

“FILHOS DE UM DEUS MENOR”: MIGRANTES E REFUGIADOS AO ABRIGO DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS

Paulo Pinto de Albuquerque*
Guillaume Dartigue**

<https://doi.org/10.21814/uminho.ed.105.20>

1. Introdução¹

A recente abordagem do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (“o Tribunal”) aos migrantes e refugiados tem sido contraditória e algo confusa, criando uma situação de incerteza em toda a Europa. A jurisprudência do Tribunal está agora perturbada por contradições internas. Tem havido mais “recuos” na última década². Esta situação exige uma reavaliação e uma

* Professor na Universidade Católica Portuguesa - Faculdade de Direito de Lisboa. Antigo juiz do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (2011-2020).

** Doutor em Direito Público da Universidade de Estrasburgo.

¹ Este texto corresponde a uma versão atualizada do texto publicado pelo primeiro Autor no livro *Fair Trial: Regional and International Perspectives, Liber Amicorum Lino-Alexandre Sicilianos*, Limal, Anthemis, 2021, que foi atualizado pelos dois Autores para publicação neste volume.

² L. R. HELFER e E. VOETEN, “Walking Back Human Rights in Europe?”, *European Journal of International Law (EJIL)*, vol. 31, nº 3, pp. 797-827.

clarificação. Diferentes temas ilustram os desafios que os migrantes enfrentam desde que o Tribunal entrou numa “rampa deslizante” (*slippery slope*) em relação ao movimento de proteção que havia iniciado. Estes temas são complexos e não poderei ser aqui exaustivo. Salientarei, entre os mais importantes, a detenção de migrantes e a expulsão de estrangeiros gravemente doentes (incluindo migrantes).

2. Artigos 3º e 5º: a proibição da tortura e de tratamentos desumanos e degradantes e o direito à liberdade

Começarei por abordar a situação dos migrantes que são frequentemente detidos na fronteira ou durante o processo de expulsão³. Em geral, a detenção de migrantes trouxe desafios ao Tribunal, por força dos interesses em jogo que precisam de ser conciliados: por um lado, o Tribunal tem de ter em conta o direito de um Estado a controlar as suas fronteiras e, por outro lado, a necessidade de proteger o direito de um indivíduo a não ser submetido a tortura ou maus-tratos.

Por um lado, é indiscutível que cada Estado tem o direito de proteger as suas fronteiras e de assegurar que os indivíduos não tentem contornar as normas sobre imigração. Quando acompanhada de garantias adequadas para os indivíduos em causa, a detenção de estrangeiros é admissível como medida de prevenção da imigração ilegal por parte dos Estados⁴. Contudo, mesmo em circunstâncias tão limitadas, os Estados devem garantir que continuam a cumprir as suas obrigações internacionais, incluindo a Convenção de Genebra de 1951 relativa ao Estatuto do Refugiado e a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (“a Convenção”)⁵. Por outras

³ Várias publicações têm destacado o problema da detenção em vários países europeus. Ver sobre este tópico, J. SARKIN, “Respecting and Protecting the Lives of Migrants and Refugees: The Need for a Human Rights Approach to Save Lives and Find Missing Persons”, *The International Journal of Human Rights*, vol. 22, nº 2, 2017, pp. 207-236; B. FRELICK, “Pushed Back, Pushed Around Italy’s Forced Return of Boat Migrants and Asylum Seekers, Libya’s Mistreatment of Migrants and Asylum Seekers”, *Human Rights Watch*, vol. 21, setembro 2009; P. BLOMFIELD, “We Are Locking Up People Indefinitely. This Inhumane Practice Needs to End”, *The Guardian (Opinion)*, 24 de agosto de 2017.

⁴ Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*, 21 de janeiro de 2011, § 216.

⁵ TEDH, acórdão *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*, cit., § 216. Sobre este tópico, ver também, N. SITAROPOULOS, “Why International Migration Law Does Not Give a License to Discriminate”, *EJIL: Talk!*, 20 de maio de 2015; F. PIZZU-

palavras, “a legítima preocupação dos Estados em impedir as tentativas cada vez mais frequentes de contornar as restrições à imigração não deve privar os requerentes de asilo da proteção oferecida por estas convenções”⁶.

2.1. Avaliação do risco de violação dos direitos em caso de expulsão

O Tribunal proíbe a expulsão de um estrangeiro se tal representar um risco real, com base em “razões sérias e comprovadas”, de sofrer uma violação do direito à vida (artigo 2º), maus-tratos (artigo 3º), ou um ataque à sua integridade, em violação do artigo 8º da Convenção⁷. Cabe às autoridades nacionais fazer a avaliação do risco e o Tribunal acompanha esta avaliação com grande firmeza⁸. O risco pode por vezes ser de natureza sistémica, dependendo da situação no Estado para o qual se expulsa, cabendo ao Tribunal analisar uma série de dados factuais e atribuindo particular importância às análises de organizações não governamentais ou organismos internacionais como o Gabinete do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos. Recordando regularmente que uma situação de violência generalizada não é suficiente em si mesma para determinar a não-expulsão⁹, o Tribunal parece, no entanto, considerar que certos contextos são tão graves que se tornam suficientes em si mesmos para caracterizar um risco de violação da Convenção. É o caso, por exemplo, da situação na Síria, devido à existência de um conflito armado de alta intensidade e aos ataques dirigidos a civis¹⁰.

TELLI, “The Human Rights of Migrants as Limitations on States’ Control Over Entry and Stay in Their Territory”, *EJIL: Fale!*, 21 de maio de 2015.

⁶ TEDH, acórdão *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*, *cit.*, citando o acórdão do TEDH, *Amuur c. França*, 25 de junho de 1996, § 43.

⁷ Ver, por exemplo, TEDH [GC], *Chahal c. Reino Unido*, 15 de novembro de 1996; *Chamaiev e outros c. Geórgia e Rússia*, 12 de abril de 2005; TEDH [GC], *Saadi c. Itália*, 28 de fevereiro de 2008; TEDH, *Daoudi c. França*, 3 de dezembro de 2009; TEDH, *M.A. c. Bélgica*, 27 de outubro de 2020. A expulsão em si pode também constituir maus-tratos, se uma criança pequena estiver envolvida, devido à extrema angústia que lhe é infligida. Cf. TEDH, *Mubilanzila Mayeka e Kaniki Mitunga c. Bélgica*, 12 de outubro de 2006, § 69. Sobre o julgamento, ver B. MASSON, “Un enfant n’est pas un étranger comme les autres”, *Revue Trimestrielle des droits de l’homme (Rev. trim. dr. h.)*, 2007, pp. 823-835.

⁸ Para um exemplo recente, ver acórdão do TEDH, *K.I. c. França*, 15 de abril de 2021. Ver também TEDH, *Bivolaru e Moldovan c. França*, 25 de março de 2021, para o caso do Sr. Moldovan. Sobre o caso *Bivolaru*, ver *infra*.

⁹ Ver, por exemplo, em relação ao Quirguizistão, TEDH, acórdão *T.K. e S.R. c. Rússia*, 19 de novembro de 2019.

¹⁰ TEDH, *O.D. c. Bulgária*, 10 de outubro de 2019, § 52. Ver também *L.M. e Outros c. Rússia*, 15 de outubro de 2015.

A situação no Estado de destino é sempre mobilizada na avaliação de um risco individual de violação dos direitos do requerente. É, portanto, a natureza sistemática de certos atos que constituem violações da Convenção que são decisivos para a avaliação do risco. Assim, no processo *O.D. c. Bulgária*, o Tribunal salientou os riscos de execução, detenção arbitrária e maus-tratos corridos pelo requerente devido à sua deserção do exército sírio¹¹.

Algumas avaliações da situação levantam, no entanto, questões como demonstra a recente jurisprudência do Tribunal, que alterou a sua abordagem à expulsão/extradição de estrangeiros condenados ou procurados por atividades terroristas para a Argélia. Se até aqui o Tribunal costumava opor-se sistematicamente a tais afastamentos com base em “*motivos sérios e comprovados*” para acreditar que os indivíduos corriam um “*risco real*” de serem sujeitos a tratamento contrário ao artigo 3º¹² – fê-lo até muito recentemente, como demonstra o acórdão *M.A. c. França*¹³ –, o Tribunal aceita agora a compatibilidade de uma ordem de afastamento num tal contexto. No caso *A.M. c. França*, constatou que não houve violação da Convenção relativamente a uma ordem de extradição emitida contra um cidadão argelino residente em França desde 2008 e condenado a pena de prisão por participação em atividades terroristas. O Tribunal considerou, num primeiro momento, que o risco de violação era muito elevado na Argélia, tendo considerado, quatro anos mais tarde, que a situação tinha mudado radicalmente. O carácter questionável desta posição evidencia-se na fundamentação do Tribunal: para chegar a esta conclusão, baseou-se não em provas factuais de que a situação tinha de facto evoluído, mas em vários relatórios de organismos internacionais e não governamentais que indicavam mudanças institucionais (cuja inadequação também tinha sido notada)¹⁴. Alguns destes organismos – como o Comité dos Direitos Humanos – tinham sublinhado que continuavam preocupados com as alegações de tortura e maus-tratos por agentes do Departamento de Vigilância e Segurança argelino (*Département de surveillance et de sécurité*)¹⁵.

¹¹ TEDH, *O.D. c. Bulgária*, cit., §§ 55 e ss.

¹² Ver, por exemplo, *Daoudi c. França*, cit.

¹³ TEDH, acórdão *M.A. c. França*, 1 de fevereiro de 2018.

¹⁴ TEDH, acórdão *A.M. c. França*, 29 de abril de 2019, §§ 28-45 e §§ 120 e ss. Ver H. RASPAIL, chron. *Revue Générale de Droit International Public (R.G.D.I.P.)*, nº 3, 2019, pp. 771-774.

¹⁵ TEDH, acórdão *A.M. c. França*, cit., §§ 42 e 122.

No acórdão *Saadi*, o Tribunal tinha, no entanto, estabelecido claramente que a existência de legislação interna que garantisse, em princípio, o respeito dos direitos humanos não era suficiente para assegurar uma proteção adequada contra o risco de maus-tratos, quando fontes fidedignas relatavam “práticas das autoridades – ou toleradas por elas – manifestamente contrárias aos princípios da Convenção”¹⁶. A mudança verificada é tanto mais lamentável quanto, para concluir que não existiam tais práticas, o Tribunal limitou-se a constatar que o requerente não tinha sido capaz de “estabelecer que qualquer terceiro numa situação comparável à sua tivesse sido efetivamente sujeito a um tratamento desumano e degradante em 2017 e 2018”, colocando assim claramente um ónus sobre o requerente¹⁷, o que é um “fardo excessivo”¹⁸. O Tribunal aplica aqui um princípio da subsidiariedade e exige ao requerente conhecimento e prova da prática interna de um Estado terceiro e ignora a ausência de resposta da Argélia aos pedidos de garantias diplomáticas da França¹⁹.

2.2. Condições de detenção

O Tribunal avaliou as condições de detenção dos migrantes em numerosas ocasiões. Em vários casos, verificou que constituíam um tratamento degradante em violação do artigo 3º da Convenção. Por exemplo, no caso *S.D. c. Grécia*, o Tribunal considerou que confinar um requerente de asilo a uma cabina pré-fabricada durante dois meses, sem acesso ao mundo exterior, sem a possibilidade de fazer uma chamada telefónica e sem lençóis limpos ou produtos de higiene suficientes, constituía um tratamento degradante na aceção do artigo 3º da Convenção²⁰. No mesmo sentido, concluiu que um período de detenção de seis dias num espaço fechado, sem possibilidade de caminhar ou tempo de lazer, sem acesso livre a uma casa de banho e dispondo apenas de colchões sujos como única roupa de cama era inaceitável²¹.

¹⁶ TEDH, *Saadi c. Itália*, cit., § 147.

¹⁷ TEDH, *A.M. c. França*, cit., § 122.

¹⁸ Ver H. RASPAIL, chron. *Revue Générale de Droit International Public*, op. cit., pp. 771-774.

¹⁹ Ver H. RASPAIL, chron. *Revue Générale de Droit International Public*, op. cit..

²⁰ TEDH, acórdão *S.D. c. Grécia*, 11 de junho de 2009, §§ 49-54.

²¹ TEDH, acórdão *S.D. c. Grécia*, cit., § 51.

O Tribunal considerou igualmente que a detenção de um requerente de asilo durante três meses nas instalações da polícia enquanto aguardava a execução de uma medida administrativa, sem acesso a atividades recreativas e sem refeições adequadas, constituía um tratamento degradante²². Num outro caso, o Tribunal considerou que a detenção de um requerente de asilo durante três meses num local sobrelotado, com condições de higiene e limpeza terríveis – onde o estado degradado das instalações sanitárias as tornava praticamente inutilizáveis e os detidos dormiam em camas sujas e apertadas –, sem instalações recreativas ou comida, constituía tratamento degradante²³.

Mais recentemente, porém, no caso *Khlaifia e Outros c. Itália*²⁴, o Tribunal decidiu que a detenção de migrantes num centro de receção na ilha de Lampedusa e posteriormente em navios atracados no porto de Palermo não equivalia a um tratamento desumano e degradante em violação do artigo 3º. Este é um infeliz afastamento da jurisprudência estabelecida e um passo atrás na proteção dos direitos dos migrantes²⁵. A Grande Câmara (GC) anulou a conclusão prévia da câmara do Tribunal e baseou o seu raciocínio na “situação de extrema dificuldade enfrentada pelas autoridades italianas na altura em questão”²⁶. As abomináveis condições de vida dos migrantes foram de facto reconhecidas pelo Tribunal, mas foram justificadas pelo período particularmente difícil de grande afluxo de migrantes²⁷.

Estando o Tribunal disponível para usar o argumento dos fluxos migratórios ou situações difíceis para permitir aos Estados criar ou manter condições inseguras e insalubres nos centros de detenção de migrantes, o risco individual não será controlado. Embora o Tribunal deva ter em conta

²² Acórdão TEDH, *Tabesh c. Grécia*, 26 de novembro de 2009, §§ 38-44.

²³ TEDH, acórdão *A.A. c. Grécia*, 22 de julho de 2010, §§ 57-65.

²⁴ Acórdão TEDH, *Khlaifia e Outros c. Itália*, 15 de dezembro de 2016.

²⁵ Para uma análise mais detalhada do caso e das suas deficiências, ver também D. VENTURI, “The Grand Chamber’s Ruling in *Khlaifia and Others v Italy*: One Step Forward, One Step Back?”, *Strasbourg Observers*, 10 de janeiro de 2017; S. ZIRULIA e S. PEERS, “A Template for Protecting Human Rights During the ‘Refugee Crisis’?”, *EU Law Analysis*, 5 de janeiro de 2017.

²⁶ Opinião concorrente do Juiz Raimondi em TEDH, *Khlaifia e Outros c. Itália*, *cit.*, § 6.

²⁷ No caso *J.R. e Outros c. Grécia*, proc. nº 22696/16, 25 de janeiro de 2018, o Tribunal decidiu novamente que as condições de detenção num centro onde três cidadãos afegãos foram privados de liberdade não eram suficientemente severas para serem qualificadas como tratamento desumano ou degradante. O Tribunal baseou-se, em parte, no facto de as autoridades gregas terem sido confrontadas com uma situação de emergência após a chegada de um grande número de migrantes, o que criou dificuldades materiais.

a pressão que tais fluxos exercem sobre as autoridades nacionais, também não deve subestimar a capacidade de os Estados continuarem a defender os direitos da Convenção em tempos difíceis. Em tais circunstâncias, em que é tão oportuno justificar a falta de proteção dos direitos individuais como resultado inevitável de um acontecimento que gerou uma pressão imprevista, é particularmente importante que o Tribunal exija que os Estados continuem a cumprir as suas obrigações.

Deve também notar-se que, embora a Convenção preveja que os Estados podem derrogar as obrigações nos termos do artigo 15º da Convenção, tal possibilidade é enquadrada por requisitos processuais, exigindo que os Estados notifiquem a sua intenção e a necessidade de derrogar as suas obrigações. A este respeito, convém recordar que os Estados não podem invocar dificuldades políticas, tais como a chegada de um número imprevisto de migrantes para desculpar ações incompatíveis com a Convenção e muito menos podem afastar obrigações não derogáveis como as previstas no artigo 3º.

A questão da detenção de crianças estrangeiras parece ter escapado ao movimento retrógrado do Tribunal, que condena regularmente os Estados por violações dos artigos 3º, 5º e 8º da Convenção. No que respeita ao artigo 3º, o Tribunal baseia-se em fatores como a duração da detenção, as condições de acolhimento no centro²⁸, bem como o estado de saúde e a idade da criança²⁹, na maioria das vezes ponderando conjuntamente os três fatores³⁰. Condenou assim os Estados Partes em numerosas ocasiões, nomeadamente no que diz respeito à detenção de menores não acompanhados, por estes terem sido colocados junto de adultos ou pelas condições de isolamento que possam ter sofrido³¹.

Contudo, é lamentável que o raciocínio do Tribunal coloque o superior interesse das crianças abaixo dos imperativos políticos dos Estados. É verdade que o Tribunal sublinha a vulnerabilidade das crianças, como fez

²⁸ TEDH, *Popov c. França*, 19 de janeiro de 2012; *S. F. e Outros c. Bulgária*, 7 de dezembro de 2017.

²⁹ TEDH, *Muskhadzhiyeva et al. c. Bélgica*, 19 de janeiro de 2010; *Kana-garatnam e outros c. Bélgica*, 13 de dezembro de 2011.

³⁰ Ver, entre outros, TEDH, *A.M. e Outros c. França*, 12 de julho de 2016; *A.B. e Outros c. França*, 12 de julho de 2016; e *R.R. e Outros c. Hungria*, 2 de março de 2021.

³¹ TEDH, *Popov c. França*, *cit.* Para exemplos recentes, ver, entre outros, TEDH, *H.A. e Outros c. Grécia*, 28 de fevereiro de 2019; *Sh. D. e Outros c. Grécia e Outros*, 13 de junho de 2019; *Moustabi c. França*, 25 de junho de 2020.

no caso *Popov*, onde se referiu ao trabalho do Comissário para os Direitos Humanos e do Comité para a Prevenção da Tortura, sublinhando que o *stress*, a insegurança e a hostilidade das instalações de detenção têm um impacto negativo nos menores³², e reconheceu que o interesse superior da criança exige não só a preservação da unidade familiar, mas também a limitação da detenção das famílias, considerando a duração da detenção excessiva ao abrigo da Convenção³³. Contudo, aceitou que a privação de liberdade das crianças, que “resulta da decisão legítima dos pais, que têm autoridade sobre elas, de não as confiar a outra pessoa”, não constitui, por si só, uma violação da Convenção. O facto de a situação ser “uma fonte de ansiedade e tensão para as crianças que poderia ser seriamente prejudicial para elas” apenas exige que as autoridades “recorram a esta medida última apenas depois de terem verificado na prática que nenhuma outra medida menos restritiva poderia ser aplicada”³⁴. Embora tal caso raramente surja³⁵, devemos questionar se a solução de considerar existir uma violação do artigo 3º, devido às condições de detenção de crianças, não existindo uma violação do artigo 5º, por não haver medida menos intrusiva a aplicar, como no caso de 2016, *A.M. e Outros c. França*, é uma solução coerente. A ideia de que não existe uma medida menos intrusiva, onde existe uma violação do artigo 3º, parece ser problemática.

Na mesma linha, no que respeita ao artigo 3º, as constatações de violação são frequentemente feitas devido ao efeito cumulativo das condições de detenção e à duração excessiva da detenção, mas nem uma nem outra isoladamente parece ser suficiente, na perspetiva do Tribunal. O Tribunal declarou recentemente que “as restrições inerentes a um lugar de privação de liberdade, que são particularmente onerosas para uma criança pequena, bem como as condições organizativas do centro, tiveram necessariamente um efeito provocador de ansiedade no filho do requerente”, que “experimentou o sofrimento moral e psicológico dos seus pais num lugar de confinamento que não lhe permitiu ganhar a distância necessária”. No entanto, “tais condições, embora necessariamente uma fonte significativa de *stress* e ansiedade

³² TEDH, *Popov c. França*, cit., § 96.

³³ TEDH, *Popov c. França*, cit., §§ 118 e 146-147. Sobre o julgamento, ver por exemplo C-A. CHASSIN, “La rétention des étrangers mineurs accompagnant leurs parents”, *Rev. trim. dr. h.*, 2013, pp. 681-697.

³⁴ TEDH, *A.B. e Outros c. França*, cit., §§ 122-123; *M.D. e A.D. c. França*, 22 de julho de 2021, §§ 85 e ss.

³⁵ Ver, por exemplo, TEDH, *A.M. e Outros c. França*, cit., §§ 66-67.

para uma criança pequena, não são suficientes no caso de confinamento de curto prazo e nas circunstâncias do presente caso para atingir o limiar de gravidade exigido para ser abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 3º³⁶.

2.3. A ascensão da “crimigração”

A questão da detenção de migrantes como política estatal precisa de ser analisada de uma perspectiva mais ampla, que vá para além das condições materiais de detenção em casos individuais. Nos últimos anos, a Europa tem vindo a registar um forte aumento das migrações, tendo também registado uma tendência para a “crimigração”, que se projeta tanto no processo através do qual o direito penal é utilizado para fazer cumprir as leis de imigração e punir as infrações em matéria de imigração, como, concomitantemente, na utilização da lei de imigração como instrumento de política criminal³⁷

Os mecanismos do direito penal estatal, incluindo a detenção, foram instrumentalizados com o objetivo de reduzir a imigração, tal como as medidas de deportação, deportação e detenção foram impostas como métodos de combate ao crime³⁸. Tal política, que faz do imigrante o novo inimigo, traz

³⁶ TEDH, *A.B. e outros c. França*, cit., § 114. Ver também *M.D. e A.D. c. France*, cit., §§ 64 e ss.: As condições materiais de acolhimento reservadas a uma criança menor em detenção não são suficientes, no caso de detenção de curta duração, para serem consideradas como satisfazendo necessariamente o limiar de seriedade exigido para ser abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 3º, mesmo quando parece que são fontes significativas de stress e angústia, e é apenas “para além de um curto período de detenção” que “a repetição e acumulação dos efeitos da privação de liberdade, em particular os efeitos psicológicos e emocionais, conduzem necessariamente a consequências nefastas para uma criança pequena”.

³⁷ Para uma introdução ao conceito de crimigração, ver G. L. GATTA et al. (eds.), *Controlling Immigration Through Criminal Law: European and Comparative Perspectives on “Crimmigration”*, Oxford, Hart Publishing, 2021; C.C. GARCIA HERNANDEZ, *Crimmigration Law*, ABA Book Publishing, 2021; M. João GUIA et al. (eds.), *Social Control and Justice: Crimmigration in the Age of Fear*, Eleven International Publishing, 2013; I. MAJCHER, “‘Crimmigration’ in the European Union through the Lens of Immigration Detention”, *Global Detention Project Working Paper*, nº 6, 2013; M.J. GUIA et al. (eds.), *Controlo Social e Justiça: Crimmigration in an Age of Fear*, Haia, Onze Publicações Internacionais, 2011; D. WILSHER, *Immigration Detention, Law, History, Politics*, Cambridge, 2011; J.P. STUMPF, “The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime, and Sovereign State”, *American University L. Rev.*, vol. 56, nº 2, 2006, p. 367. Para uma abordagem sociológica do fenómeno, J. PLATT, “(Cr)immigration, Race and Belonging: Why We Must Conceptualize Immigration Detention as Punishment”, *Journal of Identity and Migration Studies*, vol. 15, nº 1, 2021, pp. 2-146; A. ARMENTA, “Racializing Crimmigration: Structural Racism, Colorblindness, and the Institutional Production of Immigrant Criminality”, *Sociology of race & ethnicity*, vol. 3, nº 1, 2017, pp. 82-95.

³⁸ Ver D.A. SKLANSKY, “Crime, Imigração, e Instrumentalismo Ad Hoc”, *New Criminal L. Rev.*, vol. 15, nº 2, 2012, pp. 157-223; J.M. CHACON, “Overcriminalizing Immigration”, *Northwestern Law Journal of Criminal Law & Criminology*, vol. 102, nº 3, 2012, pp. 613-652; C. DAUVERGNE, *Making People Illegal: What Globalization Means for Migration and Law*, Cambridge University Press, 2008; J.P. STUMPF, “The Crimmigration Crisis”, *op. cit.* pp. 367-419; A. SPENA, “Iniuria Migrandi: Criminalization of Immigrants and the Basic Principles of the

consigo o racismo e a xenofobia do século passado e é suscetível de criar um clima de ódio e desconfiança em relação aos imigrantes em toda a Europa.

A tendência para a criminalização e o seu reflexo na jurisprudência do Tribunal coloca problemas importantes. A detenção de migrantes é apenas um aspeto da fusão da legislação penal e da imigração. Nos últimos anos, o número de migrantes detidos atingiu níveis sem precedentes, que o Tribunal nem sempre conseguiu (ou quis) controlar ou parar. Vários casos ilustram o seu fracasso a este respeito.

No processo *Saadi c. Reino Unido*³⁹, o Tribunal decidiu que um Estado pode deter um requerente de asilo temporariamente admitido para impedir a imigração ilegal e acelerar o pedido de asilo⁴⁰ e que é irrelevante se a detenção é necessária para impedir tal entrada ilegal. Por outras palavras, o Tribunal excluiu o teste da necessidade na interpretação do que se deve entender por detenção arbitrária à luz da primeira parte do artigo 5º, nº 1, alínea f), no acórdão *Saadi*. É evidente que tal interpretação diminui o grau de proteção. Isto mostra que, na perspetiva da Grande Câmara do Tribunal, os migrantes podem ser tratados menos favoravelmente do que os criminosos comuns (cuja detenção tem de ser *necessária*), simplesmente porque a eficiência prevalece sobre a liberdade no direito dos migrantes. O Tribunal aceita assim implicitamente que um Estado possa adotar uma ordem de detenção com o único objetivo de conveniência burocrática, equiparando as pessoas visadas a objetos. Trata-se de um afastamento errado do princípio da necessidade, que acaba por dar aos Estados um cheque em branco para reter os requerentes de asilo sempre que estes o desejem, sem avaliar alternativas menos intrusivas adequadas para eles. Em última análise, a decisão do Tribunal de condicionar o reconhecimento da detenção arbitrária à má-fé das autoridades agrava ainda mais a situação jurídica do requerente de asilo, uma vez que a proteção do requerente de asilo depende então da avaliação do Tribunal sobre o estado

Criminal Law”, *Direito Penal e Filosofia*, vol. 8, nº 3, 2014, pp. 635-657; Gabinete do Comissário para os Direitos Humanos, *Criminalização da Migração na Europa: Implicações nos Direitos Humanos*, Conselho da Europa, 2010.

³⁹ TEDH, *Saadi c. Reino Unido*, cit., §§ 50, 64.

⁴⁰ Para outra visão do caso, ver. F. DE LONDRA, “Saadi/Italy: European Court of Human Rights reasserts the absolute prohibition on refoulement in Terrorism Extradition Cases”, *American Society of International Law (ASIL)*, vol. 12, nº 9, 13 de maio de 2008; G. GENTILI, “European Court of Human Rights: An Absolute Ban on Deportation of Foreign Citizens to Countries Where Torture or Ill-Treatment Is a Genuine Risk”, *IJCL*, vol. 8, nº 2, 2010, pp. 311-322.

de espírito das autoridades de detenção. Na maioria dos casos, é provável que as autoridades estatais possam argumentar que agiram de boa-fé na detenção dos requerentes de asilo.

Mais tarde, no caso *A. e Outros c. Reino Unido*⁴¹, o Tribunal alargou o princípio *Saadi* (que proíbe apenas os casos de detenção arbitrária) à segunda parte do artigo 5º, nº 1, alínea f). Neste caso, a Grande Câmara aceitou a aplicabilidade da interpretação de *Saadi*, que não foi considerada “demasiado restritiva”, à detenção com vista à expulsão ou extradição.

No processo fundamental *Chahal c. Reino Unido*⁴², o Tribunal já tinha posto de lado o teste da necessidade em situações em que a detenção é imposta a pessoas ameaçadas de expulsão ou extradição, apesar de já estarem dentro do Estado. Assim, o Tribunal decidiu que o artigo 5º, nº 1, alínea f), não exige que a detenção seja necessária, por exemplo, para evitar que a pessoa em causa cometa uma infração⁴³. Em *A. e Outros c. Reino Unido*, a Grande Câmara reiterou esta interpretação, clarificando o seu alcance à luz do caso *Saadi*. Limitou o princípio da proporcionalidade em relação às medidas de detenção abrangidas pelo artigo 5º, nº 1, alínea f), ao requisito de que o período de detenção não deva ser irrazoável⁴⁴, e concluiu que uma privação de liberdade baseada na segunda parte do artigo só poderia ser justificada “pelo facto de estarem pendentes processos de expulsão ou extradição” – a detenção deixa de se justificar quando se abandone a pretensão do afastamento, mesmo que a pessoa em causa se recuse a cooperar⁴⁵.

No seio do Tribunal, tem havido uma revolta silenciosa mas crescente em algumas secções contra o acórdão *Saadi* e as suas repercussões no acórdão *Chahal*. Em vários casos, o Tribunal decidiu que a detenção de requerentes de asilo, e de migrantes em geral, viola o artigo 5º, nº 1, alínea f), quando é aplicada automaticamente e quando não forem procuradas outras medidas alternativas menos drásticas. Entre os exemplos mais proeminentes desta

⁴¹ TEDH, *A. e Outros c. Reino Unido*, 19 de fevereiro de 2009. Para mais informações sobre este caso, ver em particular S. SHAH, “From Westminster to Strasbourg: *A and others v. United Kingdom*”, *HRLR*, vol. 9, nº 3, 2009, pp. 473-488; M. MILANOVIC, “European Court decides *A and others v. United Kingdom*”, *EJIL: Talk!*, 19 de fevereiro de 2009.

⁴² TEDH, *Chahal c. Reino Unido*, *cit.*

⁴³ TEDH, *Chahal c. Reino Unido*, *cit.*, § 112.

⁴⁴ TEDH, *A. e Outros c. Reino Unido*, *cit.*, §164.

⁴⁵ TEDH, *A. e Outros c. Reino Unido*, *cit.*, § 164. Ver também *Chahal c. Reino Unido*, *cit.*, § 113.

revolta, os acórdãos *Louled Massoud c. Malta*⁴⁶, *Suso Musa c. Malta*⁴⁷, *Rabimi c. Grécia*⁴⁸, *Raza c. Bulgária*⁴⁹ e *Mikolenko c. Estónia*⁵⁰ podem ser citados.

Os casos *Louled Massoud* e *Rabimi* reconheceram o papel central do teste da necessidade na aplicação da segunda parte do artigo 5º, nº 1, alínea f), à detenção de requerentes de asilo, enquanto os casos *Raza* e *Mikolenko* o fizeram em relação à detenção de migrantes em geral. A importância do teste da necessidade foi igualmente afirmada na aplicação da primeira parte do artigo 5º, nº 1, alínea f), em que uma pessoa foi detida enquanto aguardava o exame do seu pedido. Referimo-nos ao caso *Suso Musa*⁵¹.

Dada a revolta silenciosa das secções, o desafio para a Grande Câmara é agora rever e inverter a abordagem do acórdão *Saadi* e concluir que a detenção dos requerentes de asilo é uma medida de último recurso e só pode ser aplicada se não puder ser tomada outra solução menos intrusiva. Isto contribuirá para a coerência da jurisprudência desarticulada do Tribunal, alinhando-a com o direito internacional dos direitos humanos, bem como com o direito dos refugiados. Vários organismos, organizações e convenções internacionais repudiaram, de facto, a fundamentação escandalosa do acórdão *Saadi*, incluindo a Assembleia Geral da ONU, o Parlamento Europeu, o Tribunal de Justiça da União Europeia, o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, bem como a Comissão dos Direitos Humanos dos EUA⁵². O Tribunal não pode permanecer surdo à reacção ao acórdão *Saadi*.

No caso de *Ilias e Ahmed c. Hungria*⁵³, a Grande Câmara enfraqueceu ainda mais a protecção proporcionada pelo artigo 5º em relação à detenção de migrantes na zona de trânsito de Rozske, na fronteira europeia entre a

⁴⁶ TEDH, *Louled Massoud c. Malta*, 27 de julho de 2010.

⁴⁷ TEDH, *Suso Musa c. Malta*, 23 de julho de 2013.

⁴⁸ TEDH, *Rabimi c. Grécia*, 5 de abril de 2011.

⁴⁹ TEDH, *Raza c. Bulgária*, 11 de fevereiro de 2010.

⁵⁰ TEDH, *Mikolenko c. Estónia*, 8 de outubro de 2009.

⁵¹ TEDH, *Suso Musa c. Malta*, *cit.*

⁵² Ver em particular a opinião concorrente do Juiz Pinto de Albuquerque em TEDH, *Abdulhabi Elmi e Aweys Abubakar c. Malta*, 22 de novembro de 2016, §§ 6-15.

⁵³ TEDH [GC], *Ilias e Ahmed c. Hungria*, 21 de novembro de 2019. Ver em particular V. STOYANOVA, “The Grand Chamber Judgment in *Ilias and Ahmed v Hungary*: Immigration Detention and how the Ground underneath our Feet Continues to Erode”, *Strasbourg Observers*, 23 de dezembro de 2019; P. KILIBARDA, “The ECtHR’s *Ilias and Ahmed v Hungary* and Why It Matters”, *EJIL: Talk!*, 20 de março de 2020; J. FERRERO, *chron. R.G.D.I.P.*, nº 1, 2020, pp. 171-175.

Hungria e a Sérvia. É verdade que a Grande Câmara reafirmou que o cumprimento do artigo 3º da Convenção só pode ser garantido através de um procedimento judicial que envolva um exame minucioso dos pedidos de asilo, mesmo que estes pedidos se revelem subsequentemente infundados. Contudo, os centros de detenção de migrantes foram disfarçados de “zonas de trânsito”, às quais não se aplica o artigo 5º da Convenção. A estratégia de equiparar os centros de detenção de migrantes a “centros de admissão e alojamento de estrangeiros”, “centros de trânsito” ou “casas de hóspedes”, não aplicando o termo “detenção”, foi acolhida pelo Tribunal⁵⁴.

Além disso, ao apreciar a questão da detenção, o Tribunal considerou que a Hungria tinha violado o artigo 3º da Convenção devido à falta de uma avaliação rigorosa dos riscos reais enfrentados pelos requerentes na sequência da sua deportação para a Sérvia, mas ao mesmo tempo afirmou que os requerentes não foram detidos pela Hungria na aceção do artigo 5º e que podiam, portanto, regressar à Sérvia, tendo em conta o facto de se tratar de um país seguro⁵⁵. Ao fazê-lo, contradizia as conclusões unânimes do Tribunal de Justiça da União Europeia⁵⁶, do Comité para a Prevenção da Tortura do Conselho da Europa⁵⁷ e do Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Detenção Arbitrária⁵⁸, especificamente sobre o tratamento dos requerentes de asilo na zona de trânsito de Rozske na fronteira húngaro-sérvia da UE. Esta auto-marginalização deliberada do Tribunal é incompreensível.

Mais importante ainda, ao argumentar que os requerentes tinham entrado na Hungria voluntariamente para procurar asilo e eram livres de deixar a zona de trânsito para a Sérvia, o Tribunal não só colocou a responsabilidade pela sua situação sobre os requerentes⁵⁹, criticando implicitamente os

⁵⁴ Ver a opinião do Juiz Pinto de Albuquerque em TEDH, *Abdulhabi Elmi e Aweys Abubakar c. Malta*, § 4.

⁵⁵ É incompreensível que o Tribunal pudesse ter feito estas declarações claramente irreconciliáveis nos §§ 165 e 223 do acórdão.

⁵⁶ TJUE, 14 de maio de 2020, proc. C-924/19 PPU e C-925/19 PPU, §§ 226-231, determinando que a detenção na zona de trânsito de Rozske equivale à detenção ao abrigo do artigo 2º, alínea h), da Diretiva 2013/33/UE (Diretiva sobre as condições de acolhimento).

⁵⁷ CPT/Inf (2018) 42 § 42, com as suas conclusões após a visita às zonas de trânsito em Rozske e Tompa. Tal como referido pelo CPT, a possibilidade de partir para a Sérvia foi praticamente excluída. Ver também §§ 28 e 32.

⁵⁸ Grupo de Trabalho da ONU sobre Detenção Arbitrária, Pareceres adotados pelo Grupo de Trabalho sobre Detenção Arbitrária na sua octogésima sétima sessão, 27 de abril – 1 de maio 2020, Parecer nº 22/2020 sobre Saman Ahmed Hamad (Hungria), 5 de junho de 2020, § 70.

⁵⁹ TEDH, *Ilias e Ahmed*, cit., § 213.

requerentes de asilo por procurarem uma saída para a sua situação desesperada, como também mostrou falta de sensibilidade para com a situação real que conduzia ao pedido de asilo. Segundo o Tribunal, o artigo 5º era inaplicável porque os requerentes podiam escolher entre a liberdade e a continuação de um procedimento concebido para os proteger do risco de exposição a tratamentos contrários ao artigo 3º da Convenção⁶⁰. Isto é simplesmente intolerável. Os outros casos relativos à zona de trânsito de Rozske só marginalmente repararam o desvio do Tribunal em relação à via de proteção dos requerentes de asilo. Nos casos de *Z.A. e Outros c. Rússia*⁶¹ e *R.R. c. Hungria*⁶², o Tribunal afastou-se da solução de *Ilias e Ahmed* ao declarar uma violação do artigo 3º, mas isto deveu-se às circunstâncias particulares em que os requerentes se encontravam no último caso, e no primeiro caso, ao facto de os requerentes não serem livres de abandonar a zona de trânsito, implicando a existência de uma privação de liberdade e deslocando a análise do Tribunal para a compatibilidade das condições de detenção com a dignidade humana⁶³.

Finalmente, vale a pena notar a emergência desta jurisprudência relativa ao artigo 5º, nº 1, alínea f), e mais precisamente à questão de saber se a medida de afastamento visando uma pessoa detida para esse fim era ainda pretendida ou não, que lamentavelmente prejudica a proteção proporcionada pelo estatuto de refugiado. No processo *Shiksaitov c. Eslováquia*⁶⁴, o Tribunal considerou existir uma violação da Convenção devido à duração excessiva dos processos e à falta de seriedade das autoridades na procura das informações necessárias para resolver o caso. Contudo, considerou que a extradição do requerente não foi “completamente excluída” porque o reconhecimento do estatuto de refugiado pela Suécia “não excluiu automaticamente a possibilidade de o requerente poder ser extraditado pelas autoridades eslovacas”.

⁶⁰ Nas palavras do Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Detenção: “O Grupo de Trabalho não pode aceitar que uma pessoa que tenha de concordar em permanecer em zonas de trânsito ou perder a possibilidade de apresentar um pedido de asilo possa ser qualificada como livremente consentindo em permanecer em zonas de trânsito” (Parecer nº 22/2020, supracitado, n.º 32, § 69).

⁶¹ TEDH, acórdão *Z.A. e Outros c. Rússia*, 21 de novembro de 2019. Ver J. FERRERO, *chron. R.G.D.I.P., op. cit.*, pp. 171-175.

⁶² TEDH, *R.R. c. Hungria, cit.*

⁶³ TEDH, *R.R. c. Hungria, cit.*, §§ 53-57; *Z.A. e Outros c. Rússia, cit.*, §§ 187 e ss.

⁶⁴ TEDH, acórdão *Shiksaitov c. Eslováquia*, 10 de dezembro de 2020. Ver J. FERRERO, *chron. R.G.D.I.P.*, nº 1, 2021, pp. 136-138.

Embora as autoridades eslovacas estivessem vinculadas pela decisão sueca, o Tribunal aceitou que “circunstâncias excepcionais” – neste caso, devido a novas informações – poderiam justificar a reconsideração do estatuto de refugiado do requerente⁶⁵. Ao fazê-lo, o Tribunal reduziu consideravelmente o âmbito da Convenção de Genebra de 1951 e os efeitos do estatuto de refugiado⁶⁶. O Tribunal foi mais longe a este respeito no seu acórdão *Bivolaru e Moldovan c. França*⁶⁷, no qual simplesmente considerou que o estatuto de refugiado de um dos requerentes, concedido pela Suécia, não era suficiente para provar que ele enfrentava um risco de perseguição na Roménia, concluindo, portanto, que a execução do mandado de detenção europeu pelas autoridades francesas não violaria a Convenção⁶⁸.

Este claro movimento de retrocesso na proteção dos direitos dos refugiados parece ter sido confirmado um mês mais tarde no processo *K.I. c. França* relativo a uma decisão de expulsão para a Rússia de uma pessoa cujo estatuto de refugiado – desta vez concedido pelas autoridades francesas – tinha sido revogado devido ao seu envolvimento em atividades terroristas⁶⁹. Embora tenha considerado que “o artigo 3º da Convenção abrange a proibição de expulsão na aceção da Convenção de Genebra [de 1951]”⁷⁰, e apesar de recordar a natureza absoluta do artigo 3º, o Tribunal colocou, no entanto, o ónus sobre o requerente de provar que seria maltratado se fosse deportado. Embora o Tribunal tivesse anteriormente demonstrado compreensão em relação aos requerentes de asilo, devido à sua vulnerabilidade, adotou, neste caso, uma atitude punitiva em relação ao requerente, devido às suas atividades terroristas⁷¹. O Tribunal condenou o Estado pela inadequação da avaliação de risco feita – que não teve em conta a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia segundo a qual a perda do estatuto de refugiado não importa

⁶⁵ TEDH, *Shikhsaitov c. Eslováquia*, cit., §§ 68-69.

⁶⁶ Neste sentido, ver. J. FERRERO, chron. *R.G.D.I.P.*, op. ult. cit., pp. 136-138.

⁶⁷ TEDH, *Bivolaru e Moldovan c. França*, cit. Ver também W. JULIÉ, “Bivolaru and Moldovan v. France: a new challenge for mutual trust in the European Union?”, *Observadores de Estrasburgo*, 22 de junho de 2021; J. FERRERO, chron. *R.G.D.I.P.*, nº 2, 2021, pp. 400-402.

⁶⁸ *Ibid.*, §§ 133 e s.

⁶⁹ TEDH, *Bivolaru e Moldovan c. França*, cit., §§ 133 e ss. *K.I. c. França*, cit. Ver J. FERRERO, chron. *R.G.D.I.P.*, op. ult. cit., pp. 405-40.

⁷⁰ TEDH, *Bivolaru e Moldovan c. França*, cit., § 123.

⁷¹ TEDH, *Bivolaru e Moldovan c. França*, cit., § 140.

a perda da qualidade de refugiado –, mas a motivação reflete uma duplicidade de critérios que é incompatível com a natureza absoluta do artigo 3º.

2.4. Expulsão de estrangeiros gravemente doentes

Se 2008 é conhecido por ser um *annus horribilis* para os direitos humanos dos migrantes devido ao acórdão *Saadi*, é-o também pelo acórdão *N. c. Reino Unido*⁷². Neste caso, o Tribunal decidiu por catorze votos contra três que a requerente, portadora do vírus HIV estava errada ao argumentar que a sua expulsão violaria a proibição de tratamento desumano e degradante nos termos do artigo 3º da Convenção, devido à falta de instalações de saúde adequadas para o HIV/SIDA no Uganda. Para chegar a esta conclusão, o Tribunal estabeleceu três condições que devem orientar qualquer avaliação sobre se a expulsão de uma pessoa gravemente doente viola o artigo 3º: (1) a gravidade e a fase da doença; (2) a disponibilidade de tratamento adequado no Estado de destino; e (3) a disponibilidade de apoio de familiares. O Tribunal esclareceu que uma tal expulsão só violaria o artigo 3º em “casos muito excepcionais, em que as razões humanitárias contra o afastamento sejam imperiosas”⁷³.

O Tribunal estabeleceu este princípio no caso *D. c. Reino Unido*⁷⁴, onde constatou que “o requerente estava gravemente doente e perto da morte, sem qualquer certeza de que poderia beneficiar de cuidados médicos ou de enfermagem no seu país de origem ou de que aí teria familiares dispostos ou capazes de lhe dar um teto ou um mínimo de alimentos ou apoio social”⁷⁵. Embora reconhecendo que podem existir outros casos em que circunstâncias excepcionais impedem a expulsão, o Tribunal observou que “qualquer alegado dano futuro não resultaria de atos ou omissões intencionais por parte de

⁷² Acórdão do TEDH, *N. c. Reino Unido*, 29 de maio de 2008. Ver em particular F. JULIEN-LAFERRIÈRE e A. BUYSE, “Grand Chamber judgment in *N. v. UK*”, *ECHR Blog*, 28 de maio de 2008.

⁷³ TEDH, *N. c. Reino Unido*, cit., § 42. Ver “L'éloignement des étrangers malades: faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires”, *Rev. trim. dr. b.*, 2009, pp. 261 e ss.

⁷⁴ TEDH, *D. c. Reino Unido*, 2 de maio de 1997. Ver em particular R. ENGLISH, “Removal of Child Following Faulty Diagnosis of Injury Breached Article 8”, *UK Human Rights Blog*, 2 de abril de 2010.

⁷⁵ TEDH, *N. c. Reino Unido*, cit., § 42.

autoridades públicas ou organismos não estatais, mas sim de uma doença natural e da falta de recursos suficientes para a tratar no país de acolhimento”⁷⁶.

Em *N. c. Reino Unido*, a maioria elaborou um princípio geral sobre a situação relativa à deportação de uma pessoa com HIV e SIDA, concluindo, nomeadamente, que “os mesmos princípios devem aplicar-se à deportação de qualquer pessoa que sofra de uma doença grave, natural, física ou mental, suscetível de causar dor e sofrimento e de reduzir a esperança de vida, e que exija um tratamento médico especializado que possa não estar facilmente disponível no país de origem do requerente ou que possa estar disponível nesse país, mas apenas a um custo elevado”⁷⁷. Concluiu que esse “alto risco” não podia ser aplicado a N., que estava “apta a viajar” e foi, por isso, expulsa do Estado Contratante apesar da sua saúde precária e dúvidas sobre se obteria cuidados de saúde adequados no Estado de acolhimento. Não surpreendentemente, N. morreu pouco depois da sua chegada ao Uganda.

O acórdão do Tribunal no processo *N. c. Reino Unido* levanta sérios problemas⁷⁸. Por um lado, a razão da maioria para negar a obrigação do Estado de tratar os estrangeiros gravemente doentes é puramente axiomática. Não existe um teste legal claro para decidir se uma pessoa gravemente doente pode ou não ser expulsa, tanto em termos do grau de gravidade da doença como da qualidade, acessibilidade e custo do tratamento fornecido no país de acolhimento. A incerteza, neste caso, beneficia o Estado. Se um requerente não conseguir provar que o tratamento no Estado para o qual está a ser deportado é inferior ao exigido e representa uma ameaça, a incerteza dará um argumento ao tribunal a favor da expulsão. Este argumento *ad ignorantiam* contradiz um princípio fundamental do raciocínio jurídico, segundo o qual as conclusões não devem ser tiradas da falta de informação ou de fontes de informação incompletas ou insuficientes. Além disso, o Tribunal baseia as

⁷⁶ TEDH, *N. c. Reino Unido*, *cit.*, § 43.

⁷⁷ TEDH, *N. c. Reino Unido*, *cit.*, § 45.

⁷⁸ Ver em particular a opinião dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque no acórdão do TEDH [GC], *S.J. c. Bélgica*, 19 de março de 2015, §§ 6-11. Para uma crítica à posição do Tribunal, ver também V. MANTOUVALOU, “*N v UK: No Duty to Rescue the Nearby Needy?*”, *The Modern L. Rev.*, vol. 20, nº 4, 2008, pp. 637-666. Para mais informações sobre N. e o papel do Tribunal na proteção dos direitos dos migrantes irregulares, ver DA LOMBA, “*The ECHR and the Protection of Irregular Migrants in the Social Sphere*”, *International Journal on Minority and Group Rights*, nº 22, 2015, pp. 39-67.

suas conclusões na promessa de que uma evolução científica incerta poderá um dia chegar ao país de destino.

O Tribunal tentou limitar a posição abjeta e legalmente insustentável de *N. c. Reino Unido* num caso mais recente, *Paposhvili c. Bélgica*⁷⁹, sem contudo abandonar formalmente a teoria anterior das “circunstâncias excepcionais”. Num julgamento unânime, a Grande Câmara declarou que tais circunstâncias se referem não só a casos de risco iminente de morte, mas também a casos em que a pessoa seria confrontada, “na ausência de tratamento adequado no país de destino ou na falta de acesso ao mesmo, com um risco real de ser exposta a um declínio grave, rápido e irreversível da saúde, resultando num sofrimento intenso ou numa redução significativa da esperança de vida”⁸⁰.

Numa abordagem elíptica e bastante invulgar em tais casos, o Tribunal formulou duas obrigações processuais para os Estados confrontados com tais situações: avaliar o risco acima mencionado antes da expulsão e, quando apropriado, obter garantias individuais e suficientes de tratamento adequado do Estado recetor. Para além de ser completamente irrealista, este requisito de garantia mostra que, em última análise, o Tribunal está disposto a correr o risco de enviar um indivíduo para morrer quando “persistem sérias dúvidas quanto ao impacto do afastamento nas pessoas em causa, devido à situação geral no país de acolhimento e/ou à sua situação individual”⁸¹.

Este requisito é inspirado pela proposta do Juiz Lemmens numa declaração de voto feita para um caso anterior, em que este sugeriu a utilização das garantias a que se refere o caso *Tarakhel* em casos de expulsão de doentes graves⁸². Mais uma vez, como em *N.*, a dúvida funciona contra o requerente. Além disso, as necessidades de cuidados de saúde das crianças (como se apreciou no caso *Tarakhel*) e dos pacientes gravemente doentes não podem ser confundidas. A lógica subjacente a *Paposhvili* é obviamente a de se livrar do estrangeiro gravemente doente a todo o custo. De facto, o parágrafo do acórdão que procura afastar-se do espinhoso parâmetro estabelecido em *N.*

⁷⁹ TEDH [GC], acórdão *Paposhvili c. Bélgica*, 13 de dezembro de 2016. Ver em particular L. PERONI, “*Paposhvili v. Bélgica*: Memorable Grand Chamber Judgment Reshaping Article 3 Case Law on Expulsion of Seriously Illness”, *Observadores de Estrasburgo*, 15 de dezembro de 2016.

⁸⁰ TEDH, *Paposhvili c. Bélgica*, *cit.*, § 183.

⁸¹ TEDH, *Paposhvili c. Bélgica*, *cit.*, § 191.

⁸² Opinião dissidente do Juiz Lemmens no acórdão do TEDH, *Tatar c. Suíça*, 14 de abril de 2015.

é tão inconsistente que o Supremo Tribunal do Reino Unido o considerou recentemente impraticável (no seu dizer, trata-se de um teste que é “demasiado elástico e mal definido”, um teste que é tão amplo como “a manga de um juiz”) e que, até que o Tribunal forneça mais esclarecimentos, *N.* continua a ser a referência principal⁸³.

Consequentemente, os Tribunais de Recurso de Inglaterra e do País de Gales emitiram orientações formais, baseadas no acórdão *Paposhvili*, para todos os tribunais⁸⁴. De acordo com o Tribunal de Recurso, a Grande Câmara do Tribunal Europeu tinha considerado *N.* como uma decisão em que o limite da proteção do artigo 3º tinha mudado de “morte iminente” para “iminente sofrimento grave ou morte no Estado de destino”.

O Tribunal tomou nota desta evolução no direito interno no caso *Khaksar c. Reino Unido*⁸⁵, em que decidiu arquivar o processo por não esgotamento dos recursos internos. Contudo, acrescentou que a situação estava “pendente da consideração do Supremo Tribunal sobre o impacto [do caso *Paposhvili*] para fins de direito interno”⁸⁶.

Em abril de 2020, o Supremo Tribunal do Reino Unido concluiu finalmente que o teste de *Paposhvili* não é compatível com o teste *N.*, uma vez que o novo teste (estabelecido em *Paposhvili*) incide sobre se um candidato enfrenta um risco real de declínio iminente da saúde ou uma redução significativa da esperança de vida e, portanto, elimina a distinção insustentável entre aqueles que já estão a morrer e aqueles cujo estado de saúde é tal que a sua esperança de vida será significativamente reduzida se forem afastados⁸⁷. No que respeita às obrigações processuais do Estado que expulsa, o Supremo Tribunal considerou que elas precisavam de ser esclarecidas, dado o seu carácter obscuro e novo.

A abertura criada pelo acórdão *Paposhvili* causou um sobressalto no Tribunal, em 2019, no processo *Savran c. Dinamarca*⁸⁸, relativo a um cidadão

⁸³ *EA c Ors*, 2017, UKUT 445 (artigo 3º, caso médico, *Paposhvili* não aplicável).

⁸⁴ *AM (Zimbabwe) e Anor v Secretary of State for Home Affairs*, 2018, EWCA Civ. 64.

⁸⁵ TEDH, *Khaksar c. Reino Unido*, 3 de abril de 2018.

⁸⁶ TEDH, *Khaksar c. Reino Unido*, *cit.*, § 32.

⁸⁷ *AM (Zimbabwe) v SSHD*, 2020, UKSC 17.

⁸⁸ TEDH, *Savran c. Dinamarca*, 1 de outubro de 2019. Ver J. J. TAVERNIER, *chron. R.G.D.I.P.*, nº 1, 2020, *cit.*, pp. 166-168.

turco residente na Dinamarca, que sofria de esquizofrenia paranoica e que tinha sido condenado à expulsão devido à sua condenação pela violência de gangue de que resultou a morte de uma pessoa. A jurisprudência anterior sobre a expulsão de pessoas que sofrem de esquizofrenia era bastante favorável ao requerente. Em 2001, o Tribunal já tinha sublinhado que “o sofrimento que acompanharia uma recaída poderia, em princípio, ser abrangido pelo artigo 3º”⁸⁹. Mais recentemente, no seu julgamento em *Aswat c. Reino Unido*, o Tribunal considerou que, devido ao risco de que o requerente fosse sujeito a condições de detenção suscetíveis de agravar a sua saúde mental, o seu afastamento para os Estados Unidos violou o artigo 3º da Convenção⁹⁰.

Em 2019, no caso *Savran*, a Quarta Secção tentou aplicar as condições estabelecidas em *Paposhvili* para declarar uma violação do artigo 3º. Recordou que competia às autoridades do Estado da expulsão “verificar, caso a caso, se os cuidados disponíveis no Estado de destino são suficientes e adequados na prática para tratar a condição de que a pessoa em causa sofre”, mas também “considerar se é de facto possível [ter] acesso a tais cuidados e equipamentos no Estado de destino”. Sobre este último ponto, deve ser considerado “o custo da medicação e do tratamento, a existência de uma rede social e familiar e a distância geográfica para aceder aos cuidados necessários”⁹¹. Se existirem dúvidas persistentes sobre os efeitos do afastamento no requerente, o Estado que expulsa é obrigado a obter garantias individuais e suficientes do Estado de destino de que o tratamento adequado estará disponível e acessível à pessoa em causa⁹². No presente caso, enquanto a Câmara reconheceu que os medicamentos estavam disponíveis na Turquia, o Reino Unido não tinha considerado a necessidade de o requerente receber terapia intensiva em regime hospitalar para evitar que a sua condição se deteriorasse. Além disso, o requerente não tinha família ou rede familiar na Turquia e as autoridades deveriam ter assegurado que ele teria o apoio de outra pessoa⁹³. A Câmara

⁸⁹ TEDH, *Abmed c. Reino Unido*, 6 de fevereiro de 2001, § 37.

⁹⁰ TEDH, *Aswat c. Reino Unido*, 16 de abril de 2013, §§ 49-57.

⁹¹ TEDH, *Aswat c. Reino Unido*, cit., §§ 46-47.

⁹² TEDH, *Aswat c. Reino Unido*, cit., § 48.

⁹³ TEDH, *Aswat c. Reino Unido*, cit., §§ 56-64.

concluiu, portanto, que a sua expulsão para a Turquia tinha resultado em maus-tratos.

Contudo, num acórdão de 7 de dezembro de 2021⁹⁴, a Grande Câmara rejeitou completamente este raciocínio e considerou que o limiar de gravidade exigido pelo artigo 3º não era atingido porque a esquizofrenia do requerente e a elevada probabilidade de recaída na ausência de tratamento médico adequado representam um risco menor para ele do que para outros (devido à perigosidade do requerente, ligada a um ressurgimento da agressão). Independentemente do facto de um dos peritos ouvidos na audiência ter constatado que houve “consequências graves” para o requerente e que numerosas intervenções de terceiros apontaram para a elevadíssima taxa de suicídio entre pessoas com doenças mentais, a esquizofrenia do requerente não era, na perspectiva da Grande Câmara, de natureza a causar-lhe “sofrimento intenso”⁹⁵. Embora o Tribunal tenha acabado por constatar uma violação do artigo 8º da Convenção – as autoridades não tendo tido em conta a situação do requerente e não tendo conseguido equilibrar devidamente os interesses em jogo, nomeadamente ao ignorar a falta de laços familiares do requerente na Turquia –⁹⁶, a solução permanece altamente problemática, na medida em que reflete um profundo desrespeito pelo sofrimento psicológico que uma pessoa com uma perturbação mental pode sofrer, incluindo – e especialmente – quando a perturbação representa um risco imediato para os outros e não para o requerente.

2.5. Transferências Dublin

No processo *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*⁹⁷, relativo à transferência de um cidadão afegão da Bélgica para a Grécia em junho de 2009, em conformidade

⁹⁴ TEDH [GC], *Savran c. Dinamarca*, 7 de dezembro de 2021.

⁹⁵ TEDH, *Savran c. Dinamarca*, cit., §§ 143 e ss.

⁹⁶ TEDH, *Savran c. Dinamarca*, cit., §§ 190-202.

⁹⁷ TEDH, *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*, cit. Ver em particular sobre este assunto, G. CLAYTON, “Asylum Seekers in Europe: *M.S.S. v. Bélgica e Grécia*”, *HRLR*, vol. 11, nº 4, 2011, pp. 758-773; P. MALLIA, “Case of *M.S.S. v. Belgium and Greece*: a Catalyst in the re-thinking of the Dublin II Regulation”, *Refugee Survey Quarterly*, vol. 30, nº 3, 2011, pp. 107-128; Т. ЗУИДΩΥΙΚ, “*M.S.S. v. Belgium and Greece*: The Interplay Between European Union Law and the European Convention on Human Rights in the Post-Lisbon Era”, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, nº 39, 2011, pp. 808-832; T. SYRING, “European Court of Human Rights’ Judgment on Expulsion of Asylum Seekers: *M.S.S. v. Belgium & Greece*”, *ASIL*, vol. 15, nº 5, 24 de fevereiro de 2011.

com o Regulamento Dublin II, o Tribunal decidiu que as autoridades belgas tinham de ter conhecimento das deficiências do procedimento de asilo na Grécia quando foi emitida a ordem de transferência. As autoridades belgas não deveriam ter simplesmente aceitado que o requerente seria tratado de acordo com as normas da Convenção, mas deveriam ter verificado como as autoridades gregas aplicavam na prática a sua legislação de asilo, o que não fizeram. Por conseguinte, o Tribunal concluiu que a Bélgica tinha violado o artigo 3º por causa das condições de vida do requerente na Grécia, onde tinha ficado “durante meses em total indigência e incapaz de satisfazer qualquer das suas necessidades mais básicas: alimentação, vestuário e abrigo”⁹⁸. No que diz respeito à Bélgica, o Tribunal considerou ainda haver uma violação do direito a um recurso efetivo, nos termos do artigo 13º, em conjugação com o artigo 3º, devido à ausência do direito a um recurso efetivo contra a decisão de expulsão do requerente.

Embora o Tribunal de Justiça da União Europeia tenha tomado uma posição semelhante à do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, referindo-se explicitamente ao acórdão *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*⁹⁹, a jurisprudência subsequente do Tribunal de Estrasburgo tem sido bastante ambivalente. Por exemplo, confrontado com uma queixa semelhante de que a Grécia não tinha sido capaz de tratar adequadamente os pedidos de asilo e tinha proporcionado condições inadequadas nas circunstâncias semelhantes de uma transferência da Áustria para a Grécia ao abrigo do Regulamento Dublin II em outubro de 2008, o Tribunal decidiu que a transferência do requerente não violava o artigo 3º¹⁰⁰. Na perspetiva do Tribunal, embora as autoridades austríacas estivessem provavelmente ao corrente das graves deficiências dos procedimentos de asilo na Grécia e das condições de vida e detenção dos requerentes de asilo, não podiam saber se estas deficiências tinham atingido o limiar do artigo 3º.

Num outro acórdão¹⁰¹, o Tribunal chegou à mesma conclusão relativamente à situação de um requerente transferido da Áustria para a Grécia na

⁹⁸ TEDH, *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*, cit., § 254. Ver também TEDH, *V.M. e Outros c. Bélgica*, 7 de julho de 2015, § 162.

⁹⁹ Ver em particular, § 88-91 do acórdão do TJUE, de 21 de dezembro de 2011, nos processos C-411/10 e C-493/10.

¹⁰⁰ TEDH, *Sharifi c. Áustria*, 5 de dezembro de 2013, § 38.

¹⁰¹ TEDH, *Safaii c. Áustria*, 7 de maio de 2014.

primavera de 2009, contradizendo assim explicitamente o acórdão *M.S.S.* no que respeita a uma transferência em junho de 2009. Contudo, num processo subsequente¹⁰², o Tribunal não encontrou qualquer razão para se afastar das suas conclusões em *M.S.S.*, e considerou que competia às autoridades, neste caso, às autoridades italianas, examinar as situações individuais dos requerentes e verificar, antes de os expulsar, como as autoridades gregas aplicavam na prática a sua legislação em matéria de asilo. Consequentemente, constatou existir uma violação do artigo 3º pela Itália, uma vez que as autoridades italianas, ao expulsarem os requerentes para a Grécia, os tinham exposto aos riscos resultantes das insuficiências do procedimento de asilo grego.

Em 2016, no caso *B.G. e Outros c. França*, embora reconhecendo que o campo em que os candidatos tinham vivido durante mais de três meses “estava saturado, tinha condições sanitárias críticas e se tinha tornado [insalubre]”, o Tribunal concluiu que não houve violação da Convenção por não estar em condições de “avaliar as condições de vida dos requerentes em termos concretos”, que o realojamento tinha sido rápido (três meses) dado o número de requerentes de asilo presentes no campo, e que as autoridades lhes tinham garantido as suas necessidades básicas, nomeadamente “alimentação, higiene e abrigo”¹⁰³. Este último ponto é altamente questionável, uma vez que o Tribunal está aqui a fazer uma aplicação particularmente rigorosa – e sem dúvida errada – da “obrigação de proporcionar alojamento decente e condições materiais aos requerentes de asilo” estabelecida em *M.S.S.*, limitando-a às “necessidades mais básicas”. Como se “condições de vida decentes” pudessem ser reduzidas a “comida, vestuário e abrigo”.

Outro exemplo desta jurisprudência contraditória é a avaliação divergente das condições de acolhimento em Itália. No processo *Tarakhel c. Suíça*¹⁰⁴, o Tribunal considerou uma violação do artigo 3º o facto de, na ausência de informações detalhadas e fiáveis sobre as instalações específicas no país de destino, as autoridades suíças terem transferido os requerentes para Itália, sem garantias suficientes de que seriam tratados de forma adequada à

¹⁰² TEDH, *Sharifi e Outros c. Itália e Grécia*, *cit.*

¹⁰³ TEDH, *B.G. e Outros c. França*, 10 de setembro de 2020, §§ 87 e ss. Ver A.-K. R.-K. SPECK, “A camel’s nose under the tent: the Court’s failure to discuss evidence in *B.G. and Other v. France*”, *Strasbourg Observers*, 23 de outubro de 2020.

¹⁰⁴ TEDH, *Tarakhel c. Suíça*, 4 de novembro de 2014.

sua idade. Inversamente, no caso *A.M.E. c. Países Baixos*¹⁰⁵, o Tribunal concluiu que a situação em Itália para os requerentes de asilo não podia de modo algum ser comparada à situação na Grécia na altura do *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*, e que a estrutura e a situação geral das instalações de acolhimento em Itália não podiam, portanto, por si só, impedir todos os afastamentos de requerentes de asilo para esse Estado. A jurisprudência *Tarakhel c. Suíça* parece agora ter ficado definitivamente enterrada no que diz respeito às condições de acolhimento italianas, uma vez que o Tribunal indefere agora as queixas por serem manifestamente infundadas se os requerentes não provarem que enfrentam um risco real e iminente de dificuldades tão graves a ponto de resultar numa violação do artigo 3º da Convenção¹⁰⁶.

3. Artigo 8º: O direito ao respeito pela vida privada e familiar

3.1. O direito a uma vida familiar

Quando as expulsões de migrantes são contestadas com base numa violação do artigo 2º ou 3º, o Tribunal exige que seja atribuído um efeito suspensivo ao recurso para que este possa ser considerado “efetivo”¹⁰⁷. Por outras palavras, se a expulsão ameaçar violar o direito à vida da pessoa ou correr o risco de a sujeitar a tratamentos desumanos, o procedimento de expulsão deve ser suspenso até que o pedido seja decidido.

Não é este o caso dos processos que envolvem o artigo 8º, como o Tribunal decidiu no caso *De Souza Ribeiro c. França*¹⁰⁸, em que a expulsão é contestada com base numa alegada interferência na vida privada e familiar. Mesmo que se possa argumentar que a expulsão ameaça infringir o direito do estrangeiro ao respeito pela vida privada e familiar, os Estados devem dar à pessoa em questão a oportunidade de contestar a ordem, sem efeito suspensivo. O estrangeiro pode, portanto, encontrar-se na impossibilidade

¹⁰⁵ TEDH, *A.M.E. c. Países Baixos*, 13 de janeiro de 2015.

¹⁰⁶ TEDH, *M. T. c. Países Baixos*, 23 de março de 2021.

¹⁰⁷ Ver sobre este assunto, M. RENEMAN, *EU Asylum Procedures and the Right to an Effective Remedy*, Hart Publishing, 2014.

¹⁰⁸ TEDH [GC], *De Souza Ribeiro c. França*, 13 de dezembro de 2012. Sobre este caso, ver em particular N. ARAJÁRVI, “Case Note: *De Souza Ribeiro v. France*”, 18 de março de 2013.

de não poder regressar à sua família e casa até que o procedimento esteja concluído. De facto, foi isto que aconteceu ao requerente no caso, que foi preso, colocado em prisão administrativa e expulso da Guiana Francesa no prazo de 36 horas. Embora o Tribunal tenha considerado que o requerente tinha sofrido uma violação dos seus direitos ao abrigo da Convenção, devido ao curto período entre a detenção e a expulsão, o Tribunal não chegou ao ponto de exigir aos Estados que instituíssem um mecanismo suspensivo em situações em que os requerentes alegam que o afastamento violaria os seus direitos ao abrigo do artigo 8º. Estou preocupado com isto e defendi uma mudança numa opinião concorrente¹⁰⁹.

Alguns organismos internacionais apelaram especificamente ao direito a um recurso com efeito suspensivo contra uma ordem de afastamento de migrantes indocumentados. Em particular, o Comité dos Direitos Humanos, em relação à situação na Guiana Francesa no contexto de *De Souza Ribeiro*, solicitou ao Estado Parte que “assegure que todas as pessoas sujeitas a uma ordem de deportação tenham tempo suficiente para preparar um pedido de asilo” e “beneficiem da assistência de um tradutor e possam exercer o seu direito de recurso com efeito suspensivo”¹¹⁰. Este é apenas um dos muitos exemplos no domínio dos direitos humanos e do direito internacional da migração que sugerem que estes dois ramos do direito impõem pelo menos uma dupla garantia processual aos migrantes indocumentados: primeiro, o direito de ter acesso aos tribunais do Estado de acolhimento para fazer valer os seus direitos humanos, incluindo os direitos das suas famílias, e segundo, o direito a um recurso com efeito suspensivo automático de qualquer ordem de afastamento quando estes estiverem em risco de alegados danos irreversíveis na sua vida familiar.

O Tribunal decidiu anteriormente que um recurso contra uma ordem de afastamento só é eficaz se tiver efeito suspensivo, particularmente quando tais medidas colocariam o migrante em risco de danos irreversíveis. Normalmente, os “danos irreversíveis” estão associados a danos físicos resultantes de atos de tortura ou maus-tratos, geralmente condenados ao abrigo dos artigos 2º e 3º da Convenção. Contudo, o Tribunal deixou de associar

¹⁰⁹ Opinião concorrente do Juiz Pinto de Albuquerque em TEDH [GC], *De Souza Ribeiro c. França*.

¹¹⁰ Documento da ONU, CCPR/C/FRA/CO/4, 31 de julho de 2008, § 20.

sistematicamente a necessidade de uma medida suspensiva aos danos físicos em *Conka c. Bélgica*¹¹¹, onde a noção de danos irreversíveis derivou da proibição de expulsão coletiva de estrangeiros¹¹². Neste caso, o Tribunal estabeleceu assim um princípio de que os potenciais danos irreversíveis podem ser invocados sem uma alegação simultânea de perigo de tortura ou maus-tratos.

A separação dos membros da família pode de facto causar danos irreversíveis. Este “dano” não deve de forma alguma ser considerado secundário ou menos importante do que o dano físico causado pelo abuso. A coerência na jurisprudência do Tribunal exige que se mantenha o amplo entendimento de “danos irreversíveis” na interpretação do artigo 13º. Infelizmente, em *Khlaifia e Outros*¹¹³, o Tribunal fez exatamente o oposto, considerando que o afastamento do território do Estado requerido não expunha o indivíduo a danos de natureza potencialmente irreversível, desde que ele ou ela não afirmasse enfrentar violações dos artigos 2º ou 3º da Convenção no Estado recetor.

Com efeito, o desafio para a Grande Câmara não consiste apenas em rever esta jurisprudência, mas também, de forma mais ampla, em rever o princípio *Maaouia*, segundo o qual à impugnação das decisões sobre a entrada, permanência e expulsão de estrangeiros não se aplica o nº 1 do artigo 6º da Convenção¹¹⁴.

Tenho sérias dúvidas sobre este entendimento de que, devido ao elemento alegadamente discriminatório e de ordem pública das decisões tomadas neste processo, não devem ser consideradas como litígios em que se discutem os direitos civis da pessoa em causa. Em primeiro lugar, estas decisões terão necessariamente um grande impacto na vida privada, profissional e social do estrangeiro. Em segundo lugar, estas decisões não são de forma alguma discricionárias e devem respeitar obrigações internacionais, por envolverem a proibição de *refoulement*. Esta interpretação restritiva do direito de acesso aos tribunais discrimina os migrantes em relação aos nacionais sem qualquer

¹¹¹ TEDH, *Conka c. Bélgica*, 5 de fevereiro de 2002. Para uma análise mais detalhada deste caso e das suas implicações, ver em particular J. APAP, “Violation of the European Convention of Human Rights by Belgium”, *CEPS Policy Brief*, nº 12, fevereiro de 2002.

¹¹² Ver também TEDH, *Gebremedhin [Gaberamadbien] c. França*, 26 de abril de 2007, § 58.

¹¹³ TEDH, *Khlaifia e Outros c. Itália*, *cit.*, §§ 277-281.

¹¹⁴ No que respeita ao procedimento de expulsão, ver em particular TEDH [GC], *Maaouia c. França*, 5 de outubro de 2000, e no que respeita ao procedimento de asilo, ver em particular TEDH, *Katani e outros c. Alemanha*, 31 de maio de 2001.

fundamento, uma vez que o artigo 1º do Protocolo nº 7 concede menos garantias processuais aos migrantes regulares (“migrantes com residência legal”) do que as previstas pelo artigo 6º para os nacionais do Estado e, pior ainda, impõe uma diferenciação infundada entre migrantes, uma vez que deixa os migrantes indocumentados fora do âmbito do artigo 6º e do artigo 1º do Protocolo nº 7. Para preencher esta lacuna legal, o Tribunal concede engenhosamente aos migrantes indocumentados um grau mínimo de proteção do seu direito de acesso aos tribunais, com base no artigo 13º aplicado em conjugação com os artigos 2º, 3º ou 8º¹¹⁵. A mesma via legal foi tomada em *De Souza Ribeiro*. Já é tempo de pôr fim a esta interpretação minimalista do artigo 6º¹¹⁶.

Mais questionável, porém, é o caminho recentemente seguido pelo Tribunal na área do reagrupamento familiar, ilustrado no acórdão *M.A. c. Dinamarca*¹¹⁷. O caso dizia respeito ao regime jurídico do Estado para a proteção dos estrangeiros e à recusa do pedido de reagrupamento familiar do requerente, a quem apenas foi concedida “proteção temporária”. A lei dinamarquesa previa três graus de proteção: estatuto de refugiado (ao abrigo da Convenção de Genebra de 1951), proteção devido a uma grave ameaça de ser condenado à morte ou a maus-tratos, e a chamada “proteção temporária”, que poderia ser concedida a pessoas ameaçadas de perseguição no seu Estado de origem devido a uma situação grave de instabilidade geral. Ao contrário dos outros dois graus, as pessoas admitidas sob proteção temporária não eram elegíveis para o reagrupamento familiar diretamente após a obtenção do estatuto, mas apenas três anos mais tarde. Recordando que os Estados gozam de liberdade de princípio no que respeita à entrada, residência e expulsão no seu território, o Tribunal, em conformidade com a sua anterior jurisprudência¹¹⁸, enumerou os elementos a ter em conta para demonstrar a existência de uma obrigação de autorização do reagrupamento familiar: o

¹¹⁵ Por exemplo, o Tribunal já baseou a sua avaliação de um procedimento de asilo no artigo 3º da Convenção, TEDH, *Jabari c. Turquia*, 11 de julho de 2000, §§ 39-40.

¹¹⁶ Opinião concorrente do Juiz Pinto de Albuquerque em TEDH, *De Souza Ribeiro c. França*, cit., e em TEDH [GC], *Hirsi Jamaa e Outros c. Itália*, 23 de fevereiro de 2012.

¹¹⁷ TEDH, *M.A. c. Dinamarca*, 9 de julho de 2021. Ver H. H. MOLBAEK-STEENSIG, “M.A. v. Denmark: Is Denmark (still) a good-faith interpreter with legitimate aims?”, *Strasbourg Observers*, 21 de setembro de 2021; J. FERRERO, chron. *R.G.D.I.P.*, nº 3, 2021, pp. 649-652.

¹¹⁸ TEDH [GC], 3 de outubro de 2014.

facto de a recusa do reagrupamento constituir um obstáculo à vida familiar, a natureza e extensão dos laços que as pessoas em causa mantêm com o Estado requerido, a presença ou não de obstáculos intransponíveis para que a família viva no Estado de origem, o facto de as crianças estarem ou não em sofrimento¹¹⁹, etc. Recordou também que já tinha sido capaz de sancionar períodos de espera excessivos para o reagrupamento familiar no caso de refugiados e outros titulares de autorizações de residência¹²⁰.

No entanto, o Tribunal não quis seguir esta jurisprudência neste caso. Considerou que o Estado gozava de uma ampla margem de apreciação na determinação do prazo para o reagrupamento familiar dos beneficiários da proteção temporária, utilizando para o efeito uma linha de raciocínio questionável. De facto, embora salientando o facto de os requerentes estarem a fugir de maus-tratos, o Tribunal salientou o carácter não absoluto do artigo 8º, a margem de apreciação de que gozam os Estados, particularmente no que diz respeito ao controlo da entrada e residência de estrangeiros no seu território, e, mais problematicamente¹²¹, a falta de consenso entre os Estados sobre o assunto – embora a prática encontrada tenha mostrado um consenso contrário à abordagem dinamarquesa, o Tribunal preferiu afirmar que os Estados-Membros “não foram afetados da mesma forma” pelo afluxo de cidadãos sírios desde 2015¹²². Apesar desta ampla margem de apreciação, o Tribunal acabou por constatar uma violação do artigo 8º, mas a solução não está isenta de críticas. Como foi salientado, o Tribunal perdeu uma oportunidade de consagrar, como outros organismos internacionais fizeram¹²³, a obrigação de autorizar o reagrupamento familiar desde que os estrangeiros residam legalmente no território do Estado. Além disso, válida uma diferença de tratamento entre refugiados e outras categorias de pessoas protegidas com base no risco de maus-tratos no Estado de origem, o que, embora justificado em termos de concessão do estatuto, não é relevante em termos de

¹¹⁹ TEDH, *M.A. c. Dinamarca*, cit., § 135.

¹²⁰ TEDH, *M.A. c. Dinamarca*, cit., §§ 137-139. Ver em particular o acórdão TEDH, *Tanda-Muzinga c. França*, 10 de julho de 2014, e *Mugenzi c. França*, 10 de julho de 2014.

¹²¹ Sobre esta questão, ver J. FERRERO, *chron. R.G.D.I.P.*, nº 3, 2021, p. 651.

¹²² Ver em particular §§ 151 e ss. do acórdão.

¹²³ Nomeadamente o Comité dos Direitos Humanos da ONU. Ver §§ 39 e ss. do acórdão.

reagrupamento familiar. É difícil perceber porque é que a duração dessa reunificação deve ser diferente consoante o risco sofrido pela pessoa protegida¹²⁴.

3.2. O direito à nacionalidade

Além de proteger o direito à privacidade, o artigo 8º também inclui o direito à nacionalidade. Recentemente, o Tribunal tem podido abordar esta questão em várias ocasiões, como no caso *Ramadan c. Malta*¹²⁵. Neste caso, o requerente, então nacional egípcio, tinha adquirido a cidadania maltesa em virtude do seu casamento com uma nacional. O casamento foi anulado cinco anos mais tarde. Ele voltou a casar em Malta com uma cidadã russa, com a qual teve dois filhos. Em 2007, após saberem da anulação do seu primeiro casamento, as autoridades maltesas revogaram a cidadania do requerente com o fundamento de que o casamento com a sua primeira esposa tinha sido celebrado com o objetivo de adquirir a cidadania. O requerente apresentou então o caso ao Tribunal, argumentando que a ordem de privá-lo e à sua segunda esposa da cidadania maltesa o privou dos seus direitos ao abrigo do artigo 8º.

Embora o Tribunal tenha declarado que não podia excluir que uma “negação arbitrária da nacionalidade pudesse, em determinadas circunstâncias, levantar uma questão ao abrigo do artigo 8º da Convenção devido ao impacto de tal negação na vida privada do indivíduo”¹²⁶, o Tribunal decidiu que não tinha havido violação desse artigo neste caso. O Tribunal considerou que a decisão do governo maltês tinha sido conforme à lei, não tinha sido arbitrária e não tinha levado a quaisquer consequências negativas reais – apesar de ele e a sua esposa terem sido privados da sua nacionalidade maltesa. Acrescentou ainda que os filhos do requerente não tinham sido privados da sua nacionalidade e que ele próprio podia continuar a viver e a trabalhar em Malta. Quanto ao argumento do requerente de que, como resultado da decisão do governo, ele era, de facto, apátrida (uma vez que já tinha renunciado à sua cidadania egípcia), o Tribunal concluiu que “o facto de um estrangeiro

¹²⁴ Ver J. FERRERO, *chron. R.G.D.I.P., op. ult. cit.*, p. 652.

¹²⁵ TEDH, *Ramadan c. Malta*, 21 de junho de 2016.

¹²⁶ TEDH, *Ramadan c. Malta, cit.*, § 84, citando TEDH, *Karashev c. Finlândia*, 12 de janeiro de 1999, nº 31414/96; [GC], *Slivenko c. Letónia*, 23 de janeiro de 2002, § 77; *Savoia e Bounegru c. Itália*, 11 de julho de 2006, nº 8407/05; *Genovese c. Malta*, 11 de outubro de 2011, § 30.

ter renunciado à nacionalidade de um Estado não significa, em princípio, que outro Estado tenha a obrigação de regularizar a sua permanência no país¹²⁷. Tendo em conta todas as considerações anteriores, o Tribunal decidiu que não houve violação do artigo 8º da Convenção.

Saúdo as reservas de princípio baseadas na avaliação da maioria do procedimento de revogação e na proporcionalidade da ordem de revogação, particularmente tendo em conta a apatridia resultante, o risco de deportação iminente de Malta e o impacto na vida familiar do requerente. O direito à nacionalidade é um direito particularmente importante e, embora não tenha sido explicitamente incluído na Convenção, foi identificado e consagrado em protocolos posteriores, bem como noutros instrumentos internacionais¹²⁸.

O Tribunal tomou certas medidas para proteger este direito, infelizmente, a maioria no caso supracitado do *Ramadan* não tomou estas medidas em consideração ao tomar a sua decisão. Por exemplo, em *Karassev c. Finlândia*¹²⁹, o Tribunal não excluiu que a recusa de concessão da cidadania pudesse, em determinadas circunstâncias, levantar um problema ao abrigo do artigo 8º da Convenção, devido à sua arbitrariedade e ao seu impacto na vida privada do indivíduo. Não há razão para crer que o princípio acima referido só se possa aplicar a casos de privação ou perda de nacionalidade e não ao direito de renunciar à nacionalidade. A questão da negação arbitrária da nacionalidade também pode surgir nos termos do artigo 3º do Protocolo nº 4, se o objetivo da negação for evitar a proibição de expulsão de nacionais, como foi o caso em *Slivenko c. Letónia*¹³⁰, onde foi solicitado ao Tribunal que decidisse se a expulsão da esposa e da filha de um oficial militar russo ao abrigo do Tratado Letónia-Rússia sobre a retirada das tropas russas violava o artigo 3º do Protocolo nº 4. Neste caso, o Tribunal decidiu que houve uma violação do artigo 8º da Convenção na sequência do afastamento dos requerentes da

¹²⁷*Assev c. Finlândia, cit.*, §§ 59 e ss.

¹²⁸Ver a opinião concordante do Juiz Pinto de Albuquerque no acórdão *Ramadan c. Malta*. Para saber mais sobre o direito à cidadania e as questões de nacionalidade e apatridia, ver M. GANCZER, “The Right to a Nationality as a Human Right?”, *Hungarian Yearbook of International Law and European Law*, 2014, pp. 15-33; S. MANTU, “‘Terrorist’ Citizens and the Human Right to Nationality”, *Journal of Contemporary European Studies*, vol. 26, nº 1, 2018, pp. 28-41.

¹²⁹TEDH, *Karassev c. Finlândia, cit.*, §§ 59 e ss.

¹³⁰TEDH, *Slivenko c. Letónia, cit.*

Letónia no que diz respeito ao seu direito ao respeito pela sua vida privada e familiar.

Esta jurisprudência sugere que existe agora uma proibição bem estabelecida no sistema da Convenção sobre a negação ou revogação arbitrária da nacionalidade. Logicamente, a existência de um direito à nacionalidade, ao abrigo do artigo 8º da Convenção, é lida em conjunto com o artigo 3º do Protocolo nº 4. Assim, a forma como os Estados regulamentam as questões relacionadas com a nacionalidade não pode ser considerada atualmente como uma questão de competência exclusiva do Estado. Os Estados estão vinculados por duas obrigações: uma obrigação negativa de não tomar uma medida de privação da nacionalidade se o efeito de tal medida for tornar a pessoa apátrida – qualquer que seja o motivo da medida¹³¹ –, e uma obrigação positiva de proporcionar a nacionalidade aos apátridas, pelo menos quando estes nascem ou se encontram no território do Estado ou quando um dos seus pais tem a nacionalidade desse Estado. Além disso, as pessoas que foram privadas de nacionalidade devem poder recorrer da privação de nacionalidade¹³². É tempo de o Tribunal reconhecer explicitamente que a nacionalidade do Estado faz parte do núcleo da identidade de uma pessoa, que é protegida pelo artigo 8º da Convenção. É dececionante que não o tenha feito no *Ramadan c. Malta*¹³³.

No entanto, pode notar-se uma evolução recente na jurisprudência do Tribunal no que diz respeito aos casos de retirada da nacionalidade. Alguns casos declararam violações do artigo 8º com base nos dois critérios estabelecidos em *Karassev* e recordados em *Ramadan c. Malta*, nomeadamente o carácter arbitrário da medida e as suas consequências para a vida privada do requerente¹³⁴. Um desses casos, *Usmanov*, dizia respeito à retirada da cidadania russa a um nacional tajiquistânês e à subsequente ordem de

¹³¹ TEDH, *Ghounide.a. c. França*, 25 de junho de 2020. Ver chron. *R.G.D.I.P.*, n.ºs 3-4, 2020, pp. 681-682.

¹³² TEDH, *Ghounid e.a. c. França*, cit., §§ 46-48.

¹³³ Sobre este ponto, ver em particular L. LAVRYSEN e C. POPPELWELL-SCEVAK, “*Ramadan v. Malta: When Will the Strasbourg Court Understand That Nationality Is a Core Human Rights Issue?*”, *Strasbourg Observers*, 22 de julho de 2016.

¹³⁴ Ver, por exemplo, acórdão do TEDH, *Abmadov c. Azerbaijão*, 30 de janeiro de 2020, §§ 43-44; acórdão *Usmanov c. Rússia*, 22 de dezembro de 2020, §§ 52 e ss. Para um exemplo de não-violação, ver *Ghounid e.a. c. França*, cit., § 44 e ss. Geralmente, a revisão do Tribunal baseia-se primeiro na natureza arbitrária da medida e depois nas consequências para a vida privada do requerente (acórdãos *Abmadov* e *Ghounid*), mas a arbitrariedade é por vezes avaliada em segundo lugar (acórdão *Usmanov*).

expulsão. Nesse caso, o Tribunal considerou que as autoridades nacionais não tinham estabelecido de forma suficientemente convincente que a alegada ameaça à segurança nacional do requerente prevalecia sobre os laços familiares que ele tinha estabelecido na Rússia¹³⁵. Contudo, no caso concreto, a natureza desproporcionada da medida deveu-se principalmente à falta de um equilíbrio adequado dos interesses em jogo.

4. Proibição de expulsão arbitrária e coletiva

De acordo com a jurisprudência estabelecida do Tribunal, um Estado tem o direito de controlar a entrada de migrantes no seu território. Contudo, os Estados não têm poder ilimitado e descontrolado para deter migrantes, negar-lhes a entrada e devolvê-los ao seu país de origem. Os Estados continuam a ter obrigações para com os migrantes ao abrigo da Convenção e do direito internacional em geral. Por um lado, devem assegurar-se de que não expulsam pessoas arbitrariamente e, quando os migrantes “batem à sua porta”, que não há expulsões coletivas.

4.1. Expulsões arbitrárias

O Tribunal tem um historial de deferência às autoridades nacionais em casos de expulsão, o que levou frequentemente a expulsões arbitrárias que violaram os direitos dos indivíduos ao abrigo da Convenção. O acórdão *Vasquez c. Suíça*¹³⁶ é um exemplo expressivo. Neste caso, o requerente alegou que a sua expulsão da Suíça violou os seus direitos ao abrigo do artigo 8º. Em termos simples, um procedimento administrativo tinha conduzido a uma ordem de expulsão mais grave do que as sanções que os tribunais penais tinham imposto ao requerente – tendo este último sido condenado no início dos anos 2000 por um crime sexual. As autoridades administrativas tinham assim “punido” o requerente com uma sanção que os tribunais penais não

¹³⁵ *Usmanov c. Rússia*, cit. Sobre o caso, ver L. REYNTJENS, “Usmanov v. Russia: a confusing turn in the right direction?”, *Strasbourg Observers*, 22 de janeiro de 2021; J. FERRERO, chron. *RG.D.I.P.*, nº 1, 2021, cit., pp. 143-144.

¹³⁶ TEDH, *Vasquez c. Suíça*, 26 de novembro de 2013.

consideraram necessária. Além disso, o Supremo Tribunal Federal tinha considerado que havia uma ameaça à segurança pública baseada em factos juridicamente irrelevantes, duas decisões de arquivamento de acusações criminais por falta de qualificação penal dos factos. A arbitrariedade desta presunção de risco ou ameaça à segurança pública era clara. Contudo, o Tribunal não constatou qualquer violação do artigo 8º da Convenção, uma vez que as autoridades nacionais não tinham excedido a sua margem de apreciação¹³⁷.

Deve também notar-se que esta não foi a primeira nem a última vez que o Tribunal não conseguiu proteger os indivíduos de uma expulsão arbitrária. Foram levantadas questões semelhantes nos processos *Shala c. Suíça*¹³⁸ e *Kissiwa Koffi c. Suíça*¹³⁹, que foram decididos pelo Tribunal no mesmo dia¹⁴⁰. Estes eram casos típicos de crimigração, em que o Estado tinha utilizado a lei de controlo administrativo da imigração como um instrumento de política de prevenção criminal.

4.2. Expulsões coletivas

O artigo 4º do Protocolo nº 4 declara inequivocamente que “é proibida a expulsão coletiva de estrangeiros”. Expulsão coletiva significa “qualquer medida que obrigue os estrangeiros, enquanto grupo, a abandonar um país, exceto quando tal medida for tomada com base num exame razoável e objetivo do caso particular de cada indivíduo que integra o grupo”¹⁴¹. Em termos práticos, isto significa que os grupos de não-nacionais não podem ser submetidos a estatuto diminuído com base na ideia de que o refugiado “genuíno” é sempre um refugiado individual. Oferecer proteção reduzida aos que chegam como parte de um afluxo em massa constituiria uma discriminação injustificada.

¹³⁷ TEDH, *Vasquez c. Suíça*, cit., § 51.

¹³⁸ TEDH, *Shala c. Suíça*, 15 de novembro de 2012.

¹³⁹ TEDH, *Kissiwa Koffi c. Suíça*, 15 de novembro de 2012.

¹⁴⁰ TEDH, *Kissiwa Koffi c. Suíça*, cit.

¹⁴¹ TEDH, *Geórgia c. Rússia (I)*, 3 de julho de 2014, § 167.

Até à data, o Tribunal considerou haver uma violação do artigo 4º do Protocolo nº 4 apenas num punhado de casos¹⁴². Em *Conka c. Bélgica*¹⁴³, foram adotadas medidas de detenção para efeitos de aplicação de uma ordem de expulsão do país, mas não foi feita qualquer referência aos pedidos de asilo dos requerentes. Várias pessoas foram simultaneamente convocadas para a esquadra de polícia, sem que lhes tenha sido dada a oportunidade de contactar um advogado. A “única referência à situação pessoal dos requerentes era o facto de a sua estadia na Bélgica ter excedido três meses” e os documentos de deportação não faziam qualquer referência aos seus pedidos de asilo¹⁴⁴. O Tribunal considerou que o procedimento de deportação não oferecia “garantias suficientes de que a situação individual de cada uma das pessoas em causa era tida em conta de forma genuína e diferenciada”¹⁴⁵ e que, por conseguinte, tinha havido uma violação do artigo 4º do Protocolo nº 4.

O Tribunal considerou igualmente haver uma violação do artigo 4º do Protocolo nº 4 no processo *Hirsi Jamaa e Outros c. Itália*¹⁴⁶. Neste caso, os requerentes não tinham sido sujeitos a qualquer controlo de identidade e as autoridades tinham simplesmente colocado os imigrantes intercetados no mar em embarcações militares e os levado de volta à costa líbia. No entanto, a solução do Tribunal não está isenta de falhas. Na minha opinião, o Tribunal não foi suficientemente longe. Deveria também ter constatado que o Governo italiano tinha a obrigação positiva de proporcionar aos requerentes o acesso efetivo a um procedimento de asilo em Itália e não simplesmente argumentar que a Itália não podia empurrar os migrantes de volta ao alto mar¹⁴⁷.

¹⁴² Para uma discussão sobre os impactos positivos da jurisprudência do Tribunal, ver em particular D. RIETIKER, “Collective Expulsion of Aliens: The European Court of Human Rights (Strasbourg) as the Island of Hope in Stormy Times”, *Suffolk Transnational Law Rev.*, nº 36, 2016, p. 651; J. RAMJI-NOGALES, “Prohibiting Collective Expulsion of Aliens at the European Court of Human Rights”, *ASIL*, vol. 20, nº 1, 4 de janeiro de 2016.

¹⁴³ TEDH, *Conka c. Bélgica*, cit.

¹⁴⁴ TEDH, *Conka c. Bélgica*, cit., § 61.

¹⁴⁵ TEDH, *Conka c. Bélgica*, cit.

¹⁴⁶ TEDH, *Hirsi Jamaa e Outros c. Itália*, cit., § 186. Sobre este caso, ver em particular V. MORENO-LAX, “*Hirsi Jamaa and Others v Italy* or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?”, *HRLR*, vol. 12, nº 3, 2012, pp. 574-598; M. GIUFFRÉ, “Watered-Down Rights on the High Seas: *Hirsi Jamaa e Outros v Italy*”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 61, nº 3, 2012, pp. 728-750. Para um comentário sobre o impacto deste caso no direito do mar, ver em particular J. COPPENS, “The Law of the Sea and Human Rights in the *Hirsi Jamaa and Others v. Italy* Judgment of the European Court of Human Rights”, in Y. Haeck e E. Brems (eds.), *Human Rights and Civil Liberties in the 21st Century*, Springer, 2013, pp. 179-202.

¹⁴⁷ Opinião concorrente do Juiz Pinto de Albuquerque em *Hirsi Jamaa e outros*, cit.

No caso *Geórgia c. Rússia (I)*¹⁴⁸, o Tribunal voltou a criticar os Estados inquiridos por “expulsões de rotina” que seguiam um padrão recorrente, refletindo uma política coordenada de detenção e expulsão de cidadãos da Geórgia. Os candidatos eram deportados em grandes grupos sem representação legal ou avaliação individual. O Tribunal constatou uma violação dos direitos da Convenção. Em *Sharifi e Outros c. Itália e Grécia*¹⁴⁹, os migrantes intercetados nos portos do Adriático tinham sido sujeitos a “reenvios automáticos” à Grécia e foram privados de qualquer oportunidade efetiva de procurar asilo. Mais uma vez, o Tribunal constatou uma violação da Convenção.

Recentemente, porém, o Tribunal tem sido mais indulgente para com os Estados que se envolvem em expulsões coletivas, tendo desenvolvido uma definição muito ampla de “expulsão individual”, pelo que a sua recente jurisprudência sobre a proteção dos direitos dos migrantes tem sido descrita como um “passo atrás”¹⁵⁰. Isto é particularmente evidente no caso acima mencionado *Kblaiifa c. Itália*. Os factos do caso, muito brevemente, foram os seguintes: os requerentes, cidadãos tunisinos que faziam parte de um grupo de migrantes que tinham partido de barco da Tunísia para Itália, tinham sido intercetados pela guarda costeira italiana e escoltados até um porto na ilha de Lampedusa, onde tinham sido colocados muito rapidamente num centro de receção. Durante um motim, o centro foi incendiado e os candidatos foram então levados para navios atracados no porto de Palermo, onde lhes foi recusada a entrada. Foram então recebidos pelo cônsul tunisino, que registou as suas identidades antes de os colocar em aviões para a Tunísia. Uma vez em Tunes, foram libertados. Os eventos como um todo duraram cerca de doze dias¹⁵¹.

O processo foi apreciado pela primeira vez por uma secção do Tribunal, que considerou que, embora os requerentes tivessem sido afastados com base em decisões individuais de recusa de entrada, estas decisões tinham sido redigidas em termos idênticos, variando apenas os dados pessoais de um indivíduo

¹⁴⁸ TEDH, *Geórgia c. Rússia (I)*, cit.

¹⁴⁹ TEDH, *Sharifi e Outros c. Itália e Grécia*, cit.

¹⁵⁰ C. BOSCH MARCHA, “Backsliding on the Protection of Migrants’ Rights? The evolutive interpretation of the prohibition of collective expulsion by the European Court of Human Rights”, *Journal of Immigration Asylum and Nationality Law*, vol. 35, nº 4, 2021, pp. 315-336.

¹⁵¹ *Kblaiifa e Outros c. Itália*, cit.

para outro: embora os requerentes tivessem sido sujeitos a um procedimento de identificação que não demonstrava necessariamente que tinha havido uma expulsão coletiva, as decisões também não continham qualquer referência às circunstâncias pessoais dos indivíduos. Estes elementos levaram a Câmara a concluir que a expulsão foi coletiva por natureza e violou o artigo 4º do Protocolo nº 4.

Infelizmente, a Grande Câmara não seguiu este raciocínio e não declarou uma violação da Convenção. Em vez disso, observou que os requerentes tinham sido sujeitos a dois procedimentos de identificação e que, na altura do seu primeiro procedimento de identificação, tinham “tido a oportunidade de alertar as autoridades para possíveis razões que justificassem a sua estadia em Itália ou que se opusessem ao seu afastamento”¹⁵². Embora a Grande Câmara tenha seguido a observação da Secção de que a recusa de entrada tinha sido redigida em termos semelhantes, constatou, no entanto, que “o carácter relativamente simples e normalizado das ordens de expulsão [podia] ser explicado pelo facto de os requerentes não estarem na posse de quaisquer documentos de viagem válidos e não terem alegado receios de maus-tratos em caso de afastamento ou outros obstáculos legais à sua expulsão”¹⁵³. As ações e justificações do Estado não foram, portanto, desrazoáveis.

O Tribunal concluiu ainda que “as expulsões quase simultâneas dos três requerentes não sustentavam a conclusão de que a sua expulsão tinha sido ‘coletiva’ na aceção do artigo 4º do Protocolo nº 4 da Convenção”¹⁵⁴, mas foram sim “o resultado de uma série de decisões de expulsão individuais”¹⁵⁵. Esta é uma conclusão dececionante do Tribunal e um passo na direção errada. Concordo com o Juiz Serghides, que discordou da deliberação, pelas mesmas razões. Tal como o Juiz Serghides, também eu penso que o artigo 4º do Protocolo n.º 4 causa sérios problemas de interpretação ao Tribunal.

Um dos principais pontos de desacordo entre a dissidência e a maioria neste caso era a necessidade de uma entrevista individual para que uma deportação estivesse em conformidade com a Convenção. A maioria respondeu

¹⁵² TEDH, *Kblaiifia e Outros c. Itália*, cit., § 247.

¹⁵³ TEDH, *Kblaiifia e Outros c. Itália*, cit., § 251.

¹⁵⁴ TEDH, *Kblaiifia e Outros c. Itália*, cit., § 252.

¹⁵⁵ TEDH, *Kblaiifia e Outros c. Itália*, cit.

de forma negativa, mas o Juiz Serghides discordou. Entendo também que é necessária uma entrevista pessoal, por muito breve que seja¹⁵⁶, para assegurar uma avaliação individualizada dos pedidos de asilo e dos argumentos individuais dos migrantes que tentam atravessar o território de um Estado. A ausência de tal entrevista deverá conduzir à conclusão de que houve violação automática do artigo 4º do Protocolo nº 4. Permitir aos Estados a realização de expulsões coletivas sem a realização de entrevistas pessoais seria um retrocesso significativo para a proteção dos migrantes e um afastamento da jurisprudência do Tribunal. Nos termos da Convenção, existe de facto uma obrigação processual de avaliar a situação individual de cada migrante que o Estado está prestes a expulsar, o que implica necessariamente a obrigação dos Estados de conduzir uma entrevista individual. Caso contrário, o Tribunal dá efetivamente aos Estados carta branca para decidirem quando as circunstâncias individuais são importantes e quando podem ser ignoradas¹⁵⁷.

Outra questão levantada neste caso foi a existência de um acordo bilateral entre a Itália e a Tunísia, que contornou a necessidade de entrevistas individuais de indivíduos tunisinos que chegavam a Itália. Nos termos deste acordo, não havia “nenhuma obrigação de realizar uma entrevista pessoal”. Concordo com o Juiz Serghides que “quando um acordo bilateral não exige entrevistas pessoais obrigatórias para a expulsão coletiva de estrangeiros, [viola] as disposições do artigo 4º do Protocolo nº 4”¹⁵⁸. Uma vez que a Itália não fez uma reserva ao artigo 4º do Protocolo nº 4, as obrigações da Itália ao abrigo do Protocolo permanecem em pleno vigor e não podem ser contornadas por um acordo bilateral.

Em *N.D. e N.T. c. Espanha*¹⁵⁹, o Tribunal esclareceu que o conceito de expulsão na Convenção também inclui decisões de não admissão na

¹⁵⁶ Ver TEDH, *Asady e Outros c. Eslováquia*, 24 de março de 2020.

¹⁵⁷ Ver também D. VENTURI, “The Grand Chamber’s Ruling in *Khalifa and Others v Italy*: One Step Forward, One Step Back?”.

¹⁵⁸ Opinião dissidente do Juiz Serguides em *Khalifa e Outros c. Itália*, *cit.*, § 252.

¹⁵⁹ TEDH [GC], *N.D. e N.T. c. Espanha*, 13 de fevereiro de 2020. Sobre estes casos, ver em particular D. THYM, “The End of Human Rights Dynamism? Judgments of the ECtHR on ‘Hot Returns’ and Humanitarian Visas as a Focal Point of Contemporary European Asylum Law and Policy”, *International Journal of Refugee Law*, vol. 32, nº 4, 2020, pp. 569-596; A. LOPEZ-SALA, “Keeping up Appearances: Dubious legality and migration control at the peripheral borders of Europe. The cases of Ceuta and Melilla”, in S. Carrera e M. Stefan (eds.), *Fundamental Rights Challenges in Border Controls and Expulsions of Irregular Immigration in the European Union: Complaint Mechanisms and Access to Justice*, Routledge, 2020, pp. 26-42; I. BARBERO e M. ILLAMOLA-DAUSA, “Deportations

fronteira, de acordo com a interpretação dos projetos de artigos da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas sobre expulsão de estrangeiros, sem distinção entre diferentes categorias de pessoas, independentemente do pedido de asilo ou da legitimidade do pedido de proteção internacional¹⁶⁰. Mais importante ainda, o Tribunal estabeleceu que os Estados não podem, através de legislação ou outros meios, aplicar o rótulo de “não-território” a partes do seu território, a fim de contornar as suas obrigações decorrentes da CEDH, e que devem proporcionar um acesso “real e efetivo” aos mecanismos de entrada legal para efeitos de asilo, bem como um “número suficiente” de pontos de passagem¹⁶¹. Esta obrigação positiva do Estado é uma condição *sine qua non* para uma política de gestão de fronteiras que esteja em conformidade com a Convenção.

No caso de Melilla, esta condição não tinha sido preenchida, devido à existência de uma falta de acessibilidade prática por parte dos candidatos às vias legais de admissão em Espanha. No entanto, o Tribunal negligenciou este elemento¹⁶². Pior ainda, ao centrar-se no comportamento dos indivíduos, o

without the Right to Complaint: Cases from Spain”, in S. Carrera e M. Stefan (eds.), *Fundamental Rights Challenges in Border Controls...*, cit., pp. 43-63; M. LARCHÉ, “Epilogue de l’affaire *N.D. et N.T.* : ni démission ni tolérance”, *Rev. trim. dr. h.*, 2020, pp. 1011-1027; H. RASPAIL, chron. *R.G.D.I.P.*, nº 2, 2020, pp. 389-396; N. SINANAJ, “Push backs at land borders: *Asady and Others v. Slovakia and N.D e N.T v. Spain*. Is the principle of non-refoulement at risk”, *Refugee law initiative*, 10 de junho de 2020; S. CARRERA, “The Strasbourg Court Judgement *N.D. and N.T. v Spain*: A *Carte Blanche* to Push Back at EU External Borders?”, *EU Working Paper*, nº 21, 2020; G. RAIMONDO, “*N.D. and N.T. v Spain*: A Slippery Slope for the Protection of Irregular Migrants”, *University of Oxford Faculty of Law*, 20 de abril de 2020; N. MARKARD, “A Hole of Unclear Dimensions: Reading ND and NT v. Spain”, *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 1 abril 2020; H. HAKIKI, “*N.D. and N.T. v. Spain*: defining Strasbourg’s position on push back at land borders?”, *Strasbourg Observers*, 26 março 2020; S. PAPAGEORGOPOULOS, “*N.D. e N.T. v. Spain*: do cold returns require cold decision-making?”, *European Database of Asylum Law*, 28 de fevereiro de 2020; R. WISSING, “Push-backs of ‘badly-behaving’ migrants at Spanish borders are not collective expulsions (but might still be illegal refoulements)”, *Strasbourg Observers*, 25 de fevereiro de 2020; M. PICHL e D. SCHMALZ, “‘Illegal’ may not mean rightless. The shocking ECtHR Grand Chamber judgment in case *N.D. and N.T.*”, *Verfassungsblog*, 14 de fevereiro de 2020; C. OVIEDO MORENO, “A Painful Slap from the ECtHR and an Urgent Opportunity for Spain”, *Verfassungsblog*, 14 de fevereiro de 2020; D. ТНУМ, “A Restrictionist Revolution? A Counter-Intuitive Reading of the ECtHR’s *N.D. & N.T.* Judgment on ‘Hot Expulsions’ at the Spanish-Moroccan Border”, *Verfassungsblog*, 17 de fevereiro de 2020.

¹⁶⁰ Opinião dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque em TEDH, *M.A. e Outros c. Lituânia*, 11 de dezembro de 2018.

¹⁶¹ TEDH, *N.D. e N.T.*, cit., § 209.

¹⁶² O Tribunal rejeitou simplesmente as provas apresentadas pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, pelo Alto Comissariado para os Direitos Humanos, pelo Comissário para os Direitos Humanos do Conselho da Europa e por um grupo de instituições da sociedade civil como intervenientes terceiros, concluindo que os vários relatórios não eram “conclusivos” (§ 218). A situação no terreno já tinha sido analisada por J.M. SANCHEZ-TOMÁS, “Las devoluciones en caliente en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Espanola de Derecho Europeo*, nº 65, 2018, pp. 101-135; L. IMBERT, “Refoulements sommaires: la CEDH trace la ‘frontière des droits’ à Melilla”, *La Revue des droits de l’homme*, 28 de janeiro de 2018; C. GORTAZAR e N. FERRÉ, “A cold shower for Spain – hor returns from Melilla to Morocco: *N.D. e N.T. v Espanha*”, *EU Immigrations and Asylum*

Tribunal inverteu os papéis dos requerentes e do Estado requerido, tratando os primeiros como se fossem acusados de comportamento intencionalmente perturbador e agressivo e o segundo como acusador. A decisão do Tribunal de avaliar primeiro se os requerentes eram dignos de proteção dos direitos humanos ao abrigo da CEDH foi fundamentalmente errada na medida em que assumiu que o direito de acesso aos direitos humanos não é inerente a todas as pessoas perseguidas, mas depende da conduta do queixoso. Quando no caso *Hirsi Jamaa e Outros c. Itália*¹⁶³ concluiu que não haveria violação do artigo 4º do Protocolo nº 4 “se a ausência de uma decisão de expulsão individual for consequência da conduta indevida das pessoas em causa”¹⁶⁴, isto não significava e não podia ser interpretado como significando que a garantia da proibição absoluta de *refoulement* dependia da conduta da pessoa que atravessava a fronteira. Uma tal leitura do acórdão *Hirsi Jamaa e Outros* seria claramente abusiva à luz da interpretação ampla do termo “expulsão” no § 174 do mesmo acórdão (repetido no § 185 do *N.D. e N.T.*), que salienta, com razão, que o termo se refere a “qualquer afastamento forçado de um estrangeiro do território de um Estado, independentemente da legalidade da estadia da pessoa, do tempo que passou nesse território, do local onde foi detido, do seu estatuto de migrante ou de requerente de asilo, ou da *sua conduta no momento da passagem da fronteira*”¹⁶⁵. Além disso, ao invocar os casos de *Berisha e Haljiti c. “Antiga República Jugoslava da Macedónia*”¹⁶⁶ e *Dritsas c. Itália*¹⁶⁷, a sua argumentação, além de autoritária, foi abusiva, pois baseou-se numa leitura restritiva destes acórdãos que não se relacionavam com uma situação semelhante¹⁶⁸.

A falácia do argumento do Tribunal é ainda mais aparente se for levada *ad absurdum* para negar o direito de acesso aos direitos humanos a criminosos

Law and Policy, 20 de outubro de 2017; I. GONZALEZ GARCIA, “Rechazo en las Fronteras Exteriores Europeas con Marruecos: Immigration y Derechos Humanos en las Vallas de Ceuta y Melilla 2005-2017”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 43, 2017, pp. 17-57; P. GARCIA ANDRADE, “‘Devoluciones en caliente’ de ciudadanos extranjeros a Marruecos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, nº 67, 2015, pp. 214-220.

¹⁶³ TEDH, *Hirsi Jamaa e Outros*, cit., p. 4.

¹⁶⁴ TEDH, *Hirsi Jamaa e Outros*, cit., § 184.

¹⁶⁵ Ênfase acrescentada.

¹⁶⁶ TEDH, *Berisha e Haljiti c. “Antiga República Jugoslava da Macedónia*”, 16 de junho de 2005, nº 1867/03.

¹⁶⁷ TEDH, *Dritsas c. Itália*, 1 de fevereiro de 2011, nº 2344/02.

¹⁶⁸ TEDH, *N.D. e N.T.*, cit., § 200.

ou outras pessoas “perturbadoras”, seja qual for o significado desse termo. Ao fazê-lo, o Tribunal não só encorajou a prática espanhola em *N.D. e N.T.* mas também classificou os candidatos como de primeira e de segunda classe, uns como “boas pessoas” e outros como “desordeiros”, que não têm o direito de aceder aos direitos humanos e, mais especificamente, o direito de aceder a um procedimento que avalie as suas necessidades de proteção internacional. Para o Tribunal, os africanos detidos em Melilla, isto é, em território espanhol, depois de terem subido as cercas da fronteira hispano-marroquina, eram “desordeiros” de segunda classe e podiam, portanto, ser imediatamente “repatriados” para Marrocos sem proteção ou acesso a um processo judicial. Nas fronteiras da Europa, os estrangeiros são caçados como animais que invadiram um quintal e o Tribunal tem permanecido em silêncio sobre esta questão.

O aspeto mais terrível desta linha de raciocínio é a sua *reductio ad hitlerum*, como diria Leo Strauss. É uma lógica de culpa por associação, segundo a qual todos aqueles que escalam as cercas de fronteira em Melilla agem da mesma forma, partilham a mesma intenção e estão na mesma situação pessoal¹⁶⁹. Nos casos *N.D. e N.T.* as intenções específicas dos requerentes de perturbar e pôr em perigo a segurança pública nunca foram estabelecidas e nunca foram apresentadas provas de quaisquer atos de violência concretos cometidos por eles ou por qualquer outra pessoa que atravessasse a fronteira nesse dia¹⁷⁰. Ao ler a maioria, fica-se com a impressão de que o princípio da responsabilidade individual foi completamente obscurecido. O Estado de Direito exige que o Tribunal analise a situação real de cada queixoso em Estrasburgo e não trivialize as suas características individuais. Isto é óbvio e é uma situação escandalosa que o que é óbvio tenha de ser destacado em Estrasburgo.

Para além do óbvio, foi ultrapassado um ponto de não retorno. O artigo 31º da Convenção sobre os Refugiados consagra o princípio da não penalização que obriga os Estados Contratantes a não impor aos migrantes

¹⁶⁹ A linguagem *ad hominem* do Tribunal afirma que “as pessoas que atravessam uma fronteira terrestre de forma não autorizada, que se aproveitam deliberadamente do seu grande número e que utilizam a força, são suscetíveis de criar uma situação claramente perturbadora, difícil de controlar e que põe em perigo a segurança pública”. Ver *N.D. e N.T.*, *cit.*, § 200.

¹⁷⁰ A utilização da palavra “agressão” nos §§ 201, 210, 211 e, em particular, 231 do acórdão é enganadora, uma vez que confunde o uso da força com a chegada em massa de pessoas. Além disso, o vídeo disponível dos eventos não mostrou qualquer uso de força.

“sanções em virtude da sua entrada ou presença ilegal”. O Tribunal não se preocupou muito com a natureza absoluta do princípio da *non refoulement* quando aceitou que os Estados poderiam “obrigar as pessoas a apresentar pedidos de asilo apenas nos pontos de passagem de fronteira existentes” e “recusar a entrada no seu território, incluindo a *potenciais requerentes de asilo*, que não tenham cumprido estas disposições”¹⁷¹. A doutrina contrária tem sido constantemente defendida pela Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa¹⁷², pelo Comissário para os Direitos Humanos¹⁷³, pelo Representante Especial do Secretário-Geral para as Migrações e Refugiados¹⁷⁴, e por todos os organismos relevantes da ONU, o Gabinete do Alto Comissário para os Direitos Humanos¹⁷⁵, o Comité dos Direitos da Criança da ONU¹⁷⁶, o Conselho dos Direitos Humanos da ONU¹⁷⁷, o Subcomité das Nações Unidas para a Prevenção da Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes¹⁷⁸ e o Comité para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres¹⁷⁹. Pelo menos por uma questão de cortesia internacional, se não de rigor analítico, o Tribunal deveria ter procurado discutir as posições destas autoridades. Tal como em *Ilias e Ahmed*, é altamente lamentável que,

¹⁷¹ TEDH, *N.D. e N.T.*, *cit.*, § 210. Ênfase acrescentada.

¹⁷² Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, *Políticas e práticas de repulsão nos Estados membros do Conselho da Europa*, Recomendação 2161, 2019.

¹⁷³ Comissário para os Direitos Humanos do Conselho da Europa, *Relatório Anual de Atividades 2015*, 14 de março de 2016, § 41.

¹⁷⁴ Representante Especial do Secretário-Geral para as Migrações e Refugiados, *Relatório da missão de averiguação em Espanha*, 18-24 de março de 2018, SG/Inf, 2018, 3 de setembro de 2018.

¹⁷⁵ Relatório do Gabinete do Alto-Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACDH), HRC/WG.6/35/ESP/2, 18 de novembro de 2019. Ver também os *Princípios e Diretrizes Recomendados sobre Direitos Humanos nas Fronteiras Internacionais*, de 2014, que apela aos Estados para: “respeitar, promover e cumprir os direitos humanos onde quer que exerçam jurisdição ou controlo efetivos, incluindo onde exerçam autoridade ou controlo extraterritorial” e “assegurar que todas as medidas de governação de fronteiras tomadas nas fronteiras internacionais, incluindo as destinadas a enfrentar a migração irregular[,] sejam coerentes com o princípio do *non-refoulement* e a proibição de expulsão arbitrária e coletiva”.

¹⁷⁶ Comité dos Direitos da Criança da ONU, *D.D. c. Espanha*, Views on Communication No. 4/2016, 15 de maio de 2019.

¹⁷⁷ Conselho de Direitos Humanos da ONU, *Relatório do Grupo de Trabalho sobre a Revisão Periódica Universal. Espanha*, HRC/29/8, 13 de abril de 2015, §§ 131-166 e 131-182.

¹⁷⁸ Subcomissão da ONU para a Prevenção da Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (SPT), *Visita a Espanha de 15 a 26 de Outubro de 2017: observações e recomendações ao Estado parte*, 2 de outubro de 2019, CAI/OP/ESP/1, § 93. Para uma análise da questão da migração pela Subcomissão, ver H. ВНУІ e M. BOSWORTH, “Human rights protections and monitoring immigration detention at Europe’s Borders”, *European Human Rights Law Review*, nº 6, 2020, pp. 640-654.

¹⁷⁹ Comité para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, *Conclusões do relatório 7º e 8º de Espanha*, CEDAW/C/ESP/CO/7-8, 2015, §§ 36-37.

em vez de promover uma convergência efetiva entre a sua jurisprudência e o direito internacional dos direitos humanos, o Tribunal no caso *N.D. e N.T.* tenha enveredado por um caminho tortuoso de fragmentação do direito internacional¹⁸⁰.

A posição moral e juridicamente insustentável do Tribunal sobre o conceito de jurisdição foi ainda exacerbada pela decisão de inadmissibilidade *M.N. e Outros c. Bélgica*¹⁸¹. A pior face do Tribunal, indiferente às consequências trágicas das decisões tomadas pelas partes contratantes sobre os estrangeiros fora dos seus territórios, tão friamente exposta em *Bankovic e Outros c. Bélgica e Outros*¹⁸², foi novamente revelada. O Tribunal declarou inequivocamente e sem compromissos que “o simples facto de as decisões tomadas a nível nacional terem tido um impacto na situação das pessoas residentes no estrangeiro não é de molde a estabelecer a jurisdição do Estado em causa sobre essas pessoas fora do seu território”¹⁸³. *A fortiori*, isto significa que “pessoas fora do seu território” não têm direito de acesso a mecanismos legais para efeitos de asilo, mesmo quando as decisões tomadas a nível nacional tenham afetado os seus direitos e liberdades.

A decisão em *M.N. e Outros c. Bélgica* levanta questões sensíveis à luz da recente jurisprudência do Tribunal¹⁸⁴. Em *N.D. e N.T. c. Espanha*, o Tribunal argumentou que os requerentes africanos poderiam ter solicitado proteção internacional através dos serviços diplomáticos e consulares

¹⁸⁰ Ver a opinião dissidente do Juiz Pinto de Albuquerque no acórdão do TEDH [GC], *Correia de Matos c. Portugal*, 4 de abril de 2018.

¹⁸¹ TEDH [GC], *M.N. e outros c. Bélgica*, 5 de março de 2020. Ver P. DUCOULOMBIER, “Coup d’arrêt à l’extension de la juridiction extraterritoriale des États parties à la Convention européenne des droits de l’homme”, *Rev. trim. dr. b.*, 2021, pp. 77-96; D. THYM, “The End of Human Rights Dynamism? Judgments of the ECtHR on ‘Hot Returns’ and Humanitarian Visas as a Focal Point of Contemporary European Asylum Law and Policy”.

¹⁸² TEDH [GC], *Bankovic e outros c. Bélgica e outros*, decisão de 12 de dezembro de 2001, § 75.

¹⁸³ TEDH, *M.N. e Outros c. Bélgica*, *cit.*, § 112.

¹⁸⁴ Sobre estas questões, ver em particular T. GAMMELTOFT-HANSEN, “Adjudicating old questions in refugee law: MN and Others v Belgium and the limits of extraterritorial refoulement”, *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 26 de maio de 2020; A. DE LEO e J. RUIZ RAMOS, “Comparing the Inter-American Court opinion on diplomatic asylum applications with M.N. and Others v. Belgium before the ECtHR”, *EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 13 de maio de 2020; V. STOYANOVA, “M.N and Others v Belgium: no ECHR protection from refoulement by issuing visas”, *EJIL: Fale!*, 12 de maio de 2020; M. BAUMGARTEL, “Reaching the dead-end: M.N. and others and the question of humanitarian visas”, *Strasbourg Observers*, 7 de maio de 2020; A.-N. REYHANI, “Expelled from Humanity: Reflections on M.N. and Others v. Belgium”, *Verfassungsblog*, 6 de maio de 2020; D. SCHMALZ, “Der Staat gegen seine Richter: Eindrücke von der EGMR-Verhandlung im Fall M.N.”, *Verfassungsblog*, 2 de maio de 2020.

espanhóis no seu país de origem ou de trânsito¹⁸⁵, a fim de concluir que a lei espanhola oferecia aos requerentes vários meios regulares possíveis para solicitar a admissão no território nacional e assim justificar o “reenvio a quente” (*devoluciones calientes*) dos migrantes em situação irregular. Tendo em conta este argumento em *N.D. e N.T.* como poderia o Tribunal concluir em *M.N. e Outros* que um pedido regular de visto num consulado belga na Síria não poderia desencadear uma ligação jurisdicional com a Bélgica? Além disso, em *N.D. e N.T.* o Tribunal recusou explicitamente permitir ao Estado cortar parte do território a fim de contornar as obrigações internacionais¹⁸⁶. Face a esta recusa, como poderia o Tribunal em *M.N. e Outros* estar preparado para retirar aos postos consulares e diplomáticos belgas a sua autoridade sobre os estrangeiros, quando eles tomam decisões que têm efeitos duradouros sobre os direitos e liberdades destes? Estas perguntas merecem uma resposta que a Grande Câmara não deu. Tal resposta é ainda mais necessária após a chocante recusa das autoridades belgas em aplicar as decisões iniciais da Câmara de Recurso dos Estrangeiros a favor dos requerentes, como se a Bélgica fosse uma república das bananas onde os interesses políticos ditam de forma totalmente oportunista se as decisões judiciais devem ou não ser respeitadas.

O único argumento avançado pela maioria em *M.N. e Outros* foi uma falácia clássica *ad terrorem*, nomeadamente que a aceitação da jurisdição “consagraria uma aplicação quase universal da Convenção com base nas escolhas unilaterais dos indivíduos, onde quer que estejam no mundo, e que isto criaria uma obrigação ilimitada para os Estados Contratantes de permitir a entrada a uma pessoa que possa estar exposta a maus-tratos contrários à Convenção fora da sua jurisdição”¹⁸⁷. Ruminar sobre potenciais resultados catastróficos e imaginar os piores cenários nunca foi um meio adequado de

¹⁸⁵ TEDH, *N.D. e N.T.*, *cit.*, §§ 212, 214 e especialmente 228.

¹⁸⁶ TEDH, *N.D. e N.T.*, *cit.*, § 209.

¹⁸⁷ TEDH, *M.N. e Outros c. Bélgica*, *cit.*, § 123, na sequência do infeliz caso TEDH, *Abdul Wabab Khan c. Reino Unido*, 28 de janeiro de 2014, nº 11987/11, § 27. O Tribunal não teve sequer em conta que o processo de recurso em *Abdul Wabab Khan* dizia respeito à retirada da autorização de permanência. O Tribunal decidiu com base na conclusão de que o requerente representava uma ameaça à segurança nacional e o impacto exclusivamente extraterritorial, que a decisão impugnada não era atribuível ao Reino Unido, mas ao requerente, devido às suas atividades e à sua decisão de regressar ao Paquistão. Em resumo, este é um caso factual completamente diferente dos requerentes sírios no caso belga.

análise jurídica¹⁸⁸. Além disso, “o princípio de *non refoulement* seria puramente fictício se o Estado pudesse impedir a aplicação do princípio através de políticas de expulsão, não admissão ou rejeição na fronteira”¹⁸⁹.

Além disso, em *M.N. e outros*, o Tribunal eliminou a existência de um acesso real e efetivo aos mecanismos de entrada legal para efeitos de asilo como *condição sine qua non* de uma política de gestão de fronteiras ao abrigo da Convenção¹⁹⁰. O Tribunal considerou a possibilidade de vias legais de proteção, tais como procedimentos de asilo através de embaixadas e/ou representações consulares, em prejuízo dos requerentes africanos que não os tinham utilizado, mas não os considerou em benefício dos requerentes sírios, que os tinham utilizado. Este é outro exemplo da “jurisprudência heteróclita” do Tribunal em matéria de jurisdição¹⁹¹. Em termos simples, se os requerentes de asilo agirem como pessoas “más” que saltam barreiras fronteiriças em África, podem ter a certeza de que não obterão justiça perante o Tribunal de Estrasburgo, mas também não terão os seus direitos protegidos se agirem como pessoas “boas” que tentam procurar asilo de forma ordeira através do aparelho consular, administrativo e judicial. Se o Tribunal é inflexível com os requerentes de asilo “rebeldes”, não é menos implacável com os requerentes de asilo cumpridores da lei, tais como os requerentes sírios no caso belga.

Defendi uma interpretação de princípio da jurisdição, segundo a qual “a imigração e o controlo das fronteiras são uma função primária do Estado e todas as formas desse controlo implicam o exercício da jurisdição

¹⁸⁸ Este tipo de narrativa apocalíptica do medo de uma invasão da Europa por estrangeiros é frequentemente utilizada no campo do direito migratório. Ver as opiniões do Juiz Pinto de Albuquerque em *S.J. c. Bélgica*, TEDH [GC], 19 de março de 2015, *De Souza Ribeiro, cit.*, e *M.A. e Outros, cit.*, § 17.

¹⁸⁹ Ver em particular a minha opinião em *M.A. e outros, cit.*, § 7.

¹⁹⁰ A jurisprudência subsequente confirma-o. No recente processo *Asady e Outros c. Eslováquia* (TEDH, 24 de março de 2020), a maioria não diz uma palavra sobre a falta de recursos legais para os requerentes, que entraram irregularmente na Eslováquia e solicitam proteção internacional em missões diplomáticas ou consulares eslovacas no estrangeiro. A violação pelo requerente do artigo 4º do Protocolo nº 4 é ainda agravada por um falso exame individualizado da situação do requerente por parte das autoridades eslovacas. Não lhes foi dada nenhuma oportunidade real e eficaz para apresentarem argumentos contra a sua expulsão. Sobre o caso, ver F. L. GATTA, “Tell me your story, but hurry up because I have to expel you” – *Asady and Others v. Slovakia*: how to (quickly) conduct individual interviews and (not) apply the ND & NT ‘own culpable conduct’ test to collective expulsions”, *Strasbourg Observers*, 6 de maio de 2020.

¹⁹¹ A expressão do Juiz Bonello na sua opinião dissidente em *Al-Skeini e Outros c. Reino Unido*, TEDH [GC], 7 de julho de 2011.

do Estado”¹⁹². Neste contexto, não teria dúvidas em admitir a existência de um vínculo jurisdicional com a Bélgica, baseado em decisões tomadas pelo Estado a nível nacional, incluindo decisões de funcionários diplomáticos e consulares, que tiveram impacto na situação dos estrangeiros no estrangeiro, independentemente de qualquer controlo físico territorial ou pessoal sobre estes¹⁹³. Além disso, dado este limiar jurisdicional, reitero que “se uma pessoa em perigo de ser torturada no seu país procurar asilo numa embaixada de um Estado vinculado pela Convenção, deve ser concedido um visto de entrada no território desse Estado”¹⁹⁴. O artigo 3º da Convenção consagra o princípio do *non-refoulement*, uma vez que obriga os Estados a não recusar um visto a um estrangeiro sempre que existam motivos substanciais para acreditar que a pessoa em questão, se deixada no seu país, estaria exposta a um risco real de ser sujeita a um tratamento contrário a este artigo¹⁹⁵. É por isso que o artigo 4º do Protocolo nº 4 proíbe as expulsões coletivas e implica necessariamente uma avaliação individual das necessidades de proteção internacional do estrangeiro. O Estado não pode impedir o regresso dos “potenciais requerentes de asilo” a um local de perigo se as pessoas forem deportadas coletivamente. Felizmente, o Tribunal parece ter retomado a proteção do artigo 4º do Protocolo nº 4 numa série de processos subsequentes¹⁹⁶,

¹⁹² Ver em particular as opiniões do juiz Pinto de Albuquerque no acórdão TEDH, *Hirsi Jamaa e Outros, cit.*, no acórdão TEDH, *De Souza Ribeiro, cit.*, e no acórdão *M.A e Outros c. Lituânia, cit.*, §§ 3-8.

¹⁹³ Para o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, os atos dos agentes diplomáticos em relação a uma pessoa que entra na embaixada de um Estado estrangeiro para procurar proteção são automaticamente da jurisdição desse Estado (Parecer Consultivo OC-25/18, de 30 de maio de 2018, a instituição do asilo e o seu reconhecimento como um direito humano no sistema interamericano de proteção (interpretação e âmbito de aplicação dos artigos 5º, 22º, nº 7 e nº 8, em relação ao artigo 1º, nº 1, da Convenção Americana dos Direitos Humanos, §§ 188, 192 e 194). O Tribunal Interamericano foi inspirado pela antiga Comissão Europeia no processo *W.M. c. Dinamarca*, 14 de outubro de 1992, n.º 17392/90, e pelo Comité dos Direitos Humanos da ONU, 21 de agosto de 2009, *Mohammad Munaf c. Roménia*, n.º 1539/2006, UN Doc. CCPR/C/96/D/1539/2006, §§ 14.2 e 14.5. É verdade que o caso dinamarquês envolveu atos de força sobre o estrangeiro, mas nem o caso romeno nem o Parecer Consultivo condicionam a jurisdição aos atos dos funcionários diplomáticos que envolvem o controlo físico do estrangeiro por funcionários diplomáticos ou outros a pedido dos funcionários diplomáticos.

¹⁹⁴ Ver a opinião do Juiz Pinto de Albuquerque em *Hirsi Jamaa e Outros, cit.*

¹⁹⁵ Segundo o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, existe a obrigação de respeitar o princípio de *non-refoulement* nas missões diplomáticas (§§ 192 e 194), o que implica obrigações positivas e negativas para o Estado, nomeadamente a obrigação de fazer uma avaliação da existência de um risco real de repulsão se a pessoa deixar a embaixada e de se retirar da embaixada, se tal risco for determinado, a obrigação de adotar todas as medidas diplomáticas necessárias, incluindo solicitar ao Estado em cujo território se encontra a missão diplomática que providencie a passagem segura da pessoa (Parecer consultivo OC-25/18, *cit.*, §§ 194-198).

¹⁹⁶ Para além dos casos abaixo mencionados, ver também TEDH, *Shabzad c. Hungria*, 8 de julho de 2021, nº 12625/17, e *M.H. e Outros c. Croácia*, 18 de novembro de 2021. Mais uma vez, a constatação de uma violação baseou-se na falta de exame da situação individual dos requerentes, bem como na falta de um recurso judicial adequado. Ver em

incluindo *M.K. e Outros c. Polónia*¹⁹⁷ e *Moustabi c. França*¹⁹⁸. No primeiro caso, o Tribunal constatou existir uma violação do artigo 4º do Protocolo nº 4 com base no facto de as decisões dos requerentes de recusa de entrada na Polónia não se basearem numa avaliação individual dos seus pedidos, mas fazerem parte de uma política geral de recusa sistemática de registo dos pedidos de asilo apresentados por pessoas que chegam à fronteira polaca com a Bielorrússia e são devolvidos a esta última¹⁹⁹. No segundo caso, o Tribunal chegou à mesma conclusão relativamente ao afastamento de dois menores não acompanhados pelas autoridades francesas de Mayotte para as Comores, onde a constatação de uma violação do artigo 4º do Protocolo nº 4 se baseou na ausência de um exame individual da situação das crianças e no facto de o seu destino ter sido arbitrariamente ligado ao dos adultos com quem viajavam, sem que se tenha verificado qualquer ligação com estes²⁰⁰. No entanto, é de salientar que o caso não poderia ter sido concluído de outra forma, tendo em conta a gravidade dos factos. O julgamento sublinha a vulnerabilidade e o “sentimento de extrema angústia” das crianças, “completamente indefesas”, detidas com outros adultos e separadas da sua família, depois enviadas de volta sem informação e sem qualquer sistema de acolhimento, bem como a “flagrante falta de humanidade” demonstrada pelas autoridades²⁰¹. Estas circunstâncias também levaram o Tribunal a declarar uma violação dos artigos 3º, 5º §§ 1 e 4, 8º e 13º – combinados com os artigos 3º e 8º da Convenção e o artigo 4º do Protocolo nº 4.

particular J. DE CONINCK, “MH and others v. Croatia: Resolving the jurisdictional and evidentiary black hole for expulsion cases?”, *Strasbourg Observers*, 14 de janeiro de 2022.

¹⁹⁷ TEDH, *M.K. e Outros c. Polónia*, 23 de julho de 2020. Ver F. F. Luigi GATTA, “Sistematic push back of ‘well behaving’ asylum seekers at the polish border: M.K. and Others v. Poland”, *Strasbourg Observers*, 7 de outubro de 2020.

¹⁹⁸ TEDH, *Moustabi c. França*, *cit.* Ver J. FERRERO, *chron. R.G.D.I.P.*, n.ºs 3-4, 2020, pp. 679-680.

¹⁹⁹ TEDH, *M.K. e Outros c. Polónia*, *cit.*, §§ 174 e ss.

²⁰⁰ TEDH, *Moustabi c. França*, *cit.*, §§ 133 e ss.

²⁰¹ TEDH, *Moustabi c. França*, *cit.*, §§ 65-70.

5. Conclusão

No que diz respeito à proteção dos migrantes, o Tribunal está determinado a limitar, restringir e cercear os direitos individuais. Continua a seguir precedentes pouco claros, injustos e desatualizados. O Tribunal não estendeu de modo algum os mesmos direitos fundamentais de que gozam os cidadãos dos Estados-Membros ao abrigo da Convenção àqueles que fazem frequentemente a perigosa viagem para as suas costas. Ao fazê-lo, o Tribunal virou as costas aos mais vulneráveis e falhou no seu dever de proteger os direitos fundamentais de todos. O Tribunal tem-se permitido envolver-se na política de migração, perdendo frequentemente os Estados por cederem perante a pressão a que estão submetidos, mas não tendo em conta os indivíduos que estão sujeitos a estas “soluções” radicais. Os políticos podem usar desculpas para limitar os direitos quando a situação se torna difícil, mas cabe ao Tribunal manter-se forte face a tempos incertos e acontecimentos mundiais inesperados. É nestes momentos que os mais vulneráveis da nossa sociedade sofrem mais. O nosso trabalho, o nosso princípio fundador, como farol dos direitos humanos na Europa, é ser a voz dos sem voz, especialmente em tempos difíceis.

A “rampa deslizante” em que o Tribunal se encontra conduzirá inevitavelmente a mais e mais dificuldades e a menos e menos proteção. A migração não irá desaparecer e à medida que o mundo se torna cada vez mais instável, devemos esperar que ondas de migração continuem a trazer muitas pessoas vulneráveis e desesperadas para as nossas costas.

O Tribunal terá de considerar o seu papel na proteção das pessoas que vieram para a Europa e conseguiram criar aqui uma vida, ter uma família, com risco de verem as suas vidas perturbadas por expulsões arbitrárias. O Tribunal terá também de considerar o seu papel na aceitação de uma política de detenção desumana que trata os migrantes como objetos descartáveis.

O Tribunal está no caminho errado: longe da proteção e agindo com indiferença. As consequências são trágicas, tanto para aqueles que não têm outra proteção como para aqueles que são protegidos pela Convenção. São também trágicos para a proteção e desenvolvimento dos direitos humanos, na Europa e no mundo.