INTRODUÇÃO AO DIREITO DE ASILO

A. Sofia Pinto Oliveira[1]

Sumário: 1. Nota prévia; 2. As vias de proteção internacional previstas no nosso ordenamento; 2.1. Asilo constitucional; 2.2. Asilo convencional; 2.2.1. O conceito de perseguição; 2.2.2. O significado de "recear com razão"; 2.3. Proteção subsidiária; 3. Cláusulas de exclusão; 4. O procedimento de asilo; 5. A impugnação judicial das decisões administrativas em matéria de asilo; 6. Nota Final.

1. Nota prévia

O tema do direito de asilo andou, até 2015, longe das nossas preocupações.

Durante muito tempo, a grande porta de entrada de refugiados na Europa eram os Estados com fronteira a Leste. Com a viragem do século, o desafio começou a colocar-se aos Estados do Sul. Desde então, em cada dez pedidos de asilo apresentados na União Europeia, nove são colocados a países do Sul da Europa, afetando, em particular, Estados como a Grécia, a Itália, o Chipre, a Hungria e Malta.

Portugal tem sido poupado à enchente de pedidos que se tem verificado na Europa. Isso não nos deve, no entanto, sossegar e fazer acreditar que nada disto nos diz respeito. A dimensão que o problema atingiu e o facto de a Europa ter uma fronteira externa comum faz com que a construção de muros na fronteira búlgaro-turca ou nas fronteiras dos Estados balcânicos aconteça na nossa fronteira, na linha que separa o território europeu dos Estados – por enquanto – vizinhos.

O instituto da proteção internacional a estrangeiros parte de um princípio geral: o de que os Estados têm obrigações diferenciadas perante diferentes tipos de estrangeiros. Não é indiferente, do ponto de vista do direito aplicável, a nacionalidade da pessoa em causa e os motivos que a levam a sair do país da sua nacionalidade e a não poder para lá voltar.

Distinguimos, entre os estrangeiros, aqueles que, não sendo nacionais, são quasi-nacionais: os não-portugueses nacionais de países da União Europeia e os familiares destes; os não-portugueses e não-europeus, que se definem, pela positiva, os nacionais de países terceiros da União Europeia; os apátridas.

Para além desta diferenciação em função da origem, temos ainda as diferenciações baseadas no motivo da saída do país de origem: um estrangeiro traz sempre consigo uma história e uma

[1] Diretora do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU) e do Mestrado em Direito da União Europeia (MDUE) da Universidade do Minho. Titular da Cátedra Jean Monnet em Direito da União Europeia. Diretora de UNIO – *EU Law Journal* (www.unio.cedu.direito.uminho.pt). Doutora em Direito (Ciências Jurídico-Políticas) pela Universidade de Coimbra.

intenção e é em função dessa história e dessa intenção que o Estado de acolhimento vai classificá-lo entre as diversas categorias de estrangeiros reconhecidos no nosso ordenamento jurídico. Entre os estrangeiros, encontramos diplomatas e membros de organizações internacionais, cujo estatuto é definido fundamentalmente por convenções internacionais; turistas; imigrantes, cuja definição jurídica não é clara, mas os traços fundamentais que nos permitem defini-los insistem no carácter voluntário da saída do país de origem, traduzido num propósito de valorização pessoal individual, profissional ou educacional, e na possibilidade de regresso a esse país[2]; não-nacionais que fogem a uma perseguição penal no seu país de origem, que, em alguns casos, pode terminar numa sanção de privação de liberdade perpétua ou de pena capital – o estatuto jurídico destes é definido por um complexo de normas, entre as quais as que se dedicam à necessária cooperação judiciária penal internacional; não-nacionais, vítimas de crimes abjetos de tráfico humano, que têm um estatuto próprio de proteção no Direito internacional e no Direito Português; não-nacionais que fogem à guerra, ou porque não querem nela combater e são desertores, ou porque não conseguem viver sob a ameaça constante e permanente da guerra; não-nacionais que são perseguidos ou correm risco de sofrer ofensa grave aos seus direitos fundamentais no respetivo país de origem – e que, sendo refugiados, são objeto de proteção de normas internacionais e estaduais.

Enfim, temos uma multiplicidade de situações, que nem sempre casam bem com as respostas jurídicas limitadas de que o ordenamento jurídico dispõe. Como sucede em múltiplos setores, também esta é uma área em que, por mais perfeita que fosse a capacidade de previsão do legislador, haveria sempre situações que lhe escapariam.

Neste estudo concentrar-nos-emos nas respostas do ordenamento jurídico que se organizam à volta do instituto da proteção internacional.

2. As vias de proteção internacional previstas no nosso ordenamento

O instituto da proteção internacional, como é hoje designado nos instrumentos de direito da União Europeia e também na legislação portuguesa, deriva do direito de asilo. O direito de asilo foi consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948: "*Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países*".

Na sequência desta grande Declaração, que foi matriz inspiradora de todo o desenvolvimento – internacional e constitucional – dos direitos humanos, foi adotada em 1951, a Convenção de Genebra sobre o Estatuto do Refugiado, em que se definiu refugiado como a pessoa que "*receando, com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar.*" (artigo 1.A daquela Convenção).

[2] Ver Carla Amado Gomes e Anabela Costa Leão, *A Condição de Imigrante – Uma Análise de Direito Constitucional e de Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 21-34.

A esta definição, somam-se outras contidas noutros textos de Direito Internacional[3] e em diversas Constituições. Na Alemanha, na França, na Espanha, em Portugal, entre outros, o direito de asilo é um direito fundamental integrado no catálogo da Lei Fundamental.

Estando Portugal hoje integrado numa união de Estados que tem por objetivo "*assegurar a ausência de quaisquer controlos de pessoas, independentemente da sua nacionalidade, na passagem das fronteiras internas*" (artigo 77º, número 1, alínea a) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia), impôs-se, naturalmente, uma uniformização das regras no tratamento dos nacionais de países terceiros da União e uma gestão integrada das fronteiras externas, que são, hoje, fronteira externa comum do território da União. Assim, nos termos do artigo 78º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, esta deve desenvolver um Sistema Europeu Comum de Asilo.

Também na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que, nos termos do artigo 6º do Tratado da União Europeia, tem o mesmo valor jurídico dos Tratados, se elenca, entre os direitos fundamentais, o direito ao asilo, no artigo 18º, e o direito à proteção em caso de afastamento, expulsão ou extradição, no artigo 19º. A União Europeia não criou um conceito de refugiado, antes adotou o quadro jurídico e o correspondente conceito de refugiado da Convenção de Genebra de 1951.

Esta definição de refugiado constante da Convenção de Genebra veio, no entanto, a ser considerada, ao longo das décadas, insuficiente para dar resposta a situações de urgente e grave necessidade de proteção. Todas estas definições giram à volta do conceito de perseguição e, como tal, não abarcam as situações de fuga de conflitos armados, internos e internacionais. Ora, nas últimas décadas, os conflitos armados têm sido a maior causa de movimentos de deslocação forçada de população. Por outro lado, a ideia de refugiado vítima de perseguição está associada à ideia de um Estado forte, musculado, repressivo e tirânico.

[3] A Convenção da Organização de Unidade Africana que rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados em África, de 1969 foi adotada pela Conferência dos Chefes de Estado e do Governo, em Addis-Abeba. O artigo inicial desta Convenção contém uma definição do termo refugiado considerada particularmente feliz. No número 1, transcreve a definição de refugiado da Convenção de Genebra; no número 2, decide aplicar o termo refugiado também a *"qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública ocorridos numa parte ou na totalidade do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar a sua residência habitual e a procurar refúgio noutro lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade"*. A Declaração de Cartagena sobre os refugiados, adotada no Colóquio sobre a Proteção internacional dos refugiados na América Central, México e Panamá: problemas jurídicos e humanitários, que teve lugar em 1984, em Cartagena, na Colômbia, reitera a importância dos princípios de proteção dos refugiados, o tratamento mínimo que se lhes deve dar em todas as circunstâncias e inclui uma definição de refugiado adaptada à realidade da região. De acordo com a terceira conclusão do documento,*"a definição ou o conceito de refugiado recomendável para a sua utilização na região é o que, para além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação massiva dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública"*. Não sendo nem um tratado, nem uma resolução de uma organização internacional, nem uma tradução de princípios gerais de DI, converteu-se numa fonte espontânea e atípica de Direito internacional em matéria de refugiados, pela sua aceitação como conjunto de normas de referência na matéria. Este processo foi continuado e desenvolvido pela *Declaração e Plano de Acção concertado a favor dos refugiados, repatriados e deslocados centro-americanos* e pelo documento *Princípios e Critérios para a Proteção e Assistência aos Refugiados, repatriados e deslocados centro-americanos na América Latina*, adoptados na Conferência Internacional sobre Refugiados centro americanos, celebrada na Guatemala, durante os meses de Abril e Maio de 1989.

Ora, muitas das graves violações de direitos humanos a que assistimos agora não são causadas por Estados fortes e opressivos, mas, pelo contrário, surgem em contexto de falhanço do Estado, dando lugar a situações de anarquia generalizada, em que há uma situação de violação sistemática dos direitos humanos e ausência de estruturas capazes de conseguirem adequadamente proteger as populações.

Estas realidades levaram a que a proteção internacional que o instituto do direito de asilo confere se tenha expandido para além das fronteiras do conceito de refugiado e responda também a estas realidades. Temos, por isso, um **asilo *lato sensu***, que abrange refugiados e outras pessoas carecidas de proteção internacional que não são refugiadas; e um **asilo *stricto sensu***, que abrange apenas as pessoas definidas como refugiadas.

Em Portugal, podemos distinguir, fundamentalmente, três vias de proteção internacional: o **asilo constitucional,** previsto artigo 33º/8, da Constituição, e no artigo 3º/1 da lei 27/2008, de 30 de Junho[4]; o **asilo "convencional",** previsto no artigo 1º da Convenção de Genebra, no artigo 27º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, na Diretiva 2004/83/CE, do Conselho e no artigo 3º/2 da lei do asilo; e a **proteção subsidiária**, prevista no artigo 15º da Diretiva 2004/83/CE do Conselho e no artigo 7º da lei do asilo[5].

As duas primeiras vias conduzem ao reconhecimento do **estatuto de refugiado** – é o que resulta do artigo 33º/9 da Constituição e do artigo 4º da lei do asilo.

A terceira via, que se designa por **proteção subsidiária** conduz à emissão de uma autorização de residência especial.

Em qualquer destas vias, o reconhecimento ou não de uma destas formas de proteção internacional depende de um **juízo de prognose**, em que a partir dos dados existentes, se aprecia se aquela pessoa tem ou não condições de regressar em segurança ao seu país de origem.

A autonomização de diferentes formas de proteção internacional, em que ao lado do asilo *stricto sensu* emerge, com grande importância, a figura da proteção subsidiária, tem levado ao progressivo abandono da designação do instituto do asilo em benefício da de proteção internacional, mais abrangente. Pela nossa parte, continuamos a preferir a designação "direito de asilo", que está sedimentada entre os juristas e não só, e que pode e deve, a nosso ver, continuar a designar, por sinédoque, as várias formas de proteção internacional concedidas pelos Estados nos seus territórios a estrangeiros e apátridas, cujos direitos fundamentais mais básicos estão ameaçados no Estado de origem. Na definição concreta das condições para o reconhecimento dessas formas de proteção, surgem depois diferenciações, graças às quais se tem vindo a alargar o âmbito da proteção que o direito de asilo confere.

[4] Com a redação que lhe foi dada pela lei 26/2014, de 5 de maio.
[5] Sempre que aqui nos referimos a lei do asilo, queremos indicar a lei 27/2008, de 30 de junho, com as alterações que lhe foram introduzidas pela lei 26/2014, de 5 de maio.

2.1. Asilo constitucional

Portugal é dos poucos países europeus que consagra o direito de asilo como direito fundamental na respetiva Constituição. E a norma constitucional que o prevê não só consagra o direito como densifica o respetivo âmbito de proteção, ao esclarecer quem pode ser titular de direito de asilo em Portugal: "*estrangeiros ou apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição em consequência da sua catividade em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana*." – artigo 33º/8 da CRP.

A lei do asilo acolheu, no artigo 3º/1, o direito de asilo constitucional.

As pessoas que podem invocar o direito de asilo constitucional têm, pois, de ser, em primeiro lugar, ativistas e, em segundo lugar, as causas que os movem têm de caber nestes cinco grandes ideais: democracia, libertação social e nacional, paz entre os povos, liberdade e direitos da pessoa humana[6].

Esta norma é raramente objeto de aplicação pela Administração e pelos tribunais. É, pois, escassa a atenção que ela tem merecido e que fazem desta norma um parente pobre da norma alemã consagradora do direito de asilo na lei fundamental alemã, nos termos da qual os "*perseguidos políticos gozam de direito de asilo*" [7] e até mesmo da sua congénere francesa, prevista no Preâmbulo da Constituição de 1946, que diz apenas: *"Todo o homem perseguido por causa da sua ação em favor da liberdade tem direito de asilo nos territórios da República".*

E quantas situações podiam caber aqui! Quantos ativistas dos direitos humanos que lutam, por exemplo, pelo direito à educação das mulheres, pela erradicação da mutilação genital feminina nos seus países de origem, quantos resistentes à tirania dos respetivos governos, quantos combatentes pela autodeterminação dos respetivos povos deviam beneficiar deste estatuto especial de titulares do único direito fundamental da Constituição de que só os Portugueses não podem beneficiar – o direito de asilo.

Não se compreende, pois, uma tão grande desatenção ao direito fundamental de asilo, consagrado, entre nós, desde a versão originária da Constituição Portuguesa, que foi sobrevivendo a todas as revisões constitucionais, sem o necessário *aggiornamento* e sobretudo sem a reflexão sobre as implicações que decorrem da circunstância de o direito de asilo ser um direito fundamental.

[6] Sobre o nosso direito fundamental de asilo, ver o nosso *O direito de Asilo na Constituição Portuguesa – Âmbito de Portecção de um Direito Fundamental*, Coimbra, 2009 e, mais recentemente, Ana Rita Gil, "40 anos de Direito Constitucional de Asilo", Julgar, Maio-Agosto 2016, p. 169-196.

[7] Para um estudo sobre o direito fundamental de asilo nos Estados da União Europeia (à dimensão que esta tinha em 1997, antes do alargamento a Leste), ver Franck Moderne, *Le droit constitutionnel d'asile dans les États de l'Union européenne*, Paris, Economica, 1997, o nosso, *O direito de asilo na Constituição Portuguesa - Âmbito de Portecção de um Direito Fundamental*, Coimbra, 2009.

2.2. Asilo convencional

Chamamos aqui asilo convencional ao casamento que a União Europeia promoveu – e que, antes dela, as leis dos diversos Estados europeus, entre os quais, Portugal, já faziam – entre o direito de asilo e a definição de refugiado contida da Convenção de Genebra, nos termos da qual são refugiados *os estrangeiros e os apátridas que, receando com fundamento ser perseguidos em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou integração em certo grupo social, não possam ou, por esse receio, não queiram voltar ao Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual*.

O artigo 18º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que tem como epígrafe "Direito de asilo" reza assim: "*É garantido o direito de asilo, no quadro da Convenção de Genebra de 28 de Julho de 1951 e do Protocolo de 31 de Janeiro de 1967, relativos ao estatuto dos refugiados, e nos termos do Tratado que institui a Comunidade Europeia*."

A Convenção de Genebra de 28 de julho de 1951, a que Portugal aderiu em 1960[8], que é o instrumento jurídico internacional mais importante para a proteção dos refugiados, paradoxalmente, não consagra o direito de asilo. Não foi possível conseguir entre os Estados signatários daquela Convenção o consenso necessário para que assumissem o dever de acolhimento aos refugiados. A solução encontrada passou pela adoção da regra do *non-refoulement,* que consta do artigo 33º da Convenção de Genebra e que consiste na proibição de expulsão dos refugiados para o país onde alegam ser vítimas de perseguição. Não tendo sido possível a consagração de um direito de obter proteção com o correspondente dever de acolhimento por parte dos Estados, o sucedâneo de proteção que foi possível criar foi este: o da proteção face ao *refoulement*, que apenas garante ao refugiado que este não poderá ser expulso "*para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas"* (artigo 33º, número 1 da Convenção de Genebra*, in fine).*

Outro importante avanço conseguido nas negociações que conduziram à Convenção de Genebra de 1951 consistiu na proibição da perseguição criminal de quem – sendo refugiado - entre ou se encontre ilegalmente num Estado, face às regras aplicáveis aos estrangeiros. O facto de ser refugiado exclui a ilicitude que possa ter existido na forma como entrou no país, como, por exemplo, a falsificação dos documentos de entrada e de permanência.

No artigo 1A da Convenção de Genebra, o refugiado aparecia definido como uma pessoa *"que, em consequência de acontecimentos ocorridos antes de 1 de Janeiro de 1951, e receando com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude do dito receio, não queira pedir a proteção daquele país(...)".*

[8] Através do Decreto-Lei nº 43201, de 1 de outubro de 1960, tendo aposto a declaração de que a Convenção se aplicaria apenas aos refugiados em resultados dos acontecimentos ocorridos na Europa. Em 1967, foi adotado o Protocolo de Nova Iorque adicional à Convenção de Genebra, a que Portugal também aderiu através do Decreto-Lei 207/75, de 17 de abril.

O Protocolo de Nova Iorque de 31 de Janeiro de 1967 adicional à Convenção de Genebra veio eliminar da definição do âmbito subjetivo contida no artigo 1A a referência à restrição temporal.

Muitos dos Estados que se vincularam à Convenção de Genebra – em particular, os Estados europeus, entre os quais, Portugal [9]– foram mais longe do que a Convenção exigia e reconheceram mais do que o mero direito ao *non-refoulement*, reconheceram um direto e próprio direito de asilo, direito de obter proteção no seu território nacional, aos refugiados, na definição da Convenção.

A interpretação da definição de refugiado da Convenção de Genebra suscitou – e continua a suscitar – dificuldades.

A perseguição tem de ser iniciada e desenvolvida pelo Estado para que as suas vítimas se possam considerar refugiadas?

Como é que se avalia o risco de perseguição? De acordo com a Convenção de Genebra, o refugiado deve "recear, com fundamento" ser vítima de perseguição em caso de retorno ao país de origem. Como é que se avalia, se mede o receio e a pertinência e relevância do fundamento?

O que se deve entender por perseguição derivada da "integração (ou filiação) em certo grupo social"? Poderão as mulheres, em determinados Estados, ser qualificadas como um grupo social para este fim? Poderão os homossexuais, ou os transexuais ser qualificados como um grupo social para este fim, sobretudo se pensarmos na realidade daqueles Estados que criminalizam a homossexualidade e a transexualidade ou que, não o fazendo, também não reprimem atos violentos contra estas pessoas? Poderão as crianças, em Estados que recrutam menores para as forças armadas, ser qualificadas como um grupo social?

E o próprio conceito de perseguição? Como se define juridicamente? Quais são os seus contornos precisos?

Eram significativas as diferenças nas respostas que os diversos Estados davam a estas matérias. Precisamente por existirem tais diferenças que obstam uma interpretação comum dos critérios para a determinação de quem pode receber proteção internacional, a União Europeia tem desenvolvido esforços de uniformização de critérios de interpretação de tal definição. O primeiro resultado de tal intenção está na Diretiva 2004/83/CE, de 29 de abril, contendo critérios para a determinação das condições de que depende a proteção internacional. Esta Diretiva sofreu depois alterações com a Diretiva 2011/95/UE, de 13 de dezembro.

[9] Desde a primeira lei do asilo, Lei 38/80, de 1 de agosto, artigo 1º, número 2.

Entre os muitos problemas que esta definição de refugiado coloca, vamos concentrar-nos em dois, que são centrais para aquela definição: o problema de saber o que se deve entender por perseguição e o que se deve entender por "recear com fundamento".

2.2.1. O conceito de perseguição

Num estudo efetuado na Europa nos anos 90, em que uma das questões colocadas aos relatores dos diferentes Estados europeus era, precisamente, qual era o conceito de perseguição empregue, no respetivo Estado, para fins da determinação do estatuto de refugiado, chegou-se à conclusão, que, na generalidade dos Estados, se seguia um conceito retirado do dicionário, sem nenhum construção jurídica rigorosa a suportá-lo[10]. O conceito de perseguição implicava sempre, em consequência, uma ideia de acosso, de alguém que é vigiado e seguido atentamente pelas autoridades, que pretendem sujeitá-lo a represálias ou causar-lhe qualquer espécie de mal.

Esta aproximação ao conceito de perseguição está na base de uma aplicação excessivamente restritiva do conceito de refugiado, que o limita a situações em que o requerente esteja em condições de provar que existem medidas de carácter individualizado contra si dirigidas que o impedem de regressar ao seu país de origem.

Ora, o conceito de perseguição operativo neste contexto tem de ser mais do que o conceito comum da palavra que retiramos do dicionário. Foi essencialmente por influência da obra de um autor canadiano, James Hathaway, que o conceito de perseguição sofreu uma transformação, passando a estar ligado aos direitos previstos e protegidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos[11].

A perseguição deve ser definida como uma violação grave dos direitos humanos, que, pela nossa parte, desenvolvemos e qualificamos do seguinte modo: privação grave, intencional e discriminatória dos direitos humanos[12].

Para haver perseguição, não é necessária a prova de prática de atos que se dirijam ao sujeito A, B ou C, individualizadamente. Basta que o sujeito A, B ou C, por este ter determinada religião, raça, ou qualquer outra característica diferenciadora, a que não deveria estar ligada nenhuma sanção, seja vítima de violações graves dos seus direitos fundamentais por causa dessa característica[13].

---

[10] Jean-Yves Carlier e Phiplipe De Bruicker, *Qu'est-ce qu'un réfugié?*, Bruxelas, Bruylant, 1998.
[11] James Hathaway, *The Law of Refugee Status,* Toronto, Butterworths, 1991.
[12] Ver o nosso *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa – Âmbito de protecção de um direito fundamental,* Coimbra, 2009.
[13] Nesta linha se inserem também as recomendações do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR). O ACNUR, consciente das dificuldades que a aplicação do conceito suscita desenvolveu também um conjunto de orientações para a aplicação deste conceito[13]. Assim, segundo o ACNUR, deve entender-se que qualquer ameaça à vida ou à liberdade em virtude da raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou pertença a um certo grupo social é sempre perseguição. Outras violações graves aos direitos humanos - pelas mesmas razões - devem qualificar-se também como perseguição. É em função das circunstâncias de cada caso que podemos concluir quanto à qualificação como perseguição de determinados atos. Manual do ACNUR – pontos 51 a 53.

O requerente pode ter sido sujeito a várias medidas que, por si só, não constituem perseguição (por exemplo, discriminação sob diferentes formas), mas que, em alguns casos, combinadas com outros factores adversos (por exemplo, ambiente geral de insegurança no país de origem), podem os diversos elementos envolvidos, se considerados conjuntamente, produzir um estado de espírito no requerente que pode justificar de modo razoável a fundamentação do receio de perseguição por "motivos cumulativos".

É importante olhar para a situação como um todo. Só esta abordagem holística nos permite distinguir as pessoas que, numa determinada sociedade, recebem um tratamento menos favorável, mas não são vítimas de perseguição daquelas que efetivamente o são.
Por outro lado, importa ter presente também que, muitas vezes, entre os motivos que os requerentes apresentam para não quererem ou não poderem voltar ao seu país de origem, surgem também motivação económicas, relacionadas com a pobreza ou a falta de oportunidades existente no seu país de origem. A coexistência de tais motivações não desqualifica o pedido. O que releva é saber se existem motivações fortes do ponto de vista da ofensa grave aos direitos fundamentais do requerente que justificam a necessidade de proteção internacional. Se estas estão presentes, a motivação económica é irrelevante e não transforma o refugiado num imigrante económico. Tal só acontecerá se a motivação for exclusivamente económica[14].

As Diretivas europeias, em norma transposta pela lei portuguesa de asilo no artigo 5º, entendem que para que determinados atos sejam qualificados como perseguição se impõe que sejam suficientemente graves, devido à sua natureza ou persistência, para constituírem grave violação dos direitos humanos fundamentais; ou constituírem um cúmulo de várias medidas, incluindo violações dos direitos humanos, suscetíveis de afetar de forma grave os indivíduos. E, na mesma norma, no número 2, encontramos um elenco exemplificativo de atos suscetíveis de serem qualificados como atos de perseguição.

O que importa reter é que a perseguição relevante, para efeitos de interpretação e aplicação do conceito de refugiado, é a violação grave e discriminatória de direitos fundamentais. Goodwin-Gill defende que a perseguição é grave quando afeta "*a integridade e inerente dignidade do ser humano de uma forma considerada inaceitável de acordo com os padrões internacionais ou de acordo com os padrões mais exigentes que prevalecem no Estado a quem compete apreciar o pedido de asilo ou de reconhecimento do estatuto de refugiado*"[15]. De acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo, a perseguição é grave se é "*atentatória do núcleo essencial da dignidade humana*"[16]. Foi também defendida a aplicação neste contexto da figura do estado de necessidade do Direito Penal, devendo considerar-se

[14] Veja-se, neste sentido, o Manual do ACNUR, ponto 63.
[15] Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law,* 2ª edição, Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 77, citado *supra*.
[16] Veja-se a título de exemplo, o acórdão STA, processo 043576, relatado pelo Conselheiro Ferreira Neto, de 27 de Outubro de 1998. "*O facto de se pertencer a um grupo étnico, que se diz ser alvo de discriminação, só poderia integrar o fundamento para o asilo (...) se aquela for actual e atingir tal grau de intensidade e extensão, que permita caracterizá-la como atentatória do núcleo essencial da dignidade humana.*"

consequentemente grave uma medida atentatória dos direitos fundamentais diante da qual se torne irrazoável exigir à pessoa em causa outra coisa que não a fuga[17].

A discriminação é um elemento integrante do conceito de perseguição. Para que exista, efetivamente, perseguição, é necessário que as violações de direitos humanos sejam motivadas por qualquer intenção discriminatória. A perseguição é necessariamente discriminatória, mas nem toda a discriminação é persecutória.

Em termos gerais, para o efeito que aqui nos interessa, existe discriminação sempre que se associam desvantagens a características e condutas que não são motivo legítimo para tais penalizações, à luz da nossa consciência jurídica.

2.2.2. O significado de "*recear com razão*"

Para merecer proteção internacional é necessário verificar-se um forte receio "*com razão*" do regresso ao país de origem.

A expressão "receando com razão" contém um elemento subjetivo e um outro objetivo, e, para determinar se esse receio fundado existe, devem ser tidos em consideração ambos os elementos.

No essencial, em linha com estas orientações, encontramos contributos da jurisprudência portuguesa, concretamente do Supremo Tribunal Administrativo, como implicando a conjugação de dois elementos: um elemento subjetivo, o receio, e um elemento objetivo, que consiste em verificar se esse estado de espírito se baseia numa situação objetiva.

Assim, nos termos do Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo, de 9 de Fevereiro de 2005, no Processo 01397/04: "*O receio de perseguição, atenta a exigência legal da respectiva razoabilidade, implica que o mesmo se não reduza a uma mera condição subjectiva (estado de espírito do recorrente), devendo antes fundar-se numa situação ou realidade fáctica de carácter objectivo, normalmente (em termos de homem médio) geradora de tal receio.*"

A interpretação aqui vertida desta norma está, em geral, em consonância com as orientações do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados. Porém, parece-nos que o recurso à figura do homem médio – importante para a apreciação objetiva da situação no país de origem – não afaste a consideração de elementos pessoais que podem ser relevantes para a determinação do estatuto.

A informação sobre o país de origem (internacionalmente designada pela sigla *COI, Country of Origin Information*) é um elemento essencial para a instrução dos pedidos de asilo. No artigo 4º da Diretiva 2011/95/EU (e bem assim no artigo 18º da lei do asilo), são feitas diversas referências a essa informação sobre o país de origem, que são os dados objetivos de que as

[17] Niraj Nathwani, "The Purpose of Asylum", em *International Journal of Refugee Law*, 2000, p. 354.

entidades nacionais podem dispor para apreciar a credibilidade dos fundamentos do pedido de proteção internacional.

Esta informação, no entanto, não pode dispensar a análise das circunstâncias subjetivas do candidato ao estatuto de refugiado. Pode concluir-se, de acordo com as informações obtidas sobre o país de origem de determinado requerente, que o regime vigente no seu país de origem não é, em geral, particularmente repressivo, mas se houver indícios de que pessoas próximas do requerente (amigos ou membros da família) sofreram violações graves dos seus direitos fundamentais, pode tal circunstância subjetiva considerar-se geradora de um forte receio individual, merecedor de valoração na situação concreta. Nestes casos, os elementos subjetivos podem impor-se aos elementos objetivos referentes à caracterização geral da situação no país de origem.

2.3. Proteção subsidiária

A proteção subsidiária é a forma de dar resposta à consciência - que hoje generalizadamente existe - de que, apesar da sua abrangência, a Convenção de Genebra é insuficiente para cobrir todas as situações de carência efetiva de proteção internacional. Dela ficam de fora vítimas de conflitos armados, internos ou internacionais, vítimas de situações de violência indiscriminada, e outras pessoas relativamente às quais o regresso ao país de origem não pode ser feito com segurança e que, apesar disso, não podem beneficiar do estatuto de refugiado, porque não são vítimas de perseguição.

Paralelamente, vários instrumentos de Direito Internacional e instâncias de proteção de direitos humanos, como o Tribunal de Estrasburgo, vieram também obrigar os Estados a proteger estrangeiros em situação de especial vulnerabilidade, proibindo a expulsão para países onde aqueles pudessem ser expostos a tortura ou a penas e tratamentos cruéis, degradantes e desumanos.

As obrigações que para os Estado decorrem da sua vinculação a instrumentos internacionais de proteção dos direitos fundamentais – concretamente da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e do seu artigo 3º - não se limitam a exigir que o Estado se abstenha de praticar atos contrários a esses direitos, mas também que os Estados não expulsem pessoas que se encontrem sob sua jurisdição para territórios onde possam ser vítimas de graves violações dos seus direitos fundamentais.

Foi assim que chegamos à consagração, ao nível europeu, na Diretiva 2004/83/CE, da figura da proteção subsidiária, que visa precisamente, proteger as situações em que alguém corra risco de sofrer “ofensas graves aos seus direitos fundamentais”.

O que é uma ofensa grave para este fim? Nos termos do artigo 15º da Diretiva 2004/83/CE e do artigo 7º da nossa lei, pode significar risco de que lhe seja aplicada a pena de morte ou execução; risco de sofrer tortura ou pena ou tratamento cruel, desumano ou degradante (em linha com a interpretação feita pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos); ameaça grave

contra a vida ou a integridade física da pessoa, resultante de violência indiscriminada em situações de conflito armado internacional ou interno ou de uma situação de violação sistemática, generalizada e indiscriminada de direitos humanos.

Uma das questões mais importantes que a este respeito se suscitou foi colocada no âmbito do caso *Elgafaji* diretamente ao Tribunal de Justiça da União Europeia e a questão foi a seguinte: "*É necessário provar, nos casos de vítimas de conflitos armados ou de violência generalizada, que se é visado especificamente em razão de elementos próprios da situação pessoal do requerente?*"[18]

Ou bastará a invocação de um risco generalizado que a permanência no território de um dado país implica?
A resposta dada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em Fevereiro de 2009, num processo em que interveio, como Advogado-Geral, Miguel Poiares Maduro, foi a de que 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 o requerente é visado especificamente em razão de elementos próprios da sua situação pessoal.*
Excecionalmente, a existência de uma tal ameaça pode ser dada como provada quando o grau de violência indiscriminada seja de um nível tão elevado que existem motivos significativos para acreditar que um qualquer civil expulso para o país ou para a região em causa poderia correr, pelo simples facto de se encontrar no território destes, um risco real de sofrer uma ameaça grave e individual.

Esta ampla proteção subsidiária, pretendida pelas Diretivas da União Europeia, que vincula os Estados ao reconhecimento de proteção internacional muito para além do que a Convenção de Genebra exige, não pode, no entanto, comprimir o campo de aplicação do estatuto de refugiado na União Europeia. As autorizações de residência concedidas por via do artigo 7º da lei do asilo são soluções subsidiárias. Subsidiárias porquê? Porque só têm lugar quando não se verificam os pressupostos para o reconhecimento do estatuto de refugiado. Na prática, verifica-se, no entanto, muitas vezes que, por ser menos exigente nos seus pressupostos, esta figura acabou por enfraquecer o recurso ao estatuto de refugiado, preferindo-se, muitas vezes, a proteção subsidiária, mesmo onde a possibilidade de comprovar atos de perseguição não estivesse, por completo, excluída.

3. Cláusulas de exclusão

A proteção que o asilo e a proteção subsidiária concedem tem, no entanto, limites.

E não são só os limites que decorrem da própria determinação de quem pode beneficiar de proteção internacional.

[18] Tribunal de Justiça da UE, Processo C – 465/07, 17 de Fevereiro de 2009.

Dela não podem beneficiar autores de crimes de guerra, crimes contra a paz e crimes contra a humanidade. Também não podem invocar nenhuma daquelas vias de proteção internacional pessoas que tenham cometido crimes graves de direitos comum antes de terem entrado em território nacional. Finalmente, não pode acolher-se sob o manto da proteção internacional quem tenha praticado atos contrários aos fins e aos princípios das Nações Unidas.

É o que resulta não só do artigo 1F da Convenção de Genebra, como ainda do artigo 14º, número 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Consta também tal solução do artigo 12º da Diretiva 2011/95/EU e do artigo 9º da nossa lei de asilo.

A lei do asilo portuguesa, quanto aos crimes de direito comum especificou as condições da sua relevância para este efeito: deve tratar-se de " *crime doloso de direito comum punível com pena de prisão superior a três anos fora do território português, antes de ter sido admitido como refugiado*". A lei portuguesa acrescenta ainda entre as cláusulas de exclusão a circunstância de o requerente representar um "*perigo ou fundada ameaça para a segurança interna ou externa ou para a ordem pública*"[19].

O Tribunal de Justiça da União Europeia teve ocasião de se pronunciar já, variadas vezes, sobre estas cláusulas de exclusão e o modo como devem ser interpretadas. Fê-lo, pela primeira vez, no acórdão B. e D. no processo C-57/09, em 9 de novembro de 2010. Mais recentemente, em 31 de janeiro de 2017, fê-lo no Acórdão Lounani no processo C-573/14, em que foi confrontado com a questão da interpretação daquelas cláusulas nos casos em que o requerente, não sendo autor efetivo de atos terroristas, tenha participado em atividades de recrutamento, organização, transporte ou equipamento de pessoas com o propósito de perpetrar, planear ou preparar atos terroristas. O entendimento do Tribunal foi no sentido de que "*para que se verifique a causa de exclusão do estatuto de refugiado (…), não é necessário que o requerente de proteção internacional tenha sido condenado por uma das infrações terroristas (…). Para efeitos de avaliação individual dos factos que permitem apreciar se existem razões ponderosas para pensar que uma pessoa praticou atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas, instigou a prática desses atos ou neles participou de qualquer outro modo, a circunstância específica de essa pessoa ter sido condenada, pelos tribunais de um Estado-Membro, por participação nas atividades de um grupo terrorista, reveste particular importância, como a declaração de que essa pessoa era membro dirigente desse grupo, não sendo necessária a prova de que ela própria foi instigadora de um ato terrorista ou que nele participou de qualquer outro modo*".

Estas cláusulas de exclusão constituem pressupostos negativos, elementos impeditivos do acesso à proteção internacional.

Os pressupostos positivos, de que tratámos, definem *por inclusão* quem pode beneficiar de proteção. Estas cláusulas ou pressupostos negativos fazem-no *por exclusão* e conduzem à recusa de proteção a pessoas que preenchem os critérios positivos necessários para

[19] Mais desenvolvidamente sobre os pressupostos negativos da titularidade do direito de asilo, ver o nosso *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa – Âmbito de protecção de um direito fundamental,* Coimbra, 2009, p. 329-354.

beneficiarem de proteção internacional, isto é, que cabem na definição de refugiado e de beneficiário de proteção subsidiária.

O âmbito de proteção do direito de asilo não consiste, pois, numa delimitação *prima facie* de um conjunto de pessoas que, por serem estrangeiras ou apátridas, podem vir a gozar, em termos definitivos, de proteção internacional. O âmbito subjetivo desta proteção há-de resultar de um conjunto amplo de pressupostos que, sendo de sinal contrário, permitirão a quem cumpra satisfatoriamente os pressupostos positivos, *não se verificando na sua situação concreta os pressupostos negativos*, ser titular do direito de asilo.

A apreciação em concreto destas cláusulas de exclusão respeita algumas particularidades do ponto de vista do procedimento.

Devem apreciar-se, primeiro, as normas de inclusão, de determinação dos beneficiários de proteção internacional e só depois de concluir que estes se reúnem no caso concreto os pressupostos positivos é que se devem apreciar os pressupostos negativos.

No que respeita à medida e ao ónus da prova, parece-nos que, dada a gravidade da decisão de exclusão de alguém do âmbito de proteção internacional, apesar de correr risco de perseguição e de sofrer ofensa grave, não basta uma simples "*probabilidade*" que se verifique no caso concreto uma das cláusulas de exclusão, mas é necessário que não subsista dúvida razoável quanto aos factos integradores destas cláusulas[20].

O ónus da prova, por seu lado, deve ser assumido pelo Estado, no sentido de estar obrigado ao reconhecimento do direito de asilo sempre que não consiga provar, de modo claro e para além de qualquer dúvida razoável o cumprimento dos pressupostos negativos. Impor ónus da prova, quanto a estes factos, ao requerente do asilo significaria obrigá-lo a uma prova negativa, sob pena de ser excluído do estatuto de refugiado.

4. O procedimento de asilo

O direito de asilo e o direito à proteção subsidiária são direitos cuja concretização, por sua própria natureza, pressupõem um procedimento e a sua previsão legal em termos que possibilitem o exercício efetivo do direito.

Os procedimentos de asilo são particularmente complexos. Está em causa a prova de que a pessoa em causa tem fundado receio de perseguição ou de sofrer ofensa grave. E são casos em que o material probatório é quase sempre escasso e os meios de obtenção de prova são quase sempre inacessíveis. Sem grande esforço, conseguimos perceber que quando alguém foge do seu país por receio de estar a ser perseguido não traz consigo um arquivo de todos os documentos que provem as razões por que é perseguido. O mais provável é até que se

[20] A chamada *"evidence beyond any reasonable doubt"*. A Convenção de Genebra vai também neste sentido, na medida em que refere que a exclusão só pode dar-se, se houver "*razões ponderosas para pensar*" que o requerente praticou algum dos atos referidos nas cláusulas do artigo 1 F.

desembarace desses documentos comprometedores para melhor conseguir atravessar a fronteira em segurança. Ao chegar ao país de acolhimento, exigem-lhe, no entanto, que prove que é perseguido e quais são as razões que fazem daquele requerente um alvo de perseguição por parte do Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual. Na maior parte dos casos, não possui consigo esses documentos (muitas vezes, não possui sequer documentos de identificação pessoal válidos) e não pode denunciar o seu paradeiro às autoridades do país de origem, pelo que a via diplomática, como meio de obter elementos relevantes para a prova, lhe está vedada[21].

Nos procedimentos de determinação da necessidade de proteção subsidiária em que não esteja em causa a apreciação da situação pessoal do requerente, mas apenas a existência de uma situação de violação sistemática dos direitos humanos ou de conflito armado, a matéria a provar pode ser um pouco mais simples do que nos casos do direito de asilo *stricto sensu*, se bem que a recolha de informação sobre o país de origem seja uma tarefa exigente para as autoridades a quem compete a decisão do pedido.

A celeridade é também um aspeto fundamental que não pode ser subestimado. Uma das ameaças para o direito de asilo é a possibilidade de o seu uso abusivo poder funcionar como uma via fácil para escapar aos controles migratórios. Se a simples invocação do asilo constituir o requerente no direito de aceder ao território e aí permanecer por um período de meses ou anos, enquanto aciona todas as garantias que o sistema lhe concede, para, no final, concluir que o pedido é improcedente e que o requerente deve ser expulso, o mais provável é que nunca venha a sê-lo. A credibilidade de um sistema de asilo exige, pois, celeridade na resposta aos pedidos de asilo. E a própria vida das pessoas que requerem asilo não se compadece com períodos de espera desnecessariamente longos, em que as pessoas permanecem provisoriamente no país sem certezas quanto ao seu futuro.

Entre os objetivos da criação de um sistema europeu comum de asilo consta também, na alínea d) do número 2 do artigo 78º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, o objetivo de estabelecer "*procedimentos comuns em matéria de concessão e retirada do estatuto uniforme de asilo ou de proteção subsidiária*". As normas da lei do asilo nesta matéria devem, pois, pautar-se pelas exigências que hoje constam da Diretiva 2013/32/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho, relativa a procedimentos comuns de concessão e retirada do estatuto de proteção internacional.

Não cabendo, nesta introdução, uma análise detalhada do procedimento de asilo em Portugal, há algumas linhas das opções legislativas neste domínio que importa, ainda assim, referir.

Em primeiro lugar, na lei do asilo portuguesa, não há tratamento diferenciado entre pedidos de asilo e pedidos de autorização de residência por proteção subsidiária. O procedimento é único. Muito embora se mantenha a distinção entre estatuto de refugiado e outras formas de proteção, nos termos já analisados, a lei é clara na opção pela ideia de um "*guichet*" ou "balcão único". Ou seja, não se exige que o requerente qualifique o seu pedido; este pede

[21] Ver o nosso "Quem prova o que pode a mais não é obrigado? – Sobre a medida e o ónus da prova nos processos de asilo", em *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 70, Julho/Agosto 2008, p. 61-70.

proteção às autoridades e a estas depois compete adequar a resposta à situação do requerente. Nos termos do artigo 10º da lei do asilo, presume-se que um pedido de proteção internacional é um pedido de asilo, devendo as autoridades proceder primeiro à análise dos pressupostos do direito de asilo e, só depois de concluírem que o requerente não é elegível para o estatuto de refugiado, é que podem passar à análise dos pressupostos da proteção subsidiária.

Em segundo lugar, o procedimento está estruturado em duas fases: fase de admissibilidade e fase de concessão[22].

Em terceiro lugar, a lei do asilo prevê um procedimento especialmente célere para a apreciação dos pedidos apresentados nos postos de fronteira, tendo a lei aqui em vista as situações em que o requerente não cumpre os requisitos previstos na lei de estrangeiros para entrar em território nacional e apresenta às autoridades portuguesas pedido de proteção internacional. O que caracteriza fundamentalmente estes procedimentos é a sua urgência, dado que os requerentes permanecem detidos na zona internacional do porto ou aeroporto enquanto aguardam decisão quanto à admissibilidade do seu pedido e essa circunstância obriga, naturalmente, as autoridades, a uma atuação muito expedita.

5. A impugnação judicial das decisões administrativas em matéria de asilo

A importância de reconhecer aos requerentes de asilo adequadas garantias abrange também necessariamente o recurso a autoridades judiciais. A intervenção dos tribunais em matéria de asilo tem vindo, aliás, a ser reforçada. Isso resulta, desde logo, das exigências do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos[23] e também da própria evolução paralela do Direito da União Europeia. A comparação entre a primeira Diretiva Procedimentos, a Diretiva 2005/85/CE, e a Diretiva atualmente em vigor, a Diretiva 2013/32/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho, relativa a procedimentos comuns de concessão e retirada do estatuto de proteção internacional é reveladora da evolução verificada. Parece-nos particularmente relevante o conteúdo do atual artigo 46º da Diretiva, assegurando "o direito a interpor recurso efetivo perante um órgão jurisdicional". Quanto à intensidade do controlo judicial pretendido, esta norma é também eloquente. No número 3, impõe-se que os Estados-membros assegurem "*um recurso efetivo inclua a análise exaustiva e ex nunc da matéria de facto e de direito, incluindo, se aplicável, uma apreciação das necessidades de proteção internacional*". As exigências desta norma da Diretiva europeia não encontram sequer uma pálida tradução na lei do asilo que a transpôs.

Há, pois, uma crescente judicialização do direito de asilo.

[22] Para uma descrição mais detalhada do procedimento previsto na lei de 1998 e que se mantém, neste aspeto, no essencial, inalterado, ver o nosso "A Recusa dos Pedidos de Asilo por Inadmissibilidade", em *Estudos em Comemoração do 10º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 79- 94.

[23] Exigências essas que decorrem do direito ao recurso efetivo, previsto no artigo 13º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos.

O sistema português tem acompanhado bem esta tendência.

Já no Acórdão do Tribunal Constitucional 962/96, de 11 de Julho, este mesmo aspeto foi aflorado. Aí se apreciou o regime legal que afastava a possibilidade de prestar patrocínio judiciário ao requerente de asilo, porque se exigia a residência prévia em território nacional pelo período mínimo de um ano. No Acórdão pode ler-se:

"*Esta solução é inconstitucional, desde logo, porque ela desconstrói a efectividade do direito de asilo, garantido aos estrangeiros e apátridas, nos termos do artigo 33, número 6, da Constituição. A desejabilidade constitucional de realização do direito de asilo, que se radica nos valores da dignidade do homem, na ideia de uma República de 'indivíduos', e não apenas de cidadãos, e na proteção reflexa da democracia e da liberdade seria claramente inconseguida aí onde à proclamação do direito apenas correspondesse o poder de impetrar o asilo junto da Administração* ***sem garantia de controlo judicial***"[24].

Após a revisão constitucional de 1997, devíamos, aliás, acrescentar que, por ser um direito, liberdade e garantia *pessoal*, o legislador está obrigado não só a garantir o acesso aos tribunais para tutela do direito fundamental de asilo, mas também a assegurar "*procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações*" do seu direito (artigo 20, número 5 da Constituição Portuguesa).

Uma das questões que gerou mais controvérsia ao longo das sucessivas alterações ao regime legal do asilo em Portugal foi precisamente a da justiciabilidade das decisões administrativas tomadas nesta matéria[25].

A lei do asilo de 1998 veio admitir expressamente a impugnabilidade de todas as decisões administrativas em matéria de asilo, mesmo as de mera admissibilidade ou inadmissibilidade do pedido, mas não atribuía efeito suspensivo a estas ações judiciais, o que significava que um requerente de asilo cujo pedido não fosse admitido, podia impugnar essa decisão, mas esse facto não impedia a execução de medida de expulsão do território nacional, que é o desfecho comum das decisões de inadmissibilidade do pedido. Os prazos para a execução das expulsões eram tão curtos que tornavam inviável, na prática, mesmo a apresentação de um pedido de suspensão de eficácia da decisão enquanto medida cautelar adequada a evitar o afastamento do território nacional na pendência do processo judicial (uma vez que a execução da decisão de afastamento ocorria quase inevitavelmente antes da citação da entidade demandada). Este foi um aspeto muito criticado na lei de 1998. Assim, segundo Nuno Piçarra, "*no âmbito específico do direito de asilo (...) um recurso jurisdicional com efeito meramente devolutivo*

[24]Acórdão 962/96, de 11 de Julho, relatado pela Conselheira Assunção Esteves, publicado no *DR*, I Série, de 15 de Outubro de 1996, que declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, as normas contidas no artigo 7, número 2, do Decreto-Lei 387-B/87, de 29 de Dezembro e no artigo 1, números 1 e 2 do Decreto-Lei 391/88, de 26 de Outubro, na parte em que veda o apoio judiciário a quem pretenda impugnar contenciosamente o ato que lhe negou asilo (negritos nossos).

[25] Ver, sobre esta matéria, o controverso acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, proferido em 28 de Julho de 2010, no caso *Samba Diouf v. Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration (*Luxembourg), processo C-69/10.

perde toda a sua eficácia protectora (...)" e "(...) *frustra o princípio da tutela judicial efectiva dos direitos e interesses legalmente protegidos*"[26].

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos foi também chamado a pronunciar-se sobre a questão de saber se a execução de decisões de expulsão antes de haver apreciação judicial das decisões administrativas em matéria de asilo era compatível com o direito ao recurso judicial efetivo previsto no artigo 13º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. E, no caso *Gebremehdin contra a França*, o Tribunal foi claro no sentido de entender que o direito ao recurso judicial efetivo impõe que os requerentes possam permanecer em território nacional até haver uma decisão judicial relativamente aos atos praticados pela autoridade administrativa que estes pretendam impugnar[27].

A lei portuguesa de 2008 deu essa passo decisivo e previu a possibilidade de impugnação de todos os atos desfavoráveis em matéria de asilo e associou efeito suspensivo automático a todas essas impugnações judiciais – indo para além do que eram as exigências da Diretiva 2005/85/CE, então em vigor.

De modo a garantir que os procedimentos judiciais são céleres, não pondo em causa a eficácia na aplicação das consequências que decorrem de decisões negativas – e que implicam, em regra, a expulsão do território nacional -, previu prazos muitos curtos para estes processos – excessivamente curtos, mesmo irrazoáveis, numa solução legislativa que foi depois parcialmente corrigida em 2014. Resta saber se a solução atual alcança o necessário equilíbrio entre as garantias efetivas dos requerentes de asilo – que impõem a apreciação judicial da decisão antes da execução de quaisquer medidas de expulsão – e a necessidade de garantir a tomada e execução de decisões céleres nesta matéria, sob pena de a eficácia do sistema ficar afetada.

6. Nota Final

Os migrantes - e, entre estes, os refugiados - são um dos principais desafios que se colocam atualmente à Europa. A situação de instabilidade vivida em muitas regiões que circundam os Estados europeus leva-nos a pensar que, se não houver uma mudança na situação política em muitas dessas regiões do mundo, o problema tenderá a manter-se.

O desafio é, portanto, essencialmente, político.

Os órgãos judiciais desempenham, no entanto, uma função essencial de garantia dos direitos dos migrantes e dos refugiados. A evolução do direito de asilo na Europa, desde 1990 até agora, tem sido impulsionada por decisões dos tribunais, em particular do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, que tem sido percursor de uma série de alterações no quadro legal e

[26] Nuno Piçarra, "Em Direcção a um Procedimento Comum de Asilo", em *Themis*, 2000, p. 291-292.
[27] Ver decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso *Gebremedhin contra França*, de 16 de Abril de 2007. Antes desta decisão, já o caso *Conka contra Bélgica*, de 5 de Fevereiro de 2002 tinha chegado a conclusões próximas, embora não tão radicais.

jurisprudencial, sempre concretizando e elevando o nível de garantias reconhecidas aos requerentes de asilo e aos refugiados. É curioso verificar que esse papel destacado foi conseguido sem que a Convenção Europeia dos Direitos Humanos ou os seus Protocolos prevejam direitos específicos relativamente aos refugiados. O direito de asilo não consta da Convenção Europeia de 1950. Os direitos dos refugiados são, essencialmente, uma questão de direitos humanos. Uma concepção universalista destes direitos, bem assimilada e praticada pelas instâncias judiciais chamadas a pronunciar-se sobre estes processos, é condição necessária para ajudar a encontrar adequadas respostas aos desafios que as migrações nos colocam hoje e continuarão a colocar.