

A CEDH ENQUANTO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO COMPLEMENTAR DO DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS¹

THE ECHR AS A TOOL FOR COMPLEMENTARY PROTECTION OF INTERNATIONAL LAW OF REFUGEES

Maria Espírito Santo Isaac Meca²

RESUMO

O presente trabalho centra-se na relação entre a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) e o regime internacional de proteção dos refugiados. Em síntese, procuramos saber em que medida pode ela ser estudada, não só enquanto instrumento regional de proteção internacional dos direitos humanos, como também, enquanto expediente de proteção complementar do Direito Internacional dos Refugiados. Pretendemos cruzar estes dois pólos, numa tentativa pluridimensional de construir um quadro coeso e interligado de linhas normativas, doutrinárias e jurisprudenciais, que disciplinem a utilização do artigo 3º da CEDH, que estabelece a proibição de tortura e maus tratos, como um elemento-chave no reforço e consolidação de um dos mais importantes direitos dos refugiados: o princípio de non-refoulement.

ABSTRACT

This work focuses on the relationship between the European Convention on Human Rights (ECHR) and the international regime of refugee protection. In short, we want to know whether and to what extent can this be studied not only as a regional instrument of international protection of human rights but also as a tool of complementary protection of international refugee law. We intend to cross these two poles, in a multidimensional attempt to build a cohesive and interconnected framework of normative, doctrinal and jurisprudential lines, governing the use of article 3 of ECHR, which prohibits torture and ill-treatment, as a key element in strengthening and consolidating one of the most important rights of refugees: the principle of non-refoulement.

KEYWORDS: ECHR; Refugees; Complementary Protection; Subsidiary Protection; Torture and ill-treatment; Principle of non-refoulement.

¹ Artículo recibido el 28 de octubre de 2015 y aprobado el 13 de enero de 2015.

² Mestrado em Direito Público, Internacional e Europeu. Escola de Direito – Universidade Católica Portuguesa do Porto.

PALAVRAS CHAVE: CEDH; Refugiados; Proteção Complementar; Proteção Subsidiária; Tortura e Maus Tratos; Princípio de non-refoulement.

Sumário: I – Considerações Iniciais; II – O Regime Jurídico dos Refugiados na América Latina. Um Caminho Autônomo? Comparação com o Sistema Regional Europeu; III – As Formas Complementares de Proteção do Direito Internacional dos Refugiados; 1. Convenção de Genebra. Instrumento de proteção suficiente? A Proteção Internacional; 2. A Proteção Complementar e a Proteção Subsidiária; 3. Os avanços normativos da Proteção Subsidiária; IV – O artigo 3º da CEDH enquanto reforço do DIR na luta contra o refoulement; 1. A legitimidade aplicativa da CEDH ao DIR; 2. O alcance do princípio de non-refoulement; 3. A relação entre o artigo 3º da CEDH e o princípio de non-refoulement; 4. A evolução jurisprudencial do TEDH no âmbito do artigo 3º em situações de expulsão; V – Considerações Conclusivas.

* * *

I. Considerações Iniciais

O Direito Internacional Humanitário (DIH), o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) e o Direito Internacional dos Refugiados (DIR) estão estritamente interligados tanto na sua conceptualização como na própria instrumentalização e praticidade³. Apesar de ser um ramo autónomo, o DIR encontra grande parte do seu fundamento e do seu quadro jurídico-normativo no DIDH⁴ e daí que os desenvolvimentos iniciais do regime de proteção internacional estejam intimamente relacionados com a entrada em vigor da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH), que não só estipulou o direito a procurar asilo, como estabeleceu um conjunto de princípios determinantes no reconhecimento da condição de refugiado.

A Convenção de Genebra (CG)⁵ é o principal alicerce normativo do DIR⁶, não só por estabelecer um regime legal específico de proteção (e, conseqüentemente, a primeira e clássica definição de refugiado no seu artigo 1A(2)⁷), mas por espelhar a preocupação da Comunidade Internacional (CI) em transformar um costume internacional - o instituto do asilo - em disposições de carácter vinculativo para as Partes Contratantes.

Ainda assim, as suas limitações eram evidentes⁸. Estas justificaram-se pelo contexto político pós-guerra, pelos interesses geo-estratégicos das grandes potências e foram afastadas pelo Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados de 1967 (Protocolo

³ CABRINI, Luigi, *La protección internacional de los refugiados. La acción del ACNUR*, in *Derecho de Extranjería*, 649; Em sentido contrário, GOODWIN-GILL, G., *Asylum: The Law and Politics of Change*, International Journal of Refugee Law (IJRL), vol. 7, 1995, 2.

⁴ HATHAWAY, James C., *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, 2005, 75; CABRINI, *ob. cit.*, 649.

⁵ Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), adotada a 28 de Julho de 1951 pela Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, convocada pela Resolução nº. 429 (V) da AGNU, de 14 de Dezembro de 1950.

⁶ HATHAWAY, *The Rights of Refugees*, 91; CABRINI, *ob. cit.*, 647-8.

⁷ GOODWIN-GILL, G., *The Refugee in International Law*, Oxford: Clarendon Press, 1996, 40.

⁸ GOODWIN-GILL, G. e MCADAM, Jane, *The Refugee in International Law*, Oxford University Press, Third Edition, 2007, 36-8; HATHAWAY, James C., *A Reconsideration of the underlying premise of refugee law*, IJRL, vol. 31, 1990, 150; CABRINI, *ob. cit.*, 649-650.

de 1967 ou Protocolo), pela Convenção da Organização de Unidade Africana de 1969 (Convenção da OUA) e pela Declaração de Cartagena de 1984 (DC).

De acordo com o DI e, mais especificamente, de acordo com a definição estabelecida pela CG, a noção de refugiado⁹ aplica-se a todo aquele que é vítima de perseguição, devido a determinadas circunstâncias¹⁰ relacionadas com a sua raça, religião, nacionalidade, opinião pública ou filiação num particular grupo social e que, em consequência, se vê obrigado a abandonar o seu país e a requerer a proteção de um país terceiro. Assim, a definição de refugiado consubstancia dois requisitos chave: o “fundado receio de perseguição”¹¹ e a “falta de proteção nacional”¹².

Como vimos, o artigo 14º da DUDH estabeleceu o “direito a procurar asilo”, direito sem qualquer equivalente na obrigação estatal de conceder asilo¹³ quer porque os Estados não tinham interesse na consagração de um tal direito que permitisse a livre entrada de estrangeiros no seu território, quer porque anexado a isso surgiriam riscos de concessão de asilo a emigrantes que ‘não sendo refugiados’ antes procuravam melhores condições de vida. Foi a Diretiva Qualificação 2004 (DQ ou DQ 2004) o primeiro instrumento a normativizar diretamente o direito a garantir asilo¹⁴ e a transformá-lo num direito do indivíduo e não num direito do Estado. Foi um passo extraordinário no DIR, até então limitado conceptual e juridicamente pelo “direito a procurar asilo”, sem qualquer vinculação pelos Estados Membros (EM) a uma obrigação internacional, ainda que agora, só de âmbito regional.

⁹ Podemos afirmar que a expansão da definição de refugiado encontra auxílio no Direito Internacional Consuetudinário e podemos dizê-lo por dois motivos: primeiro, porque a ‘ideia’ de conceder asilo era já prática aceite e reiterada pela CI mesmo antes da criação da DUDH e da CG; em segundo, numa linha mais moderna, trata-se de defender a aplicação da CG não só a aqueles que preenchem as condições estatutárias mas a todas as vítimas de violações de direitos humanos. Ignorar o carácter consuetudinário da definição de refugiado, será o mesmo que afirmá-la estritamente contratual e limitada teleologicamente pela letra da lei. Falamos da criação ou aceitação de estruturas normativas complementares à CG.

¹⁰ UNHCR, *Handbook on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status*, Geneva, 1979, pts. 66 ss; 71 ss, 74 ss, 80 ss, 77 ss, respetivamente.

¹¹ Este conceito foi elaborado, em 1946, pelo CES e normativizado na Constituição da OIR. Cfr. MCADAM, Jane, *Rethinking the Origins of ‘Persecution’ in Refugee Law*, IJRL, vol. 25, 2013, 667-692. Neste artigo a autora defende que, apesar do conceito de perseguição só ter começado a fazer explicitamente parte da definição de refugiado a partir dos anos 50, ele estava implícito em vários instrumentos internacionais desde os anos 20, contrapondo-se, assim, à ideia de HATHAWAY, in *A Reconsideration*, de que a referência explícita a esse elemento na Convenção de OIR se traduziu numa “mudança dramática e num desvio relativamente às fases anteriores”, o que para a autora não é mais do que a ordem natural das coisas. Por outro lado, segundo alguns autores, para que uma pessoa seja vítima de perseguição é necessária uma “discriminação intencional” que prove o carácter pessoal da definição de refugiado, demonstrando a incapacidade da CG proteger vítimas de guerra civil. Neste sentido, KALIN, W., *Refugees and civil wars: only a matter of interpretation?*, IJRL, vol. 3, 1991, 437-8; GOODWIN-GILL, G., *The Refugee in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983, 44-5.

¹² *Note on International Protection*, A/AC.96/830, 7 September 1994, par. 10.

¹³ HATHAWAY, *A Reconsideration*, 166 e 172-4; GOODWIN-GILL, e MCADAM, *ob. cit.*, 358. Estes dois últimos autores consideram que mesmo não existindo um direito ao asilo, os EM têm uma obrigação implícita e indireta de não dificultar o direito a procurar asilo.

¹⁴ BAZO, María T. Gil, *Refugee status, subsidiary protection, and the right to be granted asylum under EC law*, Research Paper No. 136, 2006, 7.

II. O Regime Jurídico dos Refugiados na América Latina. Um Caminho Autónomo? Comparação com o Sistema Regional Europeu

Podemos começar por caracterizar o regime de proteção internacional como um regime heterogéneo, um regime que dadas as limitações já referidas da CG - a qual visava responder concretamente aos problemas europeus da época -, e as específicas necessidades humanitárias vindas de outras regiões do globo, foi obrigado a seguir linhas diferentes para solucionar problemas diferentes.

Falamos agora do regime jurídico dos refugiados adotado pela América Latina quando comparado quer com a conduta europeia e respetivos instrumentos, quer com a conduta norte-americana. Falamos de países marcados por períodos de grande instabilidade política e por graves crises económicas. Falamos principalmente de uma região que durante várias décadas se demonstrou auto-suficiente na resolução das questões de asilo, através de uma forte prática consuetudinária que só anos mais tarde se viu normativizada¹⁵. Falamos de uma confiança, como veremos excessiva, nos ordenamentos jurídicos internos desses mesmos Estados e de uma convicção de que se tratam de problemas solúveis à margem da restante comunidade internacional¹⁶.

Neste sentido, não podemos deixar de ter em conta todo o contexto histórico inerente à luta pela independência, às consequências vindas da Guerra Civil Espanhola e mais tarde da Segunda GM, nem tão pouco à facilidade com que se movimentam grandes fluxos de refugiados entre países vizinhos na América do Sul e Central. De tudo isto só uma coisa poderia decorrer: a supremacia de princípios como o da soberania estatal e o da não intervenção em território nacional, o que nos leva, inevitavelmente, a uma outra questão - o constante desenvolvimento e a crescente relevância atribuída ao asilo diplomático quando comparado com o asilo territorial, o que, de resto, não aconteceu nem na Europa nem nos EUA por passar a ser visto como um “ato que condena a soberania” e “um obstáculo à paz e segurança pública”¹⁷.

¹⁵ FRANCO, L. e NORIEGA, J. S., *Contributions of the Cartagena Process to the Development of International Refugee Law in Latin America*, in *Memoir of the Twentieth Anniversary of the Cartagena Declaration on Refugees*, Bogota: UNHCR, 2004, 67.

¹⁶ ESPONDA, Jaime, *La tradición latinoamericana de asilo y la protección internacional de los refugiados*, in FRANCO, Leonardo, *El asilo e la protección de los refugiados en América Latina*, 1ª ed., Buenos Aires, ACNUR-UNLa-Siglo XXI Ed. Argentina, 2003, 109.

¹⁷ ESPONDA, *ob. cit.*, 85.

Facto é que durante mais de meio século a América Latina foi conseguindo, por si própria¹⁸, ultrapassar as inúmeras crises resultantes dos crescentes fluxos de refugiados vindos dos mais variados países da América do Sul e Central. Mas foi essencialmente a partir dos anos 60 que a adesão à CG surgiu como imperativa. A resistência destes países ao sistema das Nações Unidas foi levada até às últimas consequências¹⁹, culminando na criação das, já referidas, Convenções de Caracas de 1954. Cremos que o principal motivo da não adesão aos instrumentos internacionais de proteção dos refugiados residia não nas limitações da CG nem da sua definição mas na insegurança relativamente ao controlo exercido pelo ACNUR²⁰ e no que a submissão a esse controlo simbolizava. Por outro lado, a CG era vista como um “produto europeu”²¹ direcionada aos países europeus. E depois os estados latino-americanos já tinham dado provas suficientes das suas boas intenções e do seu respeito pelas garantias do direito ao asilo²², quer porque as suas práticas costumeiras o demonstravam quer porque a assumida transposição para as ordens jurídicas internas dos, mais tardios, instrumentos criados a nível regional era representativa de um reconhecimento geral da sua importância.

Mais, com os crescentes movimentos populacionais e com as alterações de perfil dos refugiados, o sistema americano estaria, nos anos 80, a ultrapassar um dos seus momentos mais críticos²³. Nem a CG nem o Protocolo Adicional eram suficientes. Era necessário estabelecer um equilíbrio entre as preocupações estatais e a criação de uma abordagem normativa suficientemente flexível e ampla para proteger o máximo número

¹⁸ Para o propósito deste artigo é importante ter em conta os seguintes documentos do sistema regional latino-americano: o Tratado de Direito Penal Internacional, assinado a 22 de Janeiro de 1889 em Montevideo; a Convenção sobre Asilo, assinada a 20 de Fevereiro de 1928 em Havana; a Convenção sobre Asilo Político de Montevideo, assinada a 26 de Dezembro de 1933; o Tratado sobre Asilo e Refúgio Político, assinado a 4 de Agosto de 1939 em Montevideo; o Tratado sobre Direito Penal Internacional, assinado a 19 de Março de 1940 em Montevideo; a Convenção sobre Asilo Diplomático e a Convenção sobre Asilo Territorial, assinadas a 28 de Março de 1954 em Caracas e a Convenção Interamericana sobre Extradução, assinada a 25 de Fevereiro de 1981 em Caracas.

¹⁹ CANTOR, David J., *European Influence on Asylum Procedures in Latin America: Accelerated Procedures in Colombia, Ecuador, Panama and Venezuela*, School of Advanced Study, University of London, 26 March 2012, 5-8.

²⁰ ESPONDA, *ob. cit.*, 114.

²¹ *Ibidem*, 114.

²² Note-se que ao contrário do sistema das Nações Unidas, o sistema latino-americano estabeleceu, desde cedo, quer na Convenção Americana de Direitos Humanos de 1978 quer na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948, o direito não só a procurar asilo mas o direito a garantir asilo, transformando-o num direito do indivíduo e não num direito do Estado. A nível europeu, como vimos, a DQ 2004 foi o primeiro instrumento a normativizar a garantia do direito ao asilo.

²³ ARBOLEDA, Eduardo, *Refugee Definition in Africa e Latin America: Lessons of Pragmatism*, IJRL, vol. 3, 1991, 200.

de pessoas possível²⁴. Assim foi feito. Com vista à resolução do problema, a Universidade de Cartagena e o Centro de Estudos do Terceiro Mundo organizou, na cidade de Cartagena das Índias, um Colóquio designado de “Colóquio sobre a Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá: Problemas Jurídicos e Humanitários” que deu origem à Declaração de Cartagena sobre os Refugiados em 1984, a qual, até hoje, continua a ser o instrumento revolucionário do sistema latino-americano²⁵.

Ainda que sem natureza vinculativa, a DC conseguiu influenciar afincadamente as legislações nacionais e incentivar a elaboração de boas práticas normativas e administrativas inspiradas na sua estrutura dedicada à resolução dos problemas vigentes na América Latina²⁶. Podemos dizer que a DC assumiu duas vertentes: uma vertente tradicional em que reafirma a importância dos princípios previamente estabelecidos pela CG e seu Protocolo; e uma vertente contemporânea²⁷ assente numa terminologia inovadora e sem precedentes no DIR, expandindo a proteção e o âmbito de aplicação deste até às situações de “violência generalizada, conflitos internos e violações massivas de direitos humanos”²⁸.

Todavia, esgotar a importância da DC no desenvolvimento dado à definição de refugiado é minimizar gravemente um avanço normativo cujo impacto vai muito além dessa definição e do próprio sistema regional latino-americano²⁹. Foram várias as questões abordadas nas suas Conclusões. Referimo-nos, a título exemplificativo, à convergência entre o DIR, o DIDH e o DIH; à natureza apolítica, humanitária e pacífica do asilo; ao princípio de *non-refoulement* como um princípio de *ius cogens*; ao estabelecimento de um tratamento mínimo dado aos refugiados; à afirmação do caráter voluntário do repatriamento voluntário enquanto solução duradoura mas sem por isso

²⁴ GONZÁLEZ, J. C. Murillo, *El derecho de asilo y la protección de refugiados en el continente americano: contribuciones y desarrollos regionales*, in XXXIV Curso de Derecho Internacional, *Aspectos Jurídicos del desarrollo regional*, Organización de los Estados Americanos, 2008, 426.

²⁵ CUÉLLAR, Roberto, et al., *Refugee and Related Developments in Latin America: Challenges Ahead*, IJRL, vol. 3, 1991, 484; CIREFCA, *Principles and Criteria for the Protection of and Assistance to Central American Refugees, Returnees and Displaced Persons in Latin America*, January 1990, 4.

²⁶ ESPIELL, H. Gros, et al., *Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina*, Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA) , Ciudad de Guatemala, 1989, 4.

²⁷ Esta vertente divide-se, por um lado, nos elementos inovadores exclusivamente estabelecidos pela DC e, por outro, na referência à Convenção da Organização de Unidade Africana de 1969, a qual foi um grande incentivo à DC. Neste sentido, CUÉLLAR, *ob. cit.*, 484.

²⁸ Conclusão nº 3 da Declaração de Cartagena. Instrumento disponível em: www.acnur.org.

²⁹ ACNUR, *ob. cit.*, 9 e 13.

pôr em causa a segurança do indivíduo; à referência pioneira aos deslocados internos e aos direitos económicos, sociais e culturais³⁰.

Mas se é verdade que a DC espelhou as preocupações dos países da América Latina com questões nunca antes suscitadas por outros sistemas de proteção regionais e alargou o escopo da definição de refugiado a um patamar de abrangência tal que levantou dúvidas relativamente à sua interpretação e aplicação³¹, não é menos verdade que uma leitura global, adequada e coerente deste instrumento eliminaria quaisquer incertezas aplicativas e proporcionaria a harmonização entre a práticas estatais.

Quanto à definição de refugiado e à confusão terminológica entre asilo e refúgio existente nos instrumentos latino-americanos, os quais criaram desde cedo um caminho autónomo do elaborado a nível internacional³², num primeiro plano importa referir que de acordo com este sistema, o conceito de asilo diplomático corresponde ao conceito de asilo político e o de asilo territorial ao conceito de refúgio³³, e num segundo plano, que desde o Tratado de Montevideo de 1889, foi criada propositadamente uma ligação entre o conceito de asilo e o requisito de perseguição política, o mesmo é dizer que até à evolução da DC, a definição de refugiado se encontrava conceptualmente mais limitada que a da CG³⁴, o que bem se compreende pelas circunstâncias histórico-políticas em que esses instrumentos foram criados e pelas garantias que visavam salvaguardar.

Por outro lado, esse caminho autónomo traçado pela DC caracteriza-se, especialmente, pelo afastamento de uma das maiores fragilidades protecionais da CG: o “fundado receio de perseguição”. Este requisito circunscreve a concessão de proteção internacional ao abrigo da CG a um conjunto limitado de situações, deixando de fora

³⁰ FRANCO e NORIEGA, *ob. cit.*, 99-101.

³¹ ACNUR, *Documento de Discusión. La situación de los refugiados en América Latina: Protección y soluciones bajo el enfoque pragmático de la declaración de Cartagena sobre los refugiados de 1984*, Agosto 2004, 9 e 14-5. Falamos, essencialmente, de preocupações ao nível da segurança nacional, da estabilidade regional, dos critérios pouco desenvolvidos relativamente à aplicação das cláusulas de exclusão e cessação, e da elevada amplitude dos cinco motivos pertencentes à definição de refugiado, *cfr.* GONZÁLEZ, *ob. cit.*, 429.

³² ARBOLEDA, *ob. cit.*, 197.

³³ No Tratado de Montevideo de 1889 não havia menção ao conceito de ‘refúgio’ e o conceito de ‘asilo’ era utilizado indistintamente para o asilo diplomático e territorial. Essa alteração só foi feita no Tratado de Montevideo de 1939, *cfr.* ESPONDA, *ob. cit.*, 94-100. Note-se que o conceito de asilo territorial nas Convenções latino-americanas é mais restrito que o conceito de refugiado da CG, precisamente pela limitação resultante da intrínseca relação entre o direito de asilo e o requisito de perseguição política, *cfr.* ARBOLEDA, *ob. cit.*, 198.

³⁴ CAMINOS, H., *Some Considerations on the Protection of Refugees in The InterAmerican System, with particular Reference to the Situation of Refugees in Central America*, in NASH, A., ed. *Human Rights and The Protection of Refugees under International Law*, 1988, 96.

tantas outras igualmente carecedoras de proteção. Neste sentido, a DC é, sem dúvida, um instrumento complementar à CG. Desde logo, ao fazer a ligação entre o DIR e o DIDH quando se refere à “violação massiva de direitos humanos”³⁵ e depois ao permitir a concessão do estatuto de refugiado quer quando não se consiga provar o fundado receio de perseguição quer em situações de violência generalizada, substituindo esse requisito pela prova de uma “ameaça à vida, segurança e liberdade”³⁶.

Assim, a DC não só ampliou a definição de refugiado além da CG como se tornou num instrumento que não pondo em causa a supremacia da última, surge como compatível com o âmbito de aplicação desta e complementar aos princípios por ela estabelecidos. Em Dezembro de 1994, dando seguimento à DC, é criada a Declaração de S. José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas. Desta vez uma Declaração mais focada numa outra dimensão de ‘grupo vulnerável’ – os deslocados internos. Aqui, reafirma-se a relação entre o DIR e o DIDH, numa perspetiva causal entre a violação de DH e os deslocamentos populacionais com particular incidência nos resultantes problemas sócio-económicos e na deterioração das condições de vida da população³⁷.

Relativamente ao regime jurídico dos refugiados na Europa³⁸, não podemos deixar de afirmar que o tratamento progressivo dado à política de asilo foi fortemente influenciado pelo processo de integração europeia. De facto, o verdadeiro passo na comunitarização das questões de asilo foi dado com o Tratado que instituiu a Comunidade Europeia³⁹, ao criar o Título IV e denominá-lo de “Vistos, asilo, imigração

³⁵ GONZÁLEZ, *ob. cit.*, 432.

³⁶ ESPIELL, *ob. cit.*, 9. Sobre os cinco motivos pertencentes à definição de refugiado da DC, *cfr.* CORCUERA, S., *Reflections on the Application of the Broader Refugee Definition of the Cartagena Declaration in Individual Refugee Status Determination Procedures, in Memoir of the (...)*, 197-205.

³⁷ TRINDADE, A.C., *Approximations and Convergences Revisited: Ten Years of Interaction between International Human Rights Law, International Refugee Law, and International Humanitarian Law (from Cartagena – 1984 to San Jose – 1994 and Mexico – 2004), in Memoir of the (...)*, 128-9.

³⁸ O Conselho Europeu adotou vários instrumentos: Acordo Europeu relativo à supressão de vistos para os refugiados de 1959; Acordo Europeu sobre a transferência de responsabilidade relativa a refugiados de 1980; quanto às Recomendações da Assembleia mencionamos a Resolução nº 773 de 1976, relativa aos refugiados *de facto* e a Resolução nº 787, também de 1976, sobre a harmonização das práticas de elegibilidade conforme à Convenção de Genebra de 1951 e seu Protocolo Adicional de 1967; quanto às Recomendações do Conselho de Ministros mencionamos a Recomendação relativa à harmonização dos procedimentos nacionais em matéria de asilo de 1981 e a Recomendação relativa à proteção de pessoas que satisfazem os critérios da Convenção de Genebra mas não são formalmente reconhecidas como refugiadas, de 1984.

³⁹ As políticas de asilo estão reguladas no artigo 78º do TFUE (Título V, agora denominado “Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça”), estipulando que as medidas adotadas em matéria de asilo serão concordantes com a CG, com o Protocolo e com “outros tratados pertinentes”, o que significa incluir não só a CEDH como todos os instrumentos de DH. Para mais avanços, *cfr.* BAZO, María T. Gil, *La*

e outras políticas relativas à livre circulação de pessoas”, criando um sistema europeu (único) de regulação e proteção das questões de asilo, dotando as instituições europeias de poderes próprios para criarem e desenvolverem complexos normativos nesta matéria.

A criação de um Espaço Único Europeu, marcado pela livre circulação de cidadãos comunitários⁴⁰, não poderia deixar de ter como consequência o fortalecimento das fronteiras externas da União bem como o controlo dos fluxos migratórios através da exigência de visas e da imposição de sanções às empresas transportadoras. Todavia, o sucesso desta monitorização transfronteiriça não pode ser feito à custa da violação de normas imperativas de DH; pois, se é verdade que não há um direito a entrar em qualquer país, já o mesmo não é verdade para o direito a sair. O uso e a imposição arbitrária de regras de controlo migratório pode impedir, não só o acesso eficaz aos procedimentos para obtenção de asilo como conduzir à negação de PI, uma vez que os requerentes são incapazes de exercer o direito a procurar asilo sendo reenviados para países, onde correrão risco de vida, violações à integridade física ou privação de liberdade. São estes Estados os primeiros a afastar-se das responsabilidades internacionais e de compromissos vinculativos, negando a proteção devida a quem se aproxima das suas fronteiras, criando mecanismos tacanhos dentro do sistema de asilo que os ilibam das suas obrigações.

Acrescente-se que muitos Estados têm utilizado conceitos como o de “país seguro”⁴¹ e “pedidos manifestamente infundados”⁴² para se desresponsabilizarem pelos requerentes de asilo que se aproximam do seu território, potenciando disparidades relativamente ao número de pedidos de asilo nos diferentes EM, impedindo uma análise de fundo a solicitudes que, por não serem estatutárias, são consideradas abusivas ou injustificadas, ignorando a existência dos refugiados *de facto*, os quais não deixam de ter direito a (procurar) asilo pelo simples facto de não preencherem os requisitos da CG. Daí o surgimento da Convenção de Dublin a 15 de Junho de 1990, que estabelece

Protección de los Refugiados en la Unión Europea tras la entrada en vigor del tratado de Amsterdam a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, in MENÉNDEZ e LIESA, ob. cit., 152-3.

⁴⁰ O Tratado de Schengen em 1985 tinha como principal objetivo antecipar a livre circulação de pessoas, entre Estados-Membros pertencentes à Comunidade Europeia, já estipulada pelo Ato Único Europeu. Note-se que estes desenvolvimentos foram realizados no âmbito da cooperação intergovernamental paracomunitária.

⁴¹ Sobre este conceito, *cfr.* HAILBRONNER, Kay, *The Concept of 'Safe Country' and Expeditious Asylum Procedures: A Western Europe Perspective*, IJRL, vol. 5, 1995.

⁴² *Cfr.* Resolução relativa aos pedidos de asilo manifestamente infundados (pt. 1, al. a) e b)); Resolução relativa à harmonização do conceito de terceiro país seguro e Conclusão relativa aos países em que de modo geral não existe risco de perseguição política, todas elas adotadas em Londres em 1992.

critérios para a determinação do EM responsável pela análise do pedido de asilo⁴³.

A verdade é que mesmo com estes contributos muito ficou por dizer. Por exemplo, a CG não determina um procedimento concreto para a concessão do estatuto de refugiado e os avanços europeus também não foram suficientemente inovadores para eliminar essa lacuna; o que significa permitir que os EM adotem uma concepção mais restrita da definição de refugiado, moldando-a como melhor lhes aprouver, marginalizando os interesses humanitários em prol dos político-económicos, decidindo eles próprios quais os requisitos necessários no processo de determinação do estatuto⁴⁴. A CG, ao nada dizer⁴⁵, acaba por permitir, indiretamente, tais medidas; medidas essas totalmente impunes pela falta de supervisão de uma autoridade internacional responsável e com poderes próprios. Surgem dúvidas interpretativas e muitas são as imprecisões conceptuais que dificultam ainda mais a escolha sobre os critérios a serem seguidos, obstacularizando a plena aplicação da CG.

Consideramos, no entanto, que apesar dos avanços referidos, o instrumento regional europeu que determinou um avanço incontestável ao nível dos direitos dos refugiados foi a CEDH. Como veremos, trata-se de um instrumento que ainda que não especificamente criado para a defesa dos requerentes de asilo e refugiados nem tão pouco sendo parte do DIR tem tido, ao longo das últimas décadas, um papel inigualável na salvaguarda dos direitos daqueles que necessitam de proteção internacional.

A título conclusivo, quando comparamos o regime jurídico dos refugiados desenvolvido a nível europeu com o desenvolvido pelo sistema regional latino-americano, teremos sempre de reconhecer a longa tradição deste último em conceder ajuda humanitária a requerentes de asilo⁴⁶ e de atentar aos seus inúmeros esforços em adaptar o sistema de proteção internacional às necessidades regionais e, essencialmente, à autorresponsabilização pelas questões de asilo num espírito de solidariedade e distribuição de encargos num plano regional. O sistema europeu alcançou o americano mas com um atraso de vinte anos.

A nível internacional, podemos afirmar que o DIR se apresenta como um regime

⁴³ Ficou estabelecido que o EM responsável pela análise do pedido de asilo seria aquele pelo qual o requerente teve acesso ao território da União Europeia, ou seja, o “primeiro país comunitário”.

⁴⁴ HATHAWAY, *A Reconsideration*, 144 e 166-8.

⁴⁵ CABRINI, *ob. cit.*, 647-8; FITZPATRICK, Joan, *Revitalizing the 1951 Refugee Convention*, Harvard Human Rights Journal, vol. 9, 242-4.

⁴⁶ CUÉLLAR, *ob. cit.*, 482; ESPIELL, *ob. cit.*, 3.

tendencialmente marcado pela fragilidade do sistema protecional, pela incoerência e pouca precisão do complexo normativo que o regula e pela ausência de uma estrutura institucional que seja o seu *leitmotiv*.

III. As Formas Complementares de Proteção do Direito Internacional dos Refugiados; 1. Convenção de Genebra. Instrumento de proteção suficiente? A Proteção Internacional; 2. A Proteção Complementar e a Proteção Subsidiária; 3. Os avanços normativos da Proteção Subsidiária

Foi da necessidade de harmonizar os critérios que identificam aqueles que carecem de PI e de assegurar *standards* mínimos da proteção concedida, que se deu o surgimento da DQ 2004. Mas nem todas as pessoas que necessitam são por ela abrangidas⁴⁷ e a forma como algumas disposições estão redigidas, contraria o objetivo de harmonização com que foi criada ao conduzir a lacunas interpretativas que serão a causa de divergências aplicativas substanciais. A DQ ao dividir a proteção em dois estatutos distintos – o de refugiado e o de proteção subsidiária – perdeu uma grande oportunidade de criar um sistema de PC único, marcado pela coesão de mecanismos e pela coerência na concessão de benefícios, através de uma definição de refugiado abrangente, que não pretendendo substituir a da CG, a impulsionasse⁴⁸. Ainda assim, nada retira o seu mérito⁴⁹, enquanto primeiro instrumento a normativizar a garantia do direito ao asilo, a definir o conceito de PS, a fornecer uma definição clara de perseguição⁵⁰ e a prever a possibilidade de avaliar um pedido de asilo, mesmo que a perseguição em que ele assenta tenha sido realizada por agentes não estatais ou que esteja em causa uma perseguição com base no género⁵¹.

Não obstante os seus avanços, o objetivo com que a DQ foi criada não tinha sido, ainda, alcançado e o contínuo distanciamento entre os critérios das políticas estatais eram prova disso. Foi com o intuito de reformular e clarificar alguns conceitos

⁴⁷ UNHCR, *Complementary Forms of Protection*, par. 11, al. h); ECRE, *Complementary/Subsidiary forms of Protection in the EU Member States*, July 2004, 3; J , *ob. cit.*, 217-220.

⁴⁸ Neste sentido, BAZO, *Refugee Status*, 13-4. Também LAMBERT se pronuncia, referindo-se à DQ como um instrumento que promete combinar essas duas formas de proteção (esses dois estatutos) de baixo do mesmo “guarda chuva”, de modo a criar uma definição única e uma proteção comum a todas essas pessoas, in *The EU asylum Qualification Directive*, 162-6. Por outro lado, MCADAM considera que sendo a CG um instrumento específico de DH, então terá de evoluir juntamente com estes, devendo aplicar-se a todos aqueles que são protegidos pelo PNR, não sendo necessário um estatuto separado do estatuto conferido pela CG, in *Convention as a Blueprint*, 5-6.

⁴⁹ LAMBERT, *The EU asylum*, 161.

⁵⁰ BAZO, *Refugee Status*, 10.

⁵¹ MCADAM, *The European Union proposal*, 18-20.

que uma nova foi adotada, a Diretiva 2011/95/UE⁵² (DQ 2011). As expectativas de algo melhor não foram duradouras e é lamentável o desgaste jurídico-normativo na (re)estruturação de algo tão pouco desenvolvido e tão pouco evoluído.

Destacamos a existência de garantias limitadas na luta contra o *refoulement* como a lacuna mais gravosa da DQ 2011. Se a CG pouco assegurava, já a Diretiva ao acrescentar a al. d) no n.º. 1 e o par. 2 do art. 17º, veio aumentar a cláusula de exclusão constante do art. 1º(F) da CG⁵³, permitindo aos EM a exclusão do estatuto de PS e a não concessão de proteção, ainda que a pessoa em causa não seja individualmente responsável por esse crime ao abrigo do Direito Penal Internacional, ignorando o facto de que mesmo nas situações em que a PS é negada, os requerentes de asilo são protegidos pelos DH, nomeadamente, pelo carácter inderrogável do princípio de *non-refoulement*⁵⁴. Enquanto a CG, no caso de um refugiado ser um perigo para a segurança nacional, estabelece (aparentemente) uma exclusão do benefício do PNR, a Diretiva vai mais além, tornando-o inelegível para a concessão de PS⁵⁵ por razões que não estão sequer previstas na CG. Em vez disso, a DQ devia ter sido utilizada para introduzir uma obrigação internacional de *non-refoulement* quaisquer que fossem as circunstâncias⁵⁶, ainda que as pessoas em causa não preenchessem os requisitos para a PS.

Fazemos ainda referência à letra infeliz do artigo 15º que exclui algumas categorias de pessoas que são protegidas pelo DIDH⁵⁷. De facto, é a al. c), juntamente com o art. 2º al. f), o maior motivo de preocupação. Apesar do indiscutível avanço que foi considerar as pessoas vítimas de violência indiscriminada como elegíveis para PS⁵⁸, tendo em conta que a própria CG não estabelecia nenhuma proteção a esse nível⁵⁹, a letra da disposição não é clara, conduzindo a aplicações erróneas, como é o caso do conceito de “ameaça individual” que por vezes é interpretado no sentido restrito da

⁵² Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011, JOUE, L 337/9, 20.12.2011, PT.

⁵³ BAZO, *Refugee Status*, 15 ss; ECRE, *The Impact of the EU Qualification Directive*, 6 e 28-30; UNHCR, *Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC*, 26-8.

⁵⁴ J, *ob. cit.*, 222; ECRE, *Information Note on the Council Directive 2004/83/EC*, 13.

⁵⁵ LAMBERT, *The EU asylum*, 179.

⁵⁶ Segundo J é preocupante que os art. 17º e 21º da DQ não tenham confirmado o carácter absoluto do PNR, *in ob. cit.*, 222; ECRE, *The Impact of the EU Qualification Directive*, 27 e 29.

⁵⁷ ECRE, *Information Note on the Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 (recast)*, 11-2.

⁵⁸ UNHCR, *Report of the Third Meeting*, par. 15; UNHCR, *Complementary Forms of Protection*, par. 11, al. g).

⁵⁹ “(...) a definição de refugiado do artigo 1A(2) é, essencialmente, individualista e foca-se em atos de perseguição discriminatórios com base em motivos específicos.”, *in* LAMBERT, *The Next Frontier*, 207.

ameaça ser individualizada⁶⁰, o que contraria o intuito com que a disposição foi criada. Além disso, o TJUE já se pronunciou sobre esta questão, no caso *Elgafaji c. Holanda*⁶¹, afirmando que o requerente não tem de demonstrar que ele era individual ou especificamente o alvo para beneficiar dessa proteção⁶², uma vez que “o elemento-chave do artigo 15º, al. c) é o grau ou o nível de violência indiscriminada que caracteriza o conflito armado e não a existência de um conflito armado de acordo com o Direito Internacional Humanitário”⁶³. O art. 15º deveria ser interpretado pelos EM, em uníssono, com a intenção legislativa com que foi criado, em vez de ser visto como uma alternativa desescrupulosa de criar obstáculos à concessão de proteção.

IV. O artigo 3º da CEDH enquanto reforço do DIR na luta contra o refoulement; 1. A legitimidade aplicativa da CEDH ao DIR; 2. O alcance do princípio de non-refoulement; 3. A relação entre o artigo 3º da CEDH e o princípio de non-refoulement; 4. A evolução jurisprudencial do TEDH no âmbito do artigo 3º em situações de expulsão

1. A legitimidade aplicativa da CEDH ao DIR

Sabemos de antemão que a CEDH⁶⁴, apesar de ser um instrumento base na luta contra violações de DH, não foi direta nem especificamente criada para proteger os direitos dos refugiados e requerentes de asilo. De facto, em nenhuma disposição se encontra explicitamente consagrado o direito ao asilo⁶⁵, nem o princípio de *non refoulement*⁶⁶. Sabemos, porém, que o DIDH é base do DIR. Se o é em termos valorísticos porque não também em termos normativos? Chegámos ao exato ponto por onde iniciámos esta viagem – a consagração dos DH já não só enquanto matriz robusta

⁶⁰ ECRE, *Information Note on the Directive 2011/95/EU*, 11; J , *ob. cit.*, 225.

⁶¹ TJUE, *Meki Elgafaji and Noor Elgafaji v. Staatssecretaris van Justitie*, Case C-465/07, 2009.

⁶² LAMBERT, *The Next Frontier*, 212-5.

⁶³ *Ibidem*, 214.

⁶⁴ Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de Novembro de 1950.

⁶⁵ EINARSEN, Terje, *The European Convention on Human Rights and the Notion of an Implied Right to de facto Asylum*, IJRL, vol. 2, 1990, 361 e 364; MCADAM, *Complementary Protection*, 136; MOLE, Nuala e MEREDITH, Catherine, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, 2010, 19; JUAN, Carmen M., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Protección de los Refugiados*, in SANCHO, Ángel G. Chueca, *Derechos Humanos, Inmigrantes en Situación Irregular y Unión Europea*, Lex Nova, 2010, 171; European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), *Handbook on European Law relating to Asylum, Borders and Immigration*, Council of Europe, 2013, 36, 43, 45.

⁶⁶ MCADAM, *Complementary Protection*, 136.

por entre a qual se desenham e entrelaçam os caminhos do sistema de asilo mas enquanto alavanca melhorada desse mesmo sistema⁶⁷.

Não se trata de pôr em causa a centralidade da CG, mas de duvidar da unicidade protecional deste mecanismo, quando existem outros suscetíveis de conferir uma proteção mais adequada⁶⁸. A CG foi criada para proteger um grupo vulnerável específico⁶⁹; já a CEDH é um instrumento que visa salvaguardar indiscriminadamente os direitos e liberdades de todas as pessoas que se encontrem no território de um EM, permitindo um desfrute mais absoluto do princípio de *non refoulement*, através de uma interpretação alargada do seu art. 3º. Estão aqui incluídos, refugiados, requerentes de asilo⁷⁰ e todos aqueles que não reúnem os requisitos para o estatuto de refugiado⁷¹, pois a proteção ao abrigo da CEDH é independente dos “autores do risco, do contexto do risco e da conduta do aplicante”⁷². Por aqui vemos a distinção entre o princípio de *non-refoulement* no contexto do DIR e no contexto do DIDH⁷³. Podemos dizer que a CEDH é a *lex generalis* e a CG a sua *lex specialis*. Assim, os refugiados são favorecidos pelos benefícios emergentes de ambos os regimes⁷⁴, de formas tecnicamente distintas.

Não contendo a CEDH nenhuma disposição em matéria de asilo é, essencialmente, através do seu art. 3º que essa complementariedade se dá⁷⁵. Na

⁶⁷ RÖHL, *ob. cit.*, 4; HATHAWAY, *The Rights of Refugees*, 5. O autor afirma que o DIR é um “sistema substituto de proteção de DH”. Da nossa parte, defendemos que nenhum desses direitos tem de ser substituto do outro ou alternativo, mas sim complementar.

⁶⁸ Neste mesmo sentido, EINARSEN afirma: “A CEDH ajuda a mostrar como um instrumento internacional de direitos humanos, mesmo sem um direito ao asilo expressamente estabelecido, pode proporcionar uma melhor proteção do que um instrumento especializado mas desprovido de um mecanismo de execução”, *in ob. cit.*, 385.

⁶⁹ MOLE e MEREDITH, *ob. cit.*, 31.

⁷⁰ LAMBERT, Hélène, *The European Convention on Human Rights and the Protection of Refugees: Limits and Opportunities*, *Refugee Survey Quarterly*, vol. 24, ACNUR, 2005, 39; RÖHL, *ob. cit.*, 6; LAMBERT, Hélène, *Protection Against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue*, *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)*, vol. 48, 1999, 516 e 521-2.

⁷¹ LAMBERT, *Protection Against Refoulement*, 532-3; JUAN, *ob. cit.*, 172-3; DUFFY, Aoife, *Expulsion to Face Torture? Non-refoulement in International Law*, *IJRL*, vol. 20, 2008, 378.

⁷² MOLE e MEREDITH, *ob. cit.*, 23. Neste sentido, *cfr.* MCADAM, *Complementary Protection*, 116; EINARSEN, *ob. cit.*, 369; LAMBERT, *Protection Against Refoulement*, 534; JUAN, *ob. cit.*, 182-3.

⁷³ LAUTERPACHT, Elihu e BETHLEHEM, Daniel, *The Scope and the Content of the Principle of Non-Refoulement*, ACNUR, 20 June 2001, pt. 244.

⁷⁴ MINK, Júlia, *EU Asylum Law and Human Rights Protection: Revisiting the Principle of Non-refoulement and the Prohibition of Torture and Other Forms of Ill-treatment*, *European Journal of Migration Law*, vol. 14, 2012, 130.

⁷⁵ Segundo DUFFY: “A proibição de *refoulement* está relacionada com a absoluta proibição de tortura.”, *in ob. cit.*, 373-4; MINK afirma que: “No âmbito dos DH, o princípio de *non-refoulement* deriva da proibição contra a tortura e herda o seu caráter primordial na proteção de DH.”, *in ob. cit.*, 131; LAMBERT defende que: “A proteção contra o *refoulement* está intimamente relacionada com a proteção contra a tortura e contra o tratamento desumano ou degradante.”, *in Protection Against Refoulement*, 516.

realidade, de que forma poderia estar mais relacionada a não repulsão com os DH do que pela via da consagração absoluta da proibição de tortura e maus tratos? Focamos, assim, no papel desempenhado pelo art. 3º da CEDH em situações de expulsão e, por isso, relacionadas com a luta contra o *refoulement*.

2. O alcance do princípio de *non-refoulement*

O princípio de *non-refoulement* é a pedra angular do DIR⁷⁶, é o valor mais alto invocável na luta efetiva pelos seus direitos, é a teoria que permite acreditar, ainda que utilizado em última instância, que a realidade jurídica é construída na defesa dos mais fracos. Em termos concretos, o *non-refoulement* consiste na obrigação estatal de não rejeitar um requerente de asilo na fronteira e/ou de não o expulsar do seu território para um Estado, seja o de origem ou qualquer outro, onde a sua vida ou liberdade estejam ou possam vir a ser ameaçadas⁷⁷.

A verdadeira proteção conferida pela CG é centralizada neste princípio (art. 33º), que passou de uma decisão essencialmente moral e voluntária dos EM para ser uma obrigação legal decorrente do Direito Internacional Consuetudinário⁷⁸, adquirindo, assim, natureza *jus cogens*⁷⁹. Apesar do art. 42º/1 afirmar o seu carácter inderrogável e, por consequência, o carácter humanitário da própria CG⁸⁰, a verdade é que se trata de uma proteção longe de ser absoluta, tendo em conta as exceções presentes no 33º/2 e por, mais uma vez, se encontrar limitada pela dependência entre “a ameaça à vida ou liberdade” e um dos cinco motivos constantes do art. 1A(2)⁸¹. Esta forte interligação leva a uma frágil proteção.

De facto, lendo o art. 1A(2) em conjunto com o 33º, poder-se-ia concluir que para haver proteção ao abrigo do último, não só não era suficiente a prova do “fundado receio de perseguição”, pois a ela ter-se-ia de juntar a prova da “ameaça à vida ou

⁷⁶ LAMBERT, *Protection Against Refoulement*, 518; FITZPATRICK, *ob. cit.*, 235.

⁷⁷ A Declaração das Nações Unidas sobre o Asilo Territorial, de 14 de Dezembro de 1967, estabeleceu o direito a não rejeição na fronteira (art. 3º). *Cfr.* GOODWIN-GILL e MCADAM, *ob. cit.*, 207.

⁷⁸ GOODWIN-GILL, G., *The New Asylum Seekers*, 103.

⁷⁹ *Cfr.* ALLINS, Jean, *The Jus Cogens Nature of Non-Refoulement*, IJRL, vol. 13, 2002, 533-558.

⁸⁰ LAUTERPACHT e BETHLEHEM, *ob. cit.*, pt. 50-51.

⁸¹ MINK, Júlia, *ob. cit.*, 131; *UNHCR Handbook*, pt. 51; JUAN considera que a CG exclui aqueles que não preenchem os requisitos exigidos no art. 1A(2), vendo o art. 3º da CEDH como o mecanismo de proteção mais eficaz para essas pessoas e fazendo, assim, uma interpretação restritiva do art. 33º da CG, *in ob. cit.*, 171-3, 182-3.

liberdade”, como ficariam excluídos aqueles que procuram proteção com base em motivos de perseguição além dos motivos estatutários⁸², tornando a proteção concedida por este instrumento viciada e vulnerável. Cremos que essa não era a intenção dos redatores e que sendo, contraria a finalidade com que a disposição foi criada⁸³.

Por outro lado, os EM têm começado a entender o PNR em termos muito mais abrangentes que os criados pela CG, balanceando entre o alargamento do escopo do art. 33º da CG ou a utilização de outros instrumentos quer da área do DIR, como a Convenção da OUA e a Declaração de Cartagena, quer do DIDH, como a CEDH.

3. A relação entre o artigo 3º da CEDH e o princípio de *non-refoulement*

Como vimos, a CEDH não tutela diretamente os direitos dos refugiados, mas tem sido defendido, primeiramente pela Comissão Europeia⁸⁴ e, mais tarde, pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) que o art. 3º é um forte mecanismo contra a repulsão⁸⁵, quer estejamos a considerar a decisão de repulsão em si como hipotético mau trato, quer as condições em que a expulsão ocorre e suas eventuais consequências, quer as violações de DH a que o indivíduo será exposto no país fonte de ameaça⁸⁶. Acreditamos que o art. 3º é a fonte jurídico-institucional que permite a verdadeira eficácia do princípio de *non-refoulement* e a consagração realista e destemida de uma proteção tão mais abrangente, tão mais alargada e tão mais adequada

⁸² Nesse sentido, LAMBERT, *The European Convention*, 39; LAMBERT, *Protection Against Refoulement*, 532-3; JUAN, *ob. cit.*, 172-3; FITZPATRICK, *ob. cit.*, 235-6; UNHCR, *The European Convention on Human Rights and the Protection of Refugees, Asylum-Seekers and displaced Persons*, Colloquy organised by the Council of Europe and de United Nations High Commissioner for Refugees, Strasbourg, 2 and 3 October 1995, vol. 2, 1996, 8; FRA, *ob. cit.*, 67. Todos estes autores consideram que o art. 33º CG exclui as pessoas que não preenchem os requisitos exigidos pela definição de refugiado. Em sentido contrário, GOODWIN-GILL e MCADAM consideram que o PNR se aplica independentemente do requerente preencher a definição de refugiado do artigo 1A(2) CG, *in ob. cit.*, 244.

⁸³ EINARSEN afirma que, ao contrário da CG, o art. 3º da CEDH pode ser invocado por violação ao PNR quer esteja em causa ou não uma ameaça à vida ou liberdade com base em um dos motivos da definição de refugiado, *in ob. cit.*, 368; *Cfr.* LAUTERPACHT e BETHLEHEM, *ob. cit.*, pt. 123-4 e 136-143; GRAHL-MADSEN, A., *Commentary on the Refugee Convention 1951: Articles 2–11, 13–37*, UNHCR Division of International Protection, 1997, 231–2; WEIS, Paul, *The Refugee Convention, 1951*, Cambridge University Press, vol. 7, 1995, 303, 341-3. Estes três autores consideram que a expressão “onde a vida ou liberdade sejam ameaçadas” não está implícito nem um padrão mais exigente nem uma interpretação mais restritiva que a exigida pelo art. 1º CG.

⁸⁴ Note-se que a primeira vez que a Comissão Europeia dos Direitos do Homem reconheceu o papel do art. 3º da CEDH como forma de prevenir o *refoulement* foi em 1961: *X v Belgium* e *X v Federal Republic of Germany*.

⁸⁵ FRA, *ob. cit.*, 61 e 63.

⁸⁶ LAMBERT considera serem estas as formas pelas quais uma ordem de expulsão viola o art. 3º CEDH, *in The European Convention*, 41-2.

às necessidades deste grupo vulnerável⁸⁷. De facto, o art. 3º da CEDH, constitui “um dos valores fundamentais da sociedade democrática”⁸⁸, contendo não só uma proibição universal como uma garantia absoluta e inderrogável por força do artigo 15º/2 da CEDH⁸⁹. O mesmo é dizer que, em circunstância alguma, a tortura ou tratamento desumano ou degradante (TTDD) têm justificação, ainda que se trate de reagir contra um perigo público que ameaça a vida da nação⁹⁰.

O art. 3º não admite exceções ou restrições qualquer que tenha sido o comportamento da vítima⁹¹. E é precisamente neste momento que marcamos o carácter inderrogável e absoluto como a principal distinção entre a proteção concedida pela CG e pela CEDH⁹². Apesar de, em termos práticos, esta divergência protecional acarretar algumas consequências, como a dificuldade de definir com clareza o alcance do PNR, consideramos excessiva a solução sugerida por alguns autores de “anular o carácter absoluto do princípio ao abrigo dos Direitos Humanos (...).”⁹³.

Creemos que o problema reside numa eventual interpretação restritiva do art. 33º; se partirmos do pressuposto de que, havendo riscos sérios de ameaça à vida ou liberdade, estamos perante uma quase certa violação do art. 3º da CEDH, então deixamos de aplicar a primeira disposição somente à subcategoria de refugiados perseguidos através de uma ameaça à vida ou liberdade por um dos cinco motivos do art. 1A(2), como a sua própria redação sugere, mas a todos aqueles que provem motivos substanciais de que serão vítimas de maus tratos.

Apesar da Convenção contra a Tortura de 1984 (CcT) e do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos de 1966 (PIDCP) poderem ser, igualmente, utilizados como instrumentos complementares à CG, sendo a CEDH um instrumento marcadamente audaz e inovador, é nela que reconhecemos um rasgo de centralidade vociferante, é nela

⁸⁷ DUFFY, *ob. cit.*, 378; LAMBERT, *Protection Against Refoulement*, 515-6.

⁸⁸ *Ac. Chahal c. United Kingdom*, Processo nº. 22414/93, 15 de Novembro de 1996, par. 80; *Ac. Selmouni c. França*, Processo nº. 25803/94 de 28 de Julho de 1999, par. 95.

⁸⁹ JACOBS, WHITE E OVEY, *The European Convention on Human Rights*, fifth edition, Oxford University Press, 2010, 167; REID, Karen, *A Practitioner's Guide To The European Convention on Human Rights*, fourth edition, Sweet & Maxwell, 2012, 789.

⁹⁰ *Ac. Chahal*, par. 80.

⁹¹ *Ac. Saadi c. Itália*, Processo nº. 37201/06, 28 de Fevereiro de 2008, par. 127.

⁹² RÖHL, *ob. cit.*, 28; LAMBERT, *Protection Against Refoulement*, 519-520; LAUTERPACHT e BETHLEHEM, *ob. cit.*, pt. 250; MOLE e MEREDITH, *ob. cit.*, 32; JUAN, *ob. cit.*, 173, 179, 184.

⁹³ MINK, *ob. cit.*, 133. Para MINK, a solução mais adequada será mover o foco do PNR da CG para a CEDH, aplicando as exceções determinadas pela CG apenas quando a situação não se enquadra no âmbito dos maus tratos, p. 134. Concordamos, em pleno, com a sua solução.

que as melhores e mais definitivas garantias conseguem ser definidas, defendidas e salvaguardadas, é nela que o *princípio de non-refoulement* é mais forte e, subitamente, mais verdadeiro. A CEDH é o instrumento que mais garantias oferece através da relação entre o *princípio de non-refoulement* e a proibição de maus tratos⁹⁴. Não sendo novas as lacunas da CG, ela falha, mais uma vez, em não conseguir assegurar, de modo eficaz, o princípio ao redor do qual o DIR se constrói⁹⁵.

4. A evolução jurisprudencial do TEDH no âmbito do artigo 3º em situações de expulsão

A jurisprudência do TEDH tem demonstrado a relevância cada vez mais acentuada da CEDH enquanto mecanismo com um especial significado quando se trata de evitar a expulsão de indivíduos para países onde haja um risco real de serem submetidos a TTDD⁹⁶.

Foi no caso *Soering c. Reino Unido*⁹⁷ que o TEDH concluiu, pela primeira vez, pela aplicabilidade do art. 3º a situações de “expulsão”. Estava em causa a extradição de um nacional alemão pelo Reino Unido (onde foi preso) para o Estado de Virgínia, onde certamente seria condenado à pena de morte por ter cometido duplo homicídio. O requerente alegou que, uma vez extraditado, a sua sujeição ao “corredor da morte” constituiria tratamento desumano.

As questões levantadas foram, essencialmente, duas: uma primeira relacionada com o efeito extra-territorial do art. 3º⁹⁸, ou seja, com a afirmação da responsabilidade dos EM, neste caso, do Reino Unido, pelas violações de DH cometidas fora do seu âmbito jurídico-territorial quando essas violações poderiam ter sido por eles evitadas.

Parece-nos que a decisão em que o ato de expulsão se baseia é o que constitui o verdadeiro e primeiro mau trato. Não obstante o consagrado no art. 1º da CEDH, os Estados não se podem dizer inocentes quando foram eles a pintar o primeiro ponto

⁹⁴ MINK, *ob. cit.*, 129.

⁹⁵ Neste sentido, FITZPATRICK afirma que para a Comunidade Internacional criar um regime adequado para os migrantes forçados, terá de fazer uma interpretação progressiva da Convenção e do reconhecimento de normas extra-convencionais, in *ob. cit.*, 231.

⁹⁶ ACNUR, *The European Convention on Human Rights*, 1; UNHCR, *Manual on Refugee Protection*, 1.

⁹⁷ Ac. *Soering c. Reino Unido*, Processo nº. 14038/88, 7 de Julho de 1989.

⁹⁸ GOODWIN-GILL e MCADAM, *ob. cit.*, 244-53; MCADAM, *Complementary Protection*, 112; RÖHL, *ob. cit.*, 7 e 27-8; EINARSEN, *ob. cit.*, 365-6; LAMBERT, *The European Convention*, 40-1; LAMBERT, *Protection Against Refoulement*, 527; JUAN, *ob. cit.*, 173; UNHCR, *The European Convention on Human Rights*, 19-21.

numa linha indeterminada de violações que culminará no país de ameaça, quando foram os seus interesses, as suas políticas e as suas probabilidades a desenhá-la. O ato de expulsão não é nem pode ser considerado um “ato neutro”⁹⁹. Foi precisamente neste sentido a decisão do Tribunal¹⁰⁰. Na realidade, parece existir um “direito de asilo (de facto) implícito na CEDH”¹⁰¹.

A segunda questão tratava-se de saber se essa extradição levantava problemas ao abrigo do art. 3º quando houvesse fortes motivos para acreditar que o indivíduo seria sujeito a tratamentos contrários a essa disposição. Note-se que não é a sujeição à sentença de morte que está a ser avaliada, antes a forma pela qual ela é executada¹⁰². O TEDH considerou que, nesse caso, a extradição seria contrária às finalidades e valores da CEDH, quando o EM tinha conhecimento da futura violação do art. 3º, ainda que reconhecendo que o próprio artigo não previa expressamente essa possibilidade¹⁰³.

O Tribunal declarou que “a decisão por parte de um Estado Contratante de extraditar um fugitivo, pode levantar uma questão nos termos do artigo 3º e, conseqüentemente, comprometer a responsabilidade desse Estado no âmbito da Convenção, quando razões substanciais tenham sido mostradas para crer que a pessoa em causa, se extraditada, enfrenta um risco real de ser submetido a tortura, a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, no país requerente.”¹⁰⁴.

Este acórdão foi um marco na jurisprudência do TEDH, ao estabelecer a responsabilidade estadual por atos extra-territoriais, ao relacionar diretamente o art. 3º aos casos de extradição e ao criar, ainda que levemente, um padrão de avaliação dos maus tratos baseado, por um lado, na prova de que a expulsão vai ocorrer certa e eminentemente e, por outro, de que “a consequência previsível” do ato de expulsão é a alta probabilidade de existir “um risco real” do indivíduo ser sujeito a um tratamento violador do art. 3º¹⁰⁵.

⁹⁹ RÖHL, *ob. cit.*, 7; LAUTERPACHT e BETHLEHEM, *ob. cit.*, pt. 62-67.

¹⁰⁰ Ac. *Soering*, par. 85-86.

¹⁰¹ EINARSEN, *ob. cit.*, 367. No mesmo sentido, Ac. *Chahal*, par. 74; Também LAMBERT se pronunciou nesse sentido ao afirmar: “o Tribunal de Justiça desenvolveu um dever implícito dos Estados protegerem os refugiados contra o *refoulement* com base nas consequências da expulsão, em vez de nas políticas de admissão dos Estados Contratantes.”, in *The European Convention*, 43.

¹⁰² Ac. *Soering*, par. 104.

¹⁰³ *Ibidem*, par. 88.

¹⁰⁴ *Ibidem*, par. 91.

¹⁰⁵ Ac. *Soering*, par. 88 e 91; EINARSEN afirmou que o grau de probabilidade utilizado pelo TEDH, no caso *Soering*, só é aplicável a casos semelhantes, sendo que, noutra tipo de casos, a avaliação do limiar de

O Tribunal seguiu este raciocínio nos casos *Cruz Varas et al. c. Suécia*¹⁰⁶ e *Vilvarajah et al. c. Reino Unido*¹⁰⁷. Estes casos estabeleceram um verdadeiro padrão de avaliação do risco de maus tratos. No caso *Vilvarajah* o Tribunal consolidou três considerações já previamente estipuladas¹⁰⁸, denominando-as de “princípios relevantes na avaliação do risco de mau trato” e afirmando que o TEDH terá em conta todo o material previamente reunido e, se necessário, o material posteriormente por si obtido, avaliará a existência de risco com referência aos factos conhecidos ou que deveriam ser conhecidos pelo EM e que o mau trato para caber no âmbito do art. 3º tem de atingir um nível mínimo de severidade, sendo que a avaliação desse mínimo é relativa e depende de todas as circunstâncias do caso¹⁰⁹. Note-se que este último ponto é requisito geral do art. 3º, independentemente da sua aplicação aos casos de asilo.

Além disso, o TEDH considerou que dada a natureza absoluta do art. 3º e as consequências nefastas da sua violação, essa análise “tem de ser, necessariamente, rigorosa”¹¹⁰. Mesmo assim, bastou-se com a constatação de que a situação concreta daqueles indivíduos não era pior do que a vivida pelos restantes membros da comunidade e que a “mera possibilidade de mau trato” não era suficiente para se concluir pela violação do art. 3º¹¹¹, minimizando o facto do requerente pertencer a um específico grupo, cujos membros corriam maiores riscos que a restante população¹¹², dando a ideia de que os requisitos exigidos para uma situação de expulsão poder caber no âmbito do art. 3º, serão os mesmos que a CG exige para a concessão do estatuto de refugiado, ou seja, a perseguição individualizada¹¹³. Note-se que os requerentes foram sujeitos a maus tratos uma vez regressados ao país de origem¹¹⁴.

“risco real” a partir do qual há violação do art. 3º é relativa e depende da “gravidade de maus tratos infligidos”, *in ob. cit.*, 371-2.

¹⁰⁶ Ac. *Cruz Varas et al. c. Suécia*, Processo nº. 15576/89, 20 Março de 1991, par. 69-70.

¹⁰⁷ Ac. *Vilvarajah et al. c. Reino Unido*, Processo nº. 13163/87; 13164/87; 13165/87; 13447/87; 13448/87, 30 de Outubro de 1991, par. 103.

¹⁰⁸ Ac. *Cruz Varas*, par. 75-6 e 83.

¹⁰⁹ Ac. *Vilvarajah*, par. 107.

¹¹⁰ *Ibidem*, par. 108.

¹¹¹ *Ibidem*, par. 111. Neste contexto, LAMBERT afirmou que o TEDH exige que a pessoa seja identificada numa situação de violência generalizada, de acordo com características próprias ou que, no seu país haja um padrão consistente de violações sistemáticas de DH, *in The European Convention*, 43; No mesmo sentido, JUAN, *ob. cit.*, 180.

¹¹² MINK, *ob. cit.*, 143.

¹¹³ FABBRICOTTI, Alberta, *The Concept of Inhuman or Degrading Treatment in International Law and its Application in Asylum Cases*, IJRL, vol. 10, 1998, 653.

¹¹⁴ Acrescente-se que há uma componente psicológica que deve ser tida em conta. A expulsão de um indivíduo que já foi torturado e mal tratado em momentos anteriores simboliza, antes de tudo, um

Como nos diz NUALA MOLE “é difícil conciliar a absoluta natureza da proteção concedida pelo artigo 3º com o facto de uma pessoa não só ter de provar que sofre um risco real de ser submetido a um tratamento proibido pelo artigo, como também de que o risco a ser submetida a esse tratamento é mais provável que o que as outras pessoas, que se encontram em circunstâncias de vulnerabilidade semelhantes, podem sofrer.”¹¹⁵

Mas não ficamos por aqui, no caso *Venkadajalasarma c. Holanda*¹¹⁶, um caso semelhante ao caso *Vilvarajah*, o TEDH decidiu, mais uma vez, não haver motivos substanciais para acreditar que, uma vez expulso, o requerente seria sujeito a maus tratos¹¹⁷. Consideramos que os limites a partir dos quais o Tribunal, em casos de expulsão, encontra uma violação ao art. 3º são extremamente elevados, principalmente tendo em conta as situações específicas que tem em mãos e as consequências avassaladoras que podem advir desse erro jurídico¹¹⁸. Como nos diz VAN DIJK “A fronteira entre o risco real e o risco potencial não é muito clara e não deve ser desenhada de uma forma que enfraqueça a efetividade da proteção alcançada pelo art. 3º. Tendo em conta as consequências graves da violação do art. 3º, dar ao requerente o benefício da dúvida parece ser urgentemente necessário”¹¹⁹.

Outro marco foi o caso *Chahal c. Reino Unido*¹²⁰, em que o Reino Unido baseou o seu desejo de expulsar um requerente de asilo do seu território, na possível relação deste com atividades terroristas, considerando que a sua permanência em território britânico afetava o bem estar público por razões de segurança nacional. O TEDH reforçou o carácter inderrogável e absoluto do art. 3º, alargando-o expressamente aos casos de expulsão¹²¹, ao afirmar que “os nacionais interesses do Estado não podem ser

sofrimento mental incalculável, o reviver de uma experiência traumática. Este fator não foi levado em conta pelo TEDH em nenhum destes dois casos. Neste sentido, EINARSEN, *ob. cit.*, 368.

¹¹⁵ MOLE, Nuala, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, European Council, Strasbourg, 2007, citada em JUAN, *ob. cit.*, 180.

¹¹⁶ *Venkadajalasarma c. Holanda*, Processo nº. 58510/00, 17 de Fevereiro de 2004.

¹¹⁷ *Ibidem*, par. 68-9. *Cfr.* parecer dissidente do Juiz Mularoni, que considerou ser motivo de preocupação a utilização por parte do TEDH do princípio com base no qual são as condições presentes as verdadeiramente decisivas e defendeu que o risco apresentado era suficiente para tornar a expulsão ilegal.

¹¹⁸ RÖHL, *ob. cit.*, 5, 12, 17-9, 27-31.

¹¹⁹ DIJK, Pieter van e HOOFF, G.J.H. van, *Theory and Practice of the European Convention of Human Rights*, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2003, 145.

¹²⁰ *Ac. Chahal*. Na mesma linha de raciocínio, *cfr. Ac. Saadi*.

¹²¹ *Ac. Chahal*, par. 80.

invocados para minimizar os interesses do indivíduo quando haja motivos substanciais para acreditar que ele pode ser sujeito a maus tratos se expulso.”¹²²

Neste acórdão, o Tribunal afirma, explicitamente, que a proteção concedida pela CEDH contra o *refoulement* é mais abrangente e mais vasta que a concedida pela CG¹²³. Esta constatação é o primeiro grito direcionado à afirmação consciente de que há lugar para uma PC e que esse espaço será ocupado por instrumentos de DH.

Neste caminho evolutivo, o caso *Ahmed c. Áustria*¹²⁴ foi um passo no alargamento das abordagens repressivas do TEDH. Ao considerar que o regresso do requerente à Somália constituiria uma violação ao art. 3º, uma vez que a situação geral dos DH não havia mudado desde que o estatuto de refugiado lhe foi concedido¹²⁵, o Tribunal optou por uma visão mais liberal¹²⁶, abandonando o padrão de avaliação do risco real utilizado nos casos *Cruz Varas* e *Vilvarajah*. Também no caso *Salah Sheek c. Holanda*¹²⁷, o Tribunal afirmou que “não se pode exigir ao solicitante que demonstre a posse de características específicas relativas à sua personalidade para provar que sofre um risco pessoal (...) a proteção concedida pelo artigo 3º tornar-se-ia ilusória (...).”¹²⁸.

Neste seguimento, o TEDH, no ac. *NA c. Reino Unido*¹²⁹, afirmou, pela primeira vez, que uma situação de violência generalizada pode, só por si, tornar proibido o retorno ao país de origem, contrariando a linha jurisprudencial desenhada até então¹³⁰. Também no caso *Sufi e Elmi c. Reino Unido*¹³¹, considerou que o nível de violência generalizada em Mogadíscio atingia um nível de intensidade tal que o retorno constituiria uma ameaça à vida e liberdade de qualquer pessoa, traduzindo-se numa violação ao art. 3º da CEDH¹³². Este acórdão estabeleceu que a fonte do risco pode estar nas próprias condições humanitárias do país receptor e que o art. 3º da CEDH não afasta

¹²² *Ibidem*, par. 78.

¹²³ LAMBERT, *The European Convention*, 39-40.

¹²⁴ *Ac. Ahmed c. Áustria*, Processo nº. 25964/94, 17 de Dezembro de 1996.

¹²⁵ *Ibidem*, par. 44-47.

¹²⁶ FABBRICOTTI, *ob. cit.*, 653-4.

¹²⁷ *Salah Sheek c. Holanda*, Processo nº. 1948/04, 13 Janeiro de 2007.

¹²⁸ *Ibidem*, par. 148.

¹²⁹ *Ac. NA c. Reino Unido*, Processo nº. 25904/07, 17 de Julho de 2008, par. 114-7 e 147.

¹³⁰ FRA, *ob. cit.*, 69.

¹³¹ *Ac. Sufi e Elmi c. Reino Unido*, Processo nº. 8319/07 e 11449/07, 28 de Junho de 2011.

¹³² *Ibidem*, par. 241-250 e 293.

o mecanismo da proteção interna (art. 8º DQ 2011), desde que a garantia da segurança do requerente seja a preocupação principal do Estado de envio¹³³.

V. Considerações Conclusivas

A CG é o principal instrumento jurídico-normativo na defesa dos direitos dos refugiados. Ainda assim, dadas as suas comprometedoras lacunas, a criação de formas complementares de proteção pode e deve ser vista como uma solução a longo prazo. Cremos que é na base do DIDH que a melhor forma de proteção surge. Cremos, também, que a CEDH é o instrumento que melhor se adequa às garantias específicas que procuramos salvaguardar e que a proibição absoluta e inderrogável de maus tratos, constante do seu art. 3º, é a construção teleológica que cria o mais fértil terreno normativo na luta contra o desumano retorno de pessoas que só necessitam de proteção.

Isto não significa que a proteção concedida pela CEDH aos refugiados e requerentes de asilo seja perfeita. Não o sendo fora destes parâmetros concretos, dificilmente o seria numa área para a qual não foi especificamente criada. Ainda assim, dadas as limitações da CcT ao conceder proteção apenas contra casos de tortura e contra agentes de natureza estatal, e do PIDCP, cuja jurisprudência espelha uma “aplicação restritiva dos princípios desenvolvidos”¹³⁴ pelo TEDH, a CEDH surge como o mecanismo jurídico através do qual se concede uma proteção mais alargada e, consequentemente, mais absoluta.

Na realidade, também a jurisprudência do TEDH tem sido alvo de críticas no que diz respeito à aplicação do art. 3º aos casos de expulsão. Como vimos, nem sempre o raciocínio do Tribunal foi o mais adequado. Nem sempre se baseou nos valores que eram prioritários, vacilando entre interesses nacionais, excessivos formalismos e exigências processuais. Fazendo um esforço para eliminar estas falhas procedimentais, a CEDH afirma-se como a melhor forma de proteger este grupo vulnerável. Afinal, pouco interessa se é com base no PIDC, na CcT ou na CEDH que ela assenta. Importante é que ela exista e que possa ser proclamada sem resistências políticas ou institucionais.

É precisamente nesta inquietude que encontramos um caráter diferente do caminho que a construção jurídica deve tomar. A prevenção é a chave para o melhor e mais eficaz cumprimento da proibição de maus tratos. É de acordo com ela que os avanços jurisprudenciais e doutrinários se devem conjugar. É nela que o núcleo dos direitos dos mais fracos se cria e desenvolve.

¹³³ *Ibidem*, par. 267-292. FRA, *ob. cit.*, 69, 70, 73-4, 77.

¹³⁴ LAMBERT, *Protection Against Refoulement*, 516 e 543.