessoas podem ser postos em causa. Nas palavras de A S P Oliveira “o direito de o requerente ser ouvido em três momentos diferentes: primeiro, após a apresentação do pedido, na fase inicial da instrução do procedimento; segundo, finda a instrução, quando já há uma proposta fundamentada de ato sobre a qual o requerente se pode pronunciar; terceiro, na fase de impugnação judicial da decisão administrativa.”, citado de “O procedimento de asilo e o direito do requerente (de asilo ou proteção subsidiária) a ser ouvido”, in *Direito dos Estrangeiros – Direito de Asilo e Proteção Subsidiária e Apátrida* (Centro de Estudos Judiciários, 2023).

³³ Enquanto não for apreciado e declarado admissível o pedido, há direito de permanecer (declaração comprovativa da apresentação do pedido) na zona internacional do porto ou aeroporto, adquirindo, após a formalização e admissibilidade do pedido, a qualidade de requerentes de asilo, mediante a emissão de autorização de residência provisória (renovável), ainda sem estatuto internacional.

administrativos)³⁴, nela se podendo cumular pretensões de outro tipo (indenizatórias). A expulsão tem natureza judicial, correndo o processo nos tribunais judiciais, sempre que haja uma detenção devida por entrada e permanência irregular (contencioso penal da decisão judicial de expulsão).

A tutela impugnatória é plena, sendo cumulativa com providências cautelares. Quanto ao contencioso da decisão judicial de expulsão, aplica-se o processo penal sumário nos tribunais judiciais (*D e outros c. Roménia, queixa n.º 75953/16*).

2.4. Direitos das pessoas que aguardam pelas decisões administrativas

A admissibilidade do pedido de asilo dá direito a autorização de residência e garante aos requerentes de asilo um conjunto de direitos e obrigações materiais mínimos em matéria de acolhimento, a fim de lhes possibilitar um nível de vida adequado e digno, nomeadamente: liberdade de circulação e residência no Estado de acolhimento, informação dos benefícios e condições de acolhimento em língua perceptível, assistência médica, liberdade religiosa, acesso aos tribunais e ao apoio judiciário, acesso ao mercado de trabalho, direito ao alojamento (em espécie, prestação pecuniária de apoio social, subsídio complementar para alojamento, vestuário, higiene e transporte), acesso ao sistema de ensino e formação profissional.

A Diretiva 2013/33/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de junho de 2013, que estabelece as normas em matéria de acolhimento dos requerentes de proteção internacional, identifica as pessoas vulneráveis (v.g., com doença grave) e atribui-lhes um direito de acolhimento específico, embora consinta aos Estados que lhes prestem um tratamento não idêntico ao que concedem aos seus nacionais. Da mesma maneira, estabelece as razões pelas quais é permitido efetuar a detenção de requerentes de asilo (com vista ao seu afastamento), a qual deve ser efetuada em lugar separado dos reclusos comuns, aconselhando a adoção de medidas menos coercivas sempre que isso se mostrar possível, impondo condições materiais de acolhimento digno e o acesso efetivo a garantias processuais de recurso judicial. A detenção de pessoas vulneráveis e de requerentes com necessidades de acolhimento especiais (v.g., doença grave,

³⁴ Com vista à remoção do ato administrativo ilegal, a injunção é dirigida à Administração para que adote os comportamentos e os atos necessários ao restabelecimento da situação do requerente. As ações de impugnação das decisões administrativas em matéria de asilo são tramitadas segundo a forma processual da intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias, prevista nos artigos 109.º a 111.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos. Sobre a tramitação, ver, por todos, C A Gomes, M Caldeira, J D Coimbra, F A Duarte, “O contencioso administrativo em matéria de asilo e de proteção subsidiária” (2018), *Revista da Faculdade da Universidade de Lisboa* Vol. LVIX, 43-91.

vítimas de tortura ou de violência) estão também contempladas na Diretiva, obrigando à sua avaliação prévia e acompanhamento adequado.

3. Ser ou não ser devolvido: não complacência com a vulnerabilidade dos seres humanos nas respostas do TEDH

Como afirmámos, embora continuem a ser os Estados quem detêm autoridade para controlar a entrada, residência e expulsão de estrangeiros dos seus territórios, a sua devolução ou expulsão pode dar origem a uma violação do artigo 3.º da CEDH. A interdição da tortura e das penas e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes contida neste dispositivo encerra uma proibição absoluta, insuscetível de restrições e derrogações³⁵. Como já foi referido (ponto 2.1.), por força do artigo 3.º da CEDH, há uma obrigação substantiva de os Estados-parte não praticarem atos contrários ao nele previsto, mas, também, o dever de não ignorarem o destino daqueles que afastam da sua jurisdição.

Acresce que, nas palavras de Paulo Pinto de Albuquerque, as “decisões do TEDH são *res judicata* entre as partes no litígio e *res interpretata* relativamente a todas as Partes contratantes. O princípio da «autoridade interpretativa» (*res interpretata*) de «todos» os acórdãos entrou assim na jurisprudência de Estrasburgo (...)”³⁶. Assim, a maximização da proteção dos direitos consignados na CEDH implica que os acórdãos do TEDH sejam de natureza vinculativa, mesmo para os tribunais supremos e constitucionais. Tendo plena força jurídica, devem tais acórdãos ser executados, bem como devem os juízes de direito comum – enquanto juízes de direito comum da convenção – aplicar as leis internas de acordo com a interpretação que o TEDH faça da convenção.

Neste contexto, consagrando a CEDH alguns valores que não toleram desvio, cuja derrogação em caso algum é permitida, a partir do caso *Soering c. Reino Unido* (n.º 14038/88, de 7.7.1989, par. 127-128), o TEDH afirmou que a proteção contra o tratamento proibido pelo artigo 3.º da CEDH é absoluta em todo o seu espaço de jurisdição³⁷. Por consequência, determinou que a devolução ou a expulsão de uma pessoa por um Estado-parte implicaria a sua responsabilidade internacional, sempre que houvesse motivos sérios para admitir que, se tal pessoa fosse devolvida, expulsa ou extraditada, correria o risco real de ser submetida

³⁵ Falando de um direito a não ser afastado, F Sudre, *Droit Européen et International des Droits de L’Homme* (Classiques, Puf, 9.ª edição, 2008), 599-606.

³⁶ P P Albuquerque, *Em defesa dos Direitos Fundamentais* (Universidade Católica, 2019), 39.

³⁷ Esta jurisprudência determinou a aplicação extraterritorial da CEDH, discutida no caso 6780/74 e 6950/75, *Chipre c. Turquia* [1975], voltando a sê-lo no caso 52207/99, *Bankovít e Outros c. Bélgica e outros Estados-partes* [2001], e no caso 55721/07, *Al-Skeini e Outros c. Reino Unido* [2001].

a tratamento contrário ao artigo 3.º da CEDH. Ou seja, naquele caso concreto, a sujeição de *Soering* ao corredor da morte, nos EUA, foi considerada pelo TEDH como se fosse um ato de tortura que responsabilizaria o Estado extraditante, mesmo não sendo ele a executar a pena.

No entretanto, no caso *Vilvarajah (Ac. Vilvarajah el al. c. Reino Unido, Processo n.º 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, 30 de outubro de 1991, par. 103)* o TEDH fixou os “princípios relevantes na avaliação do risco real de mau trato” (sublinhado nosso), afirmando que teria de considerar todo o material reunido e, se necessário, ordenar nova produção da prova para determinar se tinha existido um tratamento proibido com um mínimo de severidade, à luz do artigo 3.º da CEDH.

Esta posição algo restritiva – por comparação à assumida em *Soering* – deu origem a alguma maleabilização da posição do TEDH, que passou a afirmar que o “risco real” de ser submetido a um tratamento contrário ao artigo 3.º da CEDH implicava que os Estados que decidiam devolver, expulsar ou extraditar um estrangeiro tivessem de empreender uma “avaliação adequada” de tal risco³⁸ (*acórdão Harkins and Edwards c. Reino Unido, 2012, par. 120, Trabelsi c. Bélgica, 2014, par. 116, e EH v. França, petição n.º 39126/18, B e C v. Suíça, 2020, par. 93, par. 94*³⁹, *de 04.11.2014, acórdão Tarakhel c. Suíça, Queixa n.º 29217/12*), mediante uma averiguação e análise minuciosa dos perfis dos requerentes (v.g., entrevista, antecedentes criminais, sexo) e, igualmente, através de solicitação e verificação de garantias concretas e fundamentadas (v.g., relatórios de organismos internacionais, decisões judiciais internacionais, acórdãos do TEDH) que permitissem concluir que a pessoa não iria ser – efetivamente – sujeita àqueles tratamentos, ainda que estivesse ligada a questões de terrorismo (*acórdãos Chahal c. Reino Unido (1996), Saadi c. Itália (2008), Ismoilov c. Rússia (2008) e Ilias e Ahmed c. Hungria, n.º 47287/15, de 21.11.2019, do TEDH*).

Para evitar que a proteção decorrente do artigo 3.º se tornasse aparente (*acórdão Salah Sheek c. Holanda, Processo n.º 1948/04, 13 Janeiro de 2007*), o TEDH, abrigoando-se na necessidade de afirmar a obrigação incondicional de respeito pela dignidade humana (*acórdão Kudla c. Polónia, 26.10.2000, par. 94*), concluiu que, se houver “motivos sérios” para crer que se a pessoa for devolvida, expulsa ou extraditada para o Estado de origem, correrá um “risco real

³⁸ “Guide on Article 3 of the European Convention on Human Rights - Prohibition of torture”, prepared by the Registry, updated on 31 August 2022, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_3_ENG.pdf, consultado em 12 de junho de 2023. Sobre a necessidade da qualidade da avaliação, casos *Shamayev c. Reino Unido [1996]*, e *Mamatkulov e Askarov c. Turquia [2009]*.

³⁹ Salientando que, para integrar o âmbito de aplicação do artigo 3.º, “o tratamento deve apresentar um mínimo de gravidade. A apreciação deste mínimo é relativa; depende do conjunto de circunstâncias da causa, designadamente, da duração do tratamento e dos seus efeitos físicos e mentais, bem como do sexo, da idade, do estado de saúde da vítima”.

e concreto” (*acórdão Jabari contra Turquia*, n.º 40035/98, par. 38, TEDH 2000-VIII) de ser submetida a tratamento contrário ao artigo 3.º da CEDH, o Estado em questão não deverá proceder a tal devolução ou expulsão. O que significa que o TEDH – ao longo das suas decisões – foi determinando a necessidade da verificação da existência de um “risco real” quando o mesmo razoavelmente se pode prever, sem exigir que seja um risco certo.

Frisando a necessidade de avaliação do risco, o TEDH afirmou que mesmo uma situação de violência generalizada pode tornar proibida uma devolução de uma pessoa ao país de origem (*acórdão NA c. Reino Unido*, Processo n.º 25904/07, 17 de julho de 2008, par. 114-7 e 147). Com efeito, o nível de intensidade extrema da violência indiscriminada nesse Estado pode – em si mesmo – conduzir a uma ameaça à vida e à liberdade para qualquer pessoa que lá se encontre, constituindo o seu envio uma violação do artigo 3.º (*acórdão Sufi e Elmi c. Reino Unido*, Processo n.º 8319/07 e 11449/07, 28 de junho de 2011), assim subavaliando a questão da individualização do risco.

Ou seja, para o TEDH, tornou-se necessário determinar a existência de um risco real de tratamento contrário ao artigo 3.º, independentemente do estatuto do estrangeiro ou a qualificação rigorosa (v.g., conflito armado nos termos do Direito Humanitário) da situação que se vivesse no Estado de origem.

De resto, no caso *Hirsi Jamaa e Outros c. Itália*, Processo 27765/09, de 23 de fevereiro de 2012, firmando a extraterritorialidade da jurisdição dos Estados-parte declarada em *Soering*, o TEDH não teve dúvidas em declarar a responsabilidade do Estado italiano pela recondução e entrega às autoridades libanesas de 24 somalis e eritreus (devolução arbitrária para Estado não ratificante da Convenção de Genebra), intercetados pela marinha italiana a 35 milhas de Lampedusa. Segundo o TEDH, tal comportamento expôs aqueles indivíduos ao risco de tratamento desumano e degradante usualmente prestado pela Líbia, país de onde tinham fugido, ao repatriamento para os seus países de origem em violação do artigo 3.º da CEDH, devido ao risco de tortura e detenção em condições desumanas, aos níveis de violência que se vivia em Mogadíscio e ao perigo de trânsito nas zonas afetadas pelo conflito, e, ainda, que se tinha privado a todas aquelas pessoas de acederem ao Estado italiano para requerer asilo, classificando tal comportamento como de *push-back* e de expulsão coletiva⁴⁰. Neste contexto, segundo o TEDH, um Estado-parte não poderia, de modo algum, eximir-se das suas obrigações derivadas do artigo 3.º da CEDH.

⁴⁰ Ver caso 8675/15 e 8697/15 N.D. e N.T. c. Espanha [2020], a propósito de um afastamento imediato e forçado de estrangeiros de uma fronteira terrestre espanhola (Melilla), devido a uma tentativa de atravessamento irregular e em massa por migrantes subsaarianos, tendo os mesmos sido detidos e enviados para Marrocos, com utilização da força. O TEDH refletiu sobre se a recusa de admissão no território nacional poderia ser uma expulsão coletiva, decidindo pela não violação do artigo 4.º do Protocolo n.º 4 e do artigo 13.º da CEDH.

3.1. Do risco de violação do artigo 3.º da CEDH em caso de expulsão de um estrangeiro gravemente doente para um Estado que não garanta condições sanitárias

No caso *D. c. Reino Unido (D. c. Reino Unido, n.º 26565/05, de 27 de maio de 2008)*, o requerente, traficante de droga, e portador de VIH em estado terminal, beneficiando de tratamentos paliativos no Reino Unido, invocava que a sua expulsão implicaria dor, isolamento familiar e falta de cuidados médicos que apressariam a sua morte, o que o colocaria em condições desumanas e degradantes até falecer. O TEDH sustentou que a violação do artigo 3.º não se esgotava na prática de atos intencionalmente infligidos pelo Estado ou pelas autoridades públicas do país de acolhimento, mas também pela complacência com a situação da inexistência de cuidados médicos num país de destino, consubstanciada no envio da vítima, sabendo que isso o colocaria em grande sofrimento.

A saída repentina e a perda dos seus cuidadores antecipariam a sua morte, havendo um sério perigo de que as condições de adversidade que o esperavam o submeteriam a sofrimento físico e psicológico. Alegando a “excecional gravidade” da situação de saúde de *D.*, o TEDH afirmou que a sua expulsão comportava um risco real de sofrer um tratamento equivalente a um tratamento desumano, suscetível de violar o artigo 3.º da CEDH.

Invocando a questão da excecionalidade da sua decisão devido ao estado de saúde terminal de *D.*, o TEDH, em muitíssimos casos posteriores, acabou por ir negando a possibilidade de expulsão a outros indivíduos que igualmente sofriam de doença grave (seropositividade, doença mental e enfermidade física), mas que se encontravam em situação estável, em condições de efetuar a viagem de regresso, e, inclusive, sempre que tivesse como certo a possibilidade de obter tratamento no Estado de destino (*Ameghigan c. Países Baixos, n.º 25629/09*). Com efeito, em *Aswat c. Reino Unido, n.º 17299/12*, o TEDH considerou que a gravidade do transtorno mental do demandante (esquizofrenia) implicaria que a sua expulsão para cumprimento de pena em sistema penitenciário mais hostil do que o do Reino Unido fosse equivalente a um tratamento desumano, nos termos do artigo 3.º da CEDH.

No caso *N. c. Reino Unido, n.º 26565/05, de 27 de maio de 2008*, a demandante era ugandesa e estava em estado terminal, recebendo cuidados médicos delicados, e tinha sido violada pelo Exército de Resistência do Senhor, no seu país de origem. Sabendo que o Uganda disponibilizava os tratamentos necessários, ainda que a alto custo, o Estado requerido deu-lhe ordem de expulsão, já que se encontrava em situação irregular. Por sua vez, o TEDH alegou que em todos os países de África se punha a questão da dificuldade de tratamentos para o HIV, pelo que o âmbito do artigo 3.º teria de abranger um “nível mínimo de gravidade”, que dependia de várias circunstâncias, mas que uma expulsão de

estrangeiros apenas preencheria essas circunstâncias em situações “muito excepcionais”, pelo que a expulsão de *N.* não violaria o artigo 3.º. Todavia, *N.* faleceria pouco depois de chegar ao seu Estado de origem.

Atendendo a este facto, no caso *S.J. c. Bélgica*, n.º 70055/10, de 19 de março de 2015 – ainda que se tenha verificado um acordo entre a requerente (Nigeriana) e o Estado Belga – consubstanciado numa autorização de residência por razões humanitárias para obter os tratamentos para o HIV, o juiz português Paulo Pinto de Albuquerque, exaltando a “consciência da Europa”, aproveitou para criticar o critério da excepcionalidade das condições de saúde, adotado em *N. c. Reino Unido*. Acusando-o, na sua declaração de voto, de restritivo e economicista, com graves reflexos na jurisprudência que o TJUE vinha a assumir em sede de asilo e *refoulement* (ver acórdão *Bodji* do TJUE), e, ainda, de revelar uma natureza contraditória devido às suposições puramente especulativas sobre os cuidados futuros que pessoas gravemente doentes poderiam obter, recordando e exaltando a jurisprudência *Soering*. Assim, sublinhava que nessa decisão tinha bastado ao TEDH a possibilidade de verificação de maus tratos para não proceder à extradição, exigindo do Estado recetor a prova de que não violaria os artigos 2.º e 3.º da CEDH, enquanto no caso de *N.* se lhe tinha exigido a prova de que sofreria maus tratos e morte, assim invertendo o ónus de tal prova.

Este caso acabou por marcar uma diferença de rumo nas respostas do TEDH relativamente a estrangeiros gravemente doentes, pois o juiz dissidente afirmou de forma especialmente ilustrativa que “abandonados a uma morte certa, precoce e dolorosa, sozinhos e distantes”, tantas pessoas como *N.* poderiam sofrer a distorção do raciocínio jurídico e da teleologia subjacente ao artigo 3.º da CEDH “ao diluir a força legal dessa disposição (...) em favor da política”.

No caso *Paposhvili c. Bélgica*, n.º 41738/10, de 13 de dezembro de 2016, o TEDH voltaria a ter hipótese de se pronunciar sobre se o âmbito do artigo 3.º da CEDH poderia englobar as condições de saúde graves. *Paposhvili* invocava que a ordem de expulsão que recebera era contrária ao artigo 3.º, pois colocaria a sua vida em perigo, devido a encontrar-se gravemente doente e desconhecer se na Geórgia existia um tratamento correspondente ao que vinha a receber na Bélgica. Por outro lado, invocava que a sua expulsão seria também contrária ao artigo 8.º da CEDH, pois a mulher e os dois filhos poderiam ficar na Bélgica, por reunirem os pressupostos das leis de imigração, e ele teria de partir.

Tratava-se de um georgiano que corria risco de expulsão por ter praticado crimes graves na Bélgica, e que padecia de leucemia linfocítica, incurável, e que tinha sofrido um acidente vascular cerebral. Após tal acidente, continuou a usufruir de tratamento médico na Bélgica, até para aferir se poderia resistir à viagem de regresso, e para estabilizar a sua situação, atenta a iminência da expulsão. Nesse entretanto, as garantias prestadas pela Geórgia – Estado-parte da CEDH – iam no sentido de que possuía os meios necessários para garantir os tratamentos de *Paposhvili*.

Apesar de o expulsando ter falecido, o TEDH aproveitou para redefinir os critérios de aplicação do artigo 3.º nas situações de expulsão em caso de padecimento de doença grave, admitindo a família na qualidade de vítima.

Assim, a Grande Câmara do TEDH assumiu uma viragem de rumo na posição restritiva que até lá predominava no tribunal (antes do voto do juiz Albuquerque), sustentada que estava na ideia de que os Estados-parte não podiam corrigir as desigualdades sociais dos Estados terceiros, sob pena de aumentar a quantidade de fluxos migratórios em busca de assistência à saúde.

Afirmando que os tratamentos referidos no artigo 3.º não se limitam a proibir a expulsão com origem nas práticas policiais ou políticas, devendo englobar as condições de saúde dos estrangeiros e a impossibilidade de receberem os tratamentos necessários ao seu estado clínico no Estado de origem; e, asseverando que incumbe ao Estado que pretenda proceder à expulsão o dever de se certificar de que a pessoa em causa efetivamente receberá tal tratamento, o TEDH afirmou ser necessário considerar a evolução do estado de saúde de uma pessoa, tanto no caso de ela permanecer no Estado de acolhimento, como no caso de ela ser expulsa. Se de tal ponderação se concluir que do próprio ato de expulsão adviria um “declínio rápido e irreversível” – e não apenas grave – do seu estado de saúde (limiar *Paposhivili*), suscetível de causar “sofrimento intenso” e uma significativa “redução da esperança de vida”⁴¹, o respeito para com o artigo 3.º da CEDH implicaria a não expulsão, assim ampliando o âmbito de proteção pessoal daquela norma – por vocação e natureza – absoluta⁴². Nestes termos, é seguro asseverar que este caso marca uma viragem da jurisprudência do TEDH.

Nesse sentido, no caso *Savran c. Dinamarca* relativo à expulsão de um cidadão turco com esquizofrenia paranoide que tinha cometido um homicídio, o TEDH não considerou que a ordem de expulsão de indivíduo com doença mental violava o artigo 3.º da CEDH, pois os riscos para a saúde de *Savran* não atingiam o limiar *supra* indicado, não sendo assimilável a um tratamento desumano. Não obstante, este caso teve o mérito de estabelecer que também as doenças mentais podem ser um obstáculo à expulsão.

⁴¹ Vale a pena transcrever uma passagem deste caso, par.134, quando afirma que seria necessário exigir do Estado de origem elementos de prova fiáveis “capazes de demonstrar a existência de motivos substanciais” para crer que, na qualidade de “doente grave”, o requerente “correria um risco real, em devido à ausência de tratamento adequado no país de acolhimento ou à falta de acesso a esse tratamento, à exposição a um declínio grave, rápido e irreversível do seu estado de saúde, resultando em intenso sofrimento ou a uma redução significativa da esperança de vida.” (sublinhados nossos).

⁴² Falando da formação de um sistema de asilo médico, a propósito deste acórdão do TEDH, onde não se diferencia entre as normas de proteção internacional e normas de imigração, circunscrevendo o grupo de pessoas protegidas face à expulsão, S P Oliveira, “Refugiados e requerentes de asilo”, *supra* n 18, 2956.

Da mesma maneira, em *Dorneau c. Roménia*, acórdão de 28 de novembro de 2017, igualmente se discutiu a aplicação do artigo 3.º da CEDH a um condenado pela prática de crime económico em associação criminosa, diagnosticado com cancro em estado avançado. Invocando a impossibilidade da execução da pena na prisão de Bacau, devido ao tratamento apenas ser possível em ambiente hospitalar, o requerente acabou por falecer na prisão, tendo experimentado várias transferências e ter sofrido condições de detenção desumanas e degradantes (v.g., algemas para imobilizar detidos hospitalizados). O TEDH declarou que os tratamentos infligidos aquando a detenção devem ter um mínimo de gravidade, para lograrem ser englobados na proibição do artigo 3.º, sendo que esse mínimo dependia de condições concretas, tais como a duração do tratamento, os seus efeitos mentais e físicos, o género, a idade e, finalmente, o estado de saúde do requerente. O TEDH concluiria pela violação do dispositivo, devido ao tratamento desumano propiciado pelas condições de detenção que, por sua vez, teriam conduzido à progressão da doença e abreviado a morte do recluso.

4. Ser ou não ser devolvido: não complacência com a vulnerabilidade dos seres humanos nas respostas do TJUE

Em sede europeia, a repulsão das pessoas que procuram (ou que já beneficiam) asilo não poderá ser efetuada para onde a sua vida ou liberdade sejam ameaçadas em razão da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em grupo social ou opiniões políticas. Tal repulsão é proibida por força da consagração de tal princípio no artigo 33.º da Convenção de Genebra (pontos 2 e 2.1.), e por via da jurisprudência do TEDH sobre o artigo 3.º da CEDH, absorvida no artigo 19.º, n.º 2, da CDFUE. Integram-se no âmbito subjetivo do dispositivo as pessoas que beneficiam do estatuto de refugiadas ou da proteção subsidiária, bem como as pessoas que beneficiam de proteção temporária ou mesmo os imigrantes, devendo incluir-se todos os que possam vir a ser objeto de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, nos termos que referimos a propósito da jurisprudência do artigo 3.º da CEDH.

Recorde-se que a CDFUE reconhece a CEDH, enquanto parâmetro normativo dos direitos que correspondam aos nela consignados, como é o caso do artigo 19.º, n.º 2, que goza também de carácter absoluto. No entanto, a formulação deste dispositivo é mais ampla do que a do artigo 3.º da CEDH, pois engloba a pena de morte. Nos seus termos, “ninguém pode ser afastado, expulso ou extraditado para um Estado onde corra o sério risco de ser sujeito a pena de morte, a tortura ou a tratos ou penas desumanos ou degradantes” (sublinhado nosso).

Assim, caso haja receio de perseguição em função de um vasto leque de motivos e de atividades, ou caso haja um sério risco de sujeição a tratamentos

contrários ao artigo 3.º da CEDH, ou a pena de morte, não se deve afastar um indivíduo.

A proibição do *refoulement* no quadro da UE apresenta uma mais ampla capacidade de proteção que o próprio direito de asilo, dela beneficiando qualquer pessoa num vasto campo de situações. Vejamos algumas delas, onde a questão do estado de saúde do estrangeiro se encontrava precária:

No acórdão de 4 de setembro de 2014, *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-La-Neuve, c. Moussa Abdida*, proc. C-562/13, o TJUE analisava a recusa, por parte da Bélgica, em conceder a um nacional de país terceiro gravemente doente (sida) uma autorização de residência por motivos médicos, acompanhada de uma obrigação imediata de abandonar o território.

A questão de saber se um estrangeiro que padeça de uma doença grave – que receba uma ordem de regresso para o seu país de origem, com isso correndo um risco real de sofrer um tratamento desumano ou degradante devido à inexistência de tratamento médico adequado nesse país – poderia ser considerado “pessoa elegível para proteção subsidiária”, na aceção do artigo 2.º, alínea e), da Diretiva 2004/83/CE, tinha já sido abordada pelo acórdão do TJUE de 18 de dezembro de 2014, *Mohamed Bodj*, proc. C-542/13. Com efeito, devido a ter sido recusado asilo – devido ao entendimento do TJUE de que os tratamentos proibidos teriam de ter ocorrido no país de origem, que os teria de ter causado intencionalmente –, *Bodj* teria ficado privado dos apoios sociais inerentes aos estatutos solicitados, ainda que viesse a obter uma autorização de residência humanitária por razões médicas, proferida no âmbito da discricionariedade dos Estados.

No caso de *Moussa Abdida*, a Bélgica tinha indeferido o pedido, alegando que o país de origem do recorrente (Nigéria) dispunha de uma infraestrutura médica que tratava a sida, pelo que *Abdida* foi notificado para abandonar imediatamente o território. Inconformado, interpôs recurso de tal decisão, o que deu causa a um reenvio prejudicial para determinar, entre outras questões (efeito suspensivo), se seria elegível para proteção subsidiária e, se assim não se entendesse, se a “Carta [...] e, nomeadamente, os artigos 1.º a 3.º (dignidade do ser humano, direito à vida e à integridade), o artigo 4.º (proibição dos tratos desumanos ou degradantes), o artigo 19.º, n.º 2 (direito de não ser expulso para um Estado onde corra sério risco de tratos desumanos ou degradantes), [...]” garantiriam o efeito suspensivo do recurso.

Ora, o tribunal (conclusões do advogado-geral Yves Bot) considerou que, da conjugação do artigo 15.º da Diretiva 2004/83/CE com o seu artigo 6.º, resultava que um dos critérios essenciais para a concessão da proteção subsidiária era a identificação de um agente da autoridade pública que causasse “intencionalmente” a ofensa – para com ela infligir sofrimento – e que fosse por ela

responsável, relativamente à qual se tornaria necessária proteção, o que no caso em apreço não se verificava.

Excluindo as situações motivadas por compaixão ou por razões humanitárias, o advogado-geral fez notar que as obrigações que incumbem aos Estados nos termos do artigo 3.º da CEDH (invocado por *Abdida*) são diversas das que se aplicam ao sistema de asilo da UE, declarando que a Bélgica apenas deveria prestar apoio médico urgente, embora afirmasse que a decisão de retorno deveria ter efeito suspensivo⁴³, honrando assim as garantias processuais do sistema. No mesmo sentido, o acórdão afirmaria que o DUE se opunha “a uma legislação nacional que não confere efeito suspensivo a um recurso interposto da decisão que ordena a um nacional de país terceiro [objeto de medida de expulsão], que padece de uma doença grave, que abandone o território de um Estado-Membro, quando a execução dessa decisão for suscetível de expor esse nacional de país terceiro a um risco sério de deterioração grave e irreversível do seu estado de saúde”.

Numa fase inicial a posição do TJUE – relativamente à possibilidade de expulsão de um estrangeiro em graves condições de saúde, sabendo que o Estado de origem não garantia os tratamentos necessários – exigia a verificação do elemento da “intencionalidade” e da “denegação de assistência médica individual”, enquanto o TEDH exigia o estado saúde com “gravidade extrema” e “deficiências estruturais” do sistema sanitário no seu Estado de origem.

Ora, recorde-se que a jurisprudência *Paposhvili* (v. ponto 3.1), em 2016, anunciara ventos de mudança no TEDH, relativamente ao entendimento do que era um tratamento contrário ao artigo 3.º da CEDH. Como foi referido, naquele caso, o TEDH aproveitou para redefinir os critérios de aplicação da norma nas situações de expulsão de estrangeiros gravemente doentes. Assim sendo, afirmou que, se se concluísse que a expulsão conduziria a um “declínio rápido e irreversível” do estado de saúde do estrangeiro (limiar *Paposhvili*), suscetível de lhe causar um “sofrimento intenso” e uma “redução da esperança de vida”, o respeito para com o artigo 3.º implicava a sua não expulsão.

Temos de reconhecer que esta nova postura do TEDH, numa visão coerente com o seu apego pelo respeito pelos direitos humanos e com a sua vocação para garantir a máxima proteção dos direitos reconhecidos na CEDH, ampliou o âmbito de proteção do artigo 3.º, o que acabou por se refletir na orientação interpretativa futura do TJUE, nas matérias que levantassem a questão do âmbito da sua aplicação e do artigo 4.º da CDFUE, como aconteceu.

Senão, veja-se o acórdão de 16 de fevereiro de 2017, *CK, H. F., A. S. c. Republika Slovenija*, proc. C- 578/16, a propósito da aplicação do Regulamento

⁴³ Par. 36, do caso C-6562/13, *Abdida v. Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve* [2014].

de Dublin III que visa a determinação do Estado-membro responsável pela análise dos pedidos de asilo. O artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento (UE) n.º 604/2013, sob a epígrafe “Acesso ao procedimento de análise de um pedido de proteção internacional”, dita que “(...) Caso seja impossível transferir um requerente para o Estado-Membro inicialmente designado responsável por existirem motivos válidos para crer que há falhas sistémicas no procedimento de asilo e nas condições de acolhimento dos requerentes nesse Estado-Membro, que impliquem o risco de tratamento desumano ou degradante na aceção do artigo 4.º da [Carta], o Estado-Membro que procede à determinação do Estado-Membro responsável prossegue a análise dos critérios (...) a fim de decidir se algum desses critérios permite que outro Estado-Membro seja designado responsável” (sublinhados nossos).

Na situação concreta de CK, síria, levantou-se a dúvida sobre se uma transferência de uma requerente de asilo para a Croácia (país que tinha emitido o visto e responsável pela análise do pedido nos termos do Regulamento), devido à sua “situação particular e ao estado de saúde grave”⁴⁴ (gravidez e doença psiquiátrica com tendência suicida), se poderia considerar um risco de tratamento desumano ou degradante na aceção do artigo 4.º da Carta, lido à luz da jurisprudência do TEDH sobre o artigo 3.º da CEDH.

Esta questão era particularmente importante porque, na Croácia, para onde deveria ser transferida a requerente, não existiam falhas sistémicas⁴⁵ (v.g., falhas que afetam os cuidados de saúde e a tomada a cargo de pessoas particularmente vulneráveis, bem como a duração excessiva do procedimento administrativo e/ou judicial) que pudessem ilidir a presunção do respeito pelos direitos fundamentais e o princípio da confiança mútua, na qual assenta o funcionamento do Espaço de Liberdade Segurança e Justiça (ELSJ).

Uma vez que o tribunal esloveno tinha anulado a decisão de transferência devido ao argumento de doença grave da requerente, o Supremo Tribunal da Eslovénia – em recurso – confirmou a transferência da requerente para a Croácia. Razão pela qual a requerente recorreu para o Tribunal Constitucional da Eslovénia. Ora, foi neste tribunal que se levantou a questão de que as falhas

⁴⁴ De salientar que, no caso 29217/12, *Tarakhel c. Suíça* [2014] (CE:ECHR:2014:1104JUD002921712), o TEDH já tinha afirmado que os Estados-membros, ao efetuarem as transferências do Regulamento de Dublin, são obrigados a “analisar de forma aprofundada e individualizada a situação da pessoa destinatária da medida e a suspender o processamento caso o risco de tratamento desumano ou degradante seja comprovado”, exigindo-lhes uma “garantia individual” nesse sentido, devido aos fluxos migratórios massivos a que estão sujeitos.

⁴⁵ As quais devem ser graves. Proc. C-411/10 e C-493/10, *N. S. e o.* [2011] (par. 84-85 e 91), onde se alerta que a Grécia tinha já sido condenada pelo TEDH por ter infligido tratamentos desumanos e degradantes aos requerentes de asilo, no caso 30696/09, *M. S. S. c. Bélgica e Grécia* [2011] (CE:ECHR:2011:0121JUD003069609, par. 233, 264 e 321).

sistêmicas no procedimento de asilo e nas condições de acolhimento – previstas no Regulamento de Dublin III – não deveriam ser os únicos motivos de não devolução de estrangeiros, sempre que tais transferências os expusessem a “um risco real de tratamentos desumanos e degradantes” (par. 42 do acórdão), os quais se deveriam apreciar à luz do artigo 33.º, n.º 1, da Convenção de Genebra e da jurisprudência desenvolvida pelo TEDH a propósito da aplicação do artigo 3.º da CEDH.

O que significava que se um requerente alegasse que o Estado responsável pela análise do pedido não era um “Estado seguro”, as suas condições pessoais de vulnerabilidade determinariam que a simples transferência violaria o princípio da não repulsão, pela “incidência negativa” que teria sobre o seu estado de saúde. Em face de tal interpretação do Tribunal Constitucional Esloveno, o Supremo decidiu dirigir um reenvio prejudicial ao TJUE.

Questionado sobre se o artigo 4.º da CDFUE poderia ser interpretado no sentido que “em circunstâncias em que a transferência de um requerente de asilo, que apresenta uma doença mental ou física especialmente grave, implicasse um risco real e comprovado de uma deterioração significativa e irremediável do estado de saúde do interessado, essa transferência constituiria um trato desumano e degradante, na aceção desse artigo”⁴⁶ (sublinhado nosso), o TJUE frisou que a proibição contida no artigo 4.º da CDFUE tem carácter absoluto, pois está intimamente ligada ao respeito da dignidade do ser humano referida no seu artigo 1.º.

Recordando toda a sua jurisprudência relativa à interpretação e aplicação do artigo 4.º da CDFUE⁴⁷, o TJUE afirmou que aquele dispositivo corresponde (por via do artigo 52.º, n.º 3, da Carta)⁴⁸, ao artigo 3.º da CEDH, estabelecendo que os Estados devem considerar esse risco sempre que decidam sobre a entrega, devolução ou expulsão de uma pessoa (*acórdão de 5 de abril de 2016, Aranyosi e Căldăraru, C 404/15 e C 659/15 PPU, EU:C:2016:198, n.º 88 e C-411/10 e C-493/10, EU:C:2011:865, n.ºs 86 a 94 e 106*).

Pelo que a transferência de um requerente de asilo no âmbito do Regulamento Dublin III só se deverá efetuar na absoluta certeza de que a sua concretização não implica um risco real de ser sujeito a tratos desumanos ou degradantes (em sentido lato), independentemente da qualidade de acolhimento do

⁴⁶ V. par. 55 do acórdão

⁴⁷ O direito consagrado no artigo 4.º da CDFUE corresponde ao direito garantido pelo artigo 3.º da CEDH (Ver *Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais*, a que se refere o artigo 6.º do TUE, JOUE, C 303, de 14.12.2007).

⁴⁸ Que dispõe o seguinte: “Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção. (...)”.

Estado responsável pela análise do pedido de asilo. O que é dizer que o TJUE afirmou que não são apenas as falhas sistémicas que determinam a obrigação de não transferência de um requerente de asilo, como a letra do artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento (UE) n.º 604/2013 sugeria. Tal interpretação seria incompatível com a natureza do artigo 4.º da Carta, que, tal como o artigo 3.º da CEDH, deve ser absoluta e incondicional.

Desta maneira, o TJUE decidiu que “mesmo não havendo razões sérias para crer na existência de falhas sistémicas no Estado-Membro responsável pela análise do pedido de asilo, a transferência de um requerente (...) só pode ser feita em condições que excluam que essa transferência implique um risco real e comprovado de o interessado sofrer tratos desumanos ou degradantes (...); incumbe às autoridades do Estado-Membro que deve proceder à transferência (...) dissipar quaisquer dúvidas sérias quanto ao impacto da transferência no estado de saúde do interessado, tomando as precauções necessárias para que a sua transferência se realize em condições que permitam salvaguardar de maneira adequada e suficiente o estado de saúde dessa pessoa. No caso de, tendo em conta a especial gravidade da doença do requerente de asilo em causa, a tomada dessas precauções não ser suficiente para assegurar que a sua transferência não implicará um risco real de um agravamento significativo e irremediável do seu estado de saúde, incumbe às autoridades do Estado-Membro em causa suspender a execução da transferência do interessado (...)” (sublinhados nossos).

Esta tendência do TJUE foi sendo reforçada, dando origem a uma convergência entre a posição dos dois tribunais europeus nesta matéria, por via da jurisprudência *Paposhvili*. Com efeito em *MP*, acórdão do TJUE, de 24 de abril de 2018, *MP c. Secretary of State for the Home Department*, proc. 353/16, a questão que se levantava era se um nacional do Sri Lanka, com graves sequelas produzidas por atos de tortura sofridos no seu país de origem – mas sem risco de os sofrer de novo em caso de regresso – poderia beneficiar do estatuto de proteção subsidiária devido à inexistência de tratamentos psiquiátricos no seu Estado.

Uma vez tendo-lhe sido denegado aquele estatuto, *MP* recorreu do indeferimento, apresentando prova médica de *stress* pós-traumático, sendo que o tribunal de recurso deu provimento ao mesmo e procedeu ao reenvio, na parte em que alegava que no seu país não poderia usufruir de tratamentos adequados ao seu trauma, constituindo a sua devolução uma violação do artigo 3.º da CEDH.

Não obstante o advogado-geral ter afirmado que o estatuto de proteção beneficiária não lhe podia ser concedido porque a diretiva não abrangia a hipótese das insuficiências do sistema de saúde do país de origem; que não havia motivos para crer que voltasse a ocorrer a tortura; e que o risco de deterioração do estado de saúde não resultaria de uma privação intencional de cuidados, direta ou indiretamente imputável ao Estado ou a autoridade pública, cabendo

ao âmbito da discricionariedade dos Estados conceder autorizações de permanência por motivos humanitários⁴⁹, no acórdão decidiu-se de modo diferente.

Sustentando que a situação de *MP* deveria dar direito ao estatuto da proteção subsidiária, o TJUE faz uma interpretação da Diretiva Acolhimento, que se afasta da sua decisão em *Bodji*, apelando aos valores fundamentais que os artigos 4.º e 1.º da CDFUE encerram, alertando que, apesar de *MP* ter sido vítima no passado de atos de tortura, continuava a sofrer graves sequelas psicológicas de tais atos.

Com efeito, em resposta à questão que lhe foi colocada pelo *Supreme Court of the United Kingdom*, em concreto, a seguinte: “O artigo 2.º, alínea e), conjugado com o artigo 15.º, alínea b), da Diretiva 2004/83, abrange o risco real de ofensa grave à saúde física ou psicológica do recorrente em caso de regresso ao país de origem, em consequência de o mesmo ter sido anteriormente sujeito a tortura ou tratamentos desumanos ou degradantes [pelos quais] o país de origem é responsável?” (sublinhado nosso), o TJUE salientou que as sequelas de tais tratamentos se agravariam e exacerbariam com o regresso do requerente, recordando que o TEDH tinha já estabelecido um “limiar de gravidade” para se considerar a violação do artigo 3.º da CEDH.

Da mesma maneira, importando a terminologia usada desde *Paposhvili*, fez notar que, nos termos do artigo 4.º e do artigo 19.º, n.º 2, da CDFUE – os quais devem ser interpretados à luz do artigo 3.º da CEDH –, caso o afastamento possa conduzir a um “risco real e comprovado de uma degradação significativa e irremediável do seu estado de saúde, pode ser considerado um tratamento desumano e degradante” (sublinhado nosso) (v. par. 41), principalmente se as pessoas se encontrarem em situações de vulnerabilidade e sofrimento intenso, nomeadamente sofrerem de perturbações mentais causadas por comportamentos intencionais, quando não existam tratamentos adequados no país de regresso, podendo os mesmos constituir “uma violação do princípio da não repulsão e, conseqüentemente, uma violação do artigo 5.º da Diretiva 2008/115, lido à luz do artigo 19.º da Carta (v., neste sentido, Acórdão de 18 de dezembro de 2014, *Abdida*, C-562/13, EU:C:2014:2453, n.º 48), não devendo para lá ser afastado” (v. par. 44).

Sabendo que a Decisão-Quadro 2002/584 é um instrumento de cooperação judiciária em matéria penal ao serviço da realização do ELSJ, estruturando um sistema de entrega das pessoas condenadas ou suspeitas da prática

⁴⁹ Ver artigo 6.º, n.º 4, da Diretiva 2008/115/CE JOUE 348, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular (Diretiva Retorno), a qual respeita o princípio da não-repulsão. A autorização de residência por razões humanitárias é concedida, nomeadamente, quando no país de origem do requerente se viva uma situação de sistemática violação dos direitos humanos.

de infração penal, que se pauta pelo respeito do princípio da confiança mútua – pedra angular da cooperação judiciária – entre os Estados-membros, vale a pena mencionar o recente acórdão do TJUE de 18 de abril de 2023, *E. D. L. processo C-699/21*, a propósito da recusa em executar um mandado de execução europeu (MDE)⁵⁰ por motivo de doença psiquiátrica grave, crónica e potencialmente irreversível. Sendo certo que as autoridades judiciárias de execução só podem recusar um MDE, por motivos excepcionais, previstos no texto da decisão, é igualmente certo que devem as autoridades judiciárias presumir que os tratamentos disponibilizados nos Estados-membros são adequados (*acórdão de 16 de fevereiro de 2017, C. K. e o., C-578/16 PPU, EU:C:2017:127, n.º 70*). Todavia, caso haja motivos para pensar que a sua execução periga a saúde da pessoa solicitada, a autoridade judiciária pode suspender a sua entrega, caso a mesma comporte um risco real de tratos desumanos ou degradantes, na aceção do artigo 4.º da CDFUE. O que é dizer que este dispositivo é também um limite de qualquer medida de afastamento.

Sublinhe-se que os referidos tratamentos, para serem considerados proibidos, devem, nos termos do par. 40 das conclusões “atingir um limiar mínimo de gravidade que exceda o nível inevitável de sofrimento inerente à detenção [v., neste sentido, *acórdão de 25 de julho de 2018, Generalstaatsanwaltschaft (Condições de detenção na Hungria), C-220/18 PPU, EU:C:2018:589, n.º 90*]” (sublinhado nosso), afirmando no par. 41 que assim sucederá quando a pessoa solicitada fique em “(...) risco de morte iminente ou motivos sérios para crer que, embora não corra esse risco de morte iminente, ficará sujeita, (...), a um risco real de ser exposta a um declínio grave, rápido e irreversível do seu estado de saúde ou a uma redução significativa da sua esperança de vida [v., neste sentido, *acórdão de 22 de novembro de 2022, Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid (Afastamento — Cannabis terapêutica), C-69/21, EU:C:2022:913, n.ºs 63 e 66*]” (sublinhado nosso), terminologia utilizada nos acórdãos sobre o sistema de asilo, que justifica o *non-refoulement* em casos de doença grave da pessoa a afastar, expulsar, entregar ou extraditar.

Assim sendo, o legislador foi claro ao indicar que, naqueles casos, a autoridade de execução do mandado, mais do que um dever de não cumprir os MDE, tem uma obrigação de não os executar, ao abrigo do artigo 23.º, n.º 4, daquela Decisão (acórdãos de 5 de abril de 2016, *Aranyosi e Căldărăru, C-404/15* e *C-659/15 PPU, EU:C:2016:198, n.º 104*, e, por analogia, de 1 de junho de 2016, *Bob-Dogi, C-241/15, EU:C:2016:385, n.º 66*).

Nesse sentido, decidindo de modo conforme às conclusões do Advogado-geral, o acórdão determinou que “quando existam razões válidas para

⁵⁰ Sobre o MDE, ver A P Graça, *O Regime Jurídico do Mandado de Detenção Europeu, Comentado e Anotado com Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça* (Coimbra Editora, 2014).

considerar que a entrega de uma pessoa procurada, em execução de um mandado de detenção europeu, pode manifestamente pôr em perigo a sua saúde, a autoridade judiciária de execução pode, a título excepcional, suspender temporariamente essa entrega; quando a autoridade judiciária de execução (...) considerar que existem motivos sérios e comprovados para crer que essa entrega exporia essa pessoa a um risco real de redução significativa da sua esperança de vida ou de deterioração rápida, significativa e irremediável do seu estado de saúde, a autoridade judiciária de execução deve suspender a referida entrega e solicitar à autoridade judiciária de emissão o fornecimento de todas as informações (...), bem como às possibilidades de adaptar essas condições ao seu estado de saúde, a fim de prevenir a ocorrência desse risco; se, à luz das informações (...) verificar que esse risco não pode ser afastado num prazo razoável, esta última autoridade deve recusar executar o mandado de detenção europeu. Em contrapartida, se o referido risco puder ser afastado nesse prazo, deve ser acordada uma nova data de entrega com a autoridade judiciária de emissão (...).” (sublinhados nossos).

Concordamos com Carolina Soler Garcia⁵¹, quando diz que a jurisprudência do TEDH e do TJUE estão em confluência interpretativa e articulada, rumo a uma conceção mais garantística dos direitos humanos dos estrangeiros, quando afirma que “la expulsión de extranjeros gravemente enfermos se debe llevar a cabo mediante una ponderación entre la efectiva protección de sus derechos humanos y la tradicional discrecionalidad de la que venían disfrutando los Estados para expulsar a los extranjeros de su territorio, incluso en al ámbito como este que puedo presentar importantes consecuencias para los intereses socio-económicos de los Estados europeos”.

O TJUE tem sido afoito em salientar que não basta a existência generalizada de condições deficitárias no Estado de origem, devendo verificar-se se, nas circunstâncias concretas, existem motivos sérios e comprovados para considerar que, por consequência dessa entrega, essa pessoa correrá um risco real (*acórdão de 5 de abril de 2016, Aranyosi e Căldăraru, C 404/15 e C 659/15 PPU, EU:C:2016:198, n.ºs 92 e 94 e 98*) de ser sujeita, no Estado de origem, a um tratamento desumano ou degradante, na aceção do artigo 4.º da CDFUE.

Estamos em crer que a nossa herança cultural humanista e o aprofundamento da integração em matéria da Política de Asilo Europeia passam pela densificação do princípio do *non-refoulement*.

⁵¹ Com especial interesse, C S Garcia, “La prohibición de expulsión de extranjeros por motivos de salud: una evolución jurisprudencial *in melius* de los derechos humanos” (2019), *Ordine internazionale e diritti umani* 4, 776-800.

5. Conclusão

Apesar da dificuldade dos caminhos, eles chegam. Talvez pelos ecos da solidariedade europeia e porque se diz que aqui se faz justiça. Vêm dos desertos, de campos de batalha, de lugares de tortura e de pesadelos de perseguição, com a discreta esperança de que a sua história possa ser ouvida e que aqui possam permanecer. Privados de tudo, vêm, crenes na tolerância, na democracia e no respeito pelos Direitos Humanos e porque a Europa é perto.

Perante os textos internacionais de proclamação e reconhecimento humanos, cabe perguntar como se cumprem tais direitos. Procurando respostas a esta inquietude, chegamos a uma certeza: a efetividade do direito corre no conteúdo das decisões dos tribunais que o aplicam. É a jurisprudência que concretiza os direitos humanos e os princípios do Estado de direito democrático, o qual se funda na dignidade humana, na justiça e no Direito. Razão pela qual, se optou por analisar algumas decisões sobre o alcance da Convenção de Genebra, da CEDH e da CDFUE, no que concerne a um princípio que subjaz a todo o sistema de asilo: o princípio do *non-refoulement*.

Tal reflexão conduziu-nos à convicção de que a consagração absoluta e inderrogável da proibição da tortura, em articulação com outros direitos reconhecidos pela CEDH, densificou a capacidade protetora daquele princípio, responsabilizando os Estados que procedam à devolução, expulsão ou extradição dos indivíduos vítimas daqueles tratamentos proibidos.

Muito embora a pobreza extrema e a falta de assistência à saúde não integrem o âmbito do artigo 3.º da CEDH, verificámos que algumas circunstâncias agudizam a vulnerabilidade dos migrantes forçados. Nesse sentido, propusemo-nos aferir sobre se as enfermidades graves poderiam justificar a sua não devolução, sempre que dela resultasse o risco de agravamento das suas condições de saúde e o não acesso a terapia adequada.

Em busca de respostas, começámos por observar algumas das decisões mais impressionantes do TEDH para acabarmos numa análise sobre a posição do TJUE, neste domínio. Registrando paulatinas evoluções, verificámos com agrado que ambos os tribunais estão em convergência, por efeito da força vinculativa da CDFUE que incorporou a jurisprudência do TEDH nos dispositivos que se situam no quadro do asilo e do *non-refoulement*.

Com efeito, invocando que o artigo 3.º da CEDH encerra valores fundamentais das sociedades democráticas, o TEDH viria a afirmar que os tratamentos proibidos por aquele artigo devem chegar a um certo nível de gravidade, implicando a análise exaustiva do caso concreto. Nessa medida, veio impor aos Estados que não praticassem aqueles tratamentos e, por outro lado, que adotassem medidas no sentido de que nenhuma entidade os pudesse praticar. Observando

alguma jurisprudência sobre o artigo 3.º da convenção verificou-se que o TEDH começou por requerer a “avaliação do risco real previsível”, depois exigiu uma “avaliação adequada de tal risco”, concluindo pela necessidade da existência de “motivos sérios” que conduzissem à sua violação. Em particular sobre a possibilidade de repulsão de indivíduos gravemente doentes, o TEDH determinou que a proibição da repulsão comporte um “risco real” (mas não certo) de o indivíduo sofrer um tratamento equivalente a um tratamento desumano, exigindo a verificação da “excepcional gravidade” da sua situação de saúde e a “impossibilidade de receber tratamento no Estado de devolução”, ou ainda um “nível mínimo de gravidade”, que possa conduzir a um “declínio rápido e irreversível” do estado de saúde e da “redução da esperança de vida”, ou ainda a “abreviação da morte”.

Estamos, por isso, em crer que a jurisprudência deste tribunal sobre a proibição de repulsão de estrangeiros por motivos de saúde conduziu ao alargamento do conteúdo material do artigo 3.º, numa matéria onde inexistia uma competência explícita da CEDH.

Por sua vez, o TJUE, quando se pronunciou sobre se a devolução de um estrangeiro que padecia de doença grave poderia ser assimilável a um tratamento desumano ou degradante, começou por invocar a verificação da “intencionalidade da ofensa” e a “denegação de assistência médica”, assumindo uma postura mais exigente do que o TEDH. Porém, por via da jurisprudência *Paposhvili*, redefiniu os critérios, passando a indicar um limiar de gravidade que excedia o mínimo inevitável, bem como o “declínio grave, rápido e irreversível” do estado de saúde (limiar *Paposhvili*), o “sofrimento intenso”, a “degradação significativa e irremediável” e a “redução da esperança de vida”, como requisitos para aferir de tal risco real de tratamento desumano ou degradante na aceção do artigo 4.º da CDFUE, lido à luz da jurisprudência do TEDH sobre o artigo 3.º da CEDH, para concluir a violação do princípio do *non-refoulement*.

Acresce que a formulação do artigo 19.º, n.º 2, da CDFUE é mais ampla do que a do artigo 3.º da CEDH, englobando na proibição da devolução o “sério risco” de ser sujeito a pena de morte. Pelo que a proibição do *refoulement* no Direito da União Europeia resulta mais vasta e mais garantística da que deriva do próprio conteúdo do direito de asilo.

Bibliografia

A B Navarro, *Origen y Fundamentos del Principio de Non-Refoulement en el Marco del Derecho Internacional de las Personas Refugiadas* (Aranzadi, 2022).

A Grahl-Madsen, *Commentary on the Refugee Convention 1951: Articles 2–11, 13–37* (UNHCR Division of International Protection, 1997).

_____, *The Emergent International Law Relating to Refugees: Past, Present, Future*, (University of Bergen Faculty of Law monographs, 1985).

A P Graça, *O Regime Jurídico do Mandado de Detenção Europeu, Comentado e Anotado com Jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça* (Coimbra Editora, 2014).

A R Gil, *Estudos sobre Direito da Imigração e do Asilo* (Petrony, 2021).

_____, “Deve distinguir-se entre Refugiado e Imigrante?”, in T P Beleza, C N Silva, A R Gil, E Oliveira (orgs.), *Olhares sobre as Migrações, a Cidadania e os Direitos Humanos na História e no Século XXI* (Petrony Editora, 2020).

A S P Oliveira, “O procedimento de asilo e o direito do requerente (de asilo ou proteção subsidiária) a ser ouvido”, in *Direito dos Estrangeiros – Direito de Asilo e Proteção Subsidiária e Apátrida* (Centro de Estudos Judiciários, 2023).

_____, “Introdução ao Direito de Asilo”, in *O contencioso do Direito de Asilo e Proteção Subsidiária (Jurisdição Administrativa e Fiscal)* (Centro de Estudos Judiciários, 2016).

_____, *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa – Âmbito de Protecção de um Direito Fundamental* (Coimbra Editora, 2009).

ACNUR, *Manual de Procedimentos e Critérios para Determinar o Estatuto de Refugiado – De acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativo ao Estatuto dos Refugiados* (UNHCR/ACNUR, 2019).

C A Gomes, M Caldeira, J D Coimbra, F A Duarte, “O contencioso administrativo em matéria de asilo e de proteção subsidiária” (2018), *Revista da Faculdade da Universidade de Lisboa* Vol. LVIX, 43-91.

C S Garcia, “La prohibición de expulsión de extranjeros por motivos de salud: una evolución jurisprudencial *in melius* de los derechos humanos” (2019), *Ordine internazionale e diritti umani* 4.

ECHR, “Guide on Article 3 of the European Convention on Human Rights - Prohibition of torture”, prepared by the Registry, updated on 31 August 2022, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_3_ENG.pdf, consultado em 12 de junho de 2023.

E Ferreira, “Proibição da Tortura – Direito à integridade física e proibição da tortura”, in P P Albuquerque (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, Vol. I* (Universidade Católica, Lisboa, 2019).

E Lauterpacht, D Bethlehem, “El alcance y contenido del principio de no devolución: opinión”, in VV.AA., *Protección de los Refugiados en Derecho Internacional. Consultas globales de ACNUR sobre protección internacional* (Icaria Editorial/ACNUR, 2010).

F Pacheco, “Os Passageiros da Esperança: algumas considerações sobre o estatuto de refugiado e outras respostas para os indivíduos que buscam asilo” (2023), *E- Revista De Estudos Interculturais* 11.

F Sudre, *Droit Européen et International des Droits de L’Homme* (Classiques, Puf, 9.^{ème} édition, 2008).

I L Delgado, “Elementos de una política común de inmigración en la Unión Europea: una lectura crítica”, in M P I Llorens e E Z Duque (coord.), *Hacia una Europa de las personas en el espacio de Libertad, Seguridad y Justicia?* (Marcial Pons, 2010).

J N Rodrigues, *Instituto de Asilo, Antiguidade, Contemporaneidade e o Futuro – Política de Asilo na União Europeia* (AAFDL, 2022).

N A Hidalgo, “El Derecho de Asilo en La Carta (artigo 18.º): un corolário esencial del Sistema Europeo de Asilo”, in G R Santolaya (coord.), *Integración Europea a través de Derechos Fundamentales: De un Sistema Binario a Otro Integrado*, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009).

N Piçarra, “Artigo 78.º do TFUE”, in M L Porto, G Anastácio (coords.), *Tratado de Lisboa anotado e comentado* (Almedina, 2012).

P G Marques, “Proibição de tratamento desumano e degradante”, in P P Albuquerque (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, Vol. I* (Universidade Católica, Lisboa, 2019).

P P Albuquerque, *Em defesa dos Direitos Fundamentais* (Universidade Católica, 2019).

S E R Boente, *Argumentos que convencen al Tribunal Europeo de Derechos Humanos – Jurisprudencia que Afecta a España* (Aranzadi, 2015).

S Oliveira, “Direito de asilo”, in J Bacelar Gouveia (ed.), *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, 3.º suplemento (s. n., 2007).

_____, *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa* (Coimbra Editora, 2009).

S P Oliveira, “Refugiados e requerentes de asilo”, in P P Albuquerque (org.), *Comentário da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e dos Protocolos Adicionais, Vol III* (Universidade Católica Portuguesa, 2020).

Outras referências

Caso C-71/11 e C-99/11, *Bundesrepublik Deutschland* [2012], ECLI:EU:C:2012:518.

Caso 53891/20, *A.E. v. Bulgaria* [2023].

Caso C-374/22 XXX c. *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides* [2023].

Caso C-420/07 *Loizidou c. Turquia* [1995], Par. 7, Série A, n.º 310

Caso 22414/93, *Chahal c. Reino Unido* [1996].

Caso 14038/88, *Soering c. Reino Unido* [1989].

Caso 30696/09 *MSS c. Bélgica e Grécia* [2011].

Caso 25794/13 e 28151/13, *Abdullahi Elmi e Aweys Abubakar* [2016].

Caso C-465/07, *Meki Elgafaji and Noor Elgafaji* [2009].

Caso C-239/14, *Abdoulaye Amadou Tall c. Centre public d'action sociale de Huyproc* [2015].

Caso C-562, *Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve contra Moussa Abdida* [2014].

Caso 6780/74 e 6950/75, *Chipre c. Turquia* [1975].

Caso 52207/99, *Bankovit e Outros c. Bélgica e outros Estados-partes* [2001].

Caso 55721/07, *Al-Skeini e Outros c. Reino Unido*, [2001].

Caso 8675/15 e 8697/15 *N.D. e N.T. c. Espanha*, [2020].

Caso 29217/12, *Tarakhelc. Suíça* [2014] (CE:ECHR:2014:1104JUD002921712).

Caso C-411/10 e C-493/10, *N. S. e o.* [2011]

Caso 30696/09, *M. S. S. c. Bélgica e Grécia* [2011] (CE:ECHR:2011:0121JUD003069609).

Caso C-6562/13, *Abdida v. Centre public d'action sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve* [2014].

Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, disponível em: <https://bit.ly/3eg4NYj>, consultado a 15 de junho de 2023.

Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, 28 de julho de 1951, disponível em: <https://bit.ly/3ezXMm0>, consultado a 16 de junho de 2023.

Diretiva 2008/115/CEJOU 348.

Diretiva 2004/83/CE OJ L 304.

Protocolo Adicional à Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, 31 de janeiro de 1967, disponível em: <https://bit.ly/381CWcK>, consultado a 12 de junho de 2023.

Regulamento (UE) n.º 2016/399 [2016] OJ L 77.

DA TUTELA JUDICIAL EFETIVA CONTRA ATOS DE PODER PÚBLICO LESIVOS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Filipe Veríssimo Duarte

*Juiz de direito (Tribunal Administrativo de Círculo de Lisboa – Juízo de Contratos Públicos);
Juiz Assessor (Supremo Tribunal de Justiça) de 01.03.2020 a 15.07.2022; Mestrando em Direitos
Fundamentais (Faculdade de Direito de Lisboa). Email: filipe.a.duarte@juizes-cstaf.org.pt*

Resumo: Contamos com mais de dois séculos de constitucionalismo, quase cinco décadas de assunção na Constituição de um extenso e ímpar catálogo de direitos fundamentais com máxima efetividade, na qualidade de normas jurídicas constitucionais, e com mais de 40 anos de experiência de controlo judicial da constitucionalidade de normas pelo TC. Não obstante e porventura algo contraintuitivamente, a relação entre direitos fundamentais, atos de *potestas* lesivos daqueles e justiça (constitucional) não é entre nós automática, linear, consensual e inerente ao Estado de Direito.

Com o presente artigo – coevo de mais um processo de revisão constitucional que, tendo estado em marcha durante o ano transato, caducou pela dissolução da Assembleia da República (Decreto n.º 12-A/2024, de 15 de janeiro, do Sr. Presidente da República) –, esboça-se uma revisão crítica da literatura e do estado da arte, bem como uma recensão, em traços gerais, pelas iniciativas legislativas para concretizar a tutela judicial efetiva contra atos de poder público lesivos de direitos fundamentais, a fim de aquilatar se a promessa, o propósito e a proposta constitucional se têm por cumpridos, ou se os problemas, perplexidades e paradoxos do sistema os frustraram.

Palavras-chave: Tutela judicial efetiva; Direitos fundamentais; Justiça constitucional; Justiça administrativa.

1. Preliminares

Já o sabemos: a essência dos direitos fundamentais não assenta, em exclusivo, na suscetibilidade da sua imposição coerciva e na sancionabilidade das condutas lesivas; mas a realização de um Estado de direitos fundamentais depende, em larga medida, de mecanismos adequados à sua tutela plena e efetiva¹. De tal sorte que se pode afirmar que, “[p]or definição, os direitos fundamentais têm de receber, em Estado de Direito, proteção jurisdicional. Só assim valerão inteiramente como direitos, [...]”².

Daí que a Constituição da República Portuguesa (doravante “CRP”) consagre, no âmbito dos princípios gerais aplicáveis em sede de direitos fundamentais, o acesso ao direito e aos tribunais (artigo 20.º). Inserido no Título I, o princípio emerge assim dotado de particular dignidade sistemática e inerente força cogente e percetiva.

A oportunidade de revisitar o tema, numa revista subordinada à temática dos direitos fundamentais aplicados judicialmente, centrando a análise à luz do artigo 20.º, n.º 5, da CRP, quando se debateram durante mais de um ano (entre novembro de 2022 e 15.01.2024) propostas de revisão constitucional, num contexto que poderá propiciar o regresso às mesmas – porque, apesar de caducada a oitava revisão em resultado da dissolução da Assembleia da República a 15.01.2024 e do reconhecimento dos dois maiores partidos da falta de condições políticas para prosseguir o debate nesta sessão legislativa, não se afasta a possibilidade de revisitação oportuna – não podia, pois, ser enfeitada.

Partindo, porém, desta magna questão, é incomportável proceder neste artigo à análise exaustiva de todos os problemas que o tema suscita, não obstante o interesse de que tal se revestiria, considerando, quer a extensão e âmbito (limitados), quer a economia e o escopo (essencialmente expositivos) deste trabalho³.

¹ C A Gomes, “Pretexto, texto e contexto da intimação para proteção de Direitos, Liberdades e Garantias”, in AA.VV., *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. 5 (Almedina, 2002), 556-557.

² J Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo IV. *Direitos Fundamentais* (Coimbra Editora, 2.ª ed., 1998), 232.

³ Motivo pelo qual, aliás, não se promove aqui uma comparação com experiências constitucionais estrangeiras.

Assim, o objeto das linhas que se seguem abarca, de todos os problemas inerentes àquela discussão, apenas o mais candente: o da *tutela judicial*⁴, *primária*⁶ e *efetiva, de direitos fundamentais contra atos lesivos emitidos ao abrigo de poderes públicos*⁷.

Eis a preliminar delimitação do objeto do presente trabalho.

2. A promessa

2.1. Prolegómenos

A afirmação, com a Revolução Francesa de 1789, da existência de um *corpus* formalizado de normas jurídicas limitadoras do poder público frente aos cidadãos, seguida, na segunda metade de 1800 e já nos inícios do século xx, da luta contra as imunidades do poder do Estado-Administração (poder normativo, poder executivo e poderes discricionários)⁸, redefiniu o princípio da legalidade administrativa e consagrou, em definitivo, a preferência das constituições sobre as leis ordinárias. O primado constitucional seria efetivado pela atribuição aos tribunais (em geral ou dotados de uma competência especializada) de poderes de fiscalização da constitucionalidade das normas.

O advento dos Estados de direito democráticos aprofundou a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, estribada antes de mais na reserva de jurisdição dos tribunais, enquanto órgãos independentes e imparciais, que decidem

⁴ *I.e.*, enquanto acesso aos tribunais para defesa da generalidade dos direitos e interesses legalmente protegidos (artigo 20.º, n.º 1, da CRP) e direito a uma proteção jurídica efetiva e em tempo útil (n.º 4), não como garantia de patrocínio judiciário. Sobre as várias dimensões materiais dos direitos de acesso aos tribunais e a um processo equitativo, *vide*, desenvolvidamente, J J Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da constituição* (Coimbra Editora, 7.ª ed., reimp., 2013), 491-512; J Miranda, *supra* n 2, 229-34; J C Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa* (Almedina, 6.ª ed., 2022), 337-41.

⁵ De fora ficam, pois, os problemas de fiscalização da constitucionalidade por órgãos legislativos, políticos *stricto sensu* e administrativos, bem como todos os meios de tutela de direitos fundamentais extrajudiciais (institucionalizados, como o direito de petição, a queixa ao Provedor de Justiça e os meios de impugnação administrativa; e o não institucionalizado direito de resistência).

⁶ Excluindo o regime da responsabilidade civil do Estado, por natureza secundário e ressarcitório.

⁷ Leis do Estado, normas de direito internacional convencional e de direito comunitário derivado, atuação administrativa (regulamentos, atos e contratos) e decisões jurisdicionais.

⁸ A expressão, da autoria de E García de Enterría, deu título à antológica *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)* (Civitas, 3.ª ed., 1995). Seguimos aqui também a formulação de A Salgado de Matos, *A fiscalização administrativa da constitucionalidade das leis. Contributo para o estudo das relações entre Constituição, Leis e Administração Pública no Estado Social de Direito* (Almedina, 2004).

segundo critérios jurídicos, com observância da igualdade entre as partes e com atribuição às suas decisões de força vinculativa. Viria, porém, a levar mais longe essa construção, ao ancorá-la na possibilidade de os cidadãos se dirigirem a tribunal para declararem e efetivarem os seus direitos não só perante outros particulares, mas sobretudo (é essa a grande novidade) perante o Estado e quaisquer entidades públicas.

No dealbar do milénio, contudo, teóricos e práticos denunciavam a incapacidade institucional para a realização da tão proclamada justiça efetiva⁹, também ao nível do contencioso administrativo, no qual a lentidão da justiça era crónica e transversalmente¹⁰ configurada como sendo congénita, “quase originária”¹¹, constituindo “um fenómeno tão antigo que se confund[ia] com a sua própria história”¹².

2.2. Propósito

O legislador não foi insensível à turbulência e erosão que a política legislativa e a dinâmica judiciárias vinham emprestando à tutela judicial de direitos fundamentais. Se, na versão original da Lei Fundamental, o direito à tutela plena e efetiva dos direitos não se traduzia num mecanismo especial de defesa destes, mesmo no plano dos direitos, liberdades e garantias (“DLG”), já a partir da revisão constitucional (“RC”) de 1997 passou a constar do novo n.º 5 do artigo 20.º um comando, dirigido ao legislador ordinário, no sentido de criar um meio processual especificamente orientado para a defesa de DLG pessoais.

2.3. Preceito

Dispõe o artigo 20.º, n.º 5, da CRP: “Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.”

⁹ Vejam-se as denúncias de B de Sousa Santos *et al.*, *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. O caso português* (Afrontamento, 1996), 387-482; P Bacelar de Vasconcelos, *A Crise da Justiça em Portugal* (Gradiva, 1998); E Maia Costa, “A crise da justiça: crise, discurso da crise e discurso crítico” (jan.-mar. 1999), *RMP* 20(77), 155-72; A Cluny, “A justiça e a sua crise: para além dos mitos político-mediáticos” (out.-dez. 1999), *RMP* 20(80), 19-35; C Gomes, *Os Atrasos na Justiça* (Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011).

¹⁰ Isto é: a nível europeu, e não só no caso luso.

¹¹ M Gros, “Le juge administratif, la procédure et le temps” (1999), *Revue du Droit Public* 6, 1707.

¹² O Dugrip, *L'urgence contentieuse: devant les juridictions administratives* (Presses universitaires de France, 1991), 9.

Da natureza deste preceito e da extensão do universo de possibilidades que se ofereciam ao legislador ordinário para o concretizar, já muito se falou¹³. E, sem prejuízo da revisitação doutrinária que o tema mereceu (sobretudo a partir de 2003), nada nas posteriores revisões da CRP foi acrescentado com interesse nesta sede.

Resta saber qual a opção eleita pelo legislador ordinário para observar esta exigência.

3. Proposta normativa (*de jure condito*)

Depois de ser reforçada e enfatizada, na sede devida (a CRP), a ideia de tutela judicial efetiva, nos termos acima enunciados, o legislador ordinário empenhou-se numa empresa difícil: a edificação de uma nova lei adjetiva administrativa.

O percurso não foi alheio a escolhos, mas o resultado final, traduzido na aprovação em 2002 do cogente Código de Processo nos Tribunais Administrativos (adiante “CPTA”), foi, em larga medida, satisfatório: afastaram-se os caracteres da anterior lei de processo, demasiado formalista e que permitia (quando não promovia) a demora e até a negação de decisões de mérito; trocou-se o modelo cassatório por um contencioso de plena jurisdição; consagrou-se um figurino processual profícuo na urgência, quer em sede cautelar, quer ao nível de intimações; resistiu-se ao experimentalismo processual, à descodificação e à sublimação de processos de conhecimento sumário e provisório, com vista a, ao aproveitar o caráter urgente na respetiva tramitação, alcançar a realização do direito de uma forma definitiva.

Concretamente, no que toca ao cumprimento do artigo 20.º, n.º 5, da CRP, de entre as várias possibilidades que se perfilavam como possíveis, a opção eleita foi a de criar na jurisdição administrativa uma intimação para proteção de DLG¹⁴ e o decretamento provisório de providências cautelares (cf. artigos 109.º a 111.º e 131.º do CPTA), associada à maior agilização do recurso de constitucionalidade de normas a deduzir perante o Tribunal Constitucional (“TC”). Privilegiaram-se ambas as opções em detrimento da alternativa de consagração de uma queixa constitucional (ou recurso de amparo), existente em diversos ordenamentos jurídicos afins ao português e ao arripio de inúmeras solicitações doutrinárias e de âmbito legislativo constitucional nesse sentido.

¹³ Defendendo que se trata de uma norma com a mesma *ratio* da apreciação judicial da prisão preventiva (artigo 28.º da CRP) e do *habeas corpus* (artigo 31.º), cf. J Miranda, *Manual de Direito Constitucional, tomo VI. Inconstitucionalidade e garantia da Constituição* (Coimbra Editora, 4.ª ed., 2013), 180.

¹⁴ Que, na jurisdição comum, viria a conhecer em 2013 um paralelo, com o novíssimo processo especial de tutela de personalidade, previsto nos artigos 578.º e ss. do Código de Processo Civil.

4. Propostas (*de jure condendo*): premissas dos apologistas da mudança

É precisamente e sobretudo por sensibilidades doutrinárias animadas pela revalorização doutrinária da tutela singular de direitos fundamentais que o modelo português de Justiça Constitucional tem vindo a ser objeto de reparos.

À corrente mais conservadora, que advoga a manutenção do sistema de justiça constitucional vigente¹⁵, opõe-se uma mais reformista, que reclama a recriação do sistema instituído.

Nesta última, ao lado de vozes que pugnam pela “migração”¹⁶ para um sistema de fiscalização concreta de tipo concentrado¹⁷ ou pela sindicabilidade dos atos do poder normativo e político *stricto sensu*¹⁸, surpreende-se uma outra corrente, com maior interesse para a economia do presente trabalho, que, advogando existir *deficit* de proteção das posições jus-subjetivas fundamentais, pugna pelo acesso direto à CRP e ao TC para defesa de direitos fundamentais.

¹⁵ E rejeita alteração pela introdução do amparo. Por todos, *vide* M F Palma, “Constituição e Justiça: novos problemas para a Justiça Constitucional” (2000), *Themis* 1, *maxime* 31; V Moreira, “O Tribunal Constitucional Português: a Fiscalização Concreta” (2001), *Sub Judice* 20/21, 104-108, posição reiterada publicamente no blogue “Causa Nossa” (<http://causa-nossa.blogspot.pt/2004/01/contr-o-recurso-de-amparo.html>); R Medeiros, “A Força Expansiva do Conceito de Norma no Sistema Português de Fiscalização Concentrada da Constitucionalidade”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Marques Guedes* (Coimbra Editora, 2004), 185 e 202, e *A Decisão de Inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade* (Universidade Católica Editora, 1999), 319 e ss.; F Alves Correia, “A justiça constitucional em Portugal e em Espanha – encontros e divergências” (1999), *RJM*, n.º especial subordinado ao recurso de amparo, 237-272 (*maxime*, 270-1); C Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional, tomo II. O contencioso constitucional português* (Coimbra Editora, 2.ª ed., 2011), 1064-1069. Aparentemente também rejeitando alterações no que respeita à introdução de um recurso de amparo ou de um novo meio destinado a reagir contra omissões normativas (apesar de reconhecer insuficiências no regime e com espaço para pontuais melhoramentos), *vide* também M P Beleza, “Tutela Judicial efetiva e acesso dos cidadãos ao Tribunal Constitucional” (2016), *Julgar* 29, 61-75.

¹⁶ A expressão, utilizada primeiramente por C Blanco de Moraes, *supra* n 15, 981 e ss., foi já utilizada por outros doutrinadores. *Vide* M P Beleza, “Subsistência do controlo difuso ou migração para um sistema concentrado de reenvio prejudicial”, in *Perspetivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil* (Coimbra Editora, 2012).

¹⁷ Defendida por M L Amaral, “Justiça Constitucional, Proteção de Direitos Fundamentais e Segurança Jurídica ou que Modelo de Justiça Constitucional Melhor Protege os Direitos Fundamentais”, in *Anuário Português de Direito Constitucional, II* (Almedina, 2002), 17 e ss., e “Problemas da Judicial Review em Portugal” (2005), *Themis* 10, 71-73.

¹⁸ C Queiroz, *Os Atos Políticos no Estado de Direito: o problema do controle jurídico do poder* (Almedina, 1990).

Já em 1988 Gomes Canotilho vinha defendendo verificar-se um considerável *deficit* procedimental (sobretudo constitucional e administrativo)¹⁹. Partindo de sete exemplos concretos, identificou outras tantas situações que, na altura, careciam de tutela judicial, sugerindo a criação: *i*) de uma ação constitucional de garantia, efetivada perante os tribunais ordinários (comuns ou administrativos) caracterizada por um *iter porcessualis* adequado, preferente, célere e eficaz; *ii*) uma ação constitucional ou um processo especial para os casos de violação evidente de DLG por parte de poderes privados; *iii*) uma ação de defesa contra violação autónoma, pelos tribunais, de direitos fundamentais; *iv*) a aplicabilidade direta de DLG, com recurso acessório aos meios processuais do contencioso administrativo; *v*) a interpretação conforme à CRP do princípio da aplicação retroativa da lei penal mais favorável, com adaptação do processo de execução das penas; *vi*) o direito a procedimento e processo para a defesa de interesses difusos; e *vii*) o direito à auto-determinação informacional através de procedimento e processo.

Ainda que algumas das situações já se possam ter por sanadas²⁰, outra(s) há que reclama(m) atenção do legislador²¹.

¹⁹ O artigo em questão, “Constituição e déficit procedimental”, foi publicado originariamente *in Estado & Direito*, vol. I, n.º 2, 1988, 33-43, sendo posteriormente republicado *in Estudos sobre direitos fundamentais* (Coimbra Editora, 2004), 69-84.

²⁰ As situações referidas nos exemplos *i*), *iv*), *vi*) e *vii*) podem considerar-se entretanto sanadas pela publicação do CPTA, que consagrou, respetivamente: a intimação para proteção de DLG; a ação administrativa de condenação à prática de ato administrativo devido; a legitimidade em ação popular; e mecanismos próprios do CPTA, conjugados com o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados e na Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto (embora, quanto a esta, porventura a solução fique aquém do preconizado pelo Autor, que, na senda do exigido pela Convenção Europeia de 18.01.1981 para a Proteção das Pessoas em face do tratamento automatizado de dados com caráter pessoal, sugeria a construção de uma ação *Habeas Data* perante um tribunal, destinada a permitir que um cidadão obtenha a garantia do direito à proteção da autodeterminação informacional, exigindo que sejam retificados, completados, clarificados ou atualizados os registos inexatos, incompletos, equívocos ou ultrapassados, e eliminados do registo todos os dados cuja obtenção, comunicação ou conservação é interdita nos termos constitucionais). Também a situação referida em *ii*) está acatelaada desde 2013, com o processo especial de tutela de personalidade dos artigos 578.º e ss. do Código de Processo Civil.

²¹ Queda por sanar, pelo menos, a deficiência referida no exemplo *iii*), de ação de defesa contra violação autónoma, pelos tribunais, de direitos fundamentais. J J Gomes Canotilho (*supra* n 19, 81) partiu do Assento do Supremo Tribunal de Justiça de 23.04.1987, publicado in DR, I, n.º 122, 2128, que recusou a aplicação do artigo 1110.º do CC a uniões de facto cessantes, mesmo que destas haja filhos menores. Tal decisão jurisdicional foi apodada pelo Autor de ser violadora do princípio constitucional da igualdade dos filhos (CRP, artigo 36.º, n.º 4), concluindo o Mestre que, “[s]e há algum, dentro dos casos referidos a título de exemplo, que se aproxime dos pressupostos típicos da *Verfassungsbeschwerde*, o caso [iii] é precisamente um deles. Trata-se (1) da violação imediata, atual e autónoma de um direito, liberdade e garantia; (2) em que se esgotaram já as vias judiciais normais; (3) está em causa um direito constitucional específico (princípio constitucional da igualdade dos filhos); (4) são entidades públicas (decisão do tribunal) as autoras do “ato de agressão””.

Ainda a este respeito, são particularmente acutilantes as críticas que J. Reis Novais²² e J. Melo Alexandrino²³ dirigem ao sistema, apodando-o de ser:

- i) um sistema com um défice significativo de proteção dos direitos fundamentais (pois o TC só pode fiscalizar as *normas* restritivas desses direitos, não já intervenções ablativas praticadas pela Administração e pelo poder judicial);
- ii) um sistema de fiscalização concreta, que institucionaliza a sua manipulação como instrumento dilatatório;
- iii) um sistema deficitário na proteção jusfundamental, mas com garantias de recurso excessivas ou inadequadas;
- iv) um sistema com *deficit* no domínio da responsabilização civil extracontratual do Estado;
- v) um sistema omissivo na proteção contra a eventual violação de direitos fundamentais por *omissão* de atuação estatal;
- vi) um sistema omissivo na proteção no domínio das relações entre privados;
- vii) um sistema de fronteiras móveis, difusas e manipuláveis, que promove a respetiva “subversão” pelo próprio TC, que vem penetrando, dissimulada e de forma frequente, na esfera de competência dos tribunais comuns, proferindo “sentenças de quase amparo”, pelas quais questiona e controla a constitucionalidade (e, por vezes, o próprio mérito), não da norma aplicada ou recusada pelos tribunais (para o qual o TC é competente), mas da própria sentença que a aplicara ou recusara aplicar (para o qual o TC já não o é). Para tanto, ao arrepio das regras estabelecidas, o TC dilui consideravelmente a fronteira entre o controlo da constitucionalidade da norma e o controlo da decisão judicial, pressupõe normas “implícitas” ou “pressupostas” pelo juiz, no processo interpretativo que o mesmo desenvolveu – as quais, as mais das vezes, não seriam representadas pelo próprio magistrado *a quo*, mas sim construídas pelo TC –, examina os autos e aprecia os factos, o que constitui elemento estranho (quase alienígena) à atividade julgadora de um órgão que só pode apreciar a constitucionalidade de normas, e conduz à criação de uma jurisprudência incerta, insegura, indeterminada,

²² “Em defesa do Recurso de Amparo Constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade)” (2005), *Themis* 10, 91, 103, 107; e *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático* (Coimbra Editora, 2012), 239-354 (*maxime*, 259-335).

²³ *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa, vol. II – A construção dogmática* (Almedina, 2006), 483-92; e “Sim ou não ao recurso de amparo?” (2010), *Julgar* 11, 41-49.

fazendo depender a admissibilidade do recurso de constitucionalidade de parâmetros fluidos, móveis, permeáveis à manipulação, reportados à difícil e ténue fronteira entre o que será “interpretação” e o que será “decisão”²⁴;

- viii) incoerente no sistema de relações entre tribunais comuns, TC e Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante “TEDH”);
- ix) incoerente, porque o acesso à instância máxima da justiça constitucional, ainda que remoto e extraordinário, consubstanciaria a adoção de uma postura antropológicamente amiga da dinamização processual dos direitos fundamentais, sendo evidente a necessidade de uma articulação adequada entre a componente material da CRP (ao nível dos valores aí recebidos e os direitos que deles são concretização), o princípio geral da tutela jurisdicional efetiva e a garantia de um elevado nível de efetividade jurídica de direitos fundamentais (ao menos, no plano em que o conteúdo destes é indisponível, quer para o legislador, quer para os tribunais, quer para a administração).

Mais se alega que, na perspetiva do prestígio das instituições do Estado, não parece conveniente que, por falta de mecanismos desse tipo, a concessão de amparo a direitos e liberdades fundamentais deva ser deferida para a instância internacional, com a dupla consequência nefasta *i*) da menorização do sistema interno de proteção e *ii*) do aumento da frequência das condenações do Estado pelos tribunais internacionais dos direitos do homem.

Certo é, de todo o modo, que a apologia da instituição de um recurso de amparo em Portugal, com maior ou menor alcance, tem vindo a recrutar, ciclicamente (nomeadamente, em momentos prévios a revisões constitucionais)²⁵, mais sensibilidades políticas²⁶ e doutrinárias, oriundas das várias escolas de

²⁴ J Reis Novais é, neste ponto, abertamente apoiado por M L Amaral, “Queixas Constitucionais e Recursos de Constitucionalidade (Uma Lição de “Direito Público Comparado”); in AA.VV., *Estudos Comemorativos dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, vol. I (Almedina, 2008), 498-499.

²⁵ Curiosa e paradoxalmente, foi após a revisão constitucional de 2004, coincidindo precisamente com a entrada em vigor do CPTA – logo, com o surgimento no panorama processual português, entre outras novidades processuais assinaláveis, da então inédita intimação para proteção de DLG – que o discurso em redor da alegada omissão ou insuficiência da tutela dos direitos fundamentais na CRP recrudescer e ganhou novo fulgor.

²⁶ V. Discurso de Sua Exc.^a o Presidente da República Jorge Sampaio por ocasião da Sessão Solene Comemorativa do XX Aniversário do TC e, logo depois, por ocasião da abertura do ano judicial (artigo da *Visão online* de 19.01.2004, in <http://www.asficpj.org/temas/noticias/2004/19janvisao.pdf>). Vejam-se também as sucessivas propostas legislativas em sede de revisão constitucional (sempre chumbadas) para reconhecimento aos cidadãos de acesso direto ao TC para defesa de direitos fundamentais: na RC82, no projeto da Aliança Democrática (“recurso de amparo”); na RC89, com proposta de consagração de uma ação de defesa constitucional, pelo CDS e pelo PCP, bem como de

direito público^{27/28}.

ações S.O.S. (direitos fundamentais) pelo PCP e o PS; na RC97, entre outras medidas, foram propostas a criação de uma ação constitucional de defesa (Projeto n.º 4/VII, Deputados Carlos Carvalhas e outros), de um recurso constitucional (Projeto n.º 2/VII, Deputados Passos Coelho e outros; projeto n.º 8/VII, Deputados Cláudio Monteiro e outros; e projeto n.º 9/VII, Deputados Arménio Santos e outros) ou de um recurso de amparo (Projeto n.º 3/VII, Deputados Jorge Lação e outros, e projeto n.º 6/VII, Deputados Guilherme Silva e outros). Vide, por todos, J Magalhães, *Dicionário da Revisão Constitucional* (edições Europa-América, 1989) e C Santos Botelho, *A Tutela Direta dos Direitos Fundamentais – Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional* (Almedina, 2010). Já na RC de 2023, entretanto caducada, houve propostas de PSD, PCP e Chega (<https://www.lusa.pt/article/2023-06-15/41043603/constitui%C3%A7%C3%A3o-ps-rejeita-propostas-de-psd-chega-e-pcp-sobre-recurso-de-amparo-ao-tribunal-constitucional>).

²⁷ Da(s) escola(s) de Lisboa, além dos já citados J Reis Novais e J Melo Alexandrino, já se pronunciaram, numa ou noutra altura, em favor do amparo: A Vitorino, “A justiça constitucional – Notas sobre o futuro (possível?) da justiça constitucional” (1992), *RMP* 6(12), 9-14; F Lucas Pires, *Teoria da Constituição de 1976 – a transição dualista* (Coimbra, s.n., 1988), 266-267; J M Ferreira de Almeida, *A justiça constitucional em Portugal* (Cognitio, 1985), 78; J M Sérvulo Correia/J Bacelar Gouveia, “Princípios constitucionais do acesso à justiça, da legalidade processual e do contraditório; junção de pareceres em processo civil; interpretação conforme à Constituição do artigo 525.º do Código do Processo Civil – Anotação ao Acórdão n.º 934/96 do Tribunal Constitucional” (jan. 1997), *ROA*, ano 57, vol. I, 295-357 (*maxime*, 301-302); M Rebelo de Sousa/J Melo Alexandrino, *Constituição da República Portuguesa Comentada* (Petrony, 2000), 103; M L Amaral, *supra* n 24, 473-501 (*maxime*, 496-499) [reconhece-se evolução in “Acesso dos particulares à jurisdição constitucional”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, II – Direito Constitucional e Justiça Constitucional* (Coimbra Editora, 2012), 699 e ss.]; N Piçarra, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como juiz legal e o processo do artigo 177.º do Tratado da CEE – As relações entre a ordem jurídica comunitária e as ordens jurídicas dos Estados-membros da perspetiva dos tribunais constitucionais* (Petrony, 1991), 95-96; F Aguilar, “Direito ao recurso, graus de jurisdição e celeridade processual” (2006), *O Direito* 138, 299; S Lopes Luís, “O recurso de amparo: Uma solução possível?”, in AA. VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, II – Direito Constitucional e Justiça Constitucional* (Coimbra Editora, 2012), 703 e ss.; e P Otero, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional* (Lex, 1993), 121 e ss. Na escola de Coimbra, como se viu já, também J J Gomes Canotilho, *supra* n 19, se pronunciou em idêntico sentido. Na escola do Minho: W Brito, “O amparo constitucional” (1999), *RJM*, n.º especial subordinado ao tema “O Direito de amparo em Macau e em Direito Comparado”, 87-117 (*maxime*, 111). Na escola do Porto: M A Vaz, *A Responsabilidade Civil do Estado – Considerações breves sobre o seu estatuto constitucional* (Publicações da Universidade Católica, 1995), 15, nt. 30, e 16, nt. 33; C Santos Botelho, *supra* n 26, 147-162, e, ainda, “Haja uma nova Justiça Constitucional” (2010), *ROA* 70, e “*Quo vadis* “doutrina da margem nacional de apreciação?” O amparo internacional dos direitos do homem face à universalização da justiça constitucional”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Luís Carvalho Fernandes* (Universidade Católica Editora, 2011), 331-72.

²⁸ Também J Miranda chegou a advogá-lo, em *Ideias para uma Revisão Constitucional* (Cosmos, 1996), 29, onde, além de defender a introdução de uma norma de recurso de amparo de decisões jurisdicionais para o TC (alteração ao artigo 280.º), também preconizou uma nova competência do juiz ordinário em caso de omissão legislativa que afetasse o exercício de qualquer direito fundamental, juiz que passaria a poder colocar a questão perante o TC (alteração ao artigo 283.º). Na sua extensa obra, porém, o Professor viria a infletir nas suas posições: se, no princípio da sua carreira, propendeu inclusive para o sistema europeu de reenvio prejudicial (desde a sua dissertação *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade*, publicada em 1968 (Coimbra Editora, reimp. 2008)), passando por projetos constitucionais apresentados em 1975 e em 1980 e por várias

5. Problemas, perplexidades e paradoxos

5.1. Perplexidades e aporias

Volvidos quase 50 anos da aprovação da CRP, mais de 40 anos da RC82 (com a criação do TC e consagração do recurso de constitucionalidade, associado à aprovação da Lei de Organização, Funcionamento e Processo do Tribunal Constitucional – doravante “LOFPTC”), mais de 25 anos da RC97 (com a promessa de um meio processual expedito que acautelasse a defesa de DLG pessoais) e 20 anos de CPTA (com a consagrada intimação para proteção de DLG), dispomos hoje de distanciamento suficiente para avaliar, quer se a solução encontrada e plasmada no CPTA cumpriu ou não o desígnio plasmado no artigo 20.º, n.º 5, da CRP, quer se este preceito constitucional é, ele próprio, totalmente consentâneo com a tão proclamada tutela judicial efetiva de posições jurídicas subjetivas fundamentais.

Para responder afirmativamente a estas indagações, porém, teríamos de dar por resolvidos três paradoxos fundamentais, aos quais quer a justiça constitucional, quer a justiça administrativa, quer sobretudo o próprio legislador constituinte não lograram, tanto quanto nos é dado a perceber, dar solução.

5.1.1. *Desde logo, a CRP atribui aos tribunais o papel de guardiões incumbidos da defesa e de garantia dos DLG dos cidadãos.*

Todavia, descarta o texto constitucional a possibilidade de a própria decisão judicial, esgotadas as vias de recurso (inclusive o de revisão), encerrar em si mesma uma lesão de um direito fundamental do cidadão. Transitada em julgado, a decisão sobrepor-se-ia às decisões de quaisquer outras autoridades. O tribunal deixaria assim de assumir o seu verdadeiro papel de guardião dos direitos fundamentais e do bloco de legalidade; tornar-se-ia, ao invés, no próprio agente de violação ilícita de posições jurídicas-fundamentais.

intervenções parlamentares e académicas), o ilustre constitucionalista rendeu-se entretanto ao labor argumentativo de Blanco de Moraes, confessando-se impressionado, hoje, em rumo diverso, com “[...] o esquema engenhoso da passagem de fiscalização concreta à fiscalização abstrata, o enraizamento do atual sistema e [com o facto de] ter-se [...] tornado paradigmático dos principais Estados de língua portuguesa” (“O regime de fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal”, in <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1119-2440.pdf>, [s.d.], consultada a 25.06.2023).

Neste tipo de situações, a CRP apenas prevê, indireta e mediatamente, uma tutela reparadora e secundária²⁹. Nas leis de processo, a solução que visa expurgar a decisão ilegítima e ilícita do ordenamento jurídico, traduzida no recurso extraordinário de revisão, conhece requisitos e condições de procedibilidade extraordinariamente apertados³⁰.

Porém, não sendo ignorado que o dogma da infalibilidade não se aplica às decisões dos tribunais, impor-se-ia uma solução material, imediata e primária, que passasse pela revisão excecional da decisão judicial transitada em julgado, porventura por parte do TC, por violação de um direito ou interesse legalmente protegido. Certo é que a CRP nada prevê que permita ultrapassar este paradoxo³¹.

5.1.2. Não é só o poder judicial que se subtrai a um rigoroso e necessário escrutínio no que tange à lesão de direitos fundamentais que possa decorrer da sua atividade – e aí reside a segunda grande contradição ou perplexidade em sede de tutela judicial dos direitos fundamentais.

Na verdade, com o reconhecimento definitivo do caráter de norma jurídica cogente à CRP, emergiu, particularmente no domínio dos direitos fundamentais, a garantia de vinculação de todos os poderes constituídos aos direitos fundamentais e às correspondentes normas constitucionais de garantia, enquanto direito diretamente aplicável.

Porém, o legislador constituinte de 1976 não retirou deste postulado básico todos os corolários devidos. Permite nomeadamente ao legislador democrático – porventura em nome do seu caráter representativo da vontade da maioria (circunstancial) da coletividade política – eximir-se do crivo de sindicabilidade de lesão de direitos fundamentais em áreas decisivas da sua atividade constitucionalmente consagrada de legislar. Tal aporia surpreende-se em três momentos essenciais da atividade do Estado Legislador plasmados na CRP: por um lado, *i*) permite-se que o legislador ordinário possa, em certas circunstâncias, restringir direitos

²⁹ Vejam-se os artigos 22.º e 29.º, n.º 6, da CRP, que permitem a condenação das entidades públicas (aí incluindo o corpo judicial) em indemnização por atos de que resulte a violação de direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem. A responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional é concretizada, ao nível da legislação ordinária, na Lei n.º 67/2007, de 31.12, com a redação entretanto atribuída pela Lei n.º 31/2008, de 17.07, que aprova o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas (RRCEEDEP) – cf. capítulo III (artigos 12.º a 14.º).

³⁰ Basta cotejar os artigos 696.º do Código de Processo Civil, 499.º do Código de Processo Penal e 154.º do CPTA para nos apercebermos de quão exíguo e restrito é o elenco de situações em que o particular pode lançar mão deste recurso.

³¹ P Cardinal, “The Judiciary and Fundamental Rights – A dual role: Guarantor and Breacher” (1999), *RJM*, n.º especial subordinado ao tema “O Direito de amparo em Macau e em Direito Comparado”, 155-172.

fundamentais (artigo 18.º, n.º 2); por outro lado, *ii*) mesmo nessas situações, e pese embora a instituição (e institucionalização) de uma justiça constitucional, bem como o acolhimento dos direitos fundamentais na forma de normas vinculativas para todas as entidades públicas, nem sempre a delimitação de competências entre legislador democrático e juiz constitucional surge perfeitamente delimitada³²; e, por outro lado ainda e sobretudo, *iii*) não se permite o acesso direto à jurisdição constitucional pelos particulares em casos de omissões normativas.

5.1.3. *A terceira (mas não menos surpreendente) contradição no âmbito da tutela judicial de direitos fundamentais reside na própria arquitetura constitucional construída em torno dos direitos fundamentais e no papel que nela desempenha o TC.*

Não o negamos: a CRP, cuja génese radica na ideia de Direito invocada pela revolução do 25.04.1974 e na Declaração Universal dos Direitos Humanos (doravante “DUDH”), citada frequentemente pelos órgãos do poder revolucionário, é tributária de um estatuto privilegiado dos direitos fundamentais, o que se surpreende: *i*) no privilégio sistemático e teleológico destes em detrimento da organização política e económica³³; *ii*) na extensão do elenco³⁴, sem paralelo na história constitucional portuguesa – e “talvez em nenhuma outra Constituição [...]”³⁵; *iii*) na consagração, não só de uma cláusula de não tipicidade e do princípio da interpretação e integração dos preceitos sobre direitos fundamentais de harmonia com a DUDH^{36/37}, como da existência de direitos fundamentais

³² A este respeito, v. J Reis Novais: além das obras citadas *supra* n 22, v. ainda *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição* (Coimbra Editora, 2003). Ainda a propósito das relações entre legislador e tribunais (sobretudo TC), *vide* também C Queiroz, *Interpretação Constitucional e Poder Judicial: Sobre a epistemologia da construção constitucional* (Coimbra Editora, 2000) e P Fernández Sánchez, *Lei e Sentença: Separação dos Poderes Legislativo e Judicial na Constituição Portuguesa, 2 vols.* (AAFDL Editora, 2018).

³³ Com efeito, a CRP reservou toda a sua Parte I (do artigo 12.º ao 79.º) aos Direitos Fundamentais, estando a mesma dividida em três títulos (o título I sobre “princípios gerais”, o título II sobre “direitos, liberdades e garantias” e o título III sobre “direitos e deveres económicos, sociais e culturais”). Assim, o elemento subjetivo (a pessoa perante a sociedade e o Estado, o primado dos direitos da pessoa na ordem constitucional) precede o elemento objetivo. Neste sentido, cf. J Miranda, *A Constituição de 1976 – Formação, estrutura, princípios fundamentais* (Coimbra Editora, 1978), 58, e *Manual de Direito Constitucional, tomo I. Preliminares. O Estado e os Sistemas Constitucionais* (Coimbra Editora, 5.ª ed., 1996), 349.

³⁴ Artigos 12.º a 79.º, num total de 68 artigos.

³⁵ J Miranda, *supra* n 2, 118.

³⁶ Cf. n.º 1 do artigo 16.º, segundo o qual “[o]s direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional”. “Logo, hoje os direitos fundamentais em sentido formal, entre nós, tanto aparecem na Constituição instrumental como numa declaração de direitos” (J Miranda, *supra* n 2, 118).

³⁷ A doutrina nacional e internacional tem-se debruçado com proficiência sobre esta cláusula. Uns realçam um certo nível de recetividade mecânica com que os sucessivos legisladores constituintes

fora do catálogo³⁸; iv) no desenvolvimento da regulação, com o estabelecimento de princípios gerais comuns às grandes categorias de direitos previstos; v) na circunstância de quer o Preâmbulo, quer os aludidos “Princípios Gerais” que antecedem os direitos fundamentais propriamente ditos, quer uma miríade de preceitos dispersos nas partes II e III e nas disposições finais e transitórias, em conexão com outras matérias, preverem outros direitos ou relevarem para o respetivo exercício. Tudo isto milita no sentido inequívoco do reforço do estatuto dos direitos fundamentais, atestado pela sua prioridade dentro do sistema constitucional³⁹.

republicanos a têm recebido (J C Vieira de Andrade, *supra* n 4, 71); outros reconhecem-lhe a função de desempenhar essencialmente uma regra de interpretação constitucional (J Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias...*, *supra* n 23, 386-388), implicando ainda uma exigência de fundamentalidade material [apontada por I W Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional* (Livraria do Advogado, 10.ª ed., 2009), 78 e ss.] ao preceito luso e, bem assim, ao seu congénere artigo 5.º, § 2.º, da Constituição Federativa do Brasil de 1988; esclarecem ainda alguns que não é por esta cláusula que adquirem dignidade jusfundamental nem os direitos constitucionais fora do catálogo, posto que são reconhecidos expressamente noutra sede (artigo 17.º), à semelhança da Constituição alemã, nem direitos implícitos nos princípios constitucionais (referindo-se ao caso paradigmático do direito ao mínimo de existência condigna, cf. J Melo Alexandrino, J Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias...*, *supra* n 23, 626). E, se, por um lado, é louvada a circunstância de a CRP admitir como fonte de reconhecimento não só a norma de tratado internacional como também a norma de costume internacional e a norma de fonte legal, por outro, assumem-se algumas reservas quanto à suficiência da resposta constitucional quanto ao problema do regime aplicável aos direitos de fonte extraconstitucional (sobre algumas destas hesitações, J M Sérvulo Correia, *Direitos Fundamentais – Sumários* (AAFDL Editora, 2002), 55, e J C Vieira de Andrade, *supra* n 4, 73-93). Enfatiza-se ainda um certo desprezo que lhe tem votado a jurisprudência (J Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias...*, *supra* n 23, 375 e 620).

³⁸ Cf. artigo 17.º.

³⁹ Naturalmente que do texto constitucional, atento o circunstancialismo próprio que rodeou a sua aprovação, emergiram aspetos inovadores do ponto de vista substantivo dos direitos fundamentais. Sem preocupações de exaustividade, realçam-se: i) a preocupação de não só enumerar os direitos num elenco extenso, como de, simultaneamente, definir e densificar o seu conteúdo, fixando as suas garantias e as suas condições de efetivação [*vide* a definição exaustiva de regras de regime aplicáveis quer aos direitos fundamentais em geral (artigos 12.º a 16.º, 20.º, 23.º, etc.), quer aos DLG em especial (artigos 18.º, 19.º, 21.º), quer a um determinado círculo de direitos (artigo 17.º)]; ii) a contraposição entre DLG e DESC, com colocação em títulos separados (ainda que lugar a diversas interpretações); iii) a previsão, no elenco dos DLG, de direitos clássicos acompanhados de direitos novos – como o sejam as garantias relativas à informática (artigo 35.º), o direito de antena (artigo 40.º) e a objeção de consciência (artigo 41.º, n.º 5); iv) a consagração como direitos fundamentais de direitos dos trabalhadores e das suas organizações (artigos 52.º e ss.); v) a colocação sistemática da propriedade não já a par das liberdades, sendo deslocada outrossim para os DESC (artigo 65.º), como a inserção da iniciativa económica privada na parte II, relativa à organização económica (artigo 85.º). Para uma noção mais compreensiva, integrada e integral do atual sistema de direitos fundamentais na CRP, *vide, inter alia*, J Miranda, “Introdução Geral”, in J Miranda/R Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada, tomo I* (Coimbra Editora, 2.ª ed., 2010),

Curiosamente, malgrado a insofismável dimensão antropológica substanciada na dignidade material atribuída aos direitos fundamentais, e apesar das diversas vezes que propugnaram nesse sentido em momento anterior à aprovação do texto constitucional a 02.04.1976, a CRP não consagrou nenhum meio específico de tutela jurisdicional desses direitos fundamentais – nem criou um órgão jurisdicional incumbido, em exclusivo, de velar específica e exclusivamente pela garantia dos direitos fundamentais.

Paradoxalmente, pois, apesar de atribuir aos direitos fundamentais a “qualidade de garantias jurídico-constitucionais [...] elevadas à natureza de normas constitucionais, não apenas como reflexo simbólico da referida vinculação material do Estado, mas também, e precisamente, para vincar e lhes conferir uma supremacia de natureza jurídica, formal, vinculativa dos poderes públicos constituídos”⁴⁰, nem a Constituição, nem, subsequentemente, a LOFPTC, preveem qualquer mecanismo de acesso direto, pelos cidadãos, à justiça constitucional, com vista à salvaguarda dessas suas posições jurídicas fundamentais, *maxime* quando as lesões decorram da atividade de autoridades públicas.

Na verdade, “o TC não é um tribunal de direitos fundamentais”⁴¹. Não o foi no momento constituinte, posto que tal tutela era então assegurada pelo Conselho da Revolução. Mas também não o é no texto constitucional (artigos 221.º e 223.º, n.º 2), nem na LOFPTC (artigos 6.º a 11.º-A). E não o é, por fim, nem na prática nem na autorrepresentação institucional do próprio TC.

5.2. Problemas

Há outras questões no sistema de justiça constitucional que podem traduzir entropias à tutela judicial efetiva de direitos fundamentais.

Como reconhece Jorge Miranda⁴², a observação mostra que não se tem conseguido vencer disfunções e abusos nos recursos para o TC, tornando a justiça portuguesa ainda mais lenta do que é.

Além disso, poder-se-á equacionar se, nas hipóteses de decisões negativas (artigo 280.º, n.º 1, alínea b), e n.º 2, alínea d), da CRP), a necessidade de esgotamento dos recursos ordinários que caibam (artigo 70.º, n.º 2, da LOFPTC) não importa uma dilação da decisão do TC superior à que se verificaria em sistema de incidente ou reenvio.

13-66 (*maxime*, 21-28); *idem*, “O Regime dos Direitos, Liberdades e Garantias”, in AA.VV., *Estudos sobre a Constituição*, III (Petrony, 1979), 41 e ss.; e M Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional I — Introdução à Teoria da Constituição* (Imprensa, 1979), 176 e ss.

⁴⁰ J Reis Novais, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional...*, *supra* n 22, 12.

⁴¹ J Melo Alexandrino, “Sim ou não...”, *supra* n 23, 42.

⁴² *Supra* n 13, 281-95.

Por outro lado, impressiona a falta de controlo judicial efetivo decorrente de lesões de direitos fundamentais por omissões normativas⁴³, podendo ponderar-se a utilidade em “introduzir um incidente de inconstitucionalidade por omissão na fiscalização concreta”⁴⁴.

6. Ponderação e palavras finais

Encerrada a sucinta revisão da literatura que se vem fazendo entre nós com referência à problemática em discussão, e traçado, em pinceladas necessariamente gerais, o “estado da arte” pertinente, duas conclusões sumárias se podem, desde já, avançar.

Primum, o sistema português de tutela judicial efetiva de direitos fundamentais apresenta algumas idiosincrasias que, com algum teor crítico, podem mesmo ser apodadas de deficiências. Encontrada que foi uma solução para sindicar a atividade do Estado Administração, ficou de fora a possibilidade de controlar a atividade das demais esferas de atuação do Estado constitucionalmente consagradas: as decisões judiciais e as leis (ou as omissões legislativas) lesivas de direitos fundamentais não são inseridas num meio processual específico que faculte aos particulares lesados o acesso direto à justiça (constitucional ou administrativa).

Todos estes considerandos nos permitem desde já perceber que o (re) equacionamento da necessidade de tutela judicial efetiva de direitos fundamentais contra as imunidades do Poder Público (hoje, Executivo, Previdencial e Fiscal) assume contornos de especial premência.

Secundum, a ideia de que os direitos fundamentais são mais efetivamente tutelados judicialmente por recurso a uma ação de amparo ou por uma queixa constitucional é, entre nós, “[...] postulada, ou então recusada, mais do que, em bom rigor, justificada juridicamente”⁴⁵.

Por um lado, os apologistas deste meio processual parecem ser movidos por um certo fascínio teórico que aquele inspira. Mesmo sem que tal modelo tenha sido alguma vez experimentado no ordenamento jurídico português, os defensores do amparo lobrigam naquela ação o remédio para algumas lacunas processuais que se verificam no nosso sistema de tutela judicial de direitos

⁴³ Por todos, vide R B Castro, *As Omissões Normativas Inconstitucionais no Direito Constitucional Português* (Almedina, 2012).

⁴⁴ J Miranda, “O regime...”, *supra* n 28.

⁴⁵ A expressão é de J Melo Alexandrino, “A indivisibilidade dos Direitos dos Homem à Luz da Dogmática Constitucional” (2010), in <http://icjp.pt/sites/default/files/media/793-1198.pdf>, consultada a 25.06.2023 e que aqui se segue de perto.

fundamentais. De tal sorte que a ideia de “amparo” é elevada a dogma, sem comprovação empírica, redundando num dos paradigmas não demonstrados (*thematata obsessionnels*)⁴⁶ em que muitas vezes repousam as construções científicas.

Por seu turno, os defensores do modelo constituído postulam a sua manutenção pela sua originalidade jurídica e encontram comprazimento num funcionamento globalmente satisfatório do sistema. Simultaneamente, rejeitam expressamente a instituição de um amparo, atribuindo-lhe um putativo efeito absorvente da atividade do TC, que condenaria, dessa forma, o sistema de fiscalização concreta difusa vigente. Tudo isto apesar de reconhecerem falhas no sistema de fiscalização concreta constituído.

Creemos, porém, que a questão não está fechada e que o debate deve prosseguir, no círculo fechado da doutrina e dogmática constitucional e dos operadores judiciais, subtraído (ao menos, para já) à especulação mediática e à demagogia e simplismo do discurso político-partidário⁴⁷, e apoiado em estudos de avaliação legislativa e de avaliação jurisprudencial⁴⁸.

O presente estudo não tem, por isso, a pretensão de resolver o problema. Não será, nem pode ser, um trabalho completo e acabado. Visa, tão-só, substanciar uma recensão, honesta e despretensiosa, que revisita o problema, em contexto de revisão constitucional, e torná-lo mais presente e sentido dentro da comunidade científica de língua portuguesa, sendo mais um contributo para enriquecer a discussão em apreço.

Referências bibliográficas

A Cluny, “A justiça e a sua crise: para além dos mitos político-mediáticos” (out.-dez. 1999), *RMP* 20(80), 19-35.

A Salgado de Matos, *A fiscalização administrativa da constitucionalidade das leis. Contributo para o estudo das relações entre Constituição, Leis e Administração Pública no Estado Social de Direito* (Almedina, 2004).

A Vitorino, “A justiça constitucional – Notas sobre o futuro (possível?) da justiça constitucional” (1992), *RMP* 6(12), 9-14.

B de Sousa Santos *et al.*, *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. O caso português* (Afrontamento, 1996).

⁴⁶ E Morin, *Science avec conscience* (PUF, 1990), 173.

⁴⁷ Seguimos assim o conselho de C Blanco de Moraes, *supra* n 15, 984.

⁴⁸ A recomendação, agora, é de J Miranda, “O regime...”, *supra* n 28, 25.

C A Gomes, “Pretexto, texto e contexto da intimação para proteção de Direitos, Liberdades e Garantias”, in AA.VV., *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, vol. 5 (Almedina, 2002).

C Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional, tomo II. O contencioso constitucional português* (Coimbra Editora, 2.^a ed., 2011).

C Gomes, *Os Atrasos na Justiça* (Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011).

C Queiroz, *Os Atos Políticos no Estado de Direito: o problema do controle jurídico do poder* (Almedina, 1990).

_____, *Interpretação Constitucional e Poder Judicial: Sobre a epistemologia da construção constitucional* (Coimbra Editora, 2000).

C Santos Botelho, *A Tutela Direta dos Direitos Fundamentais – Avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e internacional* (Almedina, 2010).

_____, “Haja uma nova Justiça Constitucional” (2010), ROA 70.

_____, “*Quo vadis* “doutrina da margem nacional de apreciação?” O amparo internacional dos direitos do homem face à universalização da justiça constitucional”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Professor Luís Carvalho Fernandes* (Universidade Católica Editora, 2011), 331-72.

E García de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)* (Civitas, 3.^a ed., 1995).

E Maia Costa, “A crise da justiça: crise, discurso da crise e discurso crítico” (jan.-mar.1999), RMP 20(77), 155-72.

E Morin, *Science avec conscience* (PUF, 1990).

F Aguilar, “Direito ao recurso, graus de jurisdição e celeridade processual” (2006), O Direito 138.

F Alves Correia, “A justiça constitucional em Portugal e em Espanha – encontros e divergências” (1999), RJM, n.º especial subordinado ao recurso de amparo, 237-272.

F Lucas Pires, *Teoria da Constituição de 1976 – a transição dualista* (Coimbra, s.n., 1988).

I W Sarlet, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais – Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional* (Livraria do Advogado, 10.ª ed., 2009).

J C Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição da República Portuguesa* (Almedina, 6.ª ed., 2022).

J J Gomes Canotilho, “Constituição e défice procedimental”, in *Estudos sobre direitos fundamentais* (Coimbra Editora, 2004), 69-84.

_____, *Direito constitucional e teoria da constituição* (Coimbra Editora, 7.ª ed., reimp., 2013).

J M Ferreira de Almeida, *A justiça constitucional em Portugal* (Cognitio, 1985).

J M Sérvulo Correia, *Direitos Fundamentais – Sumários* (AAFDL Editora, 2002).

J M Sérvulo Correia/J Bacelar Gouveia, “Princípios constitucionais do acesso à justiça, da legalidade processual e do contraditório; junção de pareceres em processo civil; interpretação conforme à Constituição do artigo 525.º do Código do Processo Civil – Anotação ao Acórdão n.º 934/96 do Tribunal Constitucional” (jan. 1997), *ROA*, ano 57, vol. I, 295-357.

J Magalhães, *Dicionário da Revisão Constitucional* (Europa-América, 1989).

J Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa, vol. II – A construção dogmática* (Almedina, 2006).

_____, “Sim ou não ao recurso de amparo?” (2010), *Julgar* 11, 41-49.

_____, “A indivisibilidade dos Direitos dos Homem à Luz da Dogmática Constitucional” (2010), in <http://icjp.pt/sites/default/files/media/793-1198.pdf>.

J Miranda, *Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade* (Coimbra Editora, 2008, reimp. da dissertação de 1968).

_____, *A Constituição de 1976 – Formação, estrutura, princípios fundamentais* (Coimbra Editora, 1978).

_____, “O Regime dos Direitos, Liberdades e Garantias”, in AA.VV., *Estudos sobre a Constituição, III* (Petrony, 1979).

_____, *Ideias para uma Revisão Constitucional* (Cosmos, 1996).

_____, *Manual de Direito Constitucional, tomo I. Preliminares. O Estado e os Sistemas Constitucionais* (Coimbra Editora, 5.^a ed., 1996).

_____, *Manual de Direito Constitucional, tomo iv. Direitos Fundamentais* (Coimbra Editora, 2.^a ed., 1998).

_____, “Introdução Geral”, in J Miranda/R Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada, tomo I* (Coimbra Editora, 2.^a ed., 2010).

_____, *Manual de Direito Constitucional, tomo vi. Inconstitucionalidade e garantia da Constituição* (Coimbra Editora, 4.^a ed., 2013).

_____, “O regime de fiscalização concreta da constitucionalidade em Portugal”, in <https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1119-2440.pdf>, [s.d.], consultada a 25.06.2023.

J Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição* (Coimbra Editora, 2003).

_____, “Em defesa do Recurso de Amparo Constitucional (ou uma avaliação crítica do sistema português de fiscalização concreta da constitucionalidade)” (2005), *Themis* 10.

_____, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático* (Coimbra Editora, 2012).

M A Vaz, *A Responsabilidade Civil do Estado – Considerações breves sobre o seu estatuto constitucional* (Publicações da Universidade Católica, 1995).

M F Palma, “Constituição e Justiça: novos problemas para a Justiça Constitucional” (2000), *Themis* 1.

M Gros, “Le juge administratif, la procédure et le temps” (1999), *Revue du Droit Public* 6.

M L Amaral, “Justiça Constitucional, Proteção de Direitos Fundamentais e Segurança Jurídica ou que Modelo de Justiça Constitucional Melhor Protege os Direitos Fundamentais”, in *Anuário Português de Direito Constitucional, II* (Almedina, 2002).

_____, “Problemas da *Judicial Review* em Portugal” (2005), *Themis* 10.

_____, “Queixas Constitucionais e Recursos de Constitucionalidade (Uma Lição de “Direito Público Comparado)””, in AA.VV., *Estudos Comemorativos*

dos 10 Anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, vol. I (Almedina, 2008).

_____, “Acesso dos particulares à jurisdição constitucional”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, II – Direito Constitucional e Justiça Constitucional* (Coimbra Editora, 2012).

M P Beleza, “Subsistência do controlo difuso ou migração para um sistema concentrado de reenvio prejudicial”, *Perspetivas de Reforma da Justiça Constitucional em Portugal e no Brasil* (Coimbra Editora, 2012).

_____, “Tutela Judicial efetiva e acesso dos cidadãos ao Tribunal Constitucional” (2016), *Julgar* 29, 61-75.

M Rebelo de Sousa, *Direito Constitucional I — Introdução à Teoria da Constituição* (Imprensa, 1979).

M Rebelo de Sousa/J Melo Alexandrino, *Constituição da República Portuguesa Comentada* (Petrony, 2000).

N Piçarra, *O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias como juiz legal e o processo do artigo 177.º do Tratado da CEE – As relações entre a ordem jurídica comunitária e as ordens jurídicas dos Estados-membros da perspetiva dos tribunais constitucionais* (Petrony, 1991).

O Dugrip, *L'urgence contentieuse: devant les juridictions administratives* (Presses universitaires de France, 1991).

P Bacelar de Vasconcelos, *A Crise da Justiça em Portugal* (Gradiva, 1998).

P Cardinal, “The Judiciary and Fundamental Rights – A dual role: Guarantor and Breacher” (1999), *RJM*, n.º especial subordinado ao tema “O Direito de amparo em Macau e em Direito Comparado”, 155-172.

P Fernández Sánchez, *Lei e Sentença: Separação dos Poderes Legislativo e Judicial na Constituição Portuguesa – vol. I e II* (AAFDL Editora, 2018 – reimp.).

P Otero, *Ensaio sobre o caso julgado inconstitucional* (Lex, 1993).

RB Castro, *As Omissões Normativas Inconstitucionais no Direito Constitucional Português* (Almedina, 2012).

R Medeiros, *A Decisão de Inconstitucionalidade. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade* (Universidade Católica Editora, 1999).

_____, “A Força Expansiva do Conceito de Norma no Sistema Português de Fiscalização Concentrada da Constitucionalidade”, in AA.VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Marques Guedes* (Coimbra Editora, 2004).

S Lopes Luís, “O recurso de amparo: Uma solução possível?”, in AA. VV., *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, II – Direito Constitucional e Justiça Constitucional* (Coimbra Editora, 2012).

V Moreira, “O Tribunal Constitucional Português: a Fiscalização Concreta” (2001), *Sub Judice* 20/21.

W Brito, “O amparo constitucional” (1999), *RJM*, n.º especial subordinado ao tema “O Direito de amparo em Macau e em Direito Comparado”, 87-117.

A PROTEÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS ATRAVÉS DA AÇÃO POR INCUMPRIMENTO:

O PROCESSO C-769/22 COMISSÃO EUROPEIA CONTRA HUNGRIA, DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

Gonçalo Martins de Matos

Licenciado em Direito e Mestre em Direito Judiciário pela Escola de Direito da Universidade do Minho. Desenvolve investigação científica no âmbito do Centro de Excelência Jean Monet CitDig. Email: goncalo_m_matos@hotmail.com

Resumo: Os direitos fundamentais ocupam um lugar central na ordem jurídica da União Europeia. É por isso que a sua promoção e proteção ganha especial relevo, principalmente num contexto de violações graves e sucessivas de direitos fundamentais por parte de alguns Estados-Membros. Ao estruturar-se como uma União de Direito, na medida em que cria direitos para os seus cidadãos e promove os meios de os fazer valer em juízo, a União Europeia apresenta um rol de ações e procedimentos jurisdicionais entre os quais pode ser encontrada a ação por incumprimento, cuja finalidade é a de avaliação do comportamento de um Estado-Membro quando esteja em causa a violação do direito da União. Atendendo às suas características, a ação por incumprimento pode ser utilizada como meio de proteção jurisdicional de direitos fundamentais, revelando o papel que o Tribunal de Justiça da União Europeia desempenha na sua promoção e proteção, tomando como exemplo a recente ação por incumprimento C-769/22, intentada contra a Hungria.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; União de Direito; Tutela jurisdicional efetiva; Ação por incumprimento; Tribunal de Justiça da União Europeia.

Introdução

Os direitos fundamentais revestem uma relevância elementar na ordem jurídica da União Europeia (UE), como é evidenciado pela evolução dos Tratados para incluir a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE) como direito originário da UE, através da sua equiparação com os Tratados institutivos promovida pelo Tratado de Lisboa. Este passo foi, na verdade, o último num processo de gradual enfoque nos direitos fundamentais enquanto fundamento e finalidade da União. Este enfoque deu-se por via do ativismo do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), que foi reconhecendo por via jurisprudencial a centralidade dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos na ordem jurídica da União. Ao estruturar-se como uma União de Direito, na medida em que cria direitos para os seus cidadãos e promove os meios de os fazer valer em juízo, a UE apresenta um rol de ações e procedimentos jurisdicionais com diversas finalidades. Entre eles podemos encontrar a ação por incumprimento, cuja finalidade é a de avaliação do comportamento de um Estado-Membro quando esteja em causa a violação do direito da União. Mas esta ação pode ser muito mais, principalmente num contexto de violações graves e sucessivas de direitos fundamentais em alguns Estados-Membros.

É precisamente com o intuito de percebermos de que forma pode a ação por incumprimento ser utilizada como mecanismo de proteção jurisdicional de direitos fundamentais que damos início a esta investigação. Para tanto, iremos em primeiro lugar recordar de que maneira os direitos fundamentais assumiram o papel de relevo que hoje detêm na ordem jurídica da União. Após uma breve caracterização da ação por incumprimento, passaremos à análise do potencial que este meio processual revela para a promoção e proteção de direitos fundamentais e, por inerência, do papel desempenhado pelo próprio TJUE na construção e efetivação dessa mesma proteção, mediante o estudo de uma ação por incumprimento intentada recentemente contra a Hungria, que aguarda ainda a decisão final pelo TJUE, mas cuja petição, pela Comissão, fornece já alguns dados para análise.

1. A proteção jurisdicional dos direitos fundamentais na União Europeia

É repetidamente afirmado que, inicialmente, os tratados institutivos da UE não consagravam nenhum catálogo de direitos fundamentais, o que nunca se opôs a que fossem reconhecidos como pilares essenciais do processo

de integração europeia. Este reconhecimento operou-se por via jurisprudencial¹, tendo o TJUE determinado, em deliberações como a proferida no Acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*², que “o respeito pelos direitos fundamentais faz parte integrante dos princípios gerais de direito cuja observância é assegurada pelo Tribunal de Justiça”, acrescentando que a salvaguarda desses direitos “deve ser assegurada no âmbito da estrutura e dos objectivos da [União]”, recordando ainda a sua inspiração nas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros³. Outro passo muito significativo na tutela de direitos fundamentais foi dado com o Acórdão *Nold*⁴, no qual o TJUE acrescentou à garantia dos direitos fundamentais, garantidos pelas constituições dos Estados-Membros, a garantia dos direitos fundamentais reconhecidos pelos “instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do homem, em que os Estados-membros colaboraram ou a que aderiram”⁵, como a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) ou a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Com a crescente inclusão de referências aos direitos fundamentais a cada revisão dos Tratados da UE, e com a criação da CDFUE – desprovida inicialmente de força jurídica vinculativa –, foi com o Tratado de Lisboa que se deu o maior avanço na protecção dos direitos fundamentais, ao ser reconhecida à CDFUE a força jurídica vinculativa de direito originário da União, com o mesmo valor jurídico dos Tratados, por via do artigo 6.º do TUE.

A par deste passo relevante, com o Tratado de Lisboa operou-se definitivamente a fundamentação axiológica da UE num conjunto de valores comuns aos Estados-Membros, nomeadamente o respeito pela dignidade humana, a liberdade, a democracia, a igualdade, o Estado de Direito e o respeito pelos direitos humanos, elencados no artigo 2.º do Tratado da União Europeia (TUE). É a partir desta referência expressa aos valores comuns que se passa a conceber a UE como uma entidade axiologicamente caracterizada, enformada pelos valores que emergem do seu património cultural comum, impondo-se estes como objetivo da própria União, expresso no n.º 1 do artigo 3.º do TUE. Esta consagração

¹ Para uma análise detalhada dos acórdãos relevantes, ver, entre outros, P F Martins, *Direito Constitucional Europeu* (Universidade Católica Editora, 2022), 329 e ss.

² Acórdão do TJUE *Internationale Handelsgesellschaft mbH contra Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, de 17 de dezembro de 1970, Proc. 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A61970CJ0011>, consultado em 22 de junho de 2023.

³ Considerando 4 do Acórdão *Internationale Handelsgesellschaft*.

⁴ Acórdão do TJUE *J. Nold, Kohlen- und Baustoffgroßhandlung contra Comissão das Comunidades Europeias*, de 14 de maio de 1974, Proc. 4/73, ECLI:EU:C:1974:51, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A61973CJ0004>, consultado em 27 de junho de 2023.

⁵ Considerando 13 do Acórdão *Nold*.

concebe uma UE fundada na primazia destes valores humanísticos, na qual “a pessoa humana, e não a economia ou a moeda única, passa a estar no centro do património civilizacional da União e dos Estados membros”⁶, comprometendo-se igualmente os Estados-Membros a conformar as respetivas ordens jurídicas internas com os valores estabelecidos no artigo 2.º do TUE, corresponsabilizando-se na prossecução desses valores comuns. É esta conceção da UE como comunidade de valores que concorre para a construção da “sociedade caracterizada pelo pluralismo, pela não discriminação, pela tolerância, pela justiça, pela solidariedade e pela igualdade entre homens e mulheres” a que alude a segunda parte do artigo 2.º do TUE.

No entanto, a UE revela-se muito mais do que esta comunidade de valores. A UE cria direito como se de um Estado se tratasse, ao qual o seu quadro jurídico-institucional, os seus Estados-Membros e os seus cidadãos se vinculam, o que implica consequentemente que esta se submete aos princípios que ela própria criou. Porque a UE se concebe como uma comunidade de valores, na medida em que a atuação das suas instituições é regida vinculativamente pelos seus valores fundamentais, é natural que daqui se retire que a atuação da União se encontra submetida ao Direito, conclusão que resulta do facto de a UE ser uma entidade detentora de poder público. Porque o exercício dos poderes públicos que os Estados-Membros devolveram à UE afeta diretamente as suas esferas jurídicas, a par das esferas jurídicas dos particulares, “a sua actuação deve reger-se por normas e procedimentos jurídicos”⁷, devendo esta “observar os mesmos princípios que os Estados observariam se fossem eles a atuar, incluindo o princípio do Estado de direito”⁸. Estamos perante a noção da UE como uma União de Direito, na qual “o exercício do poder público [europeu] está vinculado ao direito [da UE]”⁹. Esta noção concretiza-se no princípio da União de Direito, deduzido jurisprudencialmente através do Acórdão *Les Verts*¹⁰, que funciona como “1) limite à actuação das instituições europeias e 2) garantia dos direitos dos particulares afectados pelas disposições europeias”¹¹.

A estruturação da UE como uma União de Direito, na qual as suas instituições estão sujeitas à fiscalização da conformidade dos seus atos com os seus

⁶ F Quadros, “O conteúdo e os valores da Constituição Europeia”, in AA. VV., *Colóquio Internacional “Uma Constituição para a Europa”* (Almedina, 2004), 189, 191.

⁷ A Silveira, *Princípios de Direito da União Europeia* (Quid Juris, 2.ª ed., 2011), 28.

⁸ A M G Martins, *Manual de Direito da União Europeia* (Almedina, 2012), 199.

⁹ A M G Martins, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia* (Almedina, 2004), 221.

¹⁰ Acórdão do TJUE *Parti Ecologiste “Les Verts” contra Parlamento Europeu*, de 23 de abril de 1986, Proc. 294/83, ECLI:EU:C:1986:166, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:61983CJ0294>, consultado em 30 de junho de 2023.

¹¹ A Silveira, *supra* n 7, 29-30.

Tratados, pressupõe que o funcionamento da UE está submetido ao princípio da legalidade, no sentido em que normas estritas regem a organização e atividade das instituições europeias, as relações entre elas, entre estas e os Estados-Membros e entre os Estados-Membros, a definição das competências da União e dos Estados-Membros, assim como a posição dos particulares perante a UE e os Estados. Em consequência, “todas as relações jurídicas estabelecidas no quadro da União tombam sob o controlo de órgãos jurisdicionais independentes”¹². Para além disso, ao reconhecer que os Tratados também estabeleceram “um sistema completo de vias de recurso e de procedimentos destinado a confiar ao Tribunal de Justiça a fiscalização da legalidade dos actos das instituições”¹³, o TJUE acrescentou que a UE, ao estruturar-se como uma União de Direito, sujeita ao princípio da legalidade, assegura igualmente a garantia da tutela jurisdicional efetiva.

Se definirmos a tutela jurisdicional efetiva como a “sucessão lógica [...] de direitos que [...] visa garantir que tanto a objetiva legalidade europeia como os direitos subjetivos e interesses legítimos, *maxime* fundamentais, conferidos [...] aos particulares pela ordem jurídica da União, sejam [...], através da atividade levada a cabo pelos tribunais, devidamente assegurados e protegidos”¹⁴, é natural que esta conte com os “tribunais nacionais enquanto tribunais funcionalmente europeus (quando aplicam o direito da União) e os tribunais organicamente europeus que integram o TJUE (já que a sua criação, estrutura e funcionamento é definido pelo direito da União)”¹⁵, resultando desta “interação reflexiva entre ordens jurisdicionais que convivem no mesmo espaço jurídico”¹⁶ a rede integrada pelos meios jurisdicionais estabelecidos pelo direito da UE, e a sua aplicação perante os órgãos jurisdicionais da ordem jurídica da União, que concretiza o princípio da tutela jurisdicional efetiva na realidade da União de Direito que é a UE.

Assim, o princípio da tutela jurisdicional efetiva implica que a ordem jurídica europeia preveja meios para tutelar dos direitos fundamentais por si assegurados. Apesar de podermos encontrar vários meios de tutela de direitos

¹² J M Campos, A P Pereira e J L M Campos, *O Direito Processual da União Europeia: Contencioso Comunitário* (Fundação Clouste Gulbenkian, 2.ª ed., 2014), 93.

¹³ Considerando 23 do Acórdão *Les Verts*.

¹⁴ C C Proença, *Tutela Jurisdicional Efetiva no Direito da União Europeia* (Petrony, 2017), 61-62.

¹⁵ J C Abreu, “Princípio da Tutela Jurisdicional Efetiva”, in A P Brandão *et al.* (coord.), *Enciclopédia da União Europeia* (Petrony, 2017), 329, 330.

¹⁶ J C Abreu, “O acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 591/2016 em matéria de concessão de apoio judiciário a pessoas coletivas com fins lucrativos e a jurisprudência do Tribunal de Justiça – reflexões prospetivas à luz da interjurisdicionalidade”, in A Silveira (coord.), *UNIO E-book – Workshop CEDU/UNISC 2016: Interjursfundamentalidade, Internormatividade e Interjurisdicionalidade* (CEDU/EDUM, 2016), 135, 147, disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/53733>, consultado em 3 de julho de 2023.

fundamentais na ordem jurídica da União, atendendo ao escopo deste texto iremos focar-nos nos meios jurisdicionais que integram o contencioso da UE, especificamente na ação por incumprimento.

2. Breve caracterização da ação por incumprimento

A ação por incumprimento constitui um meio processual de “fiscalização judicial da violação das obrigações assumidas pelos Estados-membros por força dos Tratados”¹⁷, orientado precisamente para a aferição da conformidade do comportamento de um Estado-Membro com o direito da UE. Prevista nos artigos 258.º a 260.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), a sua finalidade expressa-se numa dupla vertente: a apreciação do comportamento dos Estados-Membros no tocante ao cumprimento das obrigações decorrentes do direito da União, assim como a interpretação de disposições de direito da UE. Uma outra vertente relevante através da qual pode ser olhada a ação por incumprimento é a sua finalidade de controlo constitucional do direito da UE, na medida em que, se os Tratados da União são a sua Constituição, então o mecanismo desenhado para fazer cumprir as normas constitucionais neles constantes reveste necessariamente a natureza de mecanismo de controlo constitucional¹⁸.

Nos termos do § 1.º do artigo 258.º do TFUE, a Comissão Europeia dará início à fase pré-contenciosa da ação por incumprimento quando considerar que um Estado-Membro “não cumpriu qualquer das obrigações que lhe incumbem por força dos Tratados”. No entanto, esta formulação não esclarece o alcance da expressão “obrigações que lhes incumbem por força dos Tratados”, pelo que competiu ao TJUE a sua densificação. A noção de incumprimento não se reduz a uma simples violação dos Tratados, devendo ser interpretada num sentido lato, implicando a “violação por parte das autoridades estaduais de regras, normas e princípios obrigatórios do Direito [da UE]”¹⁹, ou seja, “de qualquer norma ou princípio que integre a ordem jurídica da União”²⁰. Para este efeito, entende-se por violação “a aprovação, a adopção e a manutenção de medidas legislativas regulamentares ou administrativas por parte de um Estado-Membro incompatíveis com o

¹⁷ M J R Mesquita, *Introdução ao Contencioso da União Europeia* (Almedina, 3.ª ed., 2018), 152.

¹⁸ Para mais sobre esta perspetiva da ação por incumprimento, ver J C Abreu, “An approach to today’s EU constitutionality control – understanding this EU inter-jurisdictional phenomenon in light of effective judicial protection” (2017), *UNIO – EU Law Journal* 3, 104, 109.

¹⁹ F Quadros e A M G Martins, *Contencioso da União Europeia* (Almedina, 2.ª ed., 2009), 228.

²⁰ G B Cruz, “Anotação aos Artigos 258.º e 259.º TFUE”, in M L Porto e G Anastácio (coord.), *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado* (Almedina, 2012), 929, 930.

Direito [da UE], bem como a inexecução e a execução incompleta ou tardia de obrigações que são impostas ao Estado pelo Direito [da UE]²¹.

Neste sentido, da noção de violação que acabámos de citar no parágrafo anterior, conseguimos depreender que o incumprimento pode resultar de um comportamento positivo – incumprimento por ação – ou de um comportamento negativo – incumprimento por omissão. O comportamento positivo pode consistir num ato, ou conjunto de atos internos determinados incompatíveis com o direito da União; o comportamento negativo pode consistir na omissão da parte do Estado-Membro do seu dever de adotar medidas de execução do direito da UE ou de revogar disposições de direito interno que se tenham tornado incompatíveis com o direito da União.

Para além da Comissão Europeia, qualquer Estado-Membro tem legitimidade ativa para desencadear uma ação por incumprimento. A forma do processo varia ligeiramente conforme seja desencadeado pela Comissão ou por um Estado-Membro. Nos termos do artigo 258.º do TJUE, quando tome conhecimento de um incumprimento de um Estado-Membro, a Comissão Europeia envia ao Estado infrator uma carta de notificação, dando-lhe um prazo para responder, findo o qual a Comissão lhe remete parecer fundamentado no qual expõe o incumprimento e propõe medidas necessárias à sua resolução. Se o Estado-Membro mantiver a situação identificada, a Comissão propõe, então, ação por incumprimento perante o TJUE. Nos termos do artigo 259.º do TFUE, qualquer Estado-Membro pode submeter o assunto à Comissão Europeia mediante queixa, “onde exporá os motivos que considera justificarem o incumprimento que imputa ao outro Estado”²². No prazo de três meses a Comissão pode formular parecer fundamentado, mas a sua não formulação, ou mesmo a conclusão de não se verificar a situação de incumprimento, não obsta a que o Estado-Membro queixoso instaure ação por incumprimento perante o TJUE, apesar da escassez deste tipo de casos, pois os Estados-Membros não têm interesse em cenários de litigância direta, principalmente por razões de ordem política. A ideia que subjaz a esta estrutura é a de reconhecer ao TJUE o “monopólio de determinação e consequente declaração do incumprimento”²³.

A ação por incumprimento termina com emanação, pelo TJUE, de um acórdão no qual este declara se determinado Estado-Membro infringiu ou não determinada obrigação que lhe incumbe por força dos Tratados. Este acórdão reveste natureza meramente declarativa, e não condenatória, na medida em que o TJUE apenas declara que um Estado-Membro incumpriu ou não as suas

²¹ F Quadros e A M G Martins, *supra* n 19, 228.

²² J C Abreu, *Inconstitucionalidade por Omissão e Ação por Incumprimento: a Inércia do Legislador e suas Consequências* (Editorial Juruá, 2011), 17.

²³ M L Duarte, *Direito do Contencioso da União Europeia* (AAF DL Editora, 1.ª reimpr., 2021), 259.

obrigações, não podendo “nem indicar as medidas necessárias para pôr termo ao incumprimento, nem substituir-se ao Estado infractor praticando os actos necessários à reposição da legalidade”²⁴. No entanto, este acórdão “goza da autoridade de caso julgado: é definitivo e obrigatório para o Estado-membro condenado”²⁵, conforme o disposto no artigo 260.º do TFUE, ficando o Estado-Membro juridicamente obrigado a tomar as medidas necessárias à execução do acórdão, pondo termo ao comportamento material que consubstancia o incumprimento. Caso o Estado-Membro em falta nada faça para executar o acórdão, pode ser-lhe imputado um incumprimento do acórdão declarativo do primeiro incumprimento, ou incumprimento reiterado, que, nos termos do n.º 2 do artigo 260.º do TFUE, dará lugar a uma segunda ação por incumprimento, no decurso da qual a Comissão Europeia poderá propor a aplicação de uma sanção pecuniária de quantia fixa ou uma sanção pecuniária compulsória, podendo o TJUE aplicar ambas as modalidades cumulativamente.

Esta breve caracterização da ação por incumprimento serviu para dar o contexto necessário para perceber o foco deste artigo – o papel que o TJUE pode desempenhar na proteção dos direitos fundamentais na UE, especificamente através da ação por incumprimento. Para podermos analisar essa perspectiva, iremos olhar num primeiro momento para decisões de incumprimento recentes que permitiram chegarmos ao processo por incumprimento que dá o mote ao nosso artigo.

3. A ação por incumprimento dos valores consagrados no artigo 2.º do TUE: o Processo C-769/22 Comissão Europeia contra Hungria

No contexto do chamado “retrocesso do Estado de Direito”²⁶, processo que se define pela gradual captura dos sistemas jurídico-políticos dos respetivos Estados por um partido no poder, e que tem afetado alguns Estados-Membros da UE, têm-se verificado alguns recuos em campos que pareciam antes protegidos,

²⁴ M J R Mesquita, *Efeitos dos Acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias Proferidos no Âmbito de uma Acção por Incumprimento* (Almedina, 1997), 45.

²⁵ M L Duarte, *supra* n 23, 270.

²⁶ Sobre o retrocesso do Estado de Direito, ver, entre outros, C Closa e D Kochenov, “Part I. The case for EU reinforced oversight in four questions” (2014), in C Closa, D Kochenov e J H H Weiler, *EUI Working Paper RSCAS 2014/25: Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, 3, 7, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2404260, consultado em 13 de julho de 2023, e L Pech e K L Scheppele, “Illiberalism within: rule of law backsliding in the EU” (2017), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 19, 7, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3009280, consultado em 13 de julho de 2023.

como o Estado de Direito ou os direitos fundamentais. A Hungria e a Polónia representam os casos tristemente paradigmáticos destes processos de desmantelamento intencional do estado de direito democrático, pois apresentaram os retrocessos mais significativos em menos tempo, tendo desde 2011 e 2015, respetivamente, deteriorado os sistemas de garantias e encetado em políticas discriminatórias. A reação das instituições europeias não foi, então, a mais expedita ou perentória, o que levou a que a Comissão Europeia em particular fosse criticada por não fazer o que era necessário. Isto porque as tentativas de resolução da Comissão eram ignoradas pelos dois Estados-Membros, e porque as reações da Comissão eram pífias, se não fossem inúteis. Mesmo as ações por incumprimento intentadas pela Comissão constituíam vitórias pírricas, pois verificavam o incumprimento daqueles Estados de normas específicas da UE, mas ignoravam o problema sistémico, mais amplo do que meras normas de direito.

Esta situação encontrou finalmente avanços positivos quando, em 2019, o TJUE proferiu o acórdão *Comissão contra Polónia*²⁷, no qual o Tribunal concluiu que as regras de aposentação dos juizes do Supremo Tribunal polaco e o poder discricionário do Presidente da República de manter ou não em funções os juizes que o requeressem legislados pelo governo polaco constituíam uma violação do princípio da tutela jurisdicional efetiva e do princípio da independência e imparcialidade judicial, consagrados no TFUE e na CDFUE, abordando desta forma “a questão de princípio no cerne da questão: a adesão ao Estado de Direito através do respeito pela independência judicial e pela inamovibilidade”²⁸. Ao abordar a questão de fundo, a Comissão e o TJUE orientaram a ação por incumprimento para um foco mais abrangente, capaz de melhor tutelar as situações resultantes de uma violação específica cujos efeitos são mais amplos do que aquela mera violação.

Esta pequena introdução serve o propósito de evidenciar que o TJUE revela o potencial de desempenhar um papel fulcral na defesa de direitos fundamentais. Porque, apesar do trabalho incessante das restantes instituições na prevenção e acompanhamento da violação de direitos fundamentais, apenas o acórdão do TJUE reveste a força jurídica necessária para uma reação resoluta aos atropelos aos direitos fundamentais. E é a conjugação de ambos os meios que

²⁷ Acórdão do TJUE *Comissão Europeia contra República da Polónia*, de 24 de junho de 2019, Proc. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:62018CJ0619>, consultado em 13 de julho de 2023.

²⁸ K L Scheppele, D Kochenov e B Grabowska-Moroz, “EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union” (2020), *Yearbook of European Law* 39, 3, 45, disponível em <https://academic.oup.com/yel/article/doi/10.1093/yel/yeaa012/6064852?login=true>, consultado em 14 de julho de 2023 (tradução do Autor. Citação original: “tackled the issue of principle at the matter of the matter: adherence to the Rule of Law via honouring judicial independence and irremovability”).

permite uma tutela forte e eficaz dos direitos fundamentais no seio da UE. Não é novidade que o TJUE sempre desempenhou um papel fundamental no processo de integração europeia, exercendo esse ativismo através da sua jurisprudência, razão pela qual concordamos quando se escreve que “a decisão judicial foi – e continua sendo – um instrumento privilegiado de realização e ampliação da do [sic] paradigma da União de Direito”²⁹. Prova deste papel é a consagração que o TJUE promoveu do regime de condicionalidade do Estado de Direito, através de dois acórdãos, declarando que o regime pretende penalizar os efeitos nocivos do desrespeito dos princípios do Estado de Direito no orçamento da União, e não penalizar esse desrespeito enquanto tal³⁰. Este exemplo serve para reforçar a ideia da conjugação das decisões jurisdicionais com as iniciativas das restantes instituições para uma proteção eficaz dos direitos fundamentais.

Assim, chegamos por fim à referência ao processo que dá mote ao nosso texto: a ação por incumprimento intentada pela Comissão Europeia contra a Hungria em 19 de dezembro de 2022. Não pretendemos fazer uma análise exaustiva do processo, apenas da parte que configura a novidade. Em causa está a adoção de várias normas por parte do governo húngaro que, despidas das suas preocupações fictícias, revelam um ataque sistémico aos direitos fundamentais das pessoas LGBT+, na medida em que impõem uma série de proibições e restrições em relação à não conformidade de género, mudança de género ou promoção e/ou exibição da homossexualidade. Na petição da ação, a Comissão Europeia, partindo das várias violações de diversas normas europeias praticadas pela Hungria, declara que “[a]o adotar as normas referidas no n.º 1, a Hungria violou o artigo 2.º do Tratado da União Europeia”³¹. Quando for proferido o acórdão relativo a esta ação por incumprimento, o TJUE irá certamente aproveitar esta formulação para expandir a defesa dos direitos fundamentais na UE, consagrados nos Tratados instituidores e na CDFUE. A novidade expectável é a ligação que o TJUE fará de diversas violações, aparentemente desconexas, que em conjunto revelam atentados aos princípios fundamentais da UE, em específico aos direitos humanos consagrados como objetivo e fim da União no artigo 2.º do TUE.

²⁹ M L Duarte, *supra* n 23, 24.

³⁰ Nota de Imprensa do TJUE n.º 28/22, de 16 de fevereiro de 2022, disponível em <https://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2022-02/cp220028en.pdf>, consultada em 14 de julho de 2023. Os acórdãos, C-156/21 *Hungria contra Parlamento e Conselho* e C-157/21 *Polónia contra Parlamento e Conselho*, podem ser consultados, respetivamente, em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:62021CJ0156> e <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:62021CJ0157>, ambos consultados em 14 de julho de 2023.

³¹ Processo C-769/22: Ação intentada em 19 de dezembro de 2022 – *Comissão Europeia/Hungria*, JO 2023/C 54/19, disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:62022CN0769>, consultado em 14 de julho de 2023.

Esta visão integrada e ampla de que violações pontuais podem evidenciar problemas de natureza sistêmica vem dar eco a várias propostas e análises da doutrina, que reconheciam a necessidade de conferir à ação por incumprimento uma lente sistêmica, de forma a reagir de forma eficaz ao problema maior de atentado contra os direitos humanos que representam as violações esporádicas de certas normas³². Com esta visão sistêmica, o TJUE consegue conferir aos seus acórdãos uma amplitude e uma eficácia que a ação por incumprimento apontada para “meras” violações de direito não consegue tão bem. Aguardamos com expectativa os próximos desenvolvimentos neste caso.

Conclusões

Os direitos fundamentais assumem uma relevância central na ordem jurídica da UE. É por isso que uma União de Direito onde vigora o princípio da tutela jurisdicional efetiva deve promover os meios jurisdicionais de tutelar esses direitos fundamentais, reconhecidos aos seus cidadãos. É nessa ótica que a ação por incumprimento se apresenta como uma das respostas com maior potencial de proteção de direitos fundamentais contra violações graves praticadas por certos Estados-Membros.

A ação por incumprimento percorreu um longo percurso, impulsionada pelo ativismo do TJUE, através da sua jurisprudência, até chegar a este ponto de viragem. A sua potencialidade enquanto ação abrangente, capaz de abordar o problema sistémico subjacente a violações pontuais de normas de direito da UE, apresenta uma via de facto para uma tutela eficaz dos direitos fundamentais. O mais recente exemplo, a ação por incumprimento intentada em 19 de dezembro de 2022 pela Comissão Europeia contra a Hungria, pode apresentar o precedente através do qual ações futuras enfrentarão ataques sistémicos aos direitos fundamentais. Ficaremos a aguardar com expectativa os desenvolvimentos que advirão desta ação, que é passível de inaugurar um novo capítulo na tutela jurisdicional de direitos fundamentais na UE e, com isso, reafirmar o papel fundamental desempenhado pelo TJUE na sua promoção e proteção.

³² Ver, por todos, K L Scheppele, “What Can the European Commission Do When Member States Violate Basic Principles of the European Union? The Case for Systemic Infringement Actions”, *in* *Verfassungsblog* (2013), disponível em <https://verfassungsblog.de/wp-content/uploads/2013/11/scheppele-systemic-infringement-action-brussels-version.pdf>, consultado em 14 de julho de 2023, e K L Scheppele, D Kochenov e B Grabowska-Moroz, *supra* n 28.

Bibliografia

- A Silveira, *Princípios de Direito da União Europeia* (Quid Juris, 2.^a ed., 2011).
- A M G Martins, *Manual de Direito da União Europeia* (Almedina, 2012).
- A M G Martins, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia* (Almedina, 2004).
- C Closa e D Kochenov, “Part I. The case for EU reinforced oversight in four questions” (2014), in C Closa, D Kochenov e J H H Weiler, *EUI Working Paper RSCAS 2014/25: Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, 3, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2404260.
- C C Proença, *Tutela Jurisdicional Efetiva no Direito da União Europeia* (Petrony, 2017).
- F Quadros e A M G Martins, *Contencioso da União Europeia* (Almedina, 2.^a ed., 2009).
- F Quadros, “O conteúdo e os valores da Constituição Europeia”, in AA. VV., *Colóquio Internacional “Uma Constituição para a Europa”* (Almedina, 2004).
- G B Cruz, “Anotação aos Artigos 258.º e 259.º TFUE”, in M L Porto e G Anastácio (coord.), *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado* (Almedina, 2012).
- J C Abreu, “Princípio da Tutela Jurisdicional Efetiva”, in A P Brandão *et al.* (coord.), *Enciclopédia da União Europeia* (Petrony, 2017).
- J C Abreu, “An approach to today’s EU constitutionality control – understanding this EU inter-jurisdictional phenomenon in light of effective judicial protection” (2017), *UNIO – EU Law Journal* 3.
- J C Abreu, “O acórdão do Tribunal Constitucional português n.º 591/2016 em matéria de concessão de apoio judiciário a pessoas coletivas com fins lucrativos e a jurisprudência do Tribunal de Justiça – reflexões prospetivas à luz da interjurisdicionalidade”, in A Silveira (coord.), *UNIO E-book – Workshop CEDU/UNISC 2016: Interjusefundamentalidade, Internormatividade e Interjurisdicionalidade* (CEDU/EDUM, 2016), 135, disponível em <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/53733>.
- J C Abreu, *Inconstitucionalidade por Omissão e Ação por Incumprimento: a Inércia do Legislador e suas Consequências* (Editorial Juruá, 2011).

J M Campos, A P Pereira e J L M Campos, *O Direito Processual da União Europeia: Contencioso Comunitário* (Fundação Clouste Gulbenkian, 2.ª ed., 2014).

K L Scheppele, “What Can the European Commission Do When Member States Violate Basic Principles of the European Union? The Case for Systemic Infringement Actions”, in *Verfassungsblog* (2013), disponível em <https://verfassungsblog.de/wp-content/uploads/2013/11/scheppele-systemic-infringement-action-brussels-version.pdf>.

K L Scheppele, D Kochenov e B Grabowska-Moroz, “EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union” (2020), *Yearbook of European Law* 39, 3, disponível em <https://academic.oup.com/yel/article/doi/10.1093/yel/yeaa012/6064852?login=true>.

L Pech e K L Scheppele, “Illiberalism within: rule of law backsliding in the EU” (2017), *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 19, 7, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3009280.

M J R Mesquita, *Introdução ao Contencioso da União Europeia* (Almedina, 3.ª ed., 2018).

M J R Mesquita, *Efeitos dos Acórdãos do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias Proferidos no Âmbito de uma Acção por Incumprimento* (Almedina, 1997).

M L Duarte, *Direito do Contencioso da União Europeia* (AAFDL Editora, 1.ª reimpr., 2021).

P F Martins, *Direito Constitucional Europeu* (Universidade Católica Editora, 2022).

PARTICIPACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS:

APORTES DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

Sergio Ruiz Díaz Arce

Doctor en derecho por la Universidade de Brasília. Investigador del Centro de Investigação em Justiça e Governação – JusGov, Universidade do Minho. Integra el Grupo de Pesquisa Retórica, Argumentação e Juridicidades – GPRAJ. Contacto: sergioruizar@direito.uminho.pt. ORCID ID: 0000-0001-6610-1638.

Resumen: El trabajo tiene como objetivo identificar los acuerdos argumentativos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la participación de personas menores de edad en los procedimientos judiciales o administrativos en que sus derechos se ven afectados. Metodológicamente, son analizadas las decisiones del Tribunal a partir de los argumentos producidos en su jurisprudencia consultiva y contenciosa. Como resultado, se observa que la especialización de los procedimientos en materia de derechos del niño exige que la participación de las personas menores de edad se encuentre orientada por el interés superior del niño, a fin de garantizar el mayor acceso al examen de su propio caso y con especial atención a la condición específica y la situación en que estos se encuentran.

Palabras clave: Derechos del niño; Participación; Jurisprudencia; Corte IDH.

1. Introducción

El reconocimiento de los derechos del niño³³ – de la niña y del (la) adolescente– en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales ha significado también la necesidad de establecer nuevos acuerdos sobre el concepto de protección para este grupo de personas y los mecanismos de protección a ser adoptados por los Estados. Al respecto, en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) las diversas situaciones que involucran violaciones de derechos humanos contra niños, niñas y adolescentes han permitido también el desarrollo de una extensa jurisprudencia y la elaboración de estándares de protección más adecuados en esta materia.

Este sistema regional de promoción y protección de los derechos humanos fue creado por los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA) para velar por la protección y garantía de los derechos humanos en el continente. Dentro de este sistema, la Declaración de Derechos y Deberes del Hombre de 1948 junto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) o Pacto de San José de Costa Rica de 1969, constituyen los principales instrumentos jurídicos que consagran los derechos y definen las obligaciones de los Estados. El SIDH cuenta además con dos órganos destinados a velar por el cumplimiento de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Los instrumentos normativos de este sistema regional junto a los instrumentos normativos provenientes del Sistema Universal de Derechos Humanos componen el denominado amplio *corpus juris* de protección de los derechos del niño. Dicha estructura normativa de protección fue establecida por la Corte IDH en la paradigmática sentencia del caso *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*³⁴. Este había sido el primer caso en que la Corte IDH, en ejercicio de su función jurisdiccional o contenciosa, realizó una interpretación del artículo 19 de la CADH³⁵ refiriéndose de forma específica a los derechos del niño. A partir de esta sentencia el

³³ Utilizo la denominación “derechos del niño” para designar al conjunto de derechos que posee la población de personas menores de dieciocho años de edad, es decir, niños, niñas y adolescentes. Según la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en su artículo 1, “se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. En este mismo sentido se ha pronunciado la Corte IDH desde la sentencia del caso *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*.

³⁴ Véase Corte IDH, *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, 19/11/1999, Serie C No. 63, 194.

³⁵ El artículo 19 de la CADH señala que “[t]odo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Tribunal comenzó a ampliar el marco jurídico de protección de los derechos humanos del niño, atendiendo a la necesidad de especialización en el abordaje de los derechos del niño dentro del sistema y conforme a las particularidades de cada caso.

Esta especialización ha sido estructurada, principalmente, mediante los acuerdos argumentativos producidos por la Corte IDH en su jurisprudencia, en que conceptos generales como igualdad, protección o participación, han adquirido un contenido especializado cuando se encuentran frente a problemas que afectan derechos del niño. En cuanto a la participación en los procedimientos judiciales o administrativos, resulta adecuado identificar dichos consensos y observar el desarrollo argumentativo del Tribunal durante los últimos años a fin de determinar cómo han sido utilizados frente a los diversos tipos de problemas y situaciones en que se encuentra este grupo de personas en situación de vulnerabilidad.

En ese sentido, este trabajo se propone identificar los argumentos establecidos por el Tribunal en sus decisiones sobre participación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos judiciales o administrativos, mediante el análisis de las sentencias de los casos contenciosos. La técnica de recolección de datos consistió en una búsqueda, selección y sistematización de las argumentaciones en las decisiones de la Corte IDH para determinar los acuerdos producidos en los casos que involucran el derecho a la participación. Para ello, son primeramente analizados los argumentos establecidos en la Opinión Consultiva OC-17.

2. Procedimiento especializado: acuerdos argumentativos establecidos en la OC-17

Además de la función jurisdiccional o contenciosa, la Corte IDH también se ha pronunciado sobre los derechos del niño en ejercicio de su función consultiva. La primera vez lo hizo en el año 2002 a pedido de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en la Opinión Consultiva No.17 (OC-17) a la que denominó *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. En esta decisión la Corte IDH emitió una opinión calificada sobre los derechos del niño, en la cual es afirmada la condición de sujeto de derechos de estos, el derecho de los niños a su protección especial, la especialidad de sus derechos, la adopción de medidas especiales de protección por parte del Estado, el ejercicio de derechos por parte de sus titulares, entre otras.

Sobre la participación de los niños, niñas y adolescentes en los procedimientos judiciales o administrativos, la OC-17 reconoce la situación especial en que se encuentra este grupo de personas “en razón de su inmadurez y

vulnerabilidad”³⁶ y la necesidad de adoptar “medidas específicas de protección”³⁷ para garantizar el ejercicio de sus derechos. Según el Tribunal, es de suma importancia la participación del niño “en los procedimientos en que se discuten sus propios derechos y cuya decisión es relevante para su vida futura”, la cual se fundamenta en el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño³⁸ y en la Observación General 13 relativa al artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas³⁹.

En ese sentido, la Corte IDH estableció algunos acuerdos argumentativos respecto a la participación de personas menores de edad, atendiendo que “las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto”⁴⁰ y que estos poseen un conjunto de derechos específicos que deben ser observados en cualesquiera de los procesos que estén involucrados:

“La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años, por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio.”⁴¹

“[...] el aplicador del derecho sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.”⁴²

³⁶ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17, 28/08/2002, Serie A No. 17, 93.

³⁷ *Idem, ibidem*, 98.

³⁸ Según el artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: “1. Los Estados Parte garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

³⁹ Véase, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Observación General 13*: igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley (artículo 14), 13/04/1984.

⁴⁰ Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, *supra* n 4, 96.

⁴¹ *Idem, ibidem*, 101.

⁴² *Idem, ibidem*, 102.

En las argumentaciones identificadas se destaca la importancia de la especialización de los procedimientos que afectan derechos del niño, cuyo objetivo es garantizar el respeto y el reconocimiento de las diferencias existentes entre personas adultas y personas menores de edad. La justificación de esta especialización del procedimiento se halla, principalmente, en las denominadas “medidas de protección” referidas en el artículo 19 de la CADH y en el conjunto de normas que conforman el amplio *corpus juris* de protección. Sin embargo, estos acuerdos argumentativos de derechos humanos establecidos por el Tribunal también suponen un desafío en cuanto a su aplicación para lograr la protección efectiva del interés superior del niño. En cuanto a los procedimientos judiciales, está podría resumirse de la siguiente manera: ¿cómo matizar razonablemente el alcance de la participación en los procedimientos para garantizar el mayor acceso del niño, niña o adolescente al examen de su propio caso, atendiendo la condición específica y la situación en que se encuentra?

A partir de estos consensos establecidos en la OC-17, con relación a la participación de personas de menores de edad en procedimientos judiciales o administrativos, resulta adecuado verificar el uso de estos en las sentencias de los casos contenciosos de la Corte IDH. Para ello, fue realizada una búsqueda en la jurisprudencia del Tribunal, a fin de identificar el desarrollo de estos consensos argumentativos en las sentencias de los casos que se refieren a este derecho de participación.

En la siguiente tabla se observan algunas de estas decisiones, distinguiéndose además el problema del caso, la condición específica y la situación en que se encuentra la persona menor de edad:

Tabla 1. Sentencias sobre participación en procedimientos que afectan derechos del niño

Año	Sentencia	Problema	Condición específica	Situación en que se encuentra
2004	<i>Caso Instituto de Reeduación del Menor vs. Paraguay</i>	Conflicto con la ley penal		Custodia estatal
2010	<i>Caso Rosendo Cantú y otra vs. México</i>	Violencia institucional	Niña Indígena	
2012	<i>Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile</i>	Separación familiar		
	<i>Caso Furlan y Familiares vs. Argentina</i>	Acceso a los DESCA	Persona con discapacidad	
	<i>Caso Fornerón e Hija vs. Argentina</i>	Separación familiar		

2013	<i>Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia</i>	Discriminación en el acceso a la justicia		Migrante
	<i>Caso Mendoza y otros vs. Argentina</i>	Conflicto con la ley penal		Custodia estatal
2018	<i>Caso Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala</i>	Separación familiar		
	<i>Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua</i>	Discriminación en el acceso a la justicia	Niña	
2022	<i>Caso Angulo Losada vs. Bolivia</i>	Discriminación en el acceso a la justicia	Niña	

Fuente: elaboración del autor

En esta clasificación propuesta, los casos que involucran conflicto con la ley penal se refieren a aquellos relativos a la justicia penal adolescente⁴³ y la custodia estatal como respuesta al delito⁴⁴. En cuanto a la violencia institucional, fueron consideradas las situaciones de violencia ejercida contra las personas menores de edad por parte de agentes estatales (desplazamiento forzado, desaparición forzada, tortura, amenaza, esclavitud, reclutamiento forzado, entre otras)⁴⁵. En los casos de separación familiar se incluyen aquellas situaciones relativas a la adopción irregular, custodia y guarda irregular, inclusive los que devienen de la violencia institucional como la desaparición y el desplazamiento forzado⁴⁶. Por su parte, los problemas relacionados al acceso a los DESCAs consideran las restricciones o inacciones del Estado para el acceso a la salud, educación, identidad cultural y nivel de vida adecuado⁴⁷. Por último, casos que se refieren a la discriminación en el acceso a la justicia, generalmente debido a la condición o situación específica en que se encuentra el niño, niña o adolescente.

Cabe señalar que la respuesta del ordenamiento jurídico interamericano para proteger a los niños, niñas y adolescentes es establecida a partir de las medidas de protección, conforme señala el artículo 19 de la CADH. Por tanto, las

⁴³ Al respecto, véase Corte IDH, *Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No 5: niños, niñas y adolescentes*, 2018, 109-123.

⁴⁴ *Idem, ibidem*, 173-193.

⁴⁵ *Idem, ibidem*, 140-173.

⁴⁶ *Idem, ibidem*, 78-98.

⁴⁷ *Idem, ibidem*, 124-138.

violaciones de derechos humanos contra niños, niñas y adolescentes derivan de la ausencia o el incumplimiento en la adopción de dichas medidas por parte de los Estados miembros. En los casos identificados estas vulneraciones de derechos abordaban problemas relativos a: conflicto con la ley penal, violencia institucional, separación familiar, acceso a los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA), y discriminación en el acceso a la justicia. Asimismo, en algunos casos el Tribunal destacó en su análisis la condición específica de la persona menor de edad o la situación en que se encontraba.

A partir de los datos obtenidos, a seguir se realiza un análisis de algunos de los casos señalados a fin de determinar el desarrollo argumentativo de la Corte IDH sobre el derecho a la participación en procedimientos judiciales o administrativos.

3. Argumentaciones de la Corte IDH en su jurisprudencia contenciosa

Conforme fue previamente identificado, los acuerdos argumentativos establecidos por el Tribunal en la OC-17 hacen referencia a la necesidad de matizar razonablemente el alcance de la participación en los procedimientos para garantizar el mayor acceso del niño, niña o adolescente al examen de su propio caso. Además, esta actividad requiere que los operados de justicia presten especial atención a la condición específica y la situación en que se encuentra la persona menor de edad víctima de una vulneración de derecho. A los efectos de determinar la aplicación de estos consensos en la jurisprudencia contenciosa del Tribunal, son analizadas las argumentaciones producidas en algunas de las sentencias de los casos identificados para caracterizar el desarrollo de estos acuerdos frente a un determinado problema y dentro de un periodo de tiempo de aproximadamente veinte años.

En la sentencia del caso *Rosendo Cantú vs. México*, si bien se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la violación sexual y tortura en perjuicio de la señora Rosendo Cantú cuando era una niña, la Corte IDH también consideró la falta de debida diligencia del Estado en dicha investigación. En ese sentido, declaró responsable al Estado mexicano por la falta de adopción de medidas de protección especial a una niña de diecisiete años de edad perteneciente a una comunidad indígena.

“De conformidad con sus obligaciones convencionales, efectivamente, el Estado debió haber adoptado medidas especiales a favor de la señora Rosendo Cantú, no sólo durante la denuncia penal, sino durante el tiempo en que, siendo una niña, estuvo vinculada a las investigaciones ministeriales seguidas

con motivo del delito que había denunciado, máxime por tratarse de una persona indígena, pues los niños indígenas cuyas comunidades son afectadas por la pobreza se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad.”⁴⁸

Para el Tribunal, según el artículo 19 de la CADH, corresponde al Estado asumir una posición especial de garante para la protección y cuidado del niño, que conlleva a su vez la responsabilidad de tomar las medidas o cuidados especiales orientados en el principio del interés superior del niño. En este caso particular, la protección especial consistía en el deber de “prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en consideración a su condición particular de vulnerabilidad”⁴⁹, en razón de la edad, género, origen étnico y situación de pobreza en que se encontraba la niña.

Asimismo, fue reafirmada la obligación de proteger el interés superior del niño durante cualquier procedimiento en el cual estén involucrados, la cual fue descrita de la siguiente manera:

“i) suministrar la información e implementar los procedimientos adecuados adaptándolos a sus necesidades particulares, garantizando que cuenten con asistencia letrada y de otra índole en todo momento, de acuerdo con sus necesidades; ii) asegurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño.”⁵⁰

⁴⁸ Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 31/08/2010, Serie C No. 216, 201.

⁴⁹ *Idem, ibidem*. Véase también, Corte IDH, *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 24/11/2009, Serie C No. 211, 184. *Idem, Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 25/05/2010, Serie C No. 212, 164. *Idem, Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, 24/08/2010, Serie C No. 214, 257. *Idem, Familia Barrios vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, 24/11/2011, Serie C No. 237, 55. *Idem, Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 4/09/2012, Serie C No. 250, 120. *Idem, Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 01/09/2015, Serie C No. 299, 151.

⁵⁰ *Idem, ibidem*.

De este modo, el Tribunal identificó la condición de especial vulnerabilidad de la víctima y la ausencia de medidas de protección por parte del Estado para garantizar el ejercicio de su derecho a la participación y las garantías judiciales durante el procedimiento. En consecuencia, declaró que “[e]l Estado violó el derecho a la protección especial de la señora Rosendo Cantú, por su condición de niña, consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento”⁵¹. En esta decisión el Tribunal también destaca las características del procedimiento especializado en el ámbito de los derechos del niño, con énfasis en los casos de violencia, y sobre la obligación que tienen los operadores de justicia de observar el interés superior del niño.

En la sentencia del caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* el Tribunal también consideró la relación existente entre el interés superior del niño y el derecho a ser escuchado, distinguiéndola de la representación que pueden ejercer los padres, sobre todo cuando estos últimos se encuentran como litigantes en un proceso judicial. De acuerdo con los antecedentes del caso, este se refiere a la responsabilidad internacional del Estado chileno por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de una madre, debido a su orientación sexual, en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas.

Según la Corte IDH, en el expediente judicial no constaba una manifestación expresa por parte de las tres niñas vinculadas al proceso sobre el acuerdo de representación ejercido por los padres, así como el consentimiento de estas para ser consideradas o no como presuntas víctimas del caso. A pesar de haberse presentado dos escritos mediante los cuales tanto el padre como la madre manifestaban que actuaban en representación de las tres niñas, el Tribunal entendió que “la posición de la madre y el padre no necesariamente representaban los intereses de las niñas”⁵². Si bien, la Corte IDH considera que:

“[L]os niños y niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares⁵³. Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen cada niña o niño.”⁵⁴

⁵¹ *Idem, ibidem*, 202.

⁵² Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, 24/02/2012, Serie C No. 239, 67.

⁵³ En ese mismo sentido, véase también Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, 24/02/2011, Serie C No. 221, 129.

⁵⁴ *Atala Riffo y Niñas vs. Chile, supra* n 20, 68.

Por tanto, teniendo en cuenta la edad de las tres niñas al momento del inicio de proceso judicial –12, 13 y 17 años, respectivamente–, el Tribunal consideró que podrían existir diferencias en sus opiniones y en el nivel de autonomía personal para el ejercicio de los derechos de cada una. Por ello, antes de realizar la diligencia del proceso, la delegación de la Secretaría de la Corte IDH tuvo una reunión previa con la psiquiatra designada, a fin de garantizar que la información brindada fuera accesible y apropiada para las niñas. El Tribunal resaltó que dicha diligencia fue realizada en recinto privado atendiendo a la confidencialidad de la identidad de las niñas y por la “necesidad de proteger el interés superior de las niñas y su derecho a la intimidad”⁵⁵. En cuanto al procedimiento:

“[L]as niñas M. y R. fueron, en primer lugar, informadas de manera conjunta por el personal de la Secretaría sobre su derecho a ser oídas, los efectos o consecuencias que podían producir sus opiniones dentro del proceso contencioso en el presente caso, la posición y los alegatos de las partes en el presente caso, y se les consultó si querían continuar participando en la diligencia. Posteriormente, en lugar de desarrollar un examen unilateral, se sostuvo una conversación con cada niña por separado, con el objetivo de brindar un ambiente propicio y de confianza a las niñas. Durante la diligencia no estuvieron presentes ninguno de los padres y ninguna de las partes.”⁵⁶

Las dos niñas que participaron de la diligencia solicitaron expresamente que se mantuviera absoluta reserva de todo lo que manifestaran en la reunión y “manifestaron que conocían y entendían los temas relacionados con las tres alegadas violaciones por las cuales fueron presentadas como presuntas víctimas en el presente caso”⁵⁷. Si bien la niña V. no participó por motivos de fuerza mayor, la Corte IDH expresó que la misma “se encuentra en la misma condición que sus hermanas”⁵⁸, y que la autoridad nacional competente para la infancia, deberá constatar en forma privada la opinión libre de la niña sobre si desea ser considerada parte lesionada. Al respecto, la Corte IDH señaló que:

“[T]eniendo en cuenta el desarrollo progresivo de los derechos de los niños y las niñas se observa que las dos niñas expresaron de manera libre e independiente sus propias opiniones y juicios formados sobre los hechos del caso que

⁵⁵ *Idem, ibidem*, 69.

⁵⁶ *Idem, ibidem*.

⁵⁷ *Idem, ibidem*, 70.

⁵⁸ *Idem, ibidem*, 71.

atañen a ellas, así como algunas de sus expectativas e intereses en la resolución del presente caso.”⁵⁹

Así también, la Corte IDH también expresó que:

“[L]as niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que **los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto**” (destacado agregado)⁶⁰.

Luego del análisis del caso, el Tribunal concluyó que la sentencia de la Corte Suprema de Chile violó el artículo 8.1 de la CADH en relación con los artículos 19 y 1.1 del mismo en perjuicio de las niñas⁶¹, debido que no fue evaluado ni considerado las declaraciones y preferencias manifestadas por las niñas, que constaban en el expediente de primera instancia. Inclusive, porque la voluntad de las niñas acerca de sus preferencias de convivencia se encontraba en contraposición con la decisión de la suprema instancia chilena, porque no explicaba las razones por las cuales se apartaba de la voluntad de las tres niñas. Es decir:

“[L]a Corte Suprema [de Chile] se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad, pero sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, más aún si se tiene en cuenta **la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño**” (destacado agregado)⁶².

Por ello, el Tribunal ha afirmado –en consonancia con el Comité de Derechos del Niño–⁶³ que no es posible una aplicación correcta del interés superior del niño si no se respeta el derecho a ser escuchado⁶⁴. En ese mismo sentido se

⁵⁹ *Idem, ibidem.*

⁶⁰ *Idem, ibidem*, 199.

⁶¹ *Idem, ibidem*, 208.

⁶² *Idem, ibidem.*

⁶³ Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, *Observación General No. 12: el derecho a ser escuchado* (artículo 12), 20/07/2009, 74.

⁶⁴ Véase, Atala Riffo y Niñas vs. Chile, *supra* n 20, 197.

manifestó en la sentencia del caso *Furlan y Familiares vs. Argentina* al señalar que la correspondencia entre ambos artículos facilita la funcionalidad del derecho a ser escuchado que tienen los niños “[...] en todas las decisiones que afecten su vida, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino”⁶⁵.

Según los antecedentes de este caso, la sentencia del Tribunal se refiere a la responsabilidad internacional del Estado argentino por su demora al momento de establecer una indemnización por daños y perjuicios, a favor del niño Sebastián Furlan, de la que dependía su tratamiento médico como persona con discapacidad. En esta decisión el Tribunal destacó la importancia del acceso a la justicia y un debido proceso legal para todos los niños en igualdad de condiciones, y, por consiguiente, que los estándares de protección son igualmente aplicables a los niños, niñas y adolescentes con discapacidad, a través de una expresa alusión a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, específicamente en su artículo 7.3:

“Los Estados Parte garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.”

En dicha Convención, el artículo 13 del mismo dispone que se debe “facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales”. Por ello, el Tribunal considera necesario que de los Estados Parte adopten medidas específicas para asegurar el cumplimiento de los derechos y garantía procesales de las personas menores de edad. Y en particular de aquellos con discapacidad, medidas tales como: “incluir una representación directa o coadyuvante, según sea el caso, del menor de edad con el fin de reforzar la garantía del principio del interés superior del menor”⁶⁶.

En consecuencia, la Corte IDH concluyó que en el presente caso fue vulnerado el derecho a las garantías judiciales establecido en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la CADH⁶⁷. Durante el análisis del caso se constató que el niño Sebastián Furlan no fue escuchado directamente por el

⁶⁵ Corte IDH, *Furlan y Familiares vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 31/08/2012, Serie C No. 246, 228.

⁶⁶ *Idem*, *ibidem* 242.

⁶⁷ *Idem*, *ibidem* 243.

juez a cargo del proceso civil por daños y perjuicios, a pesar de que “[...] en el expediente constan pruebas de que el mismo compareció personalmente hasta el juzgado en dos oportunidades sin conseguir ser escuchado”⁶⁸. Así también, el Tribunal indicó que al niño Sebastián Furlan no se le ofició un asesor de menores, y tampoco se libró oficio a dicha asesoría una vez se tuvo conocimiento de su grado de discapacidad. Para la Corte IDH:

“[S]i bien los derechos procesales y sus correlativas garantías procesales son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños y las niñas el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores de edad, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías. El tipo de medidas específicas son determinadas por cada Estado Parte y pueden incluir una representación directa o coadyuvante, según sea el caso, del menor de edad con el fin de **reforzar la garantía del principio del interés superior del menor**” (destacado agregado)⁶⁹.

Los casos de discriminación para el acceso a la justicia, debido a la condición de niña o persona con discapacidad, mencionados hasta aquí permiten inferir sobre el constante desarrollo de la jurisprudencia de la Corte IDH en sus decisiones sobre el derecho a la participación de las personas menores de edad en los procedimientos judiciales o administrativos. Esta actividad se observa, principalmente, en la integración de normas del sistema universal de derechos humanos y en el contenido de las argumentaciones producidas, este último, mediante la aplicación del interés superior del niño en cada caso particular.

En la sentencia del caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, sobre el procedimiento de expulsión de una familia peruana debido a su calidad de extranjeros en situación irregular, el Tribunal se refiere a este derecho de participación en un contexto de discriminación debido a la situación de niños migrantes. Según el Estado boliviano, los niños no fueron propiamente expulsados del territorio de ese país, sino que, no fueron separados de sus padres en atención al principio de unidad familiar. Por tal motivo, los niños fueron incluidos en la decisión de expulsión dada por las autoridades migratorias de ese país.

Para la Corte IDH el derecho de los niños a expresar sus opiniones y de participación, se extiende a los procedimientos de asilo, “cuyos alcances pueden depender de si el niño o niña es solicitante o no, independientemente de que sea acompañado o no y/o separado de sus padres o de las personas encargadas de su

⁶⁸ *Idem, ibidem* 232.

⁶⁹ *Idem, ibidem* 242.

cuidado”⁷⁰. Sin embargo, no consta en ninguna de las decisiones de las autoridades nacionales que se haya tomado en cuenta el interés de los niños, lo que lleva a la Corte a entender que “el Estado trató a los niños como objetos condicionados y limitados a los derechos de los padres, lo cual atenta contra su calidad como sujetos de derechos”⁷¹. Por tanto, se consideró que el Estado es responsable por la violación del derecho a la protección de los niños y de la familia, reconocidos en los artículos 19 y 17 de la CADH, en relación con los artículos 8.1, 22.7, 22.8, 25 y 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de Frida Edith, Juana Guadalupe y Juan Ricardo Pacheco Tineo⁷². Al respecto,

“[L]a Corte advierte que Frida Edith, Juana Guadalupe y Juan Ricardo Pacheco Tineo debieron haber sido considerados parte interesada o activa por las autoridades en esos procedimientos, pues resultaba evidente que su conclusión o resultados podrían afectar sus derechos o intereses. De esta forma, independientemente de si fue presentada una solicitud específica de asilo a su favor, **en atención a su situación migratoria y sus condiciones, el Estado tenía el deber de velar por su interés superior, por el principio de *non refoulement* y por el principio de unidad familiar**, lo cual requería que las autoridades migratorias estatales fueran especialmente diligentes en agotar todos los medios de información disponibles para determinar su situación migratoria y, en su caso, adoptar la mejor decisión en cuanto al Estado al que procedía enviarlos en caso de expulsión” (énfasis agregado)⁷³.

Una situación similar fue analizada en la sentencia del caso *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, que sobre la responsabilidad del Estado en la separación arbitraria de dos niños de su familia. Los hechos del caso se relacionan al secuestro del menor Osmín Tobar Ramírez y su hermano J.R., quienes fueron separados de su familia e internados en una casa hogar –institucionalizados–, a partir de una llamada anónima que denunciaba un supuesto abandono de los niños por parte de la madre⁷⁴. Si bien la madre de los niños compareció ante el juzgado respectivo, le fue negado el contacto con los hijos, así como la información sobre el paradero exacto de los niños. Posteriormente, las autoridades

⁷⁰ Corte IDH, *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 25/11/2013, Serie C No. 272, 223.

⁷¹ *Idem, ibidem*, 228.

⁷² *Idem, ibidem*, 229.

⁷³ *Idem, ibidem*, 228.

⁷⁴ Corte IDH, *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, 09/03/2018, Serie C No. 351.

guatemaltecas dieron inicio a un proceso de declaratoria de abandono que culminó en la adopción de los hermanos Ramírez Escobar por dos familias estadounidenses.

De acuerdo con los antecedentes del caso, el niño Osmín Tobar Ramírez tenía entre siete y ocho años de edad durante un procedimiento de declaración de abandono llevado a cabo en Guatemala. Durante la audiencia pública el niño declaró que en ningún momento fue informado sobre dicho proceso ni de las consecuencias sobre el resultado de este. Al respecto, la Corte IDH aclara que:

“El derecho a ser oído además presupone que la niña o niño sea informado adecuadamente sobre sus derechos, las razones y consecuencias del proceso que se está llevando a cabo, así como que esta información sea comunicada de acuerdo a su edad y madurez. En este sentido, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser oídos directamente o por medio de un representante, si así lo desean.”⁷⁵

Según el Tribunal, el niño no fue escuchado por la jueza nacional durante la declaración, aunque constaba un informe remitido por la trabajadora social al juzgado de menores en que el niño fue consultado sobre la posibilidad de que su madrina se hiciera cargo de él. Sin embargo, el Tribunal destaca que el niño no fue interrogado sobre las condiciones de vida con su madre, su abuela o su padre en ninguna etapa del proceso judicial. Es decir, la autoridad judicial no valoró las opiniones del niño sobre el asunto, así como tampoco se le informó y explicó de qué se trataba el proceso que estaba siendo llevado a cabo. Por tanto, para la Corte IDH:

“Esto refleja que las autoridades guatemaltecas no lo consideraron un sujeto de derechos, cuya opinión era primordial antes de adoptar una decisión que afectaba directamente su interés superior y que tenía consecuencias significativas en su desarrollo.”⁷⁶

En relación con el niño J.R. –hermano de Osmín–, quien tenía entre uno y dos años de edad durante el proceso y que tampoco fue escuchado, el Tribunal se refirió acerca del ejercicio progresivo de derechos conforme a la edad y madurez. Al respecto, señaló acerca de las previsiones a ser tomadas por los Estados para considerar las formas no verbales de comunicación –el juego, la expresión corporal y facial, el dibujo y la pintura–, mediante las cuales los niños

⁷⁵ *Idem, ibidem*, 172.

⁷⁶ *Idem, ibidem*, 173.

demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias. En cuanto al deber de escuchar la opinión de bebés y niños muy pequeños, recuerda que el Comité ha señalado que:

“Los bebés y los niños muy pequeños tienen los mismos derechos que los demás niños a que se atienda a su interés superior, aunque no puedan expresar sus opiniones ni representarse a sí mismos de la misma manera que los niños mayores. Para evaluar su interés superior, los Estados deben garantizar mecanismos adecuados, incluida la representación, cuando corresponda, lo mismo ocurre con los niños que no pueden o no quieren expresar su opinión.”⁷⁷

Por consiguiente, la Corte IDH determinó que al no haber sido escuchado a los dos niños durante el proceso de declaración y no habiendo realizado ningún esfuerzo para escucharlos, “no se respetó la posibilidad de que los niños participaran en la determinación de su interés superior”⁷⁸, constituyendo así una violación al derecho a ser oído, consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la CADH, en perjuicio de Osmín Tobar Ramírez⁷⁹. Igualmente, durante el proceso de adopción internacional de los dos niños, el Estado tampoco cumplió con el requisito de garantizar este derecho del niño a ser oído, que constituye una garantía procedimental necesaria a efectos de cumplir con el interés superior del niño. Según la Corte IDH, “no se puede garantizar el interés superior del niño en un procedimiento de adopción si el niño en cuestión no es escuchado, en tanto su opinión es un elemento imprescindible para su determinación”⁸⁰.

De esta manera, en los cinco casos analizados se observa la importancia que adquiere la aplicación del interés superior del niño para garantizar el derecho a la participación en los procedimientos judiciales o administrativos. Asimismo, un elemento común en las sentencias de los casos examinados por la Corte IDH son las situaciones de discriminación para el acceso a la justicia. En los casos *Atala Riffo y Niñas vs. Chile* y *Ramírez Escobar vs. Guatemala*, la situación de discriminación fue motivada por la simple condición de persona menor; mientras que en los casos *Rosendo Cantú y otra vs. México*, *Furlan y Familiares vs. Argentina*, y *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, la situación de discriminación fue reforzada por la condición de niña, indígena, persona con discapacidad o migrante.

⁷⁷ Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, *Observación General No. 14*: sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3), 29/05/2013, 44.

⁷⁸ Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala, *supra* n 42, 183.

⁷⁹ *Idem, ibidem*, 173.

⁸⁰ *Idem, ibidem*, 229.

4. Consideraciones finales

El desarrollo de los derechos del niño en la jurisprudencia de la Corte IDH puede ser observado tanto en su función jurisdiccional como en su función consultiva, es decir, a través de las opiniones consultivas y de las sentencias de los casos contenciosos. En ese sentido, los acuerdos argumentativos establecidos en la OC-17 consideran necesario matizar razonablemente el alcance de la participación en los procedimientos para garantizar el mayor acceso del niño, niña o adolescente al examen de su propio caso, atendiendo la condición específica y la situación en que se encuentra el niño, niña o adolescente. Por su parte, en la jurisprudencia contenciosa del Tribunal, a través de las sentencias de los casos analizados, se destaca las características del procedimiento especializado en el ámbito de los derechos del niño ante los distintos tipos de problemas, así como la obligación que tienen los operadores de justicia de aplicar adecuadamente el interés superior del niño en cada caso analizado. De este modo, la Corte IDH reafirma en su jurisprudencia sobre la correspondencia y funcionalidad existente entre el interés superior del niño y el derecho a ser escuchado.

Referencias

Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Observación General 13*: igualdad ante los tribunales y derecho de toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley. Ginebra, 21º período de sesiones, 1984.

Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, *Observación General No. 12*: el derecho a ser escuchado. Ginebra, 25 mayo a 12 de junio de 2009.

Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, *Observación General No. 14*: sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Ginebra, 29 mayo de 2013.

Corte IDH, *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, 19/11/1999, Serie C No. 63, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf, consultado en 11 julio de 2023.

Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17, 28/08/2002, Serie A No. 17, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf, consultado en 11 julio de 2023.

Corte IDH, *Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 24/11/2009, Serie C No. 211, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf, consultado en 11 julio de 2023.

Corte IDH, *Chitay Nech y otros vs. Guatemala*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 25/05/2010, Serie C No. 212, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf, consultado en 11 julio de 2023.

Corte IDH, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, Fondo, Reparaciones y Costas, 24/08/2010, Serie C No. 214, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf, consultado en 11 julio de 2023.

Corte IDH, *Rosendo Cantú y otra vs. México*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 31/08/2010, Serie C No. 216, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf, consultado en 11 julio de 2023.

Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, 24/02/2011, Serie C No. 221, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf, consultado en 11 julio de 2023.

Corte IDH, *Familia Barrios vs. Venezuela*, Fondo, Reparaciones y Costas, 24/11/2011, Serie C No. 237, disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_237_esp.pdf, consultado en 11 julio de 2023.

Corte IDH, *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*, Fondo, Reparaciones y Costas, 24/02/2012, Serie C No. 239, disponible en: https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf, consultado en 11 julio de 2023.

Corte IDH, *Furlan y Familiares vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 31/08/2012, Serie C No. 246, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf, consultado en 11 julio de 2023.

Corte IDH, *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 4/09/2012, Serie C No. 250, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_250_esp.pdf, consultado en 11 julio de 2023.

Corte IDH, *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 25/11/2013, Serie C No. 272, disponible en:

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_esp.pdf, consultado en 11 julio de 2023.

Corte IDH, *Mendoza y otros vs. Argentina*, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 14/05/2013, Serie C No. 260, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf, consultado en 11 julio de 2023.

Corte IDH, *Comunidad Campesina de Santa Bárbara vs. Perú*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 01/09/2015, Serie C No. 299, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_299_esp.pdf, consultado en 11 julio de 2023.

Corte IDH, *Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*, Fondo, Reparaciones y Costas, 09/03/2018, Serie C No. 351, disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_351_esp.pdf, consultado en 11 julio de 2023.

Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 5: Niños y Niñas y Adolescentes*. Costa Rica, 2018.

Naciones Unidas. *Convención Internacional sobre los derechos del niño*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Naciones Unidas. *Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

Organización de Estados Americanos. *Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José)*, adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969.

THE RIGHT TO PETITION IN COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW

Illia Roskoshnyi

Research Associate, University of Manitoba, Faculty of Law. ORCID: <https://orcid.org/0009-0001-8953-3238> - Email: illia.roskoshnyi@umanitoba.ca

Abstract: The right to petition is universally recognized in constitutional law, yet its implementation and overall concept may vary across different constitutional jurisdictions. Scientific research in this field remains limited as it faces significant challenges arising from divergent interpretations and implementations, a low legal culture, the perception of petitions as a relic of the past, as well as the state's reluctance to develop and promote this right, etc. Among other things, divergences encompass whether one individual or legal entity can file a petition; the permissible petitions' recipients; the specified timeframe for reviewing petitions; the requirement for a substantiated response to petitions; limitations and repercussions for breaching this right for both the respondent and the petitioner; types of petitions; a correlation between judicial proceeding and petitioning; free exercise of this right, and the integration of new technologies, including Artificial Intelligence, into its administration, etc.

This article thoroughly explains the constitutional concept underlying this right by examining its background, a comparative analysis of modern constitutional frameworks, and limited scholarly research in this field. This paper unveils the various right facets and illuminates the broader conceptual framework that extends beyond constitutional provisions to encompass the constitutional concept as a whole. This research argues that the present incorporation of this right in constitutional texts does not fully address all current issues that the right encounters in practice. Consequently, this paper presents an author's article for a constitution to address modern challenges and help a legislator review this right.

Additionally, in the context of present democratic backsliding and by drawing upon the historical legacy of the right to petition, which had played a pivotal role in the advancement of democracy, the successful right implementation assumes profound significance in revitalizing the health of democracy.

Keywords: The Right to Petition; Human Rights, Comparative Constitutional Law; Public Administration; Governance; Equality.

1. Introduction

Among the fundamental rights codified in national constitutions and international covenants, the right to petition generally receives minor attention. Although it has been enshrined in most constitutions as a distinct right, its political and associative dimensions have been marginal so far.⁸¹ Exploring the right constitutional consolidation in various jurisdictions presents diverse perspectives on the wording. This diversity is influenced by historical backgrounds, a reluctance to advance this right, insufficient legal culture in this domain, and the perception of petitions as remnants of the past, etc. This diversity pertains to whether one individual or a legal entity may exercise the right to petition, the permissible petitions' recipients, oral or written exercise of this right, specified deadlines during which petitions must be considered, the imperative of providing substantiated responses to petitions, establishing restrictions and penalties for these right violations for both the respondent and the petitioner, the unfettered exercise of this right by anyone, including free of charge, and the seamless integration of emerging technologies, including Artificial Intelligence (AI), in its administration, etc.

Given that the further development of this right occurs within constitutional laws, a constitution must convey a comprehensive message for its holistic implementation alongside the legislature's conscientious consideration of all current pragmatic perspectives on this right. Analyzing the constitutional laws and the constitutions, it can be concluded that some constitutions are somewhat outdated in the right wording and do not fully correspond to modern challenges or even their current legislative realities. The progression toward a digital society, modern technologies, and the desire to shift public interactions into cyberspace have been accelerating the process of the Constitution's obsolescence. AI has been permeating this realm, possessing the ability to both enhance and exacerbate the exercise of this right, with its impact hinging solely upon the policies of public governance within this domain.

⁸¹ M Rosenfeld and S András, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press, 1st ed., 2012), 949.

If legislators do not respond to the current constitutional issues in this field, considering the technological breakthrough, the constitutional articles on petitions will look like a carriage with horses in the era of hovering vehicles. It is beautiful to look at; yes, it is vintage and our history. You can even ride it for a while, but it is unlikely that you will choose it for a long trip. Simultaneously, given the current democratic backsliding and the rich constitutional heritage associated with the right to petition, it is crucial to reassess our existing approaches to this right, seeking to breathe new life into democratic vigour. The paper aims to indicate the aforementioned issues through the lens of comparative constitutional law and provide a partial exposition of the modern constitutional concept of this right, as well as its effective application. Additionally, the paper proposes an author's article for a constitution to address modern challenges.

2. Background

The right to petition has a long history; whether it appeared with the advent of the First World Constitution or had long existed before is a subject of current debate. From a constitutional law standpoint, it has been existing since the advent of the first universally recognised constitutions, but in terms of ordinary acts, it predates their appearance and is enshrined at the level of ordinary laws or customs.⁸² The second, equally significant issue revolves around its scope and implications, which have been evolving since the inception of the earliest constitutions and legislation.

By examining the legislative acts of civilizations such as Ancient Greece,⁸³ the Roman Republic,⁸⁴ Byzantium,⁸⁵ Ancient China,⁸⁶ India,⁸⁷ and so on, one may identify certain resemblances with the right modern-day interpretation. These preceding acts served as a precursor and a source of inspiration for developing subsequent constitutional provisions and legislation. One of the first universally recognized constitutional acts resembling this right can be found in the United Kingdom's history. In 1213, a group of English barons, displeased with King

⁸² G A Mark, "The Vestigial Constitution: The History and Significance of the Right to Petition" (1998), 6 *Fordham Law Review* 66, 2153-2232.

⁸³ H Beck, *A Companion to Ancient Greek Government* (John Wiley & Sons, 2013).

⁸⁴ R A de Vertot d'Aubeuf, *The History of the Revolutions that Happened in the Government of the Roman Republic* (Dublin: pr. by George Abraham Grierson and A. Ewing, 6th ed., 1756).

⁸⁵ N Necipoğlu, *Byzantium Between the Ottomans and the Latins: Politics and Society in the Late Empire* (Cambridge University Press, 2009).

⁸⁶ E N Gladden, *A History of Public Administration: Volume I: From the Earliest Times to the Eleventh Century* (Milton: Taylor & Francis Group, 2019).

⁸⁷ *Idem*.

John's reign, sought an audience to air their grievances and to petition the King to confirm the Charter of Rights issued by his predecessor, Henry I. Over the next two years, negotiations were marked by stalemate and threats of rebellion by the barons, culminating in the barons' capture of the city of London in 1215. Backed into a corner, King John agreed to meet with the barons a few weeks later, whereupon he signed the Magna Carta in exchange for the barons' promises of loyalty and financial support.⁸⁸

The Magna Carta established the right in two senses:

- The first is that the document was itself a petition, one that, by its very signing, set a precedent that the King could be compelled by his subjects to listen and to act.⁸⁹ This illustrates the right second nature, encompassing similarities to popular initiatives and referendums.
- The second is that the Magna Carta explicitly granted all free men⁹⁰ the right to petition the King for grievances.⁹¹

Gregory A. Mark described that the practice of petitioning the King for redress long antedated Magna Carta. In its origins, petitioning was narrow in application. Although the King regularly provided relief to petitioners, he generally did so when it was in his own interests, that is, when the request coincided with his interests and when the King could extract something beneficial in return for granting relief.⁹² This approach limited the Magna Carta's scope and its accessibility. Moreover, the right was primarily a form of "judicial protection" rather than an explicit right to petition that we know today;⁹³ however, in terms of the modern concept, this historical entitlement can be considered as the right to petition since, in some countries, some part of "judicial protection" is replaced by the petition.

Additionally, one may discern the further development of the right in the United Kingdom's history through royal commitments in the Petition of Right

⁸⁸ M Weingartner, "The Right to Petition as Access and Information" (2021), 4 *University of Pennsylvania Law Review* 169, 1235-1288.

⁸⁹ *Idem*.

⁹⁰ Magna Carta 1215, available at <https://perma.cc/GHL7-SD9H>, accessed on 11 May 2023.

⁹¹ M Weingartner, *supra* n 8.

⁹² G A Mark, *supra* n 2.

⁹³ R J Krotoszynski, Jr., *Reclaiming the Petition Clause: Seditious Libel, 'Offensive', Protest, and the Right to Petition the Government for a Redress of Grievances* (New Haven: Yale University Press, 2012), 83.

of 1628, the Habeas Corpus Act of 1679,⁹⁴ and the Bill of Rights of 1689 to seventeenth- and eighteenth-century parliamentary guarantees of a general right to petition.⁹⁵ Notable among others is the Bill of Rights of 1689 since it declared “That it is the right of the subjects to petition the King, and all commitments and prosecutions for such petitioning are illegal.”⁹⁶ Here, one can state the transformation of free men into subjects and a provision for ensuring this right.

The right to petition underwent further development with the advent of written constitutions, notably in the United States (US) and France. Congress approved the right to petition as a part of the US Constitution virtually without comment.⁹⁷ Its text read as follows: “Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof, or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.”⁹⁸ Unlike the First Amendment’s speech, press, and religion clauses, the “Petitions Clause” has not spawned an extensive body of case law or academic commentary.⁹⁹ Nevertheless, this passage shows that the right expanded to people without the prefix “free” and was limited to petitions made solely to the Government to redress grievances. This approach slightly increased the right scope since most people at the time of the Bill’s passage were more like objects of property rights (enslaved people)¹⁰⁰ and did not have full rights. In terms of the modern right to petition, petitioning the government is a part of the right scope, and a redress of grievances is a part of the grounds.

The right to petition in France is enshrined in Articles 14 and 15 of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen 1789. Article 15 states: “All citizens have the right to ascertain, by themselves, or through their representatives, the need for a public tax, to consent to it freely, to watch over its use, and to

⁹⁴ A L Tyler, “A ‘Second Magna Carta’: The English Habeas Corpus Act and the Statutory Origins of the Habeas Privilege” (2021), 5 *The Notre Dame Law Review* 91, 1949-1996.

⁹⁵ G Lawson and G Seidman, “Downsizing the Right to Petition” (1999), 3 *Northwestern University Law Review* 93, 739-765.

⁹⁶ E G Brown, “The Right to Petition: Political or Legal Freedom” (1961), 4 *UCLA Law Review* 8, 729-734.

⁹⁷ S A Higginson, “A Short History of the Right to Petition Government for the Redress of Grievances” (1986), 1 *The Yale Law Journal* 96, 142-166.

⁹⁸ 1 Stat. 97 (1789).

⁹⁹ G Lawson and G Seidman, *supra* n 15.

¹⁰⁰ H W Allen, *Trial of Henry W. Allen, U.S. Deputy Marshal, for Kidnapping, with Arguments of Counsel & Charge of Justice Marvin, on the Constitutionality of the Fugitive Slave L, in the Supreme Court of New York* (Syracuse: Power Press of the Daily Journal Office, 1852).

determine its proportion, basis, collection and duration.”¹⁰¹ This wording intersects very closely with the right to access public information in the modern sense of this right, although determining the proportion, basis, collection, and duration of taxes is a manifestation of the right to petition. For instance, a person who disagrees with the application of taxes may file a petition to review or amend it. Also, from a practical point of view, these powers may belong to the parliament (issuing tax laws), the executive branch (collecting taxes), and the judiciary (the issue of proportionality of taxes or legal certainty in this field). Theoretically, the right to petition had already been extended to virtually all branches of state power in France, but pragmatically, the implementation of the Declaration at that time bypassed this theoretical consideration. Furthermore, the term “citizens,” restricted the right exercise to a select few individuals,¹⁰² similar to the case in the US and the United Kingdom.

Article 15 reads as follows: “Society has the right to ask a public official for an accounting of his administration.”¹⁰³ Firstly, the wording “society” is very broad, unclear and hardly allowed enslaved people to petition at that time in full scope, although they were a part of their society. Secondly, the evolution of the right to petition is evident in Article 15, which extends this right to virtually all officials. Of course, if the right implementation takes place by submitting a report to the French Parliament or other bodies, this is not the right to petition, but if it takes place using a petition based on this article, asking for an account before the society, for example, for the use of taxes, this is the right to petition.

Based on the aforementioned analysis, it can be asserted that the initial constitutional right to the petition, which was applied by free men and to the King, had undergone a progressive transformation over time. Looking ahead, this evolution has included the broadening definition of free men, the extension of the concept of citizenship, the abolition of slavery,¹⁰⁴ and so on, ultimately culminating in establishing an all-encompassing constitutional right for everyone to petition almost any public and private officeholder. Nevertheless, the right growth is a continuous process that has been occurring unevenly across many nations worldwide. The aforementioned examples serve as one of the foundations for the right contemporary concept. With advancements in industry, technology, and digitalization, this right has expanded into cyberspace. Although the right to petition online may have seemed insignificant a few decades ago, their absence today is viewed negatively, not only by society but also in terms

¹⁰¹ Declaration of the Rights of Man and Citizen, 1789.

¹⁰² C Tilly, “The Emergence of Citizenship in France and Elsewhere. International review of social history” (1995), *S3 International Review of Social History* 40, 223-236.

¹⁰³ Declaration of the Rights of Man and Citizen, *supra* n 21.

¹⁰⁴ M B Woodworth, “Citizenship in the United States and in France” (1896), *2 Revue Legale*, 283-287.

of democracy. The following sections will assess the right pragmatic consolidation and implementation in various constitutional jurisdictions to reveal its full concept.

3. Modern Concept in Comparative Constitutional Law

The right to petition is typically outlined in a general sense within a constitution itself,¹⁰⁵ while its specific regulation is outlined in constitutional laws. Some nations place greater emphasis on the right, while others mention it briefly in just one sentence.

Japan

As one of the illustrations of the current constitution, I would like to begin with the Japanese approach to the right, which has been existing in their society for a considerable period of time,¹⁰⁶ and now can be read as follows: Article 16. “Every person shall have the right of peaceful petition for the redress of damage, for the removal of public officials, for the enactment, repeal or amendment of laws, ordinances or regulations and for other matters; nor shall any person be in any way discriminated against for sponsoring such a petition.”¹⁰⁷

The Japanese Constitution extends this right to all individuals, a significant improvement over the XVIII-XIX centuries’ approaches when it was only granted to citizens, subjects, or free men. The provision regarding “the removal of public officials” expands this right to encompass virtually all branches of state power, while the Japanese constitution separates these branches compared to some past centuries’ experience. The inclusion of “other matters” in the wording suggests that petitions can be submitted on virtually any grounds. Moreover, the Constitution provides legal protection to those who exercise this right. The right to enact, repeal or amend laws, ordinances, or regulations and remove public officials through the right to petition is a unique one for constitutional law as well as for Japanese society. Compared to Swiss constitutional law,¹⁰⁸ similar people’s powers would be the right to optional and mandatory referendums or popular initiatives.

¹⁰⁵ C Ionescu, “Some References to the Constitutional Right to Petition” (2016), *2 Pandectele Romane*, 17-25.

¹⁰⁶ Constitution of the Empire of Japan 1889, Chapter II: Rights and Duties of Subjects. See, e.g., Article XXX. Japanese subjects may present petitions...

¹⁰⁷ Constitution of Japan 1947, Chapter III: Rights and Duties of the People.

¹⁰⁸ Federal Constitution of the Swiss Confederation 1999, Chapter II: Initiative and Referendum. See, e.g., Articles 138-141 of the Swiss Constitution.

France

Throughout history, France's constitutional right to petition has been undergoing significant development since the adoption of the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen in 1789. Today, this Declaration remains an integral part of the French constitution, as seen in its preamble.¹⁰⁹ Accordingly, those guarantees of the right, which were described above, continue to operate today. Along with them, the French constitution contains its own distinct approaches to this right, which include the Court of Justice of the Republic,¹¹⁰ the Economic, Social and Environmental Council,¹¹¹ and the Defender of Rights.¹¹² In contrast to the Japanese constitutional provision for the right to petition for the redress of damage and the removal of public officials, in France, such matters fall under the jurisdiction of the Court of Justice of the Republic. This right is provided in Article 68-2: "Any person claiming to be a victim of a serious crime or other major offence committed by a member of the Government in the holding of his office may lodge a complaint with a petitions committee."¹¹³ In this case, the petition is termed the complaint and applies to government officials, demonstrating a narrower approach than in Japan.

"The Court of Justice of the Republic shall consist of fifteen members: twelve Members of Parliament, elected in equal number from among their ranks by the National Assembly and the Senate after each general or partial renewal by election of these Houses, and three judges of the Cour de cassation, one of whom shall preside over the Court of Justice of the Republic."¹¹⁴ Although it is called the Court of Justice of the Republic, most of its members are actually from the parliament, giving it a more political connotation. This is an issue because it goes against the principle of the separation of powers, which is one of the fundamental elements of the current French Constitution;¹¹⁵ however, it manifests a kind of UK parliamentary sovereignty vision. Philippe Fouchard argued in this regard that for a variety of historical and political reasons, since the 1789 French Revolution, the supremacy of the law has prevented the development of a genuine

¹⁰⁹ Constitution of France 1958, Preamble.

¹¹⁰ *Idem*, Title X: On the Criminal Liability of the Government.

¹¹¹ *Idem*, Title XI: The Economic, Social and Environmental Council.

¹¹² *Idem*, Title XI-A: The Defender of Rights.

¹¹³ *Idem*, Title X: On the Criminal Liability of the Government.

¹¹⁴ *Idem*.

¹¹⁵ Declaration of the Rights of Man and Citizen, *supra* n 21. See, e.g., Article 16 Any society in which the guarantee of rights is not assured, nor the separation of powers determined, has no Constitution.

“judicial power.”¹¹⁶ Nevertheless, drawing from this case, it becomes evident that specific legal disputes can find resolution through the exercise of the right to petition or by complaining, instead of resorting to a formal lawsuit or submitting an application to the prosecutor’s office. Moreover, the French approach should be regarded as a distinctive historical heritage¹¹⁷ rather than a clear infringement of the principle of the separation of powers.

The Economic, Social and Environmental Council (ESEC) is a constitutional consultative assembly. It represents key economic, social and environmental fields, promoting cooperation between different socio-professional interest groups and ensuring they are part of the process of shaping and reviewing public policy.¹¹⁸ Article 69-3 states, “A referral may be made to the ESEC by petition, in the manner determined by an Institutional Act. After consideration of the petition, it shall inform the Government and Parliament of the pursuant action it proposes.”¹¹⁹ To be considered, petitions to the ESEC must be written in French and have a minimum of 500,000 signatures from adult French citizens or lawful residents. These petitions must be presented to the Council President by a sole representative, following which the Bureau will assess their admissibility.¹²⁰ This type of petition is more similar to today’s e-petition. Moreover, the ESEC can provide expert opinion on proposed bills, ordinances, or decrees and present it to the Parliament.¹²¹ In fact, the council’s function can be seen as that of a professional state intermediary or facilitator, mediating between individuals or groups and the pertinent state bodies or other entities tasked with deciding on the issues, thereby facilitating deliberative democracy.

The last example of the right to petition would be the Defender of Rights. A similar institution exists in many constitutions worldwide, but it can be called in different ways, for illustration, the Ombudsman in the constitution of the

¹¹⁶ P Fouchard, “The Judiciary in Contemporary Society: France” (1993), 2 *Case Western Reserve Journal of International Law* 25, 221-250.

¹¹⁷ J Trapp, *Proceedings of the French National Convention on the Trial of Louis XVI. Late King of France and Navarre, to which are Added, Several Interesting Occurrences and Particulars Attending the Treatment, Sentence, and Execution of the Ill-Fated Monarch; the Whole Carefully Collected from Authentic Documents, and Republished with Additions, from the Paper of the World. By Joseph Trapp, A.M.* (London: Printed for the author; sold by Messrs. Murray, Kearsley, and Wenman and Co. Fleet-street; Ridgway, York-street, St. James’s; Deighton, Holborn; Downes, and M’Queen, Strand; and at the World Office, 1793).

¹¹⁸ The Economic, Social and Environmental Council, available at <https://perma.cc/9GEM-UNT3>, accessed on 11 May 2023.

¹¹⁹ Constitution of France, *supra* n 29, Title XI: The Economic, Social and Environmental Council.

¹²⁰ The Economic, Social and Environmental Council, *supra* n 38.

¹²¹ *Idem*.

Philippines (Section 5),¹²² the Ombudsman Board in the Austrian constitution (Article 148a)¹²³ or the Commissioner for Human Rights in Kazakhstan (Article 83-1).¹²⁴ There are also divisions of this position, for example, the children's ombudsman, the ombudsman for the rights of the disabilities,¹²⁵ the ombudsman for the rights of national minorities,¹²⁶ etc. Article 71-1 provides that the Defender of Rights shall ensure the due respect of rights and freedoms by state administrations, territorial communities, public legal entities, as well as by all bodies carrying out a public service mission or by those that the Institutional Act decides fall within his remit. Referral may be made to the Defender of Rights, in the manner determined by an Institutional Act, by every person who considers his rights to have been infringed by the operation of a public service or a body mentioned above. Also, he may act without a referral.¹²⁷ One may highlight the implicit inclusion of "public legal entities and all bodies carrying out a public service mission" in Article 71-1. This expansion signifies the evolution of the right to petition to include private legal entities that perform public functions.

Summing up, it can be stated that the Defender of Rights and the ESEC are a kind of professional intermediaries in the right to petition. In some cases, these intermediaries can be bypassed by filing a petition directly with the body you want, that is, for example, you have the choice to petition the Defender of Rights or directly an official. Although the Court of Justice of the Republic functions as a "professional judicial" body and works with complaints, which are forms of petition; its operations cannot be easily characterized as a distinct manifestation of the right to petition, especially compared to other constitutional jurisdictions. Nonetheless, the political connotation, the concept of parliamentary sovereignty, and the historical background of this right make it possible to state that this is a kind of right to petition.

Moldova

Over time, both human rights and the rights of legal entities have evolved. Constitutional law has also expanded the right to petition to encompass legal entities, as evidenced by the inclusion of such provisions in many national

¹²² Constitution of the Republic of the Philippines 1987, Article XI: Accountability of Public Officers.

¹²³ Austrian Federal Constitutional Law 2021, Chapter VIII: Ombudsman Board.

¹²⁴ Constitution of the Republic of Kazakhstan 2022, Section VII: Courts and Justice. Prosecutor's Office. Commissioner for Human Rights.

¹²⁵ J Stern, "Sweden", in G Kucsko-Stadlmayer (ed.), *European Ombudsman-Institutions* (Springer Vienna, 2008), 409-416.

¹²⁶ G Kucsko-Stadlmayer, *European Ombudsman-Institutions* (Springer Vienna, 2008).

¹²⁷ Constitution of France, *supra* n 29, Title XI-A: The Defender of Rights.

constitutions worldwide. One such example is found in Article 52-2 of the Moldovan constitution, which outlines this extension as follows: Legally established organizations shall have the right to lodge petitions exclusively on behalf of the bodies they represent.¹²⁸ The right of legal entities to petition clear progress since it equalizes the rights of a person and a legal entity. Historically, the right to petition was initially granted to individuals, extending to legal entities later. As a rule, in most countries where the right to petition for legal entities is not enshrined at the constitutional level, this is done at the level of laws.

Additionally, Article 53-1 of the Moldovan constitution provides for responsibility for an improper response to some forms of petitions: The person injured in his right by a public authority, by an administrative act or by the non-settlement within the legal term of a request is entitled to obtain the recognition of the claimed right, the annulment of the act, and the reparation of the damage.¹²⁹ When considering the right to petition in comparison to other jurisdictions, a request serves as a manifestation of this right. Assigning this responsibility to officials at the constitutional level acts as a solid safeguard to ensure this right.

Belgium

In examining the essence of the right to petition and its historical development, there has been considerable debate about whether an individual possesses the right to petition and if authorities should review it with a reasoned, written response. Presently, the dominant stance is that a single person has the right to submit a petition, and most constitutions and laws worldwide allow it. An example of this can be found in Article 28 of the Belgian constitution: “Everyone has the right to address petitions signed by one or more persons to the public authorities. Constituted bodies are alone entitled to address petitions under a collective name.”¹³⁰

In my view, it is important for legislation to incorporate safeguards against the right misuse, as one individual with grievances can inundate government bodies with petitions, this is especially true now, in an era of technological progress. Nevertheless, this constraint should be characterized as restrictive rather than punitive, exemplified by providing a lawful option to disregard the petition while informing the petitioner accordingly.

¹²⁸ Constitution of the Republic of Moldova 2016, available at <https://perma.cc/7C6G-CS3X>, accessed on 11 May 2023.

¹²⁹ P Cătălin-Radu, “Identifying the Right of a Person Aggrieved by a Public Authority in the Constitution of Romania, in the Constitution of Republic of Moldova and in Comparative Law” (2020), *2 Perspectives of Law and Public Administration* 9, 252-261.

¹³⁰ Belgian Constitution 2021, Title II: On Belgians and Their Rights.

Romania

An essential procedural element concerning exercising the right to petition is its inherent requirement to be free of charge. In some countries worldwide, this is enshrined in their constitutions, and some have made such consolidation at the level of legislation. An example of this can be found in Article 51-3 of the Romanian Constitution: The exercise of the right of petition shall be exempt from tax.¹³¹

The Czech Republic

On a global scale, the right to petition can be seen as a cost-free alternative dispute resolution, offering individuals and entities a means to avoid legal proceedings' expenses. Although the right to petition or appeal against a decision on a petition is not applicable in some cases, it is commonly observed that the response to a petition or a right procedural breach can generally be contested in court. We can see this in Article 36-1 of the Charter of Fundamental Rights and Basic Freedoms of the Czech Republic as a general provision that shows both the possibility of resourcing to a court in case of the right's violation and the limitation of the court's jurisdiction to specific cases: Everyone may assert, through the prescribed procedure, her rights before an independent and impartial court or, in specified cases, before another body.¹³²

Moreover, the Czech perspective on the right covers various petition forms and draws attention to the possible abuse of this right, as outlined in Article 18: The right of petition is guaranteed; in matters of public or other common interest, everyone has the right, on her own or together with other individuals, to address state bodies or territorial self-governing bodies with requests, proposals, or complaints. Petitions may not be misused to interfere with the independence of the courts. Petitions may not be misused for the purpose of calling for the violation of the fundamental rights and freedoms guaranteed by the Charter.¹³³

Spain

Article 29 of the Spanish Constitution provides an alternative method for restricting the right, which reads: All Spaniards shall have the right to individual and collective petition, in writing, in the manner and subject to the consequences established by the law. Members of the Armed Forces or Institutes or bodies subject to military discipline may only exercise this right individually and

¹³¹ Constitution of Romania 2003, Chapter II: Fundamental Rights and Freedoms.

¹³² Charter of Fundamental Rights and Basic Freedoms 1992, Chapter Five: The Right to Judicial and Other Legal Protection.

¹³³ *Idem*, Division Two: Political Rights.

in accordance with the provisions of the legislation pertaining to them.¹³⁴ This Article showcases an alternative approach to defining those entitled to the right to petition, as seen in the use of the word “Spaniards.” While employing this term may evoke nationalistic feelings, it also holds the potential for discriminating against Spanish citizens of diverse origins, stateless individuals, citizens of other nations, permanent residents, and so on. Moreover, it raises questions about applying this terminology to individuals who identify ethnically as Spaniards but do not possess Spanish citizenship.

Upon analyzing the constitutional laws, we can observe that the Spanish Organic Law 4/2001, which regulates this right per Article 29 of the Spanish Constitution, provides a more inclusive approach, namely: “Any natural or legal person, regardless of their nationality, can exercise the right of petition, individually or collectively.”¹³⁵

The limitation of the collective petition, on the one hand, is primarily intended to limit the possibility of a military coup, and such fears are justified if analyzing Spain’s history, but on the other hand, such a limitation has virtually no effect, since through individual petitions one can complain collectively. There is not much difference if 500 petitions from 500 militaries come or 500 militaries sign one petition. In the case of one petition, you will need to give one response, and in the case of 500 — 500 responses. In my opinion, this limitation seems more psychological in nature. Additionally, it is unclear how to proceed in a situation when a petition is civil rather than military-related, and according to the constitution, military personnel are prohibited from signing it. In contrast, Ukraine provides a stipulation that grants them this right when a matter falls beyond the scope of their services.¹³⁶

The Slovak Republic

One more option for manifesting the right to petition can be found in the Slovak constitution. The general provision for this right can be found in Article 27.¹³⁷ However, Article 95 provides for a special form of the collective petition: “A referendum shall be announced by the President of the Slovak Republic upon a petition submitted by no less than 350,000 citizens not later than thirty days after

¹³⁴ The Spanish Constitution 2011, Chapter II: Rights and Liberties.

¹³⁵ Organic Law 4/2001, available at <https://perma.cc/7ZU4-HXYD>, accessed on 11 May 2023.

¹³⁶ Law of Ukraine “On Petitions of Citizens,” available at <https://perma.cc/89YS-WL5B>, accessed on 11 May 2023.

¹³⁷ Constitution of the Slovak Republic 2017, available at <https://perma.cc/4T65-SEY6>, accessed on 11 May 2023.

the petitioners' resolution has been submitted by the citizens."¹³⁸ In contrast, the Swiss constitution proposes the following procedure for referendums: "If within 100 days of the official publication of the enactment, any 50,000 persons eligible to vote or any eight Cantons request it, the following shall be submitted to a vote of the People," or popular initiatives for a total or partial Federal Constitution revision shall be submitted to a vote of the People and/or the Cantons.¹³⁹ Switzerland differs from the Slovak Republic in its approach, as it organizes referendums based on the people's or Cantons' requests and popular initiatives instead of the citizens' petitions. This is an example of procedures being named differently, but their outcome can still be the same.

Ukraine

Ukraine will serve as an example illustrating the right full consolidation through the lens of the constitution and constitutional laws in comparison. Constitutional Article 40 outlines this right as follows: "Everyone has the right to file individual or collective written petitions, or to personally appeal to bodies of state power, bodies of local self-government, and to the officials and officers of these bodies, that are obliged to consider the petitions and to provide a substantiated reply within the term established by law."¹⁴⁰ A new aspect of this right is the ability to personally appeal to the state, a feature not found in previously discussed constitutions. The obligation to consider the petition and provide a substantiated reply within the terms established by law is similar to the Romanian version of the wording.

Upon reviewing the Law of Ukraine "On Petitions of Citizens" (OPC), which was passed per Constitutional Article 40, we can find that the law expands the circle of persons to whom a petition can be filed. Private legal entities are added to this row. As per Article 1 of this law, citizens and people who are legally in Ukraine have the right to petition the state authorities, local self-governments, associations of citizens, enterprises, institutions, and organizations, regardless of the forms of ownership.¹⁴¹ This article employs dual terminology, specifically "citizen" and "people who are legally in Ukraine," thereby restricting the scope breadth enshrined within the constitution and excluding legal entities' right to petition, a clear disadvantage compared to the Spanish approach, which includes legal entities.¹⁴²

¹³⁸ *Idem.*

¹³⁹ Federal Constitution of the Swiss Confederation 1999, *supra* n 28. See, e.g., Articles 141 and 142.

¹⁴⁰ Constitution of Ukraine 2019, Chapter II: Human and Citizen's Rights, Freedoms and Duties.

¹⁴¹ Law of Ukraine "On Petitions of Citizens," *supra* n 56.

¹⁴² Organic Law 4/2001, *supra* n 55.

Ukraine's legislation divides four types of petitions: Proposal (Remark), Petition (Motion), Complaint, and E-Petition;¹⁴³ however, considering their definitions, it effectively results in the subdivision into eight types:

- Proposal (Remark) — a form of a petition expressing advice or recommendations for improving the activities of a particular body or legal entity.¹⁴⁴
- Petition — an appeal by people with:
 - a) a request for assistance in the realization of their rights and interests enshrined in the constitution and current legislation;
 - b) notification of violations of current legislation;
 - c) notification of deficiencies in the activities of enterprises, institutions, or organizations, regardless of the form of ownership, people's deputies of Ukraine, deputies of local councils, and officials;
 - d) expressing an opinion regarding the improvement of their activities.¹⁴⁵
- Motion — a written petition requesting recognition of the relevant status, rights or freedoms, etc.¹⁴⁶
- Complaint — a petition demanding renewal of rights and protection of legitimate interests of citizens violated by actions (inactions), decisions of state bodies, local self-government bodies, enterprises, institutions, organizations, associations of citizens, and officials.¹⁴⁷
- E-Petition — a special form of collective citizens appeal to the President of Ukraine, the Verkhovna Rada of Ukraine, the Cabinet of Ministers of Ukraine, and the local government bodies.¹⁴⁸

As follows from the OPC, citizens or those legally present in Ukraine can submit proposals, remarks, petitions, e-petitions, and motions; these legal provisions resemble the constitutional norms of the Czech Republic. In cases where the response to a petition is unsatisfactory, the petitioner can file a complaint,

¹⁴³ Law of Ukraine "On Petitions of Citizens," *supra* n 56.

¹⁴⁴ *Idem.*

¹⁴⁵ *Idem.*

¹⁴⁶ *Idem.*

¹⁴⁷ *Idem.*

¹⁴⁸ J Babin and L Vakariuk, "The Legal Nature of E-Petitions" (2019), 2 *Baltic Journal of Law and Politics* 12, 19-46.

triggering an appeal process with a higher administrative body or authority. This illustrates how the legislation establishes a mechanism for petition appeals; however, in some instances, a complaint can serve as the initial stage of a petition.

The OPC Article 5 specifies the criteria for a petition, which may be presented in either a written or oral format:

- An oral petition or personal appeal can be filed during a personal appointment or by calling a special hotline.
- A written petition has mandatory details that must be indicated on the petition; it can be sent at the applicant's choice by e-mail or regular mail; in addition, there is no requirement for an electronic signature on the petition.¹⁴⁹ Approximately similar requirements to a written petition in Article 4 of the Spanish Organic Law 4/2001.¹⁵⁰

In Ukraine, many state and private organizations have established dedicated electronic forms on their official websites to assist individuals in submitting petitions in compliance with the law. This practice can be seen in many other states.¹⁵¹

The language used in petitions holds great significance in safeguarding this right. Currently, in Ukraine, individuals cannot submit petitions to officials in minority languages receiving the same level of protection as petitions in the state language,¹⁵² although in 2018, it was permissible.¹⁵³ This requirement constitutes a breach of international law.¹⁵⁴ By contrast, it is possible in Spain to submit a petition in the language of national minorities.¹⁵⁵

¹⁴⁹ Law of Ukraine "On Petitions of Citizens," *supra* n 56.

¹⁵⁰ Organic Law 4/2001, *supra* n 55.

¹⁵¹ K Kubilevicius, "The Inviolability of Right to Petition in Context of Digitalization. Comparative Analysis of Lithuania, Latvia, Estonia and Poland" (2020), 22 *Teises Apzvalga Law Review*, 3-20.

¹⁵² Law of Ukraine "On Supporting the Functioning of the Ukrainian Language as the State Language", available at <https://web.archive.org/web/20220309122117/https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2704-19?lang=en#Text>, accessed on 11 May 2023.

¹⁵³ Law of Ukraine "On Petitions of Citizens" available at <https://web.archive.org/web/20181121143537/https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/393/96-%D0%B2%D1%80/ed20180725#Text>, accessed on 11 May 2023.

¹⁵⁴ The European Charter for Regional or Minority Languages 2003, available at https://web.archive.org/web/20230314095927/https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_014#top, accessed on 11 May 2023.

¹⁵⁵ Organic Law 4/2001, *supra* n 55.

When an individual intends to submit a petition, they might not always be fully aware of the specific entity or official powers. Hence, for the effectiveness of the right, it is essential that if a petition is mistakenly sent to the wrong recipient, the responsible official redirects it to the appropriate recipient notifying the petitioner about it. The OPC Article 7 provides such assurance.¹⁵⁶ For example, in Spain, according to Article 8 of the Spanish Organic Law 4/2001, such petitions are recognized as inadmissible; however, they should be redirected, as per Article 10.¹⁵⁷

The OPC Articles 8 and 12 regulate which petitions are not subject to consideration. In most cases, these are anonymous petitions, that are subject to other laws, repeated petitions. Initially, legally incapacitated individuals were deprived of this right; however, a 2018 Constitutional Court ruling deeming the previous restriction unconstitutional granted them it.¹⁵⁸ Analyzing the legislation of other countries worldwide, one can notice that incapacitated persons and persons in the care of a guardian are also given the right to file a petition. The Bavaria experience serves as an example.¹⁵⁹ In my perspective, this approach is more suitable for the word “everyone” and the inclusion policy.

While the Ukrainian constitution does not explicitly forbid prosecution for submitting a petition, in contrast to other constitutions, the OPC Article 9 establishes such a prohibition.¹⁶⁰ This stands as another instance illustrating how the lack of a specific provision in the Constitution can be addressed through legislation. The OPC grants a petitioner various rights, including the right to request personal presence when the petition is considered by officials.¹⁶¹ Such state guarantee fosters transparency among government officials and legal entities, thereby enhancing the procedure’s democratic nature. For example, in Spain, such an initiative can only come from the respondent.¹⁶²

The OPC Article 20 stipulates that petitions must be considered within a period ranging from 15 to 45 days, while Article 21 ensures that consideration of the petition is free of charge.¹⁶³ Similar timeframes and cost arrange-

¹⁵⁶ Law of Ukraine “On Petitions of Citizens,” *supra* n 56.

¹⁵⁷ Organic Law 4/2001, *supra* n 55.

¹⁵⁸ Law of Ukraine “On Petitions of Citizens,” *supra* n 56.

¹⁵⁹ Bayerischer Landtag: Petitions and Complaints, available at <https://perma.cc/UY35-L2RK>, accessed on 11 May 2023.

¹⁶⁰ Law of Ukraine “On Petitions of Citizens,” *supra* n 56.

¹⁶¹ *Idem*. See, e.g., Article 18.

¹⁶² Organic Law 4/2001, *supra* n 55. See, e.g., Article 11.

¹⁶³ *Idem*.

ments are typically found in the laws of many other nations.¹⁶⁴ However, there are instances, such as in Spain, where the petition consideration may take up to three months.¹⁶⁵

To enable citizens to submit petitions orally, the OPC imposes a duty on all legal entities and heads of public entities to receive people as they prescribe.¹⁶⁶ While not many states allow petitions to be submitted orally, the oral petition can be an effective tool for improving the transparency and openness of government and state institutions.

E-petition is a distinct type of petition¹⁶⁷ aiming to form a new way for communication between citizens and public administration agencies, providing an opportunity to respond quickly to changes and challenges that arise in society.¹⁶⁸ Its introduction in Ukraine in 2015 reflected the impact of global technological advancements and the implementation of similar mechanisms in other countries (See, e.g., in the United Kingdom in 1999,¹⁶⁹ or the German Bundestag established an e-petition platform in 2005¹⁷⁰). Its implementation has yielded positive results in terms of promoting democratic engagement, enabling citizens to influence the government's actions collectively.¹⁷¹ Although e-petitions lack binding force on officials to implement claims, only to address them, they can have a consultative nature¹⁷² and affect political reputation and rating, potentially impacting future elections. Citizens can submit e-petitions through the official website of the body to which it is addressed or the public association website that collects signatures supporting the e-petition.¹⁷³ If it is directed to the President of Ukraine, the Verkhovna Rada of Ukraine, or the Cabinet of Ministers of Ukraine, it is processed following the guidelines stated in Article 23¹, if it has a minimum of 25,000 citizen signatures within three months of the petition's publication.¹⁷⁴ If we analyze the countries' experience worldwide, then the term

¹⁶⁴ Bayerischer Landtag: Petitions and Complaints, *supra* n 79.

¹⁶⁵ Organic Law 4/2001, *supra* n 55. See, Article 11.

¹⁶⁶ Law of Ukraine "On Petitions of Citizens," *supra* n 56. See, e.g., Articles 22 and 23.

¹⁶⁷ K Kubilevicius, *supra* n 71.

¹⁶⁸ V Reshota et al., "Electronic Petitions in European States and Ukraine Solving Social and Economic Problems" (2021), *24 Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, 1-9.

¹⁶⁹ I Babin and L Vakariuk, *supra* n 68.

¹⁷⁰ M Rosenfeld and S András, *supra* n 1, 951.

¹⁷¹ D Luchenko, "E-Petition as a Form of Appeal against Decisions, Actions or Omissions by Subjects of Public Authority" (2018), *11 Law of Ukraine: Legal Journal (Ukrainian)*, 53-64.

¹⁷² I Babin and L Vakariuk, *supra* n 68.

¹⁷³ Law of Ukraine "On Petitions of Citizens," *supra* n 56.

¹⁷⁴ *Idem*.

for collecting signatures for petitions depends on the specific body or issue and can be either more than three months or less. For example, an electronic petition to the Parliament of Canada is open for signature on its website for 30, 60, 90, or 120 days.¹⁷⁵ Alternatively, in Germany, an e-petition at the beginning of its existence was open for signature within the first three weeks after being published in the e-petition platform;¹⁷⁶ however, current practice shows that signatures can be gained during the period specified by the author of the petition, but not more than six months.¹⁷⁷ Furthermore, e-petition in Ukraine can also be submitted to local self-government bodies, but the regulations regarding the number of signatures required to support such a petition and the duration for collecting signatures are set by the respective territorial community's ordinance.¹⁷⁸ This provision was included to ensure the correlation between the number of petition signatories and the total population of a particular ward.

If someone interferes with an individual's right to petition, the injured person may submit a petition orally or in writing¹⁷⁹ to the Human Rights Commissioner of the Verkhovna Rada of Ukraine,¹⁸⁰ who has the authority to hold the responsible persons accountable and compel¹⁸¹ them to respond to the petition, as per Article 255, paragraph 8-1 of the Code of Ukraine on Administrative Offenses (Articles 213-330).¹⁸² Alternatively, persons may seek the protection of

¹⁷⁵ Parliament of Canada: The Path of an E-petition, available at <https://perma.cc/H6KL-SXVK>, accessed on 11 May 2023.

¹⁷⁶ M Rosenfeld and S András, *supra* n 1, 951-952.

¹⁷⁷ I Babin and L Vakariuk, *supra* n 68.

¹⁷⁸ Law of Ukraine "On Petitions of Citizens," *supra* n 56.

¹⁷⁹ About us Hotline of the Human Rights Commissioner of the Verkhovna Rada of Ukraine 0800-50-17-20, available at <https://web.archive.org/web/20230711022752/https://ombudsman.gov.ua/uk/about>, accessed on 11 May 2023.

¹⁸⁰ Law of Ukraine "On Petitions of Citizens," *supra* n 56.

¹⁸¹ Monitoring of citizens' rights to petition and access to public information under martial law by Lohvytsia City Council of Myrhorod District, Poltava Oblast, available at https://web.archive.org/web/20230711022944/https://ombudsman.gov.ua/uk/news_details/monitoring-doderzhannya-prav-gromadyan-na-zvernennya-ta-dostup-do-publichnoyi-informaciyi-v-umovah-voyennogo-stanu-lohvickoyu-miskoyu-radoyu-mirgorodskogo-rajonu-poltavskoyi-oblasti, accessed on 11 May 2023.

¹⁸² Code of Ukraine on Administrative Offenses (Articles 213 - 330), available at <https://perma.cc/7AG9-HQE9>, accessed on 11 May 2023.

their right in court,¹⁸³ as generally stipulated by Constitutional Article 55.¹⁸⁴ For example, in Spain, it will be the jurisdiction of the courts.¹⁸⁵

Responsibility for breaches of human rights is an integral part of every human right. Regarding the right to petition, accountability is paramount in preventing this right from becoming a mere formality. This is especially true for countries with a low level of democracy. The amount of responsibility for such a violation is always controversial, especially because the officials themselves establish this responsibility. The issue of accountability becomes intertwined with conflicts of interest and often with a preponderance in favor of officials. For instance, in Ukraine, the amount of liability for such violations ranges from UAN 425 to 825,¹⁸⁶ approximately equivalent to € 10-20.

4. Current Constitutional Issues

Examining the constitutions of various countries globally reveals that their contents may appear somewhat archaic when juxtaposed with their contemporary legislation. Spain provides a notable example of a country whose laws have expanded the right to petition to encompass all individuals, regardless of their background or status. If we analyze the constitutions and constitutional legislation of various countries worldwide, it can be observed that the current concept of the right to petition is largely safeguarded for all individuals. Moreover, in some countries or regions, this right is even guaranteed for legally incapacitated persons and those under the care of a guardian. Thus, the first topical issue of constitutional law is its recognition for everyone at the constitutional level.

Nevertheless, this recognition raises questions regarding whether a petition filed by one person can be considered a petition as such. The legislations of the world's states were divided into those where such a right is allowed and those where such a right can be used, in some cases, only collectively. If we take into account the possibility of holding a referendum in the sense of the Slovak Republic's constitution or repeal and amendment of laws, the dismissal of officials in the sense of the Japanese constitution, then limiting the application of

¹⁸³ Grand Chamber of the Supreme Court Case No. 9901/140/20 to the President of Ukraine Volodymyr Zelenskyy on violation of the right to petition, proceedings No. 11-221zai20, available at <https://web.archive.org/web/20230711023136/https://reyestr.court.gov.ua/Review/93217973>, accessed on 11 May 2023.

¹⁸⁴ Constitution of Ukraine 2019, *supra* n 60, Chapter II: Human and Citizen's Rights, Freedoms and Duties.

¹⁸⁵ Organic Law 4/2001, *supra* n 55. See, Article 12.

¹⁸⁶ Code of Ukraine on Administrative Offenses (Articles 1 - 212-24), available at <https://perma.cc/Y4DH-76RT>, accessed on 11 May 2023.

such a right to only residents or citizens of Japan or Slovakia and collectively is a legitimate maintenance of popular sovereignty. Consequently, the second topical issue of constitutional law pertains to limiting the exercise of this right in certain instances to preserve democratic principles in a justified fashion that aligns with the values of a democratic society. One potential approach to tackle this challenge involves discerning between various petition categories. This encompasses petitions open to all, those exclusively designated for citizens or residents, which can be submitted collectively or individually, and situations where petitioning is explicitly prohibited. Legislative frameworks must incorporate provisions that efficiently prevent the potential abuse of this right. These measures should ensure that constraints are restrictive in nature rather than punitive, thereby preserving the integrity and purpose of the petitioning process.

Ensuring that individuals are not subjected to oppression or discrimination for supporting a petition is the third topical issue of constitutional law. Upon analyzing the constitutions of different countries, it is evident that not many of them specifically address this concern; however, provisions for protecting against oppression and discrimination should have a four-level approach:

- a) Explicitly stated in the constitution and reflected in legislation;
- b) Imposing proportionate penalties for oppression or discrimination;
- c) Ensuring a real opportunity to hold a person accountable for such acts;
- d) Including not only a fine for the oppressor but compensation in favor of the petitioner.

If, at the beginning of the right existence, the relevance of its application by legal entities was not so urgent, today, it is the fourth topical issue of constitutional law. While it's true that the term "everyone" can theoretically include legal entities, a thorough examination of constitutions that limit this right to citizens or a specific nationality reveals potential constitutional discrimination against legal entities, even if legislative provisions correct it. I believe employing the term "everyone" at the constitutional level is more apt to prevent such discrimination, even if the right is corrected in constitutional laws.

The original essence of the right to petition was intended to be directed towards those in positions of authority. However, a scrutiny of societal dynamics reveals that numerous private legal entities wield significant influence,¹⁸⁷ as

¹⁸⁷ Chinese foreign minister holds meetings with Elon Mask in Beijing, available at <https://web.archive.org/web/20230711023312/https://www.sinardaily.my/article/197305/world/news/chinese-foreign-minister-holds-meetings-with-elon-mask-in-beijing/>, accessed on 30 May 2023.

exemplified by the practice of lobbying.¹⁸⁸ Consequently, broadening the scope of individuals to whom petitions (including e-petitions) can be addressed, extending to private legal entities, in today's context, is the fifth topical issue of constitutional law. Through a petition, persons could improve the activities of these legal entities, protect their rights as consumers, resolve a dispute in a pre-trial manner, and draw attention to any relevant issues. The social responsibility of business has recently become more and more relevant.¹⁸⁹ Through a petition, people could find out one or another position of legal entities on interested issues.

The petition is a powerful tool of direct democracy, representing the people's voice. Across the globe, it is widely accepted that petitions should be free of charge, and incorporating such a provision into constitutional law would reinforce the notion that this tool is accessible to all and alleviate any financial burden on individuals. Therefore, the right to petition should be free of charge is the sixth topical issue of constitutional law.

Incorporating the right to petition into legislation without defining a timeframe for a response might undermine the right efficacy. Under such circumstances, even if penalties exist for neglecting a petition, enforcing them could be problematic due to the absence of a prescribed timeframe for reviewing the petition. Thus, the timeframe for consideration of the petition is an integral part of this right and the seventh topical issue of constitutional law.

The timeframe for reviewing a petition is directly tied to the obligation to respond. A constitutional approach that mandates respondents to provide a reasoned and substantiated response is a crucial safeguard for ensuring this right. Without such wording, the person to whom the petition is directed may take a petition frivolous and provide a formulaic or useless reply. In such instances, there may be no formal violation of the right since a response was provided within the designated deadlines. But in case of the presence of such a safeguard in a constitution, a respondent may also reply to a petition frivolously or uselessly, but on this occasion, it is already a violation of the right to petition, and the petitioner has the right to hold the respondent liable. Thus, the obligation of an official or respondent to provide a reasoned and substantiated response to a petition is the eighth topical issue of constitutional law.

Responsibility for failure to provide a duly executed response to the petition is an integral part of the right. The duly executed response implies that it must take into account all the requirements for a response as well as the context

¹⁸⁸ C Lahusen, *European Lobbying: An Occupational Field Between Professionalism and Activism* (Taylor & Francis, 2023).

¹⁸⁹ M M Jennings, "The Social Responsibility of Business Is Not Social Responsibility: Assume That There Are No Angels and Allow the Free Market's Touch of Heaven" (2019), 2 *Berkeley Business Law Journal* 16, 325-462.

of the petition. The real responsibility for officials or respondents will stimulate their proper performance of official duties. Such responsibility must blend the individual responsibility of the officials with their respective bodies. Furthermore, certain countries have incorporated provisions at the constitutional level that impose financial compensation in petitioners' favor, which presents a reasonable approach. It is indeed perplexing when government officials violate the rights of persons filing petitions, and any penalties imposed on officials primarily benefit the very state or government, leaving petitioners with little more than a response, if they are fortunate. Attempts to combat this can be seen in Article 10 of the Greek constitution, which reads: "3. The competent service or authority is obliged to reply to requests for the provision of information and for the supply of documents, especially certificates, supporting documents, and attestations, within a set deadline not exceeding 60 days, as specified by law. In case this deadline elapses without action or in case of unlawful refusal, in addition to any other sanctions and consequences at law, special monetary compensation is also paid to the applicant, as specified by law."¹⁹⁰

One may observe that this responsibility is more related to the right to access public information. However, drawing on the legislative practices of various countries globally, certain types of information or documents can be acquired through petition. For instance, some information is stored in private entities. Consequently, the ninth topical issue of constitutional law pertains to liability for failure to provide a duly executed response to the petition, including in petitioners' favor.

One of the fundamental principles of the separation of powers is the right to challenge any legal action in court, which serves as a check and balance mechanism that preserves the rule of law. The right to petition is not exempt from this principle, and denying individuals the ability to challenge violations of their right to petition in court could be viewed as a violation of the separation of powers and checks and balances. However, in this situation, one may consider the concept of parliamentary sovereignty and its tangible democratic rudiments. Nevertheless, I believe that the right to challenge a breach of the right in court with a possible minor exception is the tenth topical issue of constitutional law.

E-petition and petitioning electronically are natural consequences of technological progress. The Institute of Electronic Petitions is available in over 75 countries.¹⁹¹ Submitting the petition in electronic form has increased the petition availability at times. People do not need to look for any office to send or submit a petition, they can do it by e-mail or through a special application. E-petition has actually become a place where like-minded petitioners can find each other

¹⁹⁰ Constitution of Greece 1975, Part II: Individual and Social Rights.

¹⁹¹ I Babin and L Vakariuk, *supra* n 68.

and sign this or that petition, which serves as a platform for launching a genuine activist movement.¹⁹² This way of human state interaction is undoubtedly progress for the health of democratic regimes, direct and deliberative democracy. Analyzing the world constitutional experience of petitions, popular initiatives and referendums, it is worth noting that e-petition, in some cases, very closely intersects with referendums, especially with non-binding. In my perspective, such interaction will continue in the future, and over time, the boundary between e-petition and referendums will be erased. Thus, the modernization of the right to petition and its transition to cyberspace is the eleventh topical issue of constitutional law.

The pervasive influence of AI continues to permeate every facet of our existence. AI's central role in the right to petition is facilitating responses to individual or collective petitions submitted by people or legal entities. Officials and respondents could employ AI as an initial means of providing draft responses to people's petitions. In instances where AI falls short of offering a comprehensive response, human intelligence would supplement its efforts. AI developers could design specialized programs tailored to the unique demands of specific offices, officials, or respondents based on their pertinent documentation, concepts, etc., which will enhance the response quality. In nations with several official languages, AI may provide bilingual responses. Individuals with specific requirements may receive video or audio responses and have the option to submit oral petitions through AI chat. Utilizing an individual's traits, AI may recommend petitions that align with people's interests and aid in drafting a person's own petitions, thus enhancing the effectiveness of this tool. AI may utilize petitions to anticipate the optimal decisions that national or local authorities should make to better align with people's sentiments. In essence, AI can facilitate officeholders in listening to and addressing the concerns of each individual, which will be vital in today's democratic backsliding. Therefore, introducing AI technologies in responding to and processing petitions is the twelfth topical issue of constitutional law.

Expanding on the AI subject and its relation to the right to petition in the context of the paper "e-Court — Dutch Alternative Online Resolution of Debt Collection Claims," which highlights alternative dispute resolution processes,¹⁹³ I think that there is a growing necessity for the widespread AI integration in resolving at least small business disputes, consumer issues, and minor administrative cases through a petition, with the option to appeal to a human judge or tribunal. Unlike governments, private companies have long used these methods

¹⁹² A Ilie and G Tical, "Does the Online Facilitate the Right to Petition or Raise New Issues?" (2020), *International Conference Education and Creativity for a Knowledge-Based Society*, 95-100.

¹⁹³ W Netjes and A R Lodder, "e-Court — Dutch Alternative Online Resolution of Debt Collection Claims: A Violation of the Law or Blessing in Disguise?" (2019), *1 International Journal of Online Dispute Resolution* 6, 96-115.

to resolve some of their disputes.¹⁹⁴ Individuals who may have refrained from asserting their rights due to the perceived complexity and cost of the litigation may effortlessly create a pre-trial petition with AI and attempt to resolve the issue. AI may evaluate the likelihood of success for the petition through legal prediction, help the official address the petition, or even directly resolve the issue, thereby reducing the judicial system's burden. This progression could serve as a significant step towards the practical realization of AI-driven justice in civil and administrative law domains. Essentially, private entities could now privately provide AI-powered platforms to resolve their disputes with consumers, counterparties, etc., through petitions and AI as an option.

Drawing from the implementation of AI-driven justice in the realm of sport, particularly some components of the Video Assistant Referee system,¹⁹⁵ it becomes evident that initial biases surrounding this technology have gradually subsided. The current scenario demonstrates that removing this technology would face staunch opposition from fans, highlighting its growing acceptance and recognition of its benefits.¹⁹⁶ In tennis, AI is planning to replace some of today's judges.¹⁹⁷ Similarly, AI justice holds the promise of improving fairness in our lives. Therefore, the preliminary introduction of AI justice through the right to petition is the thirteenth topical issue of constitutional law.

In conclusion, I provide an example of a constitutional article designed to meet contemporary standards for the right to petition. I strived to include as much relevant information as possible within a concise framework: "Everyone is entitled to submit an individual or collective petition to public or private entities and their officials in electronic or paper form. The public or private entities and their officials must consider the petition duly and provide a substantiated reply. E-petition is a special type of petition that may be binding.

No one should be subjected to any form of discrimination for filing and supporting such a petition. The exercise of this right is free of charge.

¹⁹⁴ R Abbott and B S Elliott, "Putting the Artificial Intelligence in Alternative Dispute Resolution" (2023), 3 *Amicus Curiae* 4, 685-706.

¹⁹⁵ M Armenteros, A J Benitez, and M A Betancor, *The Use of Video Technologies in Refereeing Football and Other Sports* (Routledge, 1st. ed., 2019).

¹⁹⁶ Arsène Wenger: A lifetime commitment to football, available at <https://web.archive.org/web/20230525163724/https://www.aljazeera.com/program/talk-to-al-jazeera/2023/5/20/arsene-wenger-a-lifetime-commitment-to-football>, accessed on 30 May 2023.

¹⁹⁷ Wimbledon may replace line judges with AI, available at <https://web.archive.org/web/20230715055552/https://www.telegraph.co.uk/news/2023/07/07/wimbledon-may-replace-line-judges-ai/>, accessed on 30 July 2023.

Limitation, liability, and response time are an integral part of this right and are determined by an act, considering the experience of a free and democratic society.

The right to assert the right to petition in court is guaranteed.”

As can be seen, this article addresses almost all current issues. The designation that the e-petition can be binding is like aspiration and further development of this institution because if the majority supports the petition, then, based on the theory of popular sovereignty,¹⁹⁸ it should become binding under certain circumstances.¹⁹⁹ Drawing from Switzerland’s referendum history, a 25-35 percent support threshold among eligible voters would be deemed adequate.²⁰⁰ “Limitation, liability, response time” are mandatory components of the adopted constitutional law. Enshrining this wording in the constitution will oblige a parliament to anchor them in an act and also allow society to control this, for example, through a system of checks and balances. “Considering the experience of a free and democratic society” is a significant point regarding the health of democracy since it makes it possible to develop a relatively uniform world democratic society. At the same time, if any other democratic society adopts more pioneering legal norms regarding the right, this legal stipulation will allow civil society to achieve the implementation of the same legal rules in their country, and if any unreasonable restrictions are established, they can be challenged based on this provision. Nevertheless, such wording is not obligatory in this particular article since it can simply be common to all constitution articles. The same approach to the wording of the protection of this right in court.

5. Effective Application

While many countries consider the right to petition as not a driving area for democracy or reforms,²⁰¹ I aim to highlight a private company’s successful implementation of this right. Change.org indicates itself as the world’s largest platform for social change. As of January 2024, it boasted over 522.857 million global users.²⁰² Each day, millions of individuals turn to Change.org to initi-

¹⁹⁸ G Nootens, *Popular Sovereignty in the West: Politics, Contention, and Ideas* (Routledge, 1st. ed., 2013).

¹⁹⁹ Federal Constitution of the Swiss Confederation 1999, *supra* n 28. See, e.g., as prescribed in paragraph 3 of Article 139 of the Swiss constitution.

²⁰⁰ Bundeskanzlei BK: Chronologie Referenden, available at https://web.archive.org/web/20230531111612/https://www.bk.admin.ch/ch/d/pore/rf/ref_2_2_3_1.html, accessed on 31 May 2023.

²⁰¹ R J Krotoszynski, Jr., *supra* n 13, 135.

²⁰² Nearly every hour, a petition on Change.org achieves victory, available at <https://web.archive.org/web/20240105200643/https://www.change.org/impact>, accessed on 5 January 2024.

ate, endorse, and back petitions addressing matters of personal, communal, or state significance, giving rise to influential initiatives that bring about tangible change.²⁰³ Tens of thousands of these campaigns left a mark by informing and swaying the public, compelling decision-makers to confront issues they might have otherwise overlooked, and altering the perspectives of millions regarding their own individual and collective potential. The Washington Post has acknowledged Change.org as one of the nation's most impactful channels for activism.²⁰⁴ According to the organization, as of January 2024, they have 92,353 wins in 196 countries.²⁰⁵

One such victory is the Australian petitions of Kate and Harris, who stood in solidarity with Muslims and called on the government to demand the resignation of Senator Fraser Anning after his Islamophobic statements following the Christchurch massacre. With the support of nearly 1.5 million signers, the petition was tabled in parliament. It was followed by a censure motion of Fraser Anning, supported by all major parties. In the end, Senator Fraser Anning was not re-elected, and the party he started, the Conservative Nationals, did not gain any seats in the upper or lower houses of parliament.²⁰⁶ Alternatively, through petitions, Oceana Canada led a successful campaign to ban the shark fin trade;²⁰⁷ in Australia, Taylor Swift was set to perform at the biggest horse race until animal lovers and her fans called for her to cancel her appearance;²⁰⁸ in Italy, supermarket chain Carrefour agreed to stop selling foie gras after a public outcry;²⁰⁹ in the US, when Walmart executives decided to eliminate the Greeter job at about 1,000 stores, a position commonly held by disabled employees, several petitions

²⁰³ Impact Report 2019, available at https://web.archive.org/web/20230614171051/https://static.change.org/brand-pages/impact/reports/2020/2020_Impact+Report_Change_EN_final.pdf, accessed on 30 May 2023.

²⁰⁴ *Idem*.

²⁰⁵ Nearly every hour, a petition on Change.org achieves victory, *supra* n 121.

²⁰⁶ 1,482,956 people signed and won this petition, available at <https://web.archive.org/web/20230320045343/https://www.change.org/p/the-prime-minister-remove-fraser-anning-from-parliament>, accessed on 30 May 2023.

²⁰⁷ Victory for sharks! Canada bans the cruel shark fin trade, available at https://web.archive.org/web/20220501000000*/https://www.change.org/p/canada-has-officially-banned-the-import-and-export-of-shark-fins-oceanacan-finbannow/u/24720475, accessed on 30 May 2023.

²⁰⁸ 6,655 people signed and won this petition, available at <https://web.archive.org/web/20220523211700/https://www.change.org/p/taylor-swift-ask-taylor-swift-to-say-nuptothecup>, accessed on 30 May 2023.

²⁰⁹ 12,101 people signed and won this petition, available at <https://web.archive.org/web/20240105201630/https://www.change.org/p/carrefour-italia-stop-alla-vendita-di-foie-gras>, accessed on 30 May 2023.

convinced them to keep these employees on the job;²¹⁰ in Germany, the sales tax on menstrual items has been reduced from 19% to 7%,²¹¹ while in Canadian Ontario students can get them free thanks to a petition.²¹² At the same time, in countries with a high level of direct and/or participatory democracy, such a mechanism may not be so efficient, as illustrated by Switzerland's example regarding parliamentary petitions²¹³ or using Change.org.²¹⁴

The example above illustrates that there is a societal demand for the right to petition, but its realization is impeded. Although Change.org's experience is laudable, virtually all decisions that were initiated on this private platform were carried out or could have been carried out by representative democracies directly without an intermediary. Thus, direct governments' introduction or governmental backing and promotion of an AI-powered Change.org platform will enhance the credibility and effectiveness of petitions and governments. Enhancing the accessibility of the petition process and forming citizens' culture to exercise this right can yield substantial advantages for the vitality of democracy.

6. Conclusion

This research reveals that the right to petition predates the Magna Carta. Initially, petitions resembled legal proceedings, serving as a channel for nobles to present cases directly to the Crown, Parliament, or Government. Gradually, this transformed into establishing a comprehensive constitutional right, allowing everyone, in a comparative context, to petition virtually any public or private officeholder. The distinctive characteristics of the uneven evolution of this right across various societies, coupled with its lack of popularity in the scientific community, conceal the diversity of approaches to its consolidation and implementation in constitutions and constitutional laws. Analyzing the right to petition in different constitutional texts reveals that none of them completely

²¹⁰ 167,922 people signed and won this petition, available at <https://web.archive.org/web/20220122182518/https://www.change.org/p/walmart-preserve-the-jobs-of-disabled-greeters-at-walmart>, accessed on 30 May 2023.

²¹¹ 189,694 people signed and won this petition, available at <https://web.archive.org/web/20230520120321/https://www.change.org/p/die-periode-ist-kein-luxus-senken-sie-die-tamponsteuer-starkwatzinger-bmfsfj>, accessed on 30 May 2023.

²¹² 13,875 people signed and won this petition, available at https://web.archive.org/web/20240105201758/https://www.change.org/p/doug-ford-ensure-free-menstrual-products-in-all-ontario-schools?source_location=petitions_browse, accessed on 30 May 2023.

²¹³ Petitionen an den Bundesrat 2023, available at <https://web.archive.org/web/20230516160215/https://www.bk.admin.ch/bk/de/home/politische-rechte/petitionen/petitionenbr/petitionenbr2023.html>, accessed on 30 May 2023.

²¹⁴ Impact Report 2019, *supra* n 122.

encompasses this right within a modern conceptual framework. Therefore, the legislators should rethink their approach to the right to be more understandable to ordinary people and reflect all social changes, current issues, and societal demands. Amidst the present democratic backsliding and drawing from the empowering historical legacy of the right to petition, which has played a pivotal role in advancing democracy, this aspect assumes profound significance. AI can play a key role in empowering the ability to hear everyone, thereby constructing society's general will, while Change.org's experience effectively confirms the right successful implementation. The introduction of AI-driven justice within the concept of the right to petition in civil and administrative law emerges as an exceedingly auspicious and transitional tool towards the holistic concept of AI courts. In this regard, private entities can potentially assume a pivotal role.

7. Bibliography

A Ilie and G Tical, "Does the Online Facilitate the Right to Petition or Raise New Issues?" (2020), *International Conference Education and Creativity for a Knowledge-Based Society*, 95-100.

A L Tyler, "A 'Second Magna Carta': The English Habeas Corpus Act and the Statutory Origins of the Habeas Privilege" (2021), 5 *The Notre Dame Law Review* 91, 1949-1996.

C Ionescu, "Some References to the Constitutional Right to Petition" (2016), 2 *Pandectele Romane*, 17-25.

CLahusen, *European Lobbying: An Occupational Field Between Professionalism and Activism* (Taylor & Francis, 2023).

CTilly, "The Emergence of Citizenship in France and Elsewhere. International review of social history" (1995), S3 *International Review of Social History* 40, 223-236.

D Luchenko, "E-Petition as a Form of Appeal against Decisions, Actions or Omissions by Subjects of Public Authority" (2018) 11 *Law of Ukraine: Legal Journal (Ukrainian)* 2018, 53-64.

E G Brown, "The Right to Petition: Political or Legal Freedom" (1961), 4 *UCLA Law Review* 8, 729-734.

E N Gladden, *A History of Public Administration: Volume I: From the Earliest Times to the Eleventh Century* (Milton: Taylor & Francis Group, 2019).

G A Mark, "The Vestigial Constitution: The History and Significance of the Right to Petition" (1998), 6 *Fordham Law Review* 66, 2153-2232.

G Kucsko-Stadlmayer, *European Ombudsman-Institutions* (Springer Vienna, 2008).

G Lawson and G Seidman, "Downsizing the Right to Petition" (1999), 3 *Northwestern University Law Review* 93, 739-765.

G Nootens, *Popular Sovereignty in the West: Politics, Contention, and Ideas* (Routledge, 1st. ed., 2013).

H Beck, *A Companion to Ancient Greek Government* (John Wiley & Sons, 2013).

H W Allen, *Trial of Henry W. Allen, U.S. Deputy Marshal, for Kidnapping, with Arguments of Counsel & Charge of Justice Marvin, on the Constitutionality of the Fugitive Slave L, in the Supreme Court of New York* (Syracuse: Power Press of the Daily journal office, 1852).

I Babin and L Vakariuk, "The Legal Nature of E-Petitions" (2019), 2 *Baltic Journal of Law and Politics* 12, 19-46.

J Stern, "Sweden", in G Kucsko-Stadlmayer (ed.), *European Ombudsman-Institutions* (Springer Vienna, 2008), 409-416.

J Trapp, *Proceedings of the French National Convention on the Trial of Louis XVI. Late King of France and Navarre, to which are Added, Several Interesting Occurrences and Particulars Attending the Treatment, Sentence, and Execution of the Ill-Fated Monarch; the Whole Carefully Collected from Authentic Documents, and Republished with Additions, from the Paper of the World. By Joseph Trapp, A.M.* (London: Printed for the author; sold by Messrs. Murray, Kearsley, and Wenman and Co. Fleet-street; Ridgway, York-street, St. James's; Deighton, Holborn; Downes, and M'Queen, Strand; and at the World Office, 1793).

K Kubilevicius, "The Inviolability of Right to Petition in Context of Digitalization. Comparative Analysis of Lithuania, Latvia, Estonia and Poland" (2020), 22 *Teises Apzvalga Law Review*, 3-20.

M Armenteros, A J Benitez, and M A Betancor, *The Use of Video Technologies in Refereeing Football and Other Sports* (Routledge, 1st. ed., 2019).

M B Woodworth, "Citizenship in the United States and in France" (1896), 2 *Revue Legale*, 283-287.

M M Jennings, “The Social Responsibility of Business Is Not Social Responsibility: Assume That There Are No Angels and Allow the Free Market’s Touch of Heaven” (2019), 2 *Berkeley Business Law Journal* 16, 325-462.

M Rosenfeld and S András, *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (Oxford University Press, 1st ed., 2012).

M Weingartner, “The Right to Petition as Access and Information” (2021), 4 *University of Pennsylvania Law Review* 169, 1235-1288.

N Necipoğlu, *Byzantium Between the Ottomans and the Latins: Politics and Society in the Late Empire* (Cambridge University Press, 2009).

P Cătălin-Radu, “Identifying the Right of a Person Aggrieved by a Public Authority in the Constitution of Romania, in the Constitution of Republic of Moldova and in Comparative Law” (2020), 2 *Perspectives of Law and Public Administration* 9, 252-261.

P Fouchard, “The Judiciary in Contemporary Society: France” (1993), 2 *Case Western Reserve Journal of International Law* 25, 221-250.

R A de Vertot d’Aubeuf, *The History of the Revolutions that Happened in the Government of the Roman Republic* (Dublin: pr. by George Abraham Grierson and A. Ewing, 6th ed., 1756).

R Abbott and B S Elliott, “Putting the Artificial Intelligence in Alternative Dispute Resolution” (2023), 3 *Amicus Curiae* 4, 685-706.

R J Krotoszynski, Jr., *Reclaiming the Petition Clause: Seditious Libel, ‘Offensive’, Protest, and the Right to Petition the Government for a Redress of Grievances* (New Haven: Yale University Press, 2012).

S A Higginson, “A Short History of the Right to Petition Government for the Redress of Grievances” (1986), 1 *The Yale Law Journal* 96, 142-166.

V Reshota et al., “Electronic Petitions in European States and Ukraine Solving Social and Economic Problems” (2021), 24 *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, 1-9.

W Netjes and A R Lodder, “e-Court — Dutch Alternative Online Resolution of Debt Collection Claims: A Violation of the Law or Blessing in Disguise?” (2019), 1 *International Journal of Online Dispute Resolution* 6, 96-115.

Others references

1 Stat. 97 (1789).

1,482,956 people signed and won this petition, available at <https://web.archive.org/web/20230320045343/https://www.change.org/p/the-prime-minister-remove-fraser-anning-from-parliament>, accessed on 30 May 2023.

12,101 people signed and won this petition, available at <https://web.archive.org/web/20240105201630/https://www.change.org/p/carrefour-italia-stop-alla-vendita-di-foie-gras>, accessed on 30 May 2023.

13,875 people signed and won this petition, available at https://web.archive.org/web/20240105201758/https://www.change.org/p/doug-ford-ensure-free-menstrual-products-in-all-ontario-schools?source_location=petitions_browse, accessed on 30 May 2023.

167,922 people signed and won this petition, available at <https://web.archive.org/web/20220122182518/https://www.change.org/p/walmart-preserve-the-jobs-of-disabled-greeters-at-walmart>, accessed on 30 May 2023.

189,694 people signed and won this petition, available at <https://web.archive.org/web/20230520120321/https://www.change.org/p/die-periode-ist-kein-luxus-senken-sie-die-tamponsteuer-starkwatzinger-bmfsfj>, accessed on 30 May 2023.

6,655 people signed and won this petition, available at <https://web.archive.org/web/20220523211700/https://www.change.org/p/taylor-swift-ask-taylor-swift-to-say-nuptothecup>, accessed on 30 May 2023.

About us Hotline of the Human Rights Commissioner of the Verkhovna Rada of Ukraine 0800-50-17-20, available at <https://web.archive.org/web/20230711022752/https://ombudsman.gov.ua/uk/about>, accessed on 11 May 2023.

Arsène Wenger: A lifetime commitment to football, available at <https://web.archive.org/web/20230525163724/https://www.aljazeera.com/program/talk-to-al-jazeera/2023/5/20/arsene-wenger-a-lifetime-commitment-to-football>, accessed on 30 May 2023.

Austrian Federal Constitutional Law 2021.

Bayerischer Landtag: Petitions and Complaints 2023, available at <https://perma.cc/UY35-L2RK>, accessed on 11 May 2023.

Belgian Constitution 2021.

Charter of Fundamental Rights and Basic Freedoms 1992.

Chinese foreign minister holds meetings with Elon Mask in Beijing, available at <https://web.archive.org/web/20230711023312/https://www.sinardaily.my/article/197305/world/news/chinese-foreign-minister-holds-meetings-with-elon-mask-in-beijing/>, accessed on 30 May 2023.

Code of Ukraine on Administrative Offenses (Articles 1 - 212-24), available at <https://perma.cc/Y4DH-76RT>, accessed on 11 May 2023.

Code of Ukraine on Administrative Offenses (Articles 213 - 330), available at <https://perma.cc/7AG9-HQE9>, accessed on 11 May 2023.

Constitution of France 1958.

Constitution of Greece 1975.

Constitution of Romania 2003.

Constitution of the Empire of Japan 1889.

Constitution of the Republic of Kazakhstan 2022.

Constitution of the Republic of Moldova 2016, available at <https://perma.cc/7C6G-CS3X>, accessed on 11 May 2023.

Constitution of the Republic of the Philippines 1987.

Constitution of the Slovak Republic 2017, available at <https://perma.cc/4T65-SEY6>, accessed on 11 May 2023.

Constitution of Ukraine 2019.

Constitution of Japan 1947.

Declaration of the Rights of Man and Citizen 1789.

Federal Constitution of the Swiss Confederation 1999.

Grand Chamber of the Supreme Court Case No. 9901/140/20 to the President of Ukraine Volodymyr Zelenskyy on violation of the right to petition, proceedings No. 11-221zai20, available at <https://web.archive.org/web/20230711023136/https://reyestr.court.gov.ua/Review/93217973>, accessed on 11 May 2023.

Impact Report 2019, available at https://web.archive.org/web/20230614171051/https://static.change.org/brand-pages/impact/reports/2020/2020_Impact+Report_Change_EN_final.pdf, accessed on 30 May 2023.

Klimagesetz, available at <https://web.archive.org/web/20230323073656/https://swissvotes.ch/vote/663.00>, accessed on 30 May 2023.

Law of Ukraine “On Petitions of Citizens,” available at <https://perma.cc/89YS-WL5B>, accessed on 11 May 2023.

Law of Ukraine “On Supporting the Functioning of the Ukrainian Language as the State Language” available at <https://web.archive.org/web/20220309122117/https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2704-19?lang=en#Text>, accessed on 11 May 2023.

Law of Ukraine “On Petitions of Citizens” available at <https://web.archive.org/web/20181121143537/https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/393/96-%D0%B2%D1%80/ed20180725#Text>, accessed on 11 May 2023.

Magna Carta 1215, available at <https://perma.cc/GHL7-SD9H>, accessed on 11 May 2023.

Monitoring of citizens’ rights to petition and access to public information under martial law by Lohvytsia City Council of Myrhorod District, Poltava Oblast, available at https://web.archive.org/web/20230711022944/https://ombudsman.gov.ua/uk/news_details/monitoring-doderzhannya-prav-gromadyan-nazvernennya-ta-dostup-do-publichnoyi-informaciyi-v-umovah-voyennogo-stanu-lohvickoyu-miskoyu-radoyu-mirgorodskogo-rajonu-poltavskoyi-oblasti, accessed on 11 May 2023.

Nearly every hour, a petition on Change.org achieves victory, available at <https://web.archive.org/web/20240105200643/https://www.change.org/impact>, accessed on 5 January 2024.

Organic Law 4/2001, available at <https://perma.cc/7ZU4-HXYD>, accessed on 11 May 2023.

Parliament of Canada: The Path of an E-petition, available at <https://perma.cc/H6KL-SXVK>, accessed on 11 May 2023.

Petitionen an den Bundesrat 2023, available at <https://web.archive.org/web/20230516160215/https://www.bk.admin.ch/bk/de/home/politische-rechte/petitionen/petitionenbr/petitionenbr2023.html>, accessed on 30 May 2023.

The Economic, Social and Environmental Council, available at <https://perma.cc/9GEM-UNT3>, accessed on 11 May 2023.

The Spanish Constitution 2011.

The European Charter for Regional or Minority Languages 2003, available at https://web.archive.org/web/20230314095927/https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_014#top, accessed on 11 May 2023.

Victory for sharks! Canada bans the cruel shark fin trade, available at https://web.archive.org/web/20220501000000*/https://www.change.org/p/canada-has-officially-banned-the-import-and-export-of-shark-fins-oceanacan-finbannow/u/24720475, accessed on 30 May 2023.

Wimbledon may replace line judges with AI, available at <https://web.archive.org/web/20230715055552/https://www.telegraph.co.uk/news/2023/07/07/wimbledon-may-replace-line-judges-ai/>, accessed on 30 July 2023.



Universidade do Minho
Escola de Direito



JusGov
CENTRO DE INVESTIGAÇÃO EM JUSTIÇA E GOVERNAÇÃO



Título: **Anuário de Direitos Humanos - Nº 5**

Edição: **Centro de Investigação Interdisciplinar em Direitos Humanos
Escola de Direito da Universidade do Minho**

Diretora: **Anabela Susana de Sousa Gonçalves**

Data: **Maior 2024**

ISSN: **2184-1853**

