

O "SISTEMA EUROPEU COMUM DE ASILO" À PROVA DA "CRISE MIGRATÓRIA E DE REFUGIADOS SEM PRECEDENTES"¹

THE "COMMON EUROPEAN ASYLUM SYSTEM" TO PROOF OF THE "UNPRECEDENTED MIGRATORY AND REFUGEE CRISIS"

Nuno Picarra
nunopicarra@fd.unl.pt

Autor convidado
Recebido: 31-10-2017
Aprovado: 21-12-2017

Sumário: I. Introdução. II. As bases constitucionais da política comum de asilo. 1. Os Tratados da União Europeia. 2. A Carta dos Direitos Fundamentais e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 3. A Convenção e o Protocolo relativos ao estatuto dos refugiados. 4. A repartição de competências entre a União e os Estados-Membros. III. Os actos legislativos que integram o sistema europeu comum de asilo. 1. A Directiva "Qualificação". 2. A Directiva "Protecção Temporária". 3. A Directiva "Procedimentos". 4. A Directiva "Acolhimento". 5. Os Regulamentos "Dublin III" e "Eurodac". IV. As principais medidas da União perante a "crise migratória e de refugiados sem precedentes". 1. Circunstâncias e impulsos políticos. 2. As "zonas dos pontos de crise" (*hotspot areas*). 3. As medidas provisórias a favor da Itália e da Grécia. 4. A Declaração UE-Turquia de 7 de Março de 2016. V. Conclusões

Resumo:

O presente artigo recorda as bases constitucionais da política comum da União Europeia em matéria de asilo, protecção subsidiária e protecção temporária, e passa criticamente em revista os actos legislativos em que se estrutura o Sistema Europeu Comum de Asilo, expressão normativa daquela

Abstract:

This paper reassesses the constitutional foundations of the EU common policy on asylum, subsidiary and temporary protection and critically reviews the legislative acts under which the Common European Asylum System – as a normative expression of said policy – is structured. The so-called

¹ Observou-se a grafia original ao longo do texto.

política. A chamada “crise migratória e de refugiados sem precedentes”, que marcou o ano de 2015 e cujo fim não está de todo à vista, tem posto a nu os pontos fracos desse sistema e a sua incapacidade para fazer face a tal crise. Ainda assim, a nível da União Europeia, foram adoptadas medidas de diferente natureza com esse objectivo específico, examinadas na parte final do artigo, juntamente com a controvérsia que suscitam.

Palavras-chave:

União Europeia; Política Comum de Asilo; Sistema Europeu Comum de Asilo; estatuto dos refugiados; estatuto de protecção subsidiária; “crise migratória e de refugiados”.

“unprecedented migratory and refugee crisis” that defined 2015 and is still ongoing – with no end in sight – has shown several weak aspects of the aforementioned system as well as its inability to meet such crisis. Notwithstanding, several measures of different nature aiming at that particular purpose have been adopted at the EU level. These measures are evaluated at the end of the paper together with the controversy they entail.

Keywords:

European Union; asylum common policy; refugee status; subsidiary protection status; “migratory and refugee crisis”.

I. INTRODUÇÃO

A chegada à União Europeia (doravante “UE” ou “União”), através de determinadas rotas, de um número sem precedentes não só de pessoas carecidas de protecção internacional mas também de migrantes económicos – que a UE tem designado por “crise migratória e de refugiados sem precedentes”² – tornou-se, antes de mais, a crise de uma política comum da União, cuja configuração evidenciou sempre aspectos controversos. Ela dá pelo nome de “política comum em matéria de asilo, de protecção subsidiária e de protecção temporária, destinada a conceder um estatuto adequado a qualquer nacional de país terceiro que necessite de protecção internacional e a garantir a observância do princípio da não repulsão”.

² Ao longo de 2015, as chegadas de requerentes de protecção internacional e de imigrantes irregulares em “fluxos mistos” atingindo um total de 1,5 milhões concentraram-se na Grécia, concretamente na fronteira externa do Mar Egeu – mais de 868.000, com cerca de 6.000 mil entradas diárias durante períodos consideráveis e com o pico em Outubro (221.374 chegadas) – e na Itália. Nesse ano, os pedidos de protecção internacional elevaram-se a mais do dobro que em 2014 e a quatro vezes mais do que durante toda a última década, sendo a Alemanha o Estado-Membro que maior número recebeu. Em todo o caso, as chegadas de 2015 não representam mais do que 0,3% da população total da UE (508 milhões). Está-se, portanto, bem longe dos números de acolhimento que caracterizam os países vizinhos da Síria, de onde saíram cerca de cinco milhões de refugiados: 2,5 milhões foram acolhidos pela Turquia (3% da população turca), 1 milhão, pelo Líbano (17% da sua população total) e cerca de 635.000, pela Jordânia (8% da sua população total). A Síria, o Afeganistão e a Somália são actualmente os primeiros países de origem dos refugiados. Se ao longo de 2016, em relação à Grécia, o número de chegadas quase voltou ao que se verificava antes do Verão de 2015, no que respeita à Itália não se verifica uma tendência correspondente; ver, por último, o documento apresentado pela Comissão Europeia no início de Outubro de 2016, *Management of the Migration Crisis in Greece since October 2015. Implementation of the EU Turkey Statement since 20 March 2016*.

O presente texto analisa sucintamente as bases constitucionais desta política (II.), a sua concretização legislativa, já em “segunda fase”³, tendente ao estabelecimento de um “sistema europeu comum de asilo” (doravante “SECA”), com identificação dos aspectos mais problemáticos (III.) e, por fim, as medidas específicas tomadas no plano da UE para fazer face à crise, incluindo a sua apreciação crítica (IV.). Seguem-se breves conclusões (V.).

II. AS BASES CONSTITUCIONAIS DA POLÍTICA COMUM DE ASILO

Entre as bases constitucionais da política de asilo, avultam determinadas disposições do Tratado da União Europeia (doravante “TUE”), do Tratado sobre o Funcionamento da UE (doravante “TFUE”) e da Carta dos Direitos Fundamentais da UE (doravante “Carta”). Integram-nas igualmente determinadas disposições da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (doravante “CEDH”) e a Convenção de Genebra, relativa ao Estatuto dos Refugiados, incluindo o seu Protocolo modificativo. Integram finalmente as bases constitucionais da política de asilo, agora na vertente organizatória, a repartição de competências entre a União e os Estados-Membros para a definição e a execução dessa política.

1. Os Tratados da União Europeia

1.1. As bases jurídico-constitucionais da política comum de asilo concentram-se no artigo 78.º do TFUE. Este artigo integra-se no capítulo 2 (“Políticas relativas aos controlos nas fronteiras, ao asilo e à imigração”) do Título V da Parte III, dedicado ao espaço de liberdade, segurança e justiça.

Trata-se, como é sabido, de uma atribuição fundamental da UE que o artigo 3.º, n.º 2, do TUE formula nos seguintes termos: “proporciona[r] aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno”. No elenco das atribuições da UE estabelecido pelo artigo 3.º do TUE, o espaço de liberdade, segurança e justiça precede e enquadra o mercado interno desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa.

O artigo 67.º, n.º 2, do TFUE, incluído no capítulo 1 (“Disposições gerais”) do Título V, vincula a “política comum em matéria de asilo, de imigração e de controlo das fronteiras externas” à “solidariedade entre os Estados-Membros” e a ser “equitativa em relação aos nacionais de países terceiros” (aos quais, para o efeito, são equiparados os apátridas). Em concretização deste preceito, o artigo 80.º especifica que tal política se rege pelo princípio da solidariedade e da partilha equitativa de responsabilidades entre os Estados-Membros, inclusive no plano financeiro; sendo necessário, os actos adoptados pela UE em execução de tal política “conterão medidas adequadas para a aplicação desse princípio”.

³ Sobre o faseamento da política comum em análise ver, por exemplo, António Vitorino, O futuro da política de asilo na União Europeia, *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, ano II, n.º 3, 2001, pp. 295 segs.

1.2. Nos termos do artigo 78.º, n.º 2, do TFUE, a política comum em análise estrutura-se numa série de actos a adoptar de acordo com o processo legislativo ordinário e também em actos de direito internacional convencional, cujo conjunto forma o chamado SECA⁴. Tais actos vêm enumerados nas sete alíneas do n.º 2.

As alíneas *a)* e *b)* vinculam o legislador da UE a adoptar, para os nacionais de países terceiros que deles careçam, não só um estatuto uniforme de asilo “válido em toda a União”, mas também um estatuto uniforme de protecção subsidiária para aqueles que, “sem obterem o asilo europeu, careçam de protecção internacional”⁵. A alínea *c)* impõe a adopção de “um sistema comum que vise, em caso de afluxo maciço, a protecção temporária das pessoas deslocadas”, a alínea *d)*, de “procedimentos comuns em matéria de concessão e retirada do estatuto uniforme de asilo ou de protecção subsidiária”, a alínea *e)*, de “critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de asilo ou de protecção subsidiária”, e a alínea *f)*, de “normas relativas às condições de acolhimento de requerentes de asilo ou de protecção subsidiária”.

Por outro lado, por se considerar que a resposta a muitos dos desafios colocados, em geral, ao espaço de liberdade, segurança e justiça e, em especial, à política comum de asilo, incluindo o SECA “está nas relações com os países terceiros – o que exige uma melhoria da articulação entre as políticas interna e externa da UE”⁶ –, a alínea *g)* do n.º 2 do artigo 78.º confere à União competência para estabelecer, também em concretização do SECA, parcerias e cooperação com países terceiros, “para a gestão dos fluxos de requerentes de asilo ou de protecção subsidiária ou temporária”. Tal competência exerce-se através da adopção conjugada de actos de direito interno da União e de acordos de direito internacional entre a União e os países terceiros envolvidos.

Finalmente, o artigo 78.º, n.º 3, habilita o Conselho a adoptar medidas provisórias a favor dos Estados-Membros confrontados com uma situação de emergência, caracterizada por um súbito fluxo de nacionais de países terceiros. O fluxo pode ser constituído tanto por pessoas carecidas de protecção internacional, como por pessoas que dela não necessitam e, portanto, integram *a priori* a categoria do migrante irregular. Mas também poderá tratar-se de um “fluxo misto”, composto por ambas as categorias em proporções variáveis. Em princípio, as medidas provisórias contempladas neste preceito só beneficiarão os Estados-Membros em função do número de nacionais de países terceiros carecidos de protecção internacional que, identificados como tal, se encontrem nos respectivos territórios.

⁴ Neste contexto, a expressão “sistema europeu comum de asilo” deve ser entendida em sentido geral, abrangendo simultaneamente o asilo, a protecção subsidiária e a protecção temporária. O mesmo valerá para os casos em que a expressão “requerente de asilo” abranja também os requerentes de protecção subsidiária. Cf. Jean-Yves Carlier e Luc Leboeuf, *Droit européen des migrations*, *Journal de droit européen*, 2016, p. 105.

⁵ Como notam Kay Hailbronner e Daniel Thym, *Legal Framework for EU Asylum Policy*, in Kay Hailbronner e Daniel Thym (coord.), *EU Immigration and Asylum Law. A Commentary*, 2.ª ed. Munique, 2016, p. 1029, as regras que disciplinam a protecção subsidiária e a protecção temporária não exprimem categorias de direito internacional bem estabelecidas na doutrina, em contraste com as regras relativas à protecção dos refugiados.

⁶ Ver o Extracto das Conclusões do Conselho Europeu de 26-27 de Junho de 2014 relativas ao espaço de liberdade, segurança e justiça e a algumas questões conexas, *Jornal Oficial da União Europeia* C 240/13, de 24.7.2014, ponto 2. A definição das “orientações estratégicas da programação legislativa e operacional no espaço de liberdade, segurança e justiça” é da competência do Conselho Europeu nos termos do artigo 69.º do TFUE.

2. A Carta dos Direitos Fundamentais e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem

2.1. A Carta garante o direito de asilo no artigo 18.º, remetendo quer para a Convenção de Genebra e o Protocolo de Nova Iorque, relativos ao estatuto dos refugiados, quer para o TUE e o TFUE. Ora, nos termos do artigo 52.º, n.º 2, da Carta, os direitos por ela reconhecidos “que se regem por disposições constantes dos Tratados são exercidos de acordo com as condições e limites por eles definidos”.

Revestem-se, todavia, de grande importância, enquanto parâmetros de validade dos vários tipos de actos de execução da política comum de asilo, de fonte europeia e de fonte nacional, os artigos 4.º (“Proibição da tortura e dos tratos ou penas desumanos ou degradantes”), 19.º (“Protecção em caso de afastamento, expulsão ou extradição”) e 47.º (“Direito à acção e a um tribunal imparcial”) da Carta.

2.2. Uma vez que os mencionados artigos correspondem a direitos também garantidos pela CEDH, o “sentido e âmbito” de tais direitos, por força do artigo 52.º, n.º 3, primeira parte, da Carta, “são iguais aos conferidos por essa Convenção”, tal como interpretada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante TEDH)⁷.

A segunda parte do n.º 3 do artigo 52.º ressalva expressamente a possibilidade de o direito da União conferir a tais direitos “uma protecção mais ampla”.

3. A Convenção e o Protocolo relativos ao estatuto dos refugiados

3.1. Por força do artigo 78.º, n.º 1, *in fine*, do TFUE, a política comum em matéria de asilo “deve estar em conformidade com a Convenção de Genebra, de 28 de Julho de 1951, e o Protocolo, de 31 de Março de 1967, relativos ao Estatuto dos Refugiados”⁸. O TJ, por seu lado, já teve ocasião de confirmar que tal convenção constitui a “pedra angular do regime jurídico internacional relativo à protecção dos refugiados”⁹. Dada, portanto, a importância de que a Convenção de Genebra se reveste para a definição e a execução da política europeia comum de asilo, convém examiná-la mais de perto.

O preâmbulo salienta que o “problema dos refugiados” é de “carácter social e humanitário” (5.º considerando). Abordá-lo primordialmente sob outras perspectivas, como a securitária, não se afigura, portanto, em conformidade com a Convenção de Genebra.

A definição de refugiado consta do artigo 1.º, secção A, n.º 2: “qualquer pessoa que, receando com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação

⁷ Sobre as reservas do Tribunal de Justiça da UE (doravante “TJ”) a esta clara opção constitucional, expressas sobretudo no Parecer 2/2013, de 18 de Dezembro, sobre a compatibilidade com os Tratados do projecto de acordo relativo à adesão da UE à CEDH, ver Nuno Picarra, *Direito da União Europeia e Direito Internacional, Anuário de Direito Internacional*, 2013, pp. 57-64.

⁸ O Protocolo, assinado em Nova Iorque, limita-se a retirar da definição de refugiado constante da versão originária da Convenção as expressões “em consequência de acontecimentos ocorridos antes de 1 de Janeiro de 1951” e “após aqueles acontecimentos”, que limitavam o âmbito de aplicação quer temporal, quer subjectivo da definição originária de refugiado. Os dois instrumentos encontram-se respectivamente publicados no *Diário do Governo*, I Série, n.º 229, de 1.10.1960, pp. 2189-2210, e no *Diário da República*, I Série, n.º 90, de 17.4.1975, pp. 581-584.

⁹ Ver o acórdão do TJ de 8.5.2014, H. N., C-604/12, n.º 27.

em certo grupo social, ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a protecção daquele país; ou que, se não tiver a nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar”.

Trata-se de uma definição centrada no elemento perseguição a uma pessoa por causa de determinadas características subjectivas próprias. Por isso mesmo, tal definição está longe de cobrir todas as necessidades de protecção internacional, muitas das quais não resultam de perseguição individual mas de outra “ofensa grave”. Daí que, como já se referiu, o artigo 78.º, n.º 2, alínea *b*), do TFUE mande “completar e suplementar a protecção dos refugiados consagrada na Convenção de Genebra” pela protecção subsidiária – isto é, para além do âmbito de aplicação desta convenção¹⁰ –, assente precisamente no conceito de “ofensa grave”, adiante analisada.

Em todo o caso, o próprio artigo 1.º, secções *D*, *E* e *F*, exclui expressamente diversas categorias de pessoas do âmbito de aplicação da Convenção e, nomeadamente, aquelas em relação às quais existam “razões ponderosas” para pensar que cometeram *(i)* “um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a Humanidade, segundo o significado dos instrumentos internacionais elaborados para prever disposições relativas a esses crimes”; *(ii)* um crime grave de direito comum fora do país que deu guarida, antes de neste serem aceites como refugiados, ou que praticaram *(iii)* actos contrários aos objectivos e princípios das Nações Unidas.

3.2. A título de “obrigações gerais” para os refugiados no país de acolhimento, a Convenção de Genebra contempla a obrigação de acatar as leis, os regulamentos e as medidas de manutenção da ordem pública (artigo 2.º). Por outro lado, a Convenção vincula os Estados Contratantes a aplicarem-na “sem discriminação quanto à raça, religião ou país de origem” dos refugiados (artigo 3.º)¹¹ e a concederem a estes o estatuto que concedem aos estrangeiros em geral, sem prejuízo das disposições mais favoráveis que ela própria preveja (artigo 7.º, n.º 1). Vincula ainda os Estados Contratantes a facilitarem, em toda a medida do possível, a assimilação e a naturalização dos refugiados, tornando mais célere o processo aplicável e diminuindo as taxas e encargos correspondentes (artigo 34.º).

Para os “direitos e vantagens concedidos aos refugiados”, que a Convenção contempla a título não exaustivo (artigo 5.º), prevêem-se, portanto, duas modalidades de tratamento que levam em conta a natureza e o modo de exercício desses direitos e vantagens: *(i)* o mesmo tratamento que os Estados Contratantes concedem aos estrangeiros em geral; é esse, como se viu, o princípio estabelecido pelo artigo 7.º, n.º 1; *(ii)* o mesmo tratamento que os Estados Contratantes concedem aos seus próprios nacionais, nas hipóteses expressamente previstas pela Convenção.

O tratamento nacional dos refugiados vale para a liberdade de praticar a religião e a liberdade de instrução religiosa (artigo 4.º)¹², para a protecção da propriedade intelectual e

¹⁰ Cf. Steve Peers, *Immigration and Asylum*, in Catherine Barnard e Steve Peers (org.), *European Union Law*, Oxford, 2014, p. 792.

¹¹ A propósito da proibição de discriminação dos refugiados em razão do seu país de origem, o artigo 8.º precisa que, no respeitante às “medidas excepcionais que possam tomar-se contra a pessoa, bens ou interesses dos nacionais de determinado Estado, os Estados Contratantes não aplicarão essas medidas a um refugiado que seja nacional do referido Estado unicamente em virtude da sua nacionalidade”.

¹² Neste caso, a letra do artigo 4.º – “um tratamento pelo menos tão favorável como o concedido aos nacionais” – admite mesmo, implicitamente, que o tratamento a conceder pelo Estado de acolhimento aos refugiados em matéria de liberdade religiosa possa ser mais favorável do que o garantido aos seus próprios nacionais.

industrial (artigo 14.º), para o direito de acesso aos tribunais e à assistência judiciária (artigo 16.º), para o direito de acesso ao ensino primário (artigo 22.º, n.º 1), para os direitos em matéria de assistência e auxílio público (artigo 23.º), para os direitos laborais e de segurança social (artigo 24.º). O tratamento nacional vale ainda em situação de racionamento aplicado à generalidade da população, para a repartição de produtos de que haja escassez (artigo 20.º), e para efeitos do pagamento de encargos fiscais (artigo 29.º)¹³.

Em contrapartida, o princípio da igualdade de tratamento dos refugiados e dos restantes estrangeiros no território de cada Estado Contratante aplica-se à aquisição de propriedade mobiliária e imobiliária e outros direitos que a estas se refiram (artigo 13.º) aos direitos de associação (artigo 15.º), ao direito de exercício de actividades profissionais assalariadas e não assalariadas (artigos 17.º e 18.º), ao acesso e ao exercício de uma profissão liberal (artigo 19.º), aos direitos relativos ao alojamento (artigo 21.º), ao direito de acesso às “categorias de ensino que não o primário” (artigo 22.º, n.º 2) e à liberdade de circulação, incluindo a escolha do lugar de residência (artigo 26.º). O n.º 2 do artigo 31.º manda aplicar o princípio da proporcionalidade às restrições à circulação dos refugiados e especifica que “tais restrições só se aplicarão enquanto se aguarde a regularização do estatuto desses refugiados no país de acolhida ou que os refugiados obtenham entrada noutro país”¹⁴.

Nos termos do n.º 1 do artigo 30.º, os Estados Contratantes devem autorizar os refugiados a transferir os haveres que tenham trazido para os respectivos territórios “para o território de outro país onde tenham sido aceites para nele se reinstalarem”.

3.3. O n.º 1 do artigo 31.º da Convenção de Genebra proíbe os Estados Contratantes de aplicarem sanções penais aos refugiados que, chegando directamente do território onde a sua vida ou liberdade estavam ameaçadas, entrem ou permaneçam nos seus territórios sem autorização, “desde que se apresentem sem demora às autoridades e lhes exponham razões consideradas válidas para a sua entrada ou presença irregulares”¹⁵.

Nos termos do n.ºs 1 e 2 do artigo 32.º, os Estados Contratantes só podem expulsar os refugiados que se encontrem regularmente no seus territórios “por razões de segurança nacional ou ordem pública” e “em conformidade com o processo previsto pela lei”, no de-

¹³ Porém, nos termos do artigo 29.º, n.º 2, tratando-se do pagamento das “taxas devidas pela passagem de documentos administrativos, inclusive os documentos de identidade”, os Estados Contratantes podem aplicar aos refugiados o mesmo tratamento que dispensam aos restantes estrangeiros.

¹⁴ A segunda parte do n.º 2 do artigo 31.º precisa que, tratando-se da admissão de um refugiado noutro país, os Estados Contratantes devem conceder-lhes um prazo razoável e todas as facilidades necessárias.

¹⁵ Em acórdão de 17.7.2014, Qurbani, C-481/13, n.ºs 17, 24, 25 e 28, o TJ declarou-se incompetente para responder à questão prejudicial de saber se o artigo 31.º da Convenção de Genebra deve ser interpretado no sentido de que se opõe a que uma pessoa possa, por um lado, ser punida no Estado-Membro onde pede asilo, por crimes relacionados com a sua entrada irregular no território desse Estado-Membro (como a entrada irregular com a ajuda de auxiliares à imigração ilegal e mediante a utilização de um documento de identificação falsificado) e, por outro lado, invocar a dispensa de pena prevista nesse artigo no caso de entrar no território do referido Estado-Membro através de outro Estado-Membro. O TJ, em postura algo decisionista e também formalista, entendeu que facto de o artigo 78.º do TFUE precisar que a política comum em matéria de asilo deve estar em conformidade com a Convenção de Genebra e de o artigo 18.º da Carta salientar que o direito de asilo é garantido no respeito dessa Convenção e do Protocolo de Nova Iorque, não é susceptível de pôr em causa a sua declaração de incompetência, baseada no facto de os Estados-Membros manterem determinadas competências incluídas no âmbito de aplicação da Convenção de Genebra, nomeadamente no que diz respeito ao domínio abrangido pelo artigo 31.º. Além disso, segundo o TJ, o pedido de decisão prejudicial (i) “não contém nenhuma menção a uma regra de direito da União que remeta para o artigo 31.º (...) e, nomeadamente, nenhuma menção ao artigo 14.º, n.º 6, da Directiva 2004/83” (que se refere àquele artigo), nem (ii) “nenhum elemento que permita presumir que esta última disposição é pertinente no âmbito do processo principal”.

curso do qual os refugiados devem ser autorizados a apresentar provas capazes de os ilibarem de culpa e a recorrer e a fazerem-se representar para esse efeito perante uma autoridade competente ou perante uma ou mais pessoas especialmente designadas pela autoridade competente. Mas a segunda parte do n.º 2 do mesmo artigo admite expressamente que tais direitos processuais sejam preteridos por “razões imperiosas de segurança nacional”.

Decretada a expulsão, com ou sem preterição dos direitos de defesa do refugiado, a Convenção apenas vincula os Estados Contratantes a concederem “um prazo razoável para este procurar ser admitido regularmente noutra país”, sem prejuízo de lhe poderem aplicar durante esse prazo “as medidas de ordem interna que entenderem oportunas” (artigo 32.º, n.º 3).

O artigo 32.º, n.º 2, segunda parte, da Convenção de Genebra constitui, porém, uma disposição que os Estados-Membros da UE deixaram de poder aplicar por força do artigo 47.º da Carta, correspondente ao artigo 13.º da CEDH. Com efeito, o artigo 47.º garante a todas as pessoas cujos direitos, liberdades e garantias resultantes do direito da União (e designadamente o direito de asilo) sejam violados, o “direito a um recurso jurisdicional efectivo”¹⁶. No âmbito da UE, entre os seus Estados-Membros, a Convenção de Genebra, enquanto “pedra angular do regime jurídico internacional relativo à protecção dos refugiados”, deve, portanto, ser aplicada como se não incluísse o disposto na segunda parte do n.º 2 do artigo 32.º.

3.4. A prerrogativa de expulsão do refugiado prevista nos termos do artigo 32.º está, por sua vez, limitada pelo disposto no artigo 33.º, que consagra o princípio fundamental da não repulsão. Fá-lo nos seguintes termos: “Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas”. A expressão “seja de que maneira for” obriga a considerar abrangidos pelo princípio da não repulsão, quer os refugiados que se encontrem no interior do território dos Estados Contratantes, quer aqueles que se encontrem simplesmente nas respectivas fronteiras, não reunindo as condições exigidas para poder atravessá-las legalmente¹⁷.

Seja como for, o princípio da não repulsão tal como definido pelo n.º 1 do artigo 33.º está longe de corresponder a um direito subjectivo de carácter absoluto. Isto, desde logo, porque o n.º 2 veda expressamente a invocação do “benefício” daquela disposição a qualquer refugiado relativamente ao qual “haja razões sérias para considerar um perigo para a segurança do país onde se encontra ou que, tendo sido objecto de uma condenação definitiva por um crime ou delito particularmente grave, constitua ameaça para a comunidade do dito país”. Nos termos da disposição citada, este refugiado poderá portanto, no limite, ser expulso ou repellido, sem violação da Convenção de Genebra, “para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito a pena de morte, tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes”, para utilizar a formulação dada ao princípio da não repulsão pelo artigo 19.º, n.º 2, da Carta.

¹⁶ Sobre o sentido e o alcance do artigo 47.º da Carta no âmbito específico do direito de asilo, ver Nuno Piçarra, *Union européenne, frontières extérieures et frontières intérieures dans la «crise des migrants et des réfugiés sans précédent»*. Sur l'article 29 du code frontières Schengen et sur la décision d'exécution 2016/894 du Conseil, *Themis – Revista da Faculdade de Direito da UNL*, ano XVII, n.ºs 30/31, 2016, pp. 101-103.

¹⁷ Para maiores desenvolvimentos, ver Paulo Pinto de Albuquerque, opinião separada emitida no processo *Hirsi Jemaa et al.* contra Itália, queixa n.º 27765/09, pp. 66-67.

O “sentido e o âmbito” que, como acaba de ver-se, a Convenção de Genebra confere ao direito à não repulsão contrasta, porém, acentuadamente com os que lhe confere o 19.º, n.º 2, da Carta – correspondente ao artigo 3.º da CEDH –, interpretado e aplicado tal como este último o é pelo TEDH, por força do artigo 52.º, n.º 3, da Carta.

Na verdade, o artigo 3.º da CEDH tem sido interpretado em jurisprudência constante daquele tribunal como proibindo em termos absolutos, portanto insusceptíveis de derrogação ou restrição, mesmo que no respeito pelo princípio da proporcionalidade, a pena de morte, tortura ou outros tratos desumanos ou degradantes. Daqui decorre igualmente, segundo o TEDH, uma proibição absoluta, para todos os Estados Contratantes da CEDH, de expulsar ou repelir uma pessoa, refugiada ou não, para um Estado terceiro onde corra sério risco de ser sujeito a tal pena ou a tais tratos – por mais “inaceitáveis ou perigosos” que sejam os crimes praticados por essa pessoa, “mesmo nas circunstâncias mais difíceis como a luta contra o terrorismo e a criminalidade organizada”. Isto porque tais proibições constituem “um dos valores fundamentais das sociedades democráticas”¹⁸.

A nível processual, a expressão desta proibição absoluta é a exigência de que o estrangeiro que um Estado Contratante decida reenviar “para um país onde existem motivos sérios para crer que ficará exposto a um risco real de tratamentos contrários ao artigo 3.º da CEDH” “disponha de um recurso suspensivo de pleno direito contra a execução da medida que permite o seu reenvio”. Impõe-no o princípio da efectividade do recurso, previsto pelo artigo 13.º da CEDH¹⁹.

As derrogações ao princípio da não repulsão previstas pelo n.º 2 do artigo 32.º da Convenção de Genebra só podem, portanto ser aplicadas pelos Estados Contratantes que não estejam vinculados a um instrumento de direito internacional como a CEDH. Sob este aspecto essencial, a Convenção de Genebra já não constitui, pois, “a pedra angular do regime jurídico internacional de protecção dos refugiados”, pelo menos para os Estados Contratantes da CEDH²⁰. Confirma-o o artigo 21.º da Directiva 2011/95/UE, a seguir analisada, que, ao reproduzir o disposto no n.º 2 do artigo 33.º da Convenção de Genebra, faz depender a sua aplicabilidade da não violação das “obrigações internacionais” que vinculam os Estados-Membros.

4. A repartição de competências entre a União e os Estados-Membros

4.1. Tratando-se da determinação das bases constitucionais da política comum de asilo, analisada a vertente normativa, cabe agora analisar a vertente institucional. O ponto de partida pode ser o já citado extracto das conclusões do Conselho Europeu de 26-27 de Junho de 2014 (vide nota 5, acima).

O Conselho Europeu reiterou aí, por um lado, “o empenhamento da União na protecção internacional, o que “exige uma política de asilo sólida, baseada nos princípios da solidariedade e da responsabilidade”. Por outro lado, e com relevância directa para a vertente em análise, elevou a “prioridade absoluta” “a plena transposição e a implementação efectiva do Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA)”, com vista “a dar aos reque-

¹⁸ Ver os acórdãos do TEDH de 15.11.1996, Chahal contra Reino Unido, queixa n.º 22414/93, §§ 79-80, de 17.12.1996, Ahmed contra Áustria, queixa n.º 25964/94, §§ 90-91, de 28.2.2008, Saadi contra Itália, queixa n.º 37201/06, §§ 125-127, e de 25.2.2012, Hirsi Jemaa *et al.* contra Itália, queixa n.º 27765/09, § 114.

¹⁹ Vero o acórdão Hirsi Jemaa *et al.* contra Itália, cit., § 200.

²⁰ No mesmo sentido, Kay Hailbronner e Daniel Thym, *Legal Framework for EU Asylum Policy*, cit., p. 1050.

rentes de asilo as mesmas garantias processuais e a mesma protecção em toda a União”²¹. Para o efeito, o Conselho Europeu preconiza um reforço do papel do Gabinete Europeu de Apoio em matéria de Asilo (EASO)²², especialmente na “promoção da aplicação uniforme do acervo” (ponto 7).

4.2. O excerto citado recorda assim, implicitamente, dois dados estruturantes da política de asilo em análise, *a priori* comuns à generalidade das políticas e acções internas da União: tal política é estabelecida pela UE, no essencial a nível legislativo, cabendo a execução da correspondente legislação às administrações públicas dos Estados-Membros em moldes descentralizados. No caso concreto, constitui elemento de complexificação o facto de a política comum de asilo constituir uma “medida de acompanhamento” do espaço sem controlos nas fronteiras internas que a UE constitui enquanto espaço de liberdade, segurança e justiça – no interior do qual se pode circular como se circula no interior de um só território estadual, trate-se de um Estado unitário, regional ou federal. Este é certamente um dos aspectos em que a UE mais se aproxima de uma federação.

Todavia, em acentuado contraste com uma federação, continuam a ser os Estados-Membros, e não a própria UE, que controlam as respectivas fronteiras externas em conformidade com o chamado Código das Fronteiras Schengen²³ – “no interesse de todos os Estados-Membros que suprimiram o controlo nas suas fronteiras internas” – e aplicam o direito administrativo de fonte europeia em matéria de asilo (e também de vistos de curta duração e de imigração). Isto acaba por deixá-los em situação de profunda desigualdade, tendo em conta a sua localização geográfica e/ou a sua demografia, e as pressões imigratórias e de pessoas carecidas de protecção internacional, muito contrastantes, a que estão sujeitos²⁴.

4.3. Tais circunstâncias não podem deixar de se repercutir centrifugamente na própria aplicação do acervo da UE na matéria, acrescentando às importantes diferenças de identidades, tradições e práticas entre as administrações dos Estados-Membros chamadas a aplicar este acervo. É reveladora a forte divergência entre os Estados-Membros desde logo no que respeita à taxa de concessão de protecção internacional através do reconhecimento do estatuto quer de refugiado, quer de protecção subsidiária²⁵.

É isto que explica, em parte, a orientação do Conselho Europeu no sentido do reforço do papel do EASO, sendo certo que, de acordo com o próprio Regulamento n.º 439/2010 e a lógica de descentralização que lhe subjaz, o EASO “não dispõe de competências directas ou indirectas no que se refere à tomada de decisões relativas aos pedidos individuais de

²¹ Como salienta Constantin Hruschka, Dublin est mort, vive Dublin! La proposition de réforme du 4 mai 2016 de la Commission européenne, <http://eumigrationlawblog.eu>, a ideia subjacente, segundo a qual o principal elemento desencadeador de movimentos secundários de requerentes de protecção internacional de um Estado-Membro para outros são as práticas nacionais divergentes, não está validada cientificamente. Tal como o autor também salienta, as principais razões validadas cientificamente em relação aos movimentos secundários – família, laços culturais, situação económica de um determinado país – são largamente ignoradas pela proposta analisada – e, acrescente-se, também pelo SECA.

²² O EASO foi criado pelo Regulamento (UE) n.º 439/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio.

²³ Este código encontra-se por último estabelecido pelo Regulamento (UE) 2016/399 do Parlamento Europeu e do Conselho de 9 de Março.

²⁴ Para maiores desenvolvimentos, ver Nuno Piçarra, Fronteiras, Vistos, Asilo e Imigração in Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Froufe (coord.), *Direito da União Europeia. Elementos de Direito e Políticas da União*, Coimbra, 2016, pp.308-310.

²⁵ Cf. Steve Peers, *Immigration and Asylum*, cit. p. 793-794.

protecção internacional pelas autoridades dos Estados-Membros competentes no domínio do asilo” (artigo 2.º, n.º 6, e 14.º considerando). Na verdade, nos termos do artigo 1.º, o EASO tem por atribuição *(i)* contribuir para uma melhor aplicação do SECA, *(ii)* reforçar a cooperação prática em matéria de asilo entre os Estados-Membros e *(iii)* prestar e/ou coordenar a prestação do apoio operacional aos Estados-Membros cujos sistemas de asilo e acolhimento estejam particularmente sujeitos a pressões.

A alteração deste estado de coisas no sentido de a UE, de acordo com uma lógica federativa, adquirir poder executivo no espaço de liberdade, segurança e justiça para a execução directa das políticas que o integram – o que passaria, no caso da política de asilo, por atribuir ao EASO as competências que o Regulamento n.º 439/2010 expressamente lhe nega – tem deparado com a oposição da maioria dos Estados-Membros, que invocam razões de soberania²⁶. A revisão dos Tratados da UE que se considera implicada por tal alteração está portanto, à partida, inviabilizada.

Todavia, o modelo “confederal” da execução descentralizada por vinte e oito sistemas nacionais de asilo estará votado ao fracasso se os Estados-Membros não mantiverem e aprofundarem formas de cooperação leal baseadas num interesse efectivo nessa cooperação. Os contornos da política comum em causa nem sempre o fomentam, tal como a “crise dos refugiados” o tornou ainda mais claro.

III. OS ACTOS LEGISLATIVOS QUE INTEGRAM O SISTEMA EUROPEU COMUM DE ASILO

O SECA estrutura-se normativamente em quatro directivas e dois regulamentos. As directivas são conhecidas pela designação do seu âmbito material: “Qualificação”, “Protecção Temporária”, “Procedimentos” e “Acolhimento”. O primeiro regulamento é mais conhecido pela capital onde os Estados-Membros assinaram a convenção que o antecedeu, acrescido da indicação numérica da sua actual versão: “Dublin III”. O segundo regulamento é conhecido pelo nome do sistema informático que criou para a “aplicação efectiva” do primeiro: “Eurodac”.

1. A “Directiva Qualificação”

1.1. A Directiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro, tem como base jurídica as já citadas alíneas *a)* e *b)* do n.º 2 do artigo 78.º do TFUE, o que se reflecte, desde logo, na sua epígrafe: “directiva (...) que estabelece normas relativas às condições a preencher pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para poderem beneficiar de protecção internacional, a um estatuto uniforme para refugiados ou pessoas elegíveis para protecção subsidiária e ao conteúdo da protecção concedida”. Esta directiva – que começa por tratar da qualificação para a protecção internacional – assume-se como de “reformulação”, mediante introdução de “várias alterações materiais”, da Directiva 2004/83/CE – pertencente à primeira fase da política comum de asilo e ainda vinculada

²⁶

Cf. Maarten Den Heijer, Jorrit Rijpma e Thomas Spijkerborder, Coercion, Prohibition, and Great Expectations: The Continuing Failure of the Common Asylum System, *Common Market Law Review*, 53, 2016, p. 623.

pela alínea *c*) do ponto 1, do ex-artigo 63.º do Tratado de Roma à adopção de meras “normas mínimas” na matéria.

Tal como a anterior, a Directiva 2011/95 foi adoptada para ajudar as autoridades competentes dos Estados-Membros a aplicar a Convenção de Genebra, com base em conceitos e critérios comuns e, designadamente, os conceitos de *(i)* “necessidade de protecção internacional surgida *in loco*”, *(ii)* “origem da perseguição ou ofensa grave”, *(iii)* “agentes de protecção”, *(iv)* “protecção interna” e *(v)* “actos de perseguição”, incluindo os “motivos de perseguição” (25.º considerando)²⁷. Segundo o TJ, a interpretação das disposições destas directivas sucessivas deve fazer-se no respeito da Convenção de Genebra²⁸.

A aproximação, determinada pela directiva em análise, das normas nacionais sobre o reconhecimento do estatuto de refugiado e de protecção subsidiária, assim como das normas relativas ao conteúdo de ambos, tem como objectivo prioritário “contribuir para limitar os movimentos secundários de requerentes de protecção internacional entre os Estados-Membros, nos casos em que tais movimentos são exclusivamente devidos às diferenças existentes entre os seus regimes jurídicos” (13.º considerando). Trata-se, como já se referiu, de um objectivo directamente ligado a um dos aspectos mais controversos da política comum em análise – as pessoas carecidas de protecção internacional não têm a faculdade de escolher o Estado-Membro ao qual pretendem solicitá-la –, que a “crise dos refugiados” tem posto seriamente em causa.

1.2. A alínea *d*) do artigo 2.º da Directiva 2011/95 retoma textualmente a definição de refugiado constante da Convenção de Genebra²⁹. A alínea *f*), por seu lado, define “pessoa

²⁷ O primeiro conceito está contemplado no artigo 5.º, n.º 1, nos termos do qual acontecimentos ocorridos depois da partida do requerente do seu país de origem também podem fundar o receio de ser perseguido ou o risco real de sofrer ofensa grave. Por outro lado, nos termos do artigo 6.º, a origem da perseguição ou ofensa grave não se confina ao Estado; podem também perpetrá-las quer “as partes ou organizações que controlam o Estado ou uma parcela significativa do referido território”, quer os agentes não estatais, se puder provar-se que os dois primeiros ou uma organização internacional “são incapazes de ou não querem proporcionar protecção contra a perseguição ou ofensa grave”. O conceito de “agentes de protecção”, por seu turno, consta do artigo 7.º, n.º 1, e abrange tanto o Estado como as partes ou organizações, incluindo organizações internacionais, que controlem o Estado ou uma parcela significativa do respectivo território. De acordo com o n.º 2, tal protecção, que deve ser efectiva e de natureza não temporária, é em geral proporcionada quando aqueles agentes “tomam medidas razoáveis para impedir a prática de actos de perseguição ou de ofensas graves e injustificadas, activando nomeadamente um sistema jurídico eficaz para detectar, accionar juridicamente e sancionar os actos que constituam perseguição ou ofensa grave, e o requerente tenha acesso a tal protecção”. Quanto ao conceito de “protecção interna” constante do artigo 8.º, ele delimita negativamente o de protecção internacional e abrange os casos em que, numa parte do país de origem, o requerente não tenha receio fundado de ser perseguido ou não se encontre perante um risco real de ofensa grave ou tenha acesso à protecção contra a perseguição ou ofensa grave. Os actos de perseguição são definidos pelo artigo 9.º, que deles fornece uma lista aberta (n.º 2). Na definição avulta a gravidade desses actos em termos de violação dos direitos humanos (n.º 1). Por fim, o artigo 10.º fornece uma série de critérios para as autoridades competentes dos Estados-Membros apreciarem os “motivos de perseguição” (por exemplo, “um grupo baseado numa característica comum de orientação sexual” pode constituir um “grupo social específico” alvo de perseguição no país de origem).

²⁸ Cf. os 23.º a 25.º considerandos da Directiva 2011/95 e os acórdãos do TJ de 8.5.2014, H. N., C-604/12, n.ºs 27-28, e de 2.12.2014, A, B e C, C-148/13 a 150/13, n.ºs 45-46.

²⁹ Ver *supra* II.3.1. O artigo 12.º, n.º 2, da Directiva 2011/95, por seu lado, retoma textualmente as causas de exclusão do estatuto de refugiado previstas pelo artigo 1.º, secção *F*, da Convenção de Genebra. No acórdão de 9.11.2010, B e D, C-57/09 e C-101/09, n.º 121, o TJ interpretou o artigo 3.º da directiva (“Normas mais favoráveis”) no sentido de que os Estados-Membros podem reconhecer um direito de asilo ao abrigo do seu direito nacional a uma pessoa excluída do estatuto de refugiado por força do artigo 12.º, n.º 2, daquela directiva, desde que tal modalidade de protecção não comporte “um risco de confusão com o estatuto de refugiado na acepção da mesma directiva”.

elegível para protecção subsidiária” como o nacional de um país terceiro ou um apátrida que não possa ser considerado refugiado, “mas em relação ao qual se verificou existirem motivos significativos para acreditar que, caso volte para o seu país de origem ou, no caso de um apátrida, para o país em que tinha a residência habitual, correria um risco real de sofrer ofensa grave (...) e que não possa ou, em virtude dos referidos riscos, não queira pedir a protecção desse país”.

Nos termos do artigo 15.º, o conceito de “ofensa grave” engloba (i) a pena de morte ou a sua execução, (ii) a tortura ou a pena ou tratamento desumano ou degradante do requerente no seu país de origem, ou (iii) “a ameaça grave e individual contra a vida ou a integridade física de um civil, resultante de violência indiscriminada em situações de conflito armado internacional ou interno”.

Sob esta perspectiva, a “crise dos refugiados” é, antes, “a crise das pessoas elegíveis para protecção subsidiária”, que fogem da violência indiscriminada em situações de conflito armado, que as expõem a “ameaça grave e individual contra a vida ou a integridade”, na acepção da alínea c) do artigo 15.º da Directiva 2011/95.

1.3. O TJ já teve ocasião de esclarecer que esta última disposição (com a sua letra à primeira vista contraditória³⁰) tem um conteúdo distinto do artigo 3.º da CEDH. Deve, por conseguinte, ser interpretada autonomamente (embora no respeito dos direitos fundamentais tal como garantidos pela CEDH), em conjugação com a alínea e) do artigo 2.º da mesma directiva, no sentido de que (i) a existência de uma ameaça grave e individual contra a vida ou a integridade física do requerente da protecção subsidiária não está subordinada à condição de este fazer prova de que é visado especificamente em razão de elementos próprios da sua situação pessoal; (ii) a existência de tal ameaça pode excepcionalmente ser dada como provada quando o grau de violência indiscriminada que caracteriza o conflito armado em curso seja tão elevado que existem motivos significativos para acreditar que um civil expulso para o país em causa ou, eventualmente, para a região em causa, poderia correr um risco real de sofrer tal ameaça, pelo simples facto de aí se encontrar³¹.

O TJ também já esclareceu que a alínea c) do artigo 15.º deve ser interpretada no sentido de que existe um conflito armado interno quando as forças regulares de um Estado se confrontam com um ou mais grupos armados, ou quando dois ou mais grupos armados se confrontam, sem ser necessário que o conflito possa ser qualificado de conflito armado que não apresenta carácter internacional, na acepção do direito internacional humanitário, e sem que a intensidade dos confrontos armados, o nível de organização das forças armadas envolvidas ou a duração do conflito sejam objecto de uma apreciação distinta da apreciação relativa ao grau de violência que existe no território em causa. O legislador da UE empregou, neste contexto, a expressão “conflito armado internacional ou interno”, que difere dos conceitos que estão na própria base do direito internacional humanitário³².

Finalmente, uma vez que o emprego do termo “subsidiária” indica que o estatuto de protecção homónima se destina aos nacionais de países terceiros que não satisfaçam os requisitos exigidos para beneficiar do estatuto de refugiado, nenhum pedido de protec-

³⁰ Na formulação de Steve Peers, *Immigration and Asylum*, cit., p. 795, “how could a person face an ‘individual’ threat by reason of ‘indiscriminate violence’?”, itálicos no original.

³¹ Ver o acórdão do TJ de 17.2.2009, Elgafi, C-465/07, n.ºs 28 e 43. No contexto em análise, o termo “individual” constante da alínea c) do artigo 15.º deve ser interpretado no sentido de que abrange as ofensas de que os civis são objecto independentemente da respectiva identidade (n.º 35).

³² Ver o acórdão do TJ de 30.1.2014, Diakité, C-285/12, n.ºs 20 e 35.

ção subsidiária deve, em princípio, ser examinado antes de a autoridade competente ter concluído que o requerente de protecção internacional não preenche os requisitos susceptíveis de justificar a concessão do estatuto de refugiado³³.

2. A Directiva “Protecção Temporária”

2.1. A Directiva 2001/55/CE do Conselho de 20 de Julho regula, em termos de “normas mínimas”, a concessão de protecção temporária no caso de afluxo maciço de pessoas deslocadas e também estabelece medidas tendentes a assegurar uma repartição equilibrada do esforço assumido pelos Estados-Membros ao acolherem estas pessoas e suportarem as consequências decorrentes do acolhimento³⁴. Foi o primeiro acto legislativo adoptado com vista ao estabelecimento do SECA, logo na primeira fase da política comum de asilo. Não foi revista até à data e também nunca foi aplicada. Mas chegou a ponderar-se a sua aplicação para fazer face à “crise migratória e de refugiados sem precedentes”.

O 15.º considerando explica que as normas e medidas a que a directiva se refere constam de um único acto legislativo porque “estão ligadas e são interdependentes por razões de eficácia, de coerência e de solidariedade e para evitar, nomeadamente, o risco de movimentos secundários”. Trata-se de um objectivo de sempre da política comum em análise, que se tem revelado em geral muito difícil de concretizar.

A directiva em análise afirma, por outro lado, o objectivo específico de “não afectar o reconhecimento do estatuto de refugiado nos termos da Convenção de Genebra”, assim como o objectivo geral de compatibilidade com as obrigações internacionais dos Estados-Membros em matéria de refugiados (16.º considerando).

2.2. A alínea *a*) do artigo 2.º da Directiva 2001/55 define a protecção temporária como “um procedimento de carácter excepcional que assegure, no caso ou perante iminência de afluxo maciço de pessoas deslocadas de países terceiros, impossibilitadas de regressar ao seu país de origem, uma protecção temporária imediata a estas pessoas, sobretudo se o sistema de asilo também não puder responder a este afluxo sem provocar efeitos contrários ao seu correcto funcionamento, no interesse das pessoas em causa e no de outras pessoas que solicitem protecção”. No caso da “crise migratória e de refugiados sem precedentes”, a expectativa de alguns Estados-Membros no sentido de que o SECA – assente no critério do “Estado-Membro de primeira entrada” como principal critério de atribuição da responsabilidade pela análise dos pedidos de asilo, consagrado pelo Regulamento “Dublin III”³⁵ – pudesse responder ao afluxo, terá porventura inviabilizado o recurso à protecção temporária.

Seja como for, na definição de “pessoas deslocadas” na acepção da alínea *a*) do artigo 2.º avulta a susceptibilidade de estarem abrangidas pelo artigo 1.º, secção *A*, da Convenção de Genebra ou por outros instrumentos de protecção internacional, de fonte interna ou internacional. A alínea *c*) do artigo 2.º da directiva menciona em especial *(i)* pessoas que tenham fugido de zonas de conflito armado e de violência endémica; *(ii)* pessoas que tenham estado sujeitas a um risco grave ou tenham sido vítimas de violações sistemáticas ou gene-

³³ Assim, o acórdão do TJ de 8.5.2014, H. N., C-604/12, n.ºs 30 e 35.

³⁴ A transposição da Directiva 2001/55 para o ordenamento jurídico português foi feita através da Lei n.º 67/2003 de 23 de Agosto.

³⁵ Ver *infra*, III.5.1.

realizadas dos direitos humanos. Trata-se, manifestamente, de pessoas que hoje são elegíveis para protecção subsidiária, na aceção da alínea *f*) do artigo 2.º da Directiva 2011/95.

Nos termos do artigo 17.º, n.º 1, da Directiva 2001/55, os beneficiários de protecção temporária devem ter a possibilidade de apresentar um pedido de asilo em qualquer altura, sendo aplicáveis, por força do artigo 18.º, os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de tal pedido, constantes, à data, da Convenção de Dublin de 1990 (“Dublin I”). Uma interpretação actualista desta disposição leva a estender tal possibilidade à apresentação de um pedido de protecção subsidiária – a qual, à data em que a Directiva 2001/55 foi aprovada, ainda não tinha sido autonomizada como modalidade de protecção internacional.

Por força do artigo 5.º, n.º 1, a existência de um afluxo maciço de pessoas deslocadas na aceção em análise é declarada por decisão do Conselho, deliberando por maioria qualificada sob proposta da Comissão.

2.3. Em matéria de solidariedade e de repartição equilibrada dos custos da protecção temporária, o fundo de cujo financiamento o artigo 24.º faz beneficiar as medidas previstas pela Directiva 2001/55 é actualmente o Fundo para o Asilo, a Migração e a Integração, estabelecido pelo Regulamento n.º 514/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de Abril.

Nos termos do artigo 25.º, n.º 1, da directiva, os Estados-Membros devem receber as pessoas susceptíveis de beneficiar de protecção temporária “num espírito de solidariedade comunitária, bem como indicar a sua capacidade de acolhimento de forma quantificada ou em termos gerais e ainda, eventualmente, “uma capacidade de acolhimento suplementar”. Em cooperação com as organizações internacionais competentes, os Estados-Membros também devem garantir que os beneficiários da protecção temporária ainda não chegados à UE manifestem o desejo de ser recebidos no seu território (n.º 2). Durante o período de protecção temporária, os Estados-Membros devem cooperar entre si, tendo em vista a transferência da residência dos beneficiários de protecção temporária de um para outro, sob reserva do consentimento dos interessados nessa transferência (artigo 26.º, n.º 1).

O capítulo da Directiva 2001/55 em que estas disposições se inserem, dedicado à solidariedade, testemunha bem que ela é produto de um tempo em que os refugiados e a protecção internacional em geral constituíam um problema marginal na UE. Dá que pensar a veemência com que a própria UE e os Estados-Membros excluem hoje aquilo de que o disposto no artigo 25.º, n.º 2, da directiva em análise constitui corolário: uma certa margem de escolha do Estado-Membro a quem solicitar protecção internacional.

3. A Directiva “Procedimentos”

3.1. Tendo em conta as fundas repercussões do direito procedimental e processual no conteúdo efectivo do direito substantivo, designadamente dos direitos subjectivos que este atribua, a actual Directiva “Qualificação” não poderia deixar de emparelhar com uma Directiva como a 2013/32/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Junho, relativa a procedimentos comuns em matéria de concessão e de retirada do estatuto uniforme de asilo ou de protecção subsidiária. Tal como a Directiva 2011/95, trata-se de uma directiva da segunda fase da política comum de asilo, que se assume como de “reformulação”

da primeira fase (Directiva 2005/85/CE), em que introduz “alterações substanciais” (1.º considerando).

Em complemento do objectivo da Directiva “Qualificação” de definir um “estatuto uniforme para refugiados ou pessoas elegíveis para protecção subsidiária”, a Directiva 2013/32 proclama o objectivo de “criar condições equivalentes” para a aplicação da primeira, instituindo “um procedimento de asilo comum na União”. Este deverá contribuir igualmente para limitar em termos gerais os “fluxos secundários de requerentes de protecção internacional” (12.º e 13.º considerandos), objectivo que também exige, especificamente, o estabelecimento de “princípios comuns aplicáveis à designação de países terceiros como seguros pelos Estados-Membros” (44.º considerando).

Apesar de tais objectivos, a Directiva 2013/32 continua a permitir que os Estados-Membros adoptem ou mantenham normas mais favoráveis na matéria desde que “compatíveis com a presente directiva”.

3.2. Dois considerandos do preâmbulo da Directiva 2013/32 são particularmente elucidativos acerca do seu conteúdo. Vale a pena citá-los.

Na síntese do 23.º considerando, “para que seja possível identificar correctamente as pessoas que necessitam de protecção enquanto refugiados na acepção do artigo 1.º da Convenção de Genebra, ou enquanto pessoas elegíveis para protecção subsidiária, os requerentes deverão ter [i] um acesso efectivo aos procedimentos, [ii] a possibilidade de cooperarem e comunicarem devidamente com as autoridades competentes de forma a exporem os factos relevantes da sua situação e [iii] garantias processuais suficientes para defenderem o seu pedido em todas as fases do procedimento. (...) [O] procedimento de apreciação de um pedido de protecção internacional deverá normalmente proporcionar ao requerente, pelo menos, [i] o direito de permanecer no território na pendência da decisão do órgão competente, [ii] o acesso aos serviços de um intérprete para apresentação do caso se for convocado para uma entrevista pelas autoridades, [iii] a oportunidade de contactar um representante do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) e organizações que prestem aconselhamento aos requerentes de protecção internacional, [iv] o direito a uma notificação adequada da decisão, [v] a fundamentação dessa decisão em matéria de facto e de direito, [vi] a oportunidade de recorrer aos serviços de um advogado ou outro consultor e [vii] o direito de ser informado da sua situação jurídica nos momentos decisivos do procedimento, numa língua que compreenda ou seja razoável presumir que compreenda, bem como, [viii] no caso de uma decisão de indeferimento, o direito a um recurso efectivo perante um órgão jurisdicional³⁶.

Por seu lado, segundo o 26.º considerando – que se concentra na vertente orgânico-funcional dos direitos procedimentais e processuais enunciados –, “[p]ara garantir um acesso efectivo ao procedimento de apreciação, os funcionários que primeiro entrem em contacto com requerentes de protecção internacional, nomeadamente os funcionários responsáveis pela vigilância das fronteiras terrestres ou marítimas ou que efectuem controlos fronteiriços, deverão receber informações pertinentes e formação adequada acerca dos modos de reconhecer e tratar os pedidos de protecção internacional, nomeadamente tendo na devida conta as orientações aplicáveis do EASO. Estes funcionários deverão ser capazes de

³⁶ No articulado da Directiva 2013/32 são expressões dos direitos e princípios elencados pelo considerando transcrito os artigos 6.º (“Acessibilidade do processo”), 9.º (“Direito de permanência no Estado-Membro durante a apreciação do pedido”), 12.º (“Garantias dos requerentes”), 14.º a 17.º (“Entrevista pessoal”), 19.º (“Prestação gratuita de informações jurídicas e processuais nos procedimentos em primeira instância”), artigos 20.º a 23.º (Assistência jurídica e representação) e 46.º (“Direito a um recurso efectivo”).

fornecer aos nacionais de países terceiros ou apátridas presentes no território, incluindo nas fronteiras, águas territoriais ou zonas de trânsito dos Estados-Membros³⁷, e que apresentem um pedido de protecção internacional, informações pertinentes sobre os locais e os modos de apresentação de tais pedidos. Se essas pessoas se encontrarem nas águas territoriais de um Estado-Membro, deverão ser levadas para terra e os respectivos pedidos deverão ser apreciados nos termos da presente directiva³⁸.

3.3. No que toca especificamente ao estabelecimento, pela Directiva 2013/32, de princípios comuns para a designação de países terceiros como seguros, convém salientar liminarmente que a principal finalidade deste conceito é permitir que os Estados-Membros declarem inadmissíveis – e fiquem, portanto, dispensados de os examinar quanto ao fundo – os pedidos de protecção internacional apresentados por requerentes para quem “um país que não um Estado-Membro for considerado país terceiro seguro”. Assim, serão as autoridades competentes deste país a examinar o pedido de protecção internacional, uma vez enviado o requerente para o respectivo território.

O conceito de país terceiro seguro tem as suas origens nas políticas de asilo alemãs e holandesas da antepenúltima década do século XX. Pensado como factor de dissuasão da vinda de requerentes de protecção internacional para a UE, a aplicação deste conceito deparou sempre com a resistência, quando não a recusa aberta, dos “países terceiros seguros” em admitir ou readmitir tais requerentes nos seus territórios³⁹.

A existência de um “país terceiro seguro” para o requerente de protecção internacional constitui um dos cinco fundamentos de inadmissibilidade do pedido de protecção internacional, taxativamente enumerados pelo n.º 2 do artigo 33.º, com remissão, no caso concreto da alínea *c*), para o artigo 38.º⁴⁰. Nos termos deste, porém, o conceito de país terceiro seguro só pode ser aplicado pelos Estados-Membros quando as competentes autoridades se certificarem nomeadamente de que, no país terceiro em causa, o requerente de protecção internacional não terá que recuar pela sua vida ou liberdade devido à sua raça, religião, nacionalidade, pertença a determinado grupo social ou opinião política, ou devido a “ofensas graves” na acepção da Directiva 2011/95. Além disso, tais autoridades devem certificar-se de que o país terceiro seguro (*i*) respeita o princípio da não repulsão, nos termos da Convenção de Genebra, e a proibição do afastamento em violação do direito de não

³⁷ O artigo 3.º, n.º 2, da Directiva 2013/32 especifica que esta não se aplica aos pedidos de asilo diplomático ou territorial apresentados em representações dos Estados-Membros.

³⁸ No articulado da directiva em análise, o artigo 4.º é a principal expressão do 26.º considerando.

³⁹ Para maiores desenvolvimentos, ver Maarten Den Heijer, Jorrit Rijpma e Thomas Spijkerborder, *Coercion, Prohibition, and Great Expectations: The Continuing Failure of the Common Asylum System*, *Common Market Law Review*, 53, 2016, p. 619.

⁴⁰ Os outros quatro fundamentos de inadmissibilidade de um pedido de protecção internacional são os seguintes: (i) obtenção de tal protecção por parte de outro Estado-Membro; (ii) obtenção de protecção internacional efectiva por parte de um “primeiro país de asilo para o requerente”, que não seja um Estado-Membro; (iii) tal pedido constitui um mero “pedido subsequente”, no sentido de que não surgiram nem foram apresentados novos elementos ou dados relevantes para a sua análise à luz da Directiva 2011/95; (iv) tal pedido, apresentado separadamente por uma pessoa a cargo do requerente, depois de este ter apresentado um pedido de protecção internacional em nome da mesma pessoa, não tem a justificá-lo nenhuns “elementos relativos à situação dessa pessoa”. A propósito da impugnabilidade contenciosa da decisão de uma autoridade nacional de não prosseguir a apreciação de um “pedido subsequente” de protecção internacional, o TJ, em acórdão de 17.12.2015, Tall, C-239/14, n.ºs 56 e 59, declarou que, não podendo a execução dessa decisão, enquanto tal, conduzir ao afastamento do autor do pedido, nem, portanto, expô-lo a um risco de tratamento contrário ao artigo 3.º da CEDH, os artigos 19.º, n.º 2, e 47.º da Carta não exigem que a legislação nacional confira efeito suspensivo ao recurso interposto de tal decisão.

ser alvo de tortura nem de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, consagrado no ordenamento internacional, (ii) concede a possibilidade de requerer o estatuto de refugiado e (iii), sendo o requerente considerado refugiado, lhe concede protecção em conformidade com a Convenção de Genebra.

Por seu turno, o conceito de país terceiro seguro europeu (ou país terceiro “super-seguro”) – que, nos termos e condições do artigo 39.º, abrange aqueles países que observam padrões particularmente elevados no que se refere aos direitos humanos e à protecção dos refugiados – permite aos Estados-Membros não apreciar, ou não apreciar de forma exaustiva, os pedidos de protecção internacional respeitantes a requerentes que entrem nos seus territórios em proveniência de tais países.

4. A Directiva “Acolhimento”

4.1. A Directiva 2013/33/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Junho, que estabelece normas em matéria de acolhimento dos requerentes de protecção internacional, é a terceira e última directiva a integrar o SECA. Igualmente de segunda fase, assume-se como de reformulação da Directiva 2003/9/CE, com a qual se encerrou a primeira fase daquele sistema. E, como não podia deixar de ser, encara a harmonização das condições de acolhimento como devendo contribuir para limitar os movimentos secundários dos requerentes, influenciados pela diversidade de tais condições (12.º considerando)⁴¹.

Nos termos do artigo 3.º n.º 1, a Directiva 2013/33 é aplicável a todos os nacionais de países terceiros e apátridas que apresentem um pedido de protecção internacional no território de um Estado-Membro, incluindo na fronteira, em águas territoriais ou em zonas de trânsito, enquanto lhes for permitido permanecer nesse território na qualidade de requerentes, bem como aos membros das suas famílias, se estes estiverem abrangidos pelo referido pedido de protecção internacional nos termos do direito nacional. Não é aplicável aos pedidos de asilo diplomático, ou territorial, apresentados nas representações dos Estados-Membros (n.º 2), nem em caso de aplicação da Directiva “Protecção Temporária” (n.º 3). Mas os Estados-Membros podem aplicá-la aos procedimentos de decisão sobre pedidos relativos a formas de protecção diferentes das previstas pela Directiva 2011/95.

4.2. A Directiva 2013/33-UE estabelece o princípio da liberdade de circulação e de residência no território do Estado-Membro de acolhimento ou numa área desse Estado (artigo 7.º), bem como o da unidade da família do requerente que se encontre presente no território, com o consentimento do requerente (artigo 12.º). Entre as questões relativas ao acolhimento dos requerentes, regula especificamente a escolaridade e a educação dos menores (artigo 14.º), o acesso efectivo ao mercado de trabalho pelo menos nove meses a contar da data de apresentação do pedido de protecção internacional (artigo 15.º, n.º 1), a formação profissional (artigo 16.º) e as condições materiais de acolhimento propriamente ditas, incluindo os cuidados de saúde (artigos 17.º a 19.º).

⁴¹ As Directivas 2011/95, 2013/32 e 2013/33 foram transpostas para o ordenamento jurídico português pela Lei n.º 26/2014, de 5 de Maio, que procedeu à primeira alteração da Lei n.º 27/2008, de 30 de Junho, relativa às condições e procedimentos de concessão de asilo ou protecção subsidiária e aos estatutos de requerente de asilo, de refugiado e de protecção subsidiária. Sobre a versão originária da Lei n.º 27/2008, ver Jorge Miranda, *Direito de asilo e refugiados na ordem jurídica portuguesa*, Lisboa, 2016, pp. 22-26.

Por outro lado, a directiva identifica, entre os requerentes aqueles que devam ser considerados “pessoas vulneráveis” para efeitos de um eventual acolhimento específico, a saber, menores, menores não acompanhados, deficientes, idosos, grávidas, famílias mono-parentais com filhos menores, vítimas de tráfico de seres humanos, pessoas com doenças graves, pessoas com distúrbios mentais e pessoas que tenham sido sujeitas a actos de tortura, violação ou outras formas graves de violência psicológica, física ou sexual, como as vítimas de mutilação genital feminina (artigos 21.º a 25.º).

Tal como precisa o 24.º considerando, o apoio material concedido não tem de ser o mesmo que os Estados-Membros concedem aos nacionais. Os Estados-Membros podem dispensar aos requerentes um tratamento menos favorável que o dispensado aos nacionais, conforme especificado na directiva⁴². Por razões de política laboral, os Estados-Membros podem dar prioridade aos cidadãos da União, aos nacionais dos Estados partes no Acordo sobre o Espaço Económico Europeu e a nacionais de países terceiros que sejam residentes legais (artigo 15.º, n.º 2, segundo parágrafo).

O artigo 20.º, n.º 1, da directiva em análise permite aos Estados-Membros reduzir ou, nos casos excepcionais, devidamente justificados, que enumera, retirar o benefício das condições materiais de acolhimento. As correspondentes decisões devem ser tomadas de forma individual, objectiva e imparcial e devem ser fundamentadas, tendo exclusivamente por base a situação particular da pessoa em causa, em especial das pessoas vulneráveis, no respeito do princípio da proporcionalidade (n.º 5). Tais decisões, à semelhança das relativas à concessão de condições materiais de acolhimento, são passíveis de recurso nos termos do direito nacional, devendo pelo menos na última instância ser concedida “a possibilidade de recurso ou de revisão, de facto e de direito, perante uma autoridade judicial” (artigo 26.º, n.º 1).

4.3. A Directiva 2013/33 insere ainda no seu articulado regras detalhadas sobre a detenção dos requerentes de protecção internacional (artigos 8.º a 11.º). O preâmbulo sintetiza-as em termos que merecem transcrição:

“A detenção de requerentes deverá ser aplicada de acordo com o princípio subjacente de que as pessoas não deverão ser detidas apenas com fundamento no facto de solicitarem protecção internacional, de acordo, em especial, com as obrigações jurídicas internacionais dos Estados-Membros e com o artigo 31.º da Convenção de Genebra. Os requerentes só poderão ser detidos em circunstâncias excepcionais, definidas de forma muito clara na presente directiva, e nos termos dos princípios da necessidade e da proporcionalidade, no que

⁴² Um dos casos é aquele em que as condições materiais de acolhimento dos Estados-Membros revestem a forma de subsídios ou cupões (artigo 17.º, n.º 5). Aí, apesar de o respectivo montante dever ser determinado com base no nível ou níveis de referência estabelecidos pelo Estado-Membro em causa no direito ou em práticas nacionais, para garantir um nível de vida adequado aos cidadãos nacionais, este Estado fica autorizado a tratar os requerentes de forma menos favorável que os cidadãos nacionais. No acórdão de 27.2.2014, *Saciri e o., C-79/13*, n.ºs 46 e 51, o TJ precisou que, sempre que um Estado-Membro opte por fornecer as condições materiais de acolhimento sob a forma de subsídios ou cupões, estes devem ser concedidos a partir do momento da apresentação do pedido de asilo. O Estado-Membro deve garantir que o montante total dos subsídios destinados a cobrir as condições materiais de acolhimento seja suficiente para assegurar um nível de vida digno e adequado para a saúde, bem como para assegurar a subsistência dos requerentes de asilo, permitindo-lhes nomeadamente dispor de um alojamento, tendo em conta, se for esse o caso, a preservação do interesse das pessoas com necessidades especiais. O montante desses subsídios deve ser suficiente para permitir alojar os filhos menores com os seus pais, de modo a que a unidade familiar dos requerentes de asilo possa ser mantida. Em caso de saturação das estruturas de alojamento destinadas aos requerentes de asilo, os Estados-Membros podem reencaminhar estes últimos para organismos abrangidos pelo sistema geral de assistência social, desde que este sistema garanta o respeito da Directiva 2013/33.

se refere à forma e à finalidade da detenção. Se um requerente for detido, deverá ter acesso efectivo às garantias processuais necessárias, tal como o direito de recurso perante uma autoridade judicial nacional” (15.º considerando).

“No que respeita aos procedimentos administrativos relativos aos fundamentos de detenção, o conceito de «diligência devida» exige que, no mínimo, os Estados-Membros adoptem medidas concretas e significativas para assegurar que o tempo necessário para verificar os fundamentos de detenção seja o mais breve possível e que haja perspectivas reais de que essa verificação possa ser levada a cabo o mais rapidamente possível. A detenção não deve exceder o tempo razoavelmente necessário para completar os procedimentos necessários” (16.º considerando).

“Os requerentes que se encontrem detidos deverão ser tratados respeitando plenamente a dignidade humana e o seu acolhimento deverá ser especificamente concebido para satisfazer as suas necessidades nesta situação. Os Estados-Membros deverão assegurar, em especial, a aplicação do artigo 37.º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança de 1989” (18.º considerando).

“A fim de garantir melhor a integridade física e psicológica dos requerentes, a detenção deverá ser uma medida de último recurso e só poderá ser aplicada depois de terem sido devidamente analisadas todas as medidas alternativas à detenção que não impliquem privação de liberdade. As medidas alternativas à detenção devem respeitar os direitos humanos fundamentais dos requerentes” (20º considerando)⁴³.

4.4. O TJ, por seu lado, já examinou em processo prejudicial a validade, à luz do artigo 6.º da Carta (“Direito à liberdade e à segurança”), do disposto na alínea *e*) do primeiro parágrafo do n.º 3 do artigo 8.º da Directiva 2013/33, nos termos do qual “os requerentes só podem ser detidos (...) se a protecção da segurança nacional e da ordem pública o exigirem”. Isto porque o artigo 5.º, n.º 1, alínea *f*), da CEDH, que consagra um “direito correspondente” ao artigo 6.º da Carta, tal como interpretado pelo TEDH, apenas permite a detenção de um requerente de asilo se essa detenção for imposta para efeitos de afastamento⁴⁴. O TJ pronunciou-se no sentido de que a disposição em causa não revelou qualquer elemento susceptível de afectar a sua validade à luz não só do artigo 6.º mas também do artigo 52.º, n.ºs 1 e 3, da Carta.

O TJ começou por recordar que o TEDH julgou no citado acórdão Nabil e o. contra Hungria que “uma privação de liberdade fundada na referida disposição da CEDH só pode ser justificada quando está em curso um processo de expulsão ou de extradição e que, no caso de esse processo não ter sido conduzido com a diligência exigida, a detenção deixa de ser justificada à luz dessa mesma disposição”. Todavia, segundo o TJ, o acórdão do TEDH “não exclui a possibilidade de um Estado-Membro proceder, no respeito das garantias processuais que a referida disposição prevê, à detenção do nacional de país terceiro contra o qual uma decisão de regresso, acompanhada de uma proibição de entrada, tenha sido adoptada antes da apresentação do pedido de protecção internacional”. Era, aliás, o que se verificava no caso do processo principal.

⁴³ Como observa Steve Peers, *Immigration and Asylum*, p. 796, as regras sobre a detenção dos requerentes de protecção internacional diferem parcialmente das regras relativas à detenção de migrantes irregulares previstas pela Directiva “Retorno” (2008/15/CE), na medida em que os fundamentos da detenção são diferentes, não havendo limite expresso para a detenção no caso das primeiras. Todavia, as regras sobre as garantias dos detidos e as condições de detenção são muito semelhantes.

⁴⁴ Ver o acórdão do TEDH de 22.9.2015, Nabil e o. c. Hungria, queixa n.º 62116/12, § 38.

Por outro lado, tendo o tribunal *a quo* informado que, “de acordo com a sua própria jurisprudência, a apresentação de um pedido de asilo por uma pessoa objecto de um processo de regresso tem por efeito tornar caduca qualquer decisão de regresso anteriormente adoptada no âmbito desse processo”, o TJ não perdeu o ensejo de contrapor a sua própria jurisprudência de sentido divergente. Segundo ela, o efeito útil da Directiva “Retorno” (2008/115) exige que um processo iniciado ao abrigo dela, no âmbito do qual tenha sido adoptada uma decisão de regresso, eventualmente acompanhada de uma proibição de entrada, possa ser retomado na fase em que foi interrompido devido à apresentação de um pedido de protecção internacional, logo que este pedido seja indeferido em primeira instância. Para o TJ uma jurisprudência nacional como a referida contraria a Directiva “Retorno” na parte em que esta, de acordo com o dever de cooperação leal dos Estados-Membros, os obriga a proceder ao afastamento do destinatário da decisão de regresso “o mais rapidamente possível”. Tal obrigação não seria respeitada se o afastamento fosse atrasado pelo facto de, após o indeferimento do pedido de protecção internacional em primeira instância, o processo de regresso não poder ser retomado na fase em que tinha sido interrompido, tendo antes que voltar ao início.

Finalmente, o TJ não deixou de endossar expressamente um fundamento de detenção dos requerentes de asilo que o TEDH parecia excluir *prima facie*, baseando-se no artigo 5.º, n.º 1, alínea *f*), da CEDH: “a detenção de um requerente de asilo quando a protecção da segurança nacional ou da ordem pública o exige é, por natureza, uma medida apta a proteger o público do perigo que o comportamento dessa pessoa pode constituir e, assim, é susceptível de realizar o objectivo prosseguido pelo artigo 8.º, n.º 3, primeiro parágrafo, alínea *e*), da Directiva 2013/33”⁴⁵.

5. Os Regulamentos “Dublin III” e “Eurodac”

5.1. O Regulamento n.º 604/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de Junho é o regulamento de segunda fase que, reformulando o Regulamento n.º 343/2003, estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de protecção internacional apresentado por um nacional de um país terceiro ou por um apátrida no território de qualquer Estado-Membro, inclusive na fronteira ou nas zonas de trânsito⁴⁶.

Cada pedido deve ser analisado por um único Estado-Membro – aquele que for designado responsável, por aplicação de tais critérios. Assim se evitarão conflitos de competência, negativos e positivos, neste contexto. Em todo o caso, a apresentação de um pedido de asilo a um Estado-Membro só o torna responsável pela análise de tal pedido, se se tratar

⁴⁵ Ver o acórdão de 15.2.2016, J. N., C-601/15 PPU, n.ºs 55 e 75 a 78 e as conclusões da advogada-geral Eleanor Sharpston, que sujeita a “uma dupla reserva” a sua pronúncia no sentido de que a disposição em causa não revela nenhum elemento susceptível de afectar a sua validade. Para uma crítica deste acórdão no sentido de que “neutraliza deliberadamente a técnica dos direitos correspondentes consagrada pelo artigo 52.º, n.º 3, da Carta”, ver Chloé Peyronnet, *Rétention des demandeurs d’asile et droit à la liberté et à la sûreté: Les errements stratégiques de la Cour de justice. Droit d’asile et droit à la liberté et à la sûreté*, *La Revue des droits de l’homme*, <http://revdh.revues.org/2070>; ver *supra*, nota 6.

⁴⁶ Como é óbvio, o Regulamento n.º 604/2013 não se circunscreve ao estabelecimento dos referidos critérios e mecanismos. Disciplina também, entre outros aspectos, as obrigações do Estado-Membro responsável (capítulo V), os procedimentos de tomada e retomada a cargo de um requerente (capítulo VI), ou a cooperação administrativa entre os Estados-Membros (capítulo VI).

do primeiro Estado-Membro em que o pedido foi apresentado e se, com base nos critérios estabelecidos, por ordem hierárquica, pelo regulamento em análise, nenhum outro Estado-Membro puder ser designado responsável (artigo 3.º, n.ºs 1 e 2).

O primeiro critério de determinação do Estado-Membro responsável, enunciado no capítulo III do regulamento em análise, atende ao facto de o requerente de protecção internacional ser um menor não acompanhado. Nesse caso, por força do artigo 3.º, n.º 1, será responsável o Estado-Membro “em que se encontrar legalmente um membro da família ou um irmão” do menor, “desde que seja no interesse superior do menor”. Só na ausência de membro da família é que será responsável o Estado-Membro a quem o menor apresentar o pedido (n.º 4).

O segundo critério atende ao facto de um membro da família do requerente de protecção internacional residir, como beneficiário de protecção internacional, num determinado Estado-Membro, e o terceiro atende ao facto de um membro da família do requerente ser ele próprio requerente de protecção internacional num Estado-Membro. Em tais hipóteses, são estes os Estados-Membros responsáveis, “desde que os interessados manifestem o seu desejo por escrito” (artigos 9.º e 10.º).

O quarto critério atende ao vínculo familiar entre os vários requerentes. Em tal hipótese, é responsável pela análise dos pedidos de todos eles (i) o Estado-Membro que os critérios designarem como responsável pela análise do maior número, ou então (ii) o Estado-Membro que os critérios designarem como responsável pela análise do pedido do membro da família mais idoso (artigo 11.º).

O quinto critério atende ao facto de o requerente estar na posse de um título de residência válido ou de um visto válido, hipótese em que é responsável o Estado-Membro que lho(s) tiver emitido (artigo 12.º, n.º 1). Se os títulos de residência ou os vistos tiverem sido emitidos por diferentes Estados-Membros, o n.º 3 do mesmo artigo estabelece a ordem de determinação do responsável. Os restantes números contemplam os casos de existência de um ou mais vistos e títulos de residência caducados ou emitidos mediante fraude.

O último critério é o do “Estado-Membro da primeira entrada”, também designado pela expressão *one stop, one shop*. Nos termos do artigo 13.º, o Estado-Membro cuja fronteira externa o requerente atravessou ilegalmente, ou em cujo território permaneceu ilegalmente durante um determinado período, é o responsável pela análise do pedido⁴⁷. Tal critério terá sido incluído na lista por pressão dos Estados-Membros norte-europeus tradicionalmente mais solicitados em termos de protecção internacional, como modo de redistribuir as responsabilidades e os encargos pelos “Estados-Membros da primeira entrada”, de resto, bem identificados⁴⁸.

5.2. De acordo com o artigo 17.º (“Cláusulas discricionárias”), em derrogação do n.º 1 do artigo 3.º, cada Estado-Membro pode decidir analisar um pedido de protecção internacional que lhe seja apresentado por um nacional de país terceiro, ou por um apátrida, mesmo que essa análise não seja da sua competência por aplicação dos critérios analisados. Esta cláusula pretende-se expressão da prerrogativa de soberania tradicionalmente associada à concessão de asilo pelos Estados.

⁴⁷ Nos termos do segundo parágrafo do n.º 2 do artigo 13.º, se o requerente tiver permanecido em vários Estados-Membros, “o Estado-Membro em que tal ocorreu mais recentemente é responsável pela análise do pedido de protecção internacional”.

⁴⁸ Cf. Marcello Di Filippo, Dublin ‘reloaded’ or time for ambitious pragmatism?, Outubro de 2016, <http://eumigrationlawblog.eu>, p. 3.

Por outro lado, nos termos do segundo parágrafo do n.º 2 do artigo 3.º, caso seja impossível transferir um requerente para o Estado-Membro inicialmente designado responsável – por existirem motivos válidos para crer que há falhas sistémicas no procedimento de asilo e nas condições de acolhimento dos requerentes nesse Estado-Membro, que impliquem um risco de tratamento desumano ou degradante na aceção do artigo 4.º da Carta –, o Estado-Membro que procede à determinação do responsável prossegue a análise dos critérios estabelecidos no capítulo III do Regulamento “Dublin III”, a fim de decidir se algum deles permite que outro Estado-Membro seja designado responsável⁴⁹. Se tal designação não for possível, o Estado-Membro que procurou efectuarla torna-se ele próprio responsável, embora mantendo a faculdade de enviar o requerente para um país terceiro seguro, no respeito da Directiva 2013/32 (n.º 3 do artigo 3.º)⁵⁰.

5.3. A distribuição dos requerentes de protecção internacional segundo o Regulamento “Dublin III” não se baseia, como acaba de ver-se, num sistema de quotas calculado em função do rendimento fiscal ou da população dos Estados-Membros, em contraste com aquela que é a regra em várias federações⁵¹. Por outro lado, com excepção dos menores não acompanhados e dos requerentes de asilo com membros da família a beneficiarem ou a requererem protecção internacional num Estado-Membro, o Regulamento n.º 604/2013 não toma em consideração as preferências das pessoas carecidas de protecção internacional.

Parte, antes, da premissa segundo a qual, havendo nivelamento entre os Estados-Membros no que respeita ao procedimento aplicável e às condições de acolhimento daquelas pessoas, torna-se indiferente para elas a questão de saber qual o Estado-Membro que lhes concederá protecção internacional. O sistema em causa habilita, portanto, os Estados-Membros a forçar os requerentes de protecção internacional a sujeitarem-se a um processo de asilo num determinado local, suscitando com isso, não raro, a resistência por parte daqueles⁵².

Com a “crise migratória e de refugiados sem precedentes”, o critério do “Estado-Membro da primeira entrada”, assumiu uma relevância desproporcionada para efeitos da determinação do Estado responsável na aceção do Regulamento “Dublin III”. A este respeito, dá sobretudo que pensar o facto de a principal medida adoptada a nível da UE para ajudar a Itália e a Grécia a enfrentarem melhor uma “situação de emergência caracterizada por um súbito afluxo de nacionais de países terceiros” – a recolocação – implicar a suspensão

⁴⁹ O segundo parágrafo do n.º 2 do artigo 3.º acolhe uma parte do dispositivo do acórdão do TJ de 21.12.2011, N. S. e M. E. e o., C-411/0 e C-493/10; ver o segundo e o terceiro parágrafos do ponto 3) do dispositivo e também o acórdão do TJ de 14.11.2013, Puid, C-4/11, n.ºs 36 e 37.

⁵⁰ Em acórdão de 17.3.2016, Mirza, C-695/15 PPU, n.º 53, o TJ precisou que o n.º 3 do artigo 3.º do Regulamento “Dublin III” deve ser interpretado no sentido de que o direito de enviar um requerente de protecção internacional para um país terceiro seguro também pode ser exercido por um Estado-Membro que admitiu ser responsável, em aplicação deste regulamento e no âmbito do processo de retomada a cargo, pela análise do pedido de protecção internacional apresentado por um requerente que saiu desse Estado-Membro antes de ter sido tomada uma decisão quanto ao mérito do pedido.

⁵¹ Para maiores desenvolvimentos, ver Den Heijer, Rijpma e Spijkerboer, *Coercion, Prohibition and Great Expectations*, cit., p. 610.

⁵² Para maiores desenvolvimentos, ver Den Heijer, Rijpma e Spijkerborder, *Coercion, prohibition, and Great Expectations*, cit., pp. 610-611. Os autores ilustram a ineficácia que, em grande medida, consideram caracterizar o sistema em análise através do seguinte exemplo: em 2013, de um total de 76.358 pedidos de transferência ao abrigo dos Regulamentos “Dublin” que se sucederam, apenas 56.466 foram aceites pelos Estados-Membros requeridos e só 15.938 (20%) foram executados

do capítulo daquele regulamento que estabelece os critérios de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de asilo⁵³.

5.4. Finalmente, o Regulamento n.º 603/2013 de 26 de Junho, também de segunda fase e reformulador do anterior (Regulamento n.º 2725/2000) rege o sistema “Eurodac” de comparação de impressões digitais para efeitos da aplicação efectiva do Regulamento Dublin III. Tal exige a identificação exacta de quem tiver apresentado um pedido de protecção internacional a mais do que um Estado-Membro, eventualmente sob diferentes identidades.

Mas o Regulamento n.º 603/2013 também estabelece as condições em que as autoridades dos Estados-Membros e a Europol podem solicitar a comparação de dados dactiloscópicos com os dados conservados no sistema central, “para fins de aplicação da lei”. Esta novidade da segunda fase marca a transformação do sistema “Eurodac”, originariamente circunscrito à protecção internacional, num instrumento de direito penal ao serviço do combate ao terrorismo.

O regulamento em análise vincula cada Estado-Membro a recolher sem demora as impressões digitais de todos os dedos de cada requerente de protecção internacional com, pelo menos, 14 anos de idade e a transmiti-las o mais rapidamente possível ao sistema central, no prazo de 72 horas a contar da apresentação do pedido de protecção internacional. Os dados dactiloscópicos assim transmitidos por qualquer Estado-Membro são comparados automaticamente com os transmitidos por outros Estados-Membros e já conservados no sistema central (artigo 9.º). Esta obrigação estende-se à recolha dos mesmos dados aos nacionais de países terceiros interceptados pelas autoridades de controlo competentes por ocasião da passagem ilegal das fronteiras terrestres, marítimas ou aéreas do Estado-Membro em causa, provenientes de um país terceiro e que não sejam afastados ou que permaneçam fisicamente no território dos Estados-Membros, mas não fiquem sob custódia policial, isolamento ou detenção durante todo o período compreendido entre a intercepção e o afastamento com base na decisão de regresso (artigo 14.º).

Por outro lado, a fim de verificar se um nacional de país terceiro ou um apátrida em situação irregular no seu território apresentaram previamente um pedido de protecção internacional noutro Estado-Membro, cada Estado-Membro pode transmitir ao sistema central os dados dactiloscópicos que tiver recolhido desse nacional de país terceiro ou apátrida, acompanhados do número de referência por ele atribuído (primeiro parágrafo do n.º 1 do artigo 17.º). O segundo parágrafo especifica os casos em que, como regra geral, se justifica proceder a essa verificação.

IV: As principais medidas da União perante a “crise migratória e de refugiados sem precedentes”

São três as principais medidas tomadas no plano da UE para fazer face à crise em epígrafe, que se tornou realmente sem precedentes a partir do Verão de 2015: (i) a criação de *hotspot areas*, na bizarra versão portuguesa, “zonas dos pontos de crise”; (ii) a adopção de “medidas provisórias no domínio da protecção internacional a favor da Itália e da Grécia”;

⁵³ A definição de recolocação que consta das decisões do Conselho examinadas *infra*, IV.3. tem, aliás, como referente expresso o Regulamento “Dublin III”: “transferência de um requerente do território do Estado-Membro que os critérios enunciados no capítulo III do Regulamento n.º 604/2013 indicam como responsável pela análise do seu pedido de protecção internacional para o território do Estado-Membro de recolocação”.

(iii) a “Declaração UE-Turquia” de 7 de Março de 2016, com uma importante dimensão externa (ao contrário das duas primeiras, de dimensão no essencial interna à União). Todas elas são de carácter conjuntural e de eficácia comprovadamente diminuta, suscitando dúvidas quanto à sua compatibilidade com o *higher law* aplicável. Todas elas têm sido acompanhadas por medidas unilaterais dos Estados-Membros de trânsito e de destino do fluxo misto em causa, que vão da reintrodução de controlos nas fronteiras internas, à construção de muralhas nas fronteiras externas ou anúncios de limitações quantitativas ao acolhimento de requerentes de protecção internacional.

Antes de analisar criticamente apenas as que são imputáveis à UE, convém recordar, em termos muito sucintos, as circunstâncias e os impulsos políticos que estiveram na sua origem.

1. Circunstâncias e impulsos políticos

1.1. Pode dizer-se que a crise em análise teve o seu primeiro episódio em Abril de 2015, quando o número de mortes por afogamento no Mediterrâneo de imigrantes e de pessoas carecidas de protecção internacional, atingindo proporções até então nunca vistas, levou a Comissão a apresentar ao Conselho, reunindo conjuntamente os Ministros dos Negócios Estrangeiros e da Administração Interna em 20 do mesmo mês, um plano de acção com medidas de resposta imediata à crise, incluindo o compromisso de examinar opções para criar um mecanismo de “recolocação de emergência”.

Por sua vez, o Conselho Europeu, em reunião extraordinária de 23 de Abril de 2015, depois de constatar que “a situação no Mediterrâneo é trágica”, estabeleceu como “prioridade imediata” “impedir que morra mais gente no mar”. O que passaria por (i) reforçar as operações conjuntas da Frontex de vigilância e de resgate nas fronteiras externas mediterrânicas (de nomes “Triton” e “Poseidon”), triplicando os recursos financeiros para 2015 e 2016; (ii) combater os traficantes em conformidade com o direito internacional; (iii) evitar os fluxos de migração ilegal; (iv) reforçar a solidariedade e a responsabilidade a nível interno. A recolocação e a reinstalação⁵⁴ a que se recorresse para o efeito dependeriam de acordo entre os Estados-Membros.

O Conselho Europeu instou ainda a Comissão a apresentar uma agenda europeia em matéria de migração, a fim de preparar “uma abordagem mais sistemática e geograficamente abrangente para a migração”.

1.2. A Agenda Europeia para a Migração foi efectivamente apresentada pela Comissão em 13 de Maio seguinte, sob a forma de comunicação ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões⁵⁵. A Comissão anunciava a

⁵⁴ A Recomendação 2015/914 da Comissão de 8.6.2015 define a reinstalação como a transferência de pessoas deslocadas com necessidades inequívocas de protecção internacional, a pedido do ACNUR, de um país terceiro para um Estado-Membro, com o acordo deste último, no intuito de as proteger contra a repulsão, admitir e conceder o direito de estada e quaisquer outros direitos semelhantes aos concedidos a um beneficiário de protecção internacional. Para evitar que tais pessoas “se vejam obrigadas a recorrer a redes criminosas de passadores e traficantes”, a Comissão propôs “um regime de reinstalação a nível da UE que disponibiliza 20.000 lugares com base numa chave de repartição”. Em conclusões de 22.7.2015, os Representantes dos Governos dos Estados-Membros reunidos no Conselho aprovaram a recomendação e decidiram levá-la à prática de acordo com uma chave de repartição estabelecida em anexo.

⁵⁵ Ver o documento COM(2015) 240 final.

intenção de activar o mecanismo de intervenção urgente previsto pelo artigo 78.º, n.º 3, do TFUE, já analisado. E referia-se ainda a um programa de recolocação, que deveria tornar-se obrigatório para os Estados-Membros, das pessoas manifestamente carecidas de protecção internacional que já se encontrassem no interior da UE, em paralelo com o programa de reinstalação à escala da UE de 20.000 pessoas. As pessoas não carecidas de protecção internacional e, portanto, em situação irregular em solo europeu, deveriam regressar aos seus países de origem⁵⁶.

Por outro lado, a Comissão anunciou uma nova abordagem para ajudar os “Estados-Membros da primeira linha”, que começou por designar por “pontos de acesso” nas suas fronteiras externas, no âmbito dos quais o EASO, a Frontex e a Europol trabalhariam no terreno com aqueles Estados “para proceder rapidamente à identificação, registo e recolha das impressões digitais dos migrantes”.

No que respeita à cooperação com países terceiros, a Comissão referiu-se à Turquia como “um bom exemplo de um país onde há muito a ganhar com o reforço da cooperação”.

Para além dos aspectos recordados, que estiveram na origem das três medidas a analisar, a Agenda Europeia da Migração pronunciou-se expressamente sobre a política comum de asilo. Começando por salientar que uma das fraquezas desta política “tem sido a falta de confiança mútua entre os Estados-Membros, nomeadamente devido à fragmentação persistente do sistema de asilo”, a Comissão anunciou que proporia o reforço das disposições sobre o conceito de país de origem seguro, contemplado pela Directiva “Procedimentos”, “para apoiar o tratamento rápido dos pedidos de asilo dos requerentes oriundos de países considerados seguros. Finalmente, sobre o Regulamento “Dublin III”, a Comissão limitou-se a constatar que, quando foi concebido, a União estava numa fase diferente de cooperação na matéria, sendo os fluxos que então enfrentava de natureza e escala diferentes. Admitiu vagamente que, quando avaliasse tal sistema em 2016, poderia “também apoiar-se na experiência dos mecanismos de recolocação e de reinstalação”.

1.3. Em 3 de Setembro de 2015, procurando retomar uma tradição comprometida pela crise do euro, o eixo germano-francês, através da Chanceler Angela Merkel e do Presidente François Hollande, dirigiu aos presidentes do Conselho Europeu, da Comissão e ao primeiro-ministro do Estado-Membro da presidência do Conselho, uma carta com um plano de acção para aplicar integralmente e sem demora as iniciativas e decisões tomadas a nível da UE.

As medidas elencadas são as seguintes: (i) a criação daquilo que a Comissão começou por denominar “pontos de acesso”, mais conhecidos por *hotspot areas*, em determinados pontos das fronteiras externas da Itália e da Grécia, para proceder, logo que possível, à identificação, registo e recolha de impressões digitais dos recém-chegados e para determinar as suas necessidades de protecção internacional e, eventualmente, a obrigação de regressar ao país de origem; (ii) a observância e a boa aplicação do SECA, no respeitante tanto aos processos como às normas em matéria de acolhimento e de tomada a cargo dos refugiados; (iii) a repartição, equitativa e num espírito de solidariedade entre os Estados-Membros, das pessoas manifestamente carecidas de protecção internacional; para o efeito, a carta convidava a Comissão a apresentar uma proposta complementar relativa a um mecanismo perma-

⁵⁶ Esta “política de regresso” tem-se revelado de execução difícil: estima-se que na UE existam 5 milhões de indocumentados, nem elegíveis para uma forma de protecção internacional, nem expulsáveis para um país terceiro. Em 2013, por exemplo, só 39,2% das decisões de regresso emitidas foram efectivamente executadas; cf. COM(2015) 240 final, p. 11.

nente e obrigatório de recolocação dessas pessoas; *(iv)* o afastamento efectivo dos imigrantes irregulares, promovendo-se a sua readmissão nos países terceiros de origem e de trânsito; *(v)* o estabelecimento de uma lista comum de países de origem seguros, para garantir uma actuação coerente à escala da UE e uma base uniforme para as decisões das autoridades nacionais em matéria de asilo; os países candidatos à adesão à UE, nomeadamente os dos Balcãs Ocidentais deveriam ser considerados países de origem seguros; *(vi)* o prosseguimento e a amplificação dos esforços para dismantelar as redes criminais de tráfico de seres humanos.

1.4. Catorze meses depois do envio da carta, os factos falam por si quanto ao realismo político das propostas e ao grau de execução das mesmas. A carta acabava nos seguintes termos: “A França e a Alemanha estão determinadas a defender Schengen. Este sistema garante a liberdade de circulação e permite aos Estados-Membros vencer melhor os desafios com que estão confrontados: gestão das fronteiras, política migratória, política de asilo e luta contra o terrorismo e a criminalidade organizada”.

Ironicamente, logo na semana seguinte, o governo alemão foi o primeiro a reintroduzir o controlo de pessoas nas fronteiras internas com a Áustria, primeiro ao abrigo do artigo 28.º do Código das Fronteiras Schengen (“Procedimento específico em casos que exijam acção imediata”) e depois, esgotado o prazo máximo de dois meses previsto por este artigo, ao abrigo do artigo 25.º do mesmo código. O governo alemão alegou a necessidade de não perder o controlo sobre o número excepcional de chegadas, tendo em conta que a maior parte dessas pessoas não tinha sido registada noutro Estado-Membro, o que geraria um défice de segurança devido ao seu número elevado. Seguiram-lhe sucessivamente o exemplo, com fundamentos semelhantes, a Áustria, a Dinamarca, a Suécia e a Noruega.

Esgotado o prazo máximo de seis meses para a reintrodução do controlo nas fronteiras internas estabelecido pelo artigo 25.º, os cinco Estados foram expressamente habilitados pela Decisão de Execução do Conselho 2016/894 de 12 de Maio a manter o controlo nas suas fronteiras internas por mais seis meses, desta vez ao abrigo do artigo 29.º⁵⁷, “para fazer face a uma ameaça grave à ordem pública ou à segurança interna, causada por movimentos secundários de migrantes em situação irregular na sequência de deficiências graves no controlo das fronteiras externas” (11.º considerando). Para a Alemanha, tal prazo expiraria em 12 de Novembro de 2016.

Tendo isso em conta, o Conselho, por proposta da Comissão, adoptou a Decisão de Execução 2016/1989 de 11 de Novembro, novamente com base no artigo 29.º do Código das Fronteiras Schengen – entretanto alterado pelo artigo 80.º do Regulamento 2016/1624 –, recomendando aos mesmos cinco Estados o prolongamento do controlo em determinadas fronteiras internas por mais três meses a contar daquela data⁵⁸.

⁵⁷ Este artigo, que estabelece um “procedimento específico” de reintrodução temporária do controlo nas fronteiras internas “em circunstâncias excepcionais que ponham em risco o funcionamento global do espaço Schengen”, admite que tal controlo se possa manter por um prazo máximo de dois anos, resultante da prorrogação do período inicial de até seis meses no máximo por três vezes.

⁵⁸ Para maiores desenvolvimentos, ver Nuno Picarra, *Union européenne, frontières extérieures et frontières intérieures dans la «crise des migrants et des réfugiés sans précédent»*. Sur l'article 29 du code frontières Schengen et sur la décision d'exécution 2016/894 du Conseil, *Themis*, XVII, cit., pp. 67-124, e também *La modification discrète de l'article 29 du code frontières Schengen par le règlement 2016/1624 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes : comblement d'une lacune ?*, Novembro de 2016, <http://eumigrationlawblog.eu>.

2. As “zonas dos pontos de crise” (*hotspot areas*)

2.1. Aquilo que a Agenda Europeia da Migração começou por denominar “pontos de acesso” junto às fronteiras externas dos “Estados-Membros da primeira linha” para fazer face aos fluxos migratórios de carácter excepcional, assentava no reconhecimento, inevitável, de que o número de pessoas que atravessam tais fronteiras ultrapassa a capacidade dos Estados-Membros em causa para gerir ordenadamente a chegada dessas pessoas. A tarefa de que o SECA os incumbe de as registar a todas não estaria ao alcance de nenhum deles sozinho, como não estaria ao alcance de nenhum outro Estado-Membro que se confrontasse com tal tarefa.

O conceito consta hoje do Regulamento 2016/1624 de 14 de Setembro, relativo à Guarda Europeia de Fronteiras e Costeira. O artigo 2.º, ponto 10, define “zona dos pontos de crise” como aquela em que “o Estado-Membro de acolhimento, a Comissão, as agências da União competentes e os Estados-Membros participantes cooperam, com o objectivo de gerir um desafio migratório existente ou potencialmente desproporcionado, caracterizado por um aumento significativo do número de migrantes que chegam às fronteiras externas”.

Tal cooperação assume principalmente a forma de “equipas de apoio à gestão dos fluxos migratórios”, definidas pelo ponto 9) do mesmo artigo, como as equipas de peritos que fornecem reforço técnico e operacional aos Estados-Membros nas zonas dos pontos de crise e são compostas por peritos dos Estados-Membros destacados pela Agência Europeia da Guarda de Fronteiras e Costeira, sucessora da Frontex, e pelo EASO, bem como por peritos daquela Agência, da Europol⁵⁹ ou de outras agências competentes da União. O seu regime jurídico encontra-se no artigo 18.º

Até à data foram criadas cinco *hotspot areas* em Itália e cinco na Grécia. A sua instalação e colocação em funcionamento têm sido lentas, tendo em conta tudo o que exigem em termos de conjugação de esforços e de coordenação, assim como de aprovação de legislação adequada⁶⁰.

2.2. A proeminência que o Regulamento 2016/1624 atribui à Agência Europeia de Guardas de Fronteiras e Costeira, sucessora da Agência Frontex, nas “zonas dos pontos de crise”, afigurando-se em contradição com uma “abordagem multi-actor” subjacente ao conceito, é bem reveladora da abordagem mais securitária do SECA na gestão dos “fluxos mistos desproporcionados” e, portanto, menos centrada nas reais necessidades de protecção internacional que suscitam⁶¹.

Por outro lado, como já se observou lucidamente, as “zonas dos pontos de crise” e as actividades que aí se desenvolvem limitam-se a coadjuvar os “Estados-Membros da primeira

⁵⁹ O regime jurídico da Europol encontra-se actualmente no Regulamento 2016/794 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11.5.2016.

⁶⁰ Sobre as impropriamente chamadas, na versão portuguesa do Regulamento 2016/1624, “zonas dos pontos de crise”, ver a Comunicação da Comissão de 23.9.2015, “Gestão da crise dos refugiados: medidas operacionais, orçamentais e jurídicas imediatas nos termos da Agenda Europeia da Migração”, COM(2015) 490 final, anexo 2, p. 2; Relatório sobre o avanço da execução da abordagem dos “hotspots” na Grécia, COM(2016) 141 de 4.3.2016; *On the frontline: the hotspot approach to managing migration*, Estudo para a Comissão LIBE, Parlamento Europeu, Maio de 2016, <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analysis>; Aikaterini Drakopoulou, Hotspots: the case of Greece, <http://eumigrationblog.eu>; Catharina Ziebritzki, Chaos in Chios: Legal questions regarding the administrative procedure in the Greek hotspots, Julho de 2016, <http://eumigrationblog.eu>.

⁶¹ No mesmo sentido, ver Den Heijer, Rijpma e Spijkerborder, Coercion, Prohibition, and Great Expectations: The Continuing Failure of the Common Asylum System, cit., p. 628.

linha” no desempenho da tarefa desproporcionada que lhes impõem os Regulamentos “Dublin III” e “Eurodac” de recolher as impressões digitais de todas as pessoas que atravessaram irregularmente as respectivas fronteiras. A execução de tal tarefa com sucesso aumenta exponencialmente a responsabilidade desses Estados pela análise dos correspondentes pedidos de asilo, tornando efectivos os desequilíbrios inerentes ao sistema de Dublin⁶². É neste ponto que entrosam as medidas provisórias a favor da Itália e da Grécia, a seguir analisadas.

3. As medidas provisórias a favor da Itália e da Grécia

3.1. As medidas provisórias no domínio da protecção internacional a favor da Itália e da Grécia – a fim de as ajudar a enfrentarem melhor uma “situação de emergência caracterizada pelo súbito afluxo de nacionais de países terceiros a esses Estados-Membros” – constam da Decisão 2015/1523 do Conselho, de 14 de Setembro, e da Decisão 2015/1601, também do Conselho, de 22 de Setembro, adoptadas com base no artigo 78.º, n.º 3, do TFUE. Ambas estabelecem um mecanismo de recolocação, na acepção já analisada, apenas aplicável aos nacionais de países terceiros que (i) tenham apresentado um pedido de protecção internacional em Itália ou na Grécia, pela análise do qual esses Estados seriam responsáveis, em aplicação dos critérios estabelecidos no capítulo III do Regulamento n.º 604/2013 e (ii) tenham nacionalidades relativamente às quais o número de decisões de concessão de protecção internacional adoptadas em primeira instância seja igual ou superior a 75% do total dessas decisões.

A primeira decisão aponta para a recolocação, numa base voluntária entre os Estados-Membros de recolocação⁶³, de 40.000 pessoas com clara necessidade de protecção internacional, 24.000 a partir da Itália e 16.000 a partir da Grécia. A segunda decisão, em contrapartida, determina obrigatoriamente a recolocação de 120.000 pessoas carecidas de protecção nos outros Estados-Membros, de acordo com os quadros de contingentes estabelecidos em anexo. Nos termos do artigo 4.º, n.º 5, da segunda decisão, qualquer Estado-Membro poderia, em circunstâncias excepcionais, notificar o Conselho e a Comissão até 26 de Dezembro de 2015 de que se encontrava temporariamente impedido de participar na recolocação de, no máximo, 30% dos requerentes do contingente atribuído, “apresentando razões devidamente justificadas e compatíveis com os valores fundamentais da União, consagrados no artigo 2.º” do TUE⁶⁴.

Os restantes Estados-Membros ficam ainda vinculados a aumentar o seu apoio operacional à Itália e à Grécia, disponibilizando, nomeadamente, peritos nacionais para uma série de actividades de apoio (artigo 7.º de ambas as decisões)

Em compensação, a Itália e a Grécia ficam vinculadas a assegurar “um sólido mecanismo de identificação, registo e recolha de impressões digitais para efeitos do procedimento

⁶² Para maiores desenvolvimentos ver Francesco Maiani, Hotspots and Relocation Schemes: The right therapy for the Common European Asylum System?, <http://eumigrationlawblog.eu>.

⁶³ Definidos pela alínea a) do artigo 2.º de ambas as decisões como o Estado-Membro que se torna responsável pela análise do pedido de protecção internacional nos termos do Regulamento n.º 604/2013, apresentado na sequência da recolocação do requerente no território desse Estado-Membro.

⁶⁴ O artigo 9.º de ambas as decisões também prevê que qualquer outro Estado-Membro confrontado com uma situação de emergência caracterizada por um súbito afluxo de nacionais de países terceiros pode beneficiar da suspensão da sua participação na recolocação. Pela Decisão 2016/964 do Conselho de 9.6.2016, a Suécia (que registou o número mais elevado de requerentes de protecção internacional *per capita* na União em 2015, com 11.503 pedidos por milhão de habitante) passou a beneficiar dessa suspensão até 16.6.2017.

de recolocação, de modo a identificar rapidamente as pessoas com necessidade de protecção internacional elegíveis para a recolocação e a identificar os migrantes que não têm direito a protecção internacional e que deverão, por conseguinte, ser obrigados a regressar” (37.º considerando da Decisão 2015/1601).

3.2. No preâmbulo de ambas as decisões (respectivamente, 18.º e 23.º considerandos) reconhece-se que, para além de uma derrogação ao Regulamento “Dublin III”, tais decisões implicam uma derrogação ao consentimento do requerente de protecção internacional, exigido pelo artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento n.º 516/2014⁶⁵. Isto quando se trate da transferência do requerente do Estado-Membro que lhe concedeu protecção internacional, ou é responsável pela análise do pedido nesse sentido, para outro Estado-Membro, onde o mesmo requerente beneficiará de protecção equivalente, ou verá analisado o seu pedido de protecção internacional.

Apenas os Estados-Membros de recolocação, “no devido respeito pelo princípio da não discriminação”, poderão indicar as suas preferências em relação aos requerentes de protecção internacional (29.º considerando da primeira decisão e 34.º da segunda).

Tal como explicitado no preâmbulo de ambas as decisões, nenhum requerente tem o direito, ao abrigo da legislação da União, de escolher o Estado-Membro responsável pela análise do seu pedido. Apenas lhe cabe o direito efectivo de recorrer da decisão de recolocação, “tendo unicamente em vista garantir o respeito dos seus direitos fundamentais” (30.º considerando da Decisão 2015/1523 e 35.º da Decisão 2015/1601).

3.3. As Decisões do Conselho adoptadas com base no artigo 78.º, n.º 3, do TFUE acabaram por se tornar a face mais visível da grave desunião europeia que se verifica no âmbito da política comum de asilo e do SECA. A segunda decisão teve os votos contra da Hungria, da República Checa, da Eslováquia e da Roménia e as abstenções da Polónia e da Finlândia. Dela foram interpostos dois recursos de anulação pendentes no TJ⁶⁶. E os quatro Estados-Membros do grupo de Visegrad recusaram-se abertamente a dar cumprimento a esta decisão. Na Hungria, a quota de refugiados atribuída pela Decisão 2015/1601 foi até submetida a referendo realizado no final de Setembro de 2016 e nele rejeitada em termos juridicamente não vinculativos segundo o direito nacional⁶⁷.

Por outro lado, a recolocação de pessoas entre os Estados-Membros que não se opuseram ao cumprimento das decisões do Conselho tem deparado com obstáculos e lentidões burocráticas sérias, continuando o número de recolocações muito baixo (em 27 de Setembro de 2016, contavam-se 1196 recolocações a partir da Itália e 4455 a partir da Grécia). Tais obstáculos e lentidões reflectem em boa medida a falta de empenho da generalidade dos Estados-Membros na execução das decisões analisadas. Nalguns casos, tal será até estimulado pela resistência dos próprios requerentes de protecção internacional à sua recolocação

⁶⁵ Este regulamento, de 16.4.2014, criou o Fundo para o Asilo, a Migração e a Integração.

⁶⁶ Processos Eslováquia contra Conselho, C-643/15 e Hungria contra Conselho, C-647/15.

⁶⁷ Apesar de tudo, a Decisão 2015/1601 foi recentemente alterada pela Decisão 2016/1754 do Conselho, de 29.9.2016, de modo a permitir que, relativamente aos 54.000 requerentes cuja recolocação deve ser feita nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 4.º da primeira decisão, os Estados-Membros optem pelo cumprimento das correspondentes obrigações através da admissão directa, no seu território, de nacionais sírios presentes na Turquia, ao abrigo de regimes de admissão nacionais ou multilaterais de pessoas com clara necessidade de protecção internacional, com excepção do regime de reinstalação, objecto das já citadas conclusões dos Representantes dos Governos dos Estados-Membros reunidos no Conselho de 20 de Julho de 2015. A alteração assumiu a forma de um n.º suplementar (3-A) inserido no artigo 4.º da Decisão 2015/1601.

forçada, no sentido mais próprio da expressão, contra a sua vontade e sem ter em conta as suas perspectivas de integração.

4. A Declaração UE-Turquia de 7 de Março de 2016

4.1. A insuficiência das medidas de carácter interno à União para atenuar a crise – entretanto agravada pelo aumento exponencial dos fluxos mistos, sobretudo em direcção às fronteiras externas marítimas da Grécia nos seis meses que se seguiram à adopção das duas decisões do Conselho analisadas – levou, como já se referiu, os Estados-Membros de trânsito e de destino desses fluxos a tomar uma série de medidas unilaterais que se traduziram, não raro, na rejeição pura e simples dos refugiados nas suas fronteiras⁶⁸.

É neste contexto, como nova tentativa de alcançar uma solução para a crise no plano da UE que surge a “Declaração UE-Turquia”, datada de 7 de Março de 2016. Mediante tal declaração, a UE, por um lado, e a Turquia, por outro, acordaram em “determinadas acções”, a saber: (i) todos os novos migrantes em situação irregular que partam da Turquia e cheguem às ilhas gregas a partir de 20 de Março de 2016 são devolvidos à Turquia; os custos das operações de retorno desses migrantes ficam a cargo da UE; (ii) por cada sírio devolvido à Turquia a partir das ilhas gregas, outro sírio deslocado na Turquia é reinstalado na UE, devendo criar-se um mecanismo para o efeito, com o apoio da Comissão, das agências da União e de outros Estados-Membros; (iii) a Turquia toma todas as medidas necessárias para evitar a abertura, a partir do seu território, de novas rotas de migração irregular, marítimas ou terrestres, em direcção à UE; (iv) esta, por seu lado, agiliza o pagamento à Turquia do montante de três biliões de euros para apoio aos refugiados instalados em território turco.

4.2. A Declaração UE-Turquia foi entretanto objecto de três recursos de anulação pendentes perante o Tribunal Geral da UE. Entre as alegações comuns, destacam-se as seguintes: (i) um tal acordo, tendo como Partes Contratantes a Turquia, por um lado, e o Conselho Europeu, por outro, não é compatível com os artigos 1.º, 18.º e 19.º da Carta; (ii) a Turquia não é um país terceiro seguro na acepção do artigo 38.º da Directiva 2013/32, na medida em que, devido a uma reserva feita no momento da assinatura da Convenção de Genebra, não está vinculada a aplicá-la “em relação com os acontecimentos ocorridos fora da Europa”; (iii) o acordo controvertido, que afecta directamente os recorrentes, não respeitou o processo de conclusão de acordos internacionais previsto pelo artigo 218.º do TFUE, o que também o torna inválido⁶⁹.

Por outro lado, há notícia de que pelo menos um órgão jurisdicional grego já julgou que a protecção internacional susceptível de ser concedida pela Turquia ao demandante, nacional sírio, não se traduz em direitos equiparáveis aos que a Convenção de Genebra prevê, devido à referida reserva da Turquia. O mesmo órgão jurisdicional anulou com tais fundamentos a decisão de reenviar o nacional sírio para a Turquia tomada pela autoridade administrativa grega competente.

Alguns argumentos que o Tribunal Geral deverá apreciar não são desprovidos de pertinência. Independentemente da questão da legitimidade activa dos recorrentes, a não

⁶⁸ Para maiores desenvolvimentos, ver Daniel Thym, *Moving towards Plan B: The rejection of refugees at the border*, Janeiro de 2016, <http://eumigrationlawblog.eu>.

⁶⁹ Ver os processos NF contra Conselho Europeu, T-192/16, NG contra Conselho Europeu, T-193/16 e NM contra Conselho Europeu, T-257/16.

sujeição do acordo em questão ao artigo 218.º do TFUE não é facilmente defensável, sem prejuízo da questão da salvaguarda dos seus efeitos jurídicos perante a Turquia. Mais significativas são as dúvidas que o conteúdo do acordo suscita à luz das proibições de expulsão colectiva e de repulsão, estabelecidas tanto pela Carta como pela CEDH. Ilustra-o bem a cláusula nos termos da qual “todos os novos migrantes irregulares que viajem da Turquia para a Grécia a partir de 20 de Março de 2016 deverão ser devolvidos à Turquia”.

Independentemente da controvérsia jurídica que suscita e que será apreciada no plano jurisdicional pelo menos nalguns aspectos, a Declaração UE-Turquia pode tornar-se a medida de maior alcance para fazer face à “crise migratória e de refugiados sem precedentes” e para viabilizar a reinstalação enquanto canal de acesso legal à UE para as pessoas carecidas de protecção internacional⁷⁰. Também esta probabilidade fala por si.

V. Conclusões

1. O balanço da política comum de asilo e do SECA perante a “crise migratória e de refugiados sem precedentes”, que vem marcando a UE desde 2015, não é animador. Dificilmente o poderia ser, de resto, levando em conta as orientações, premissas e práticas que efectivamente lhe subjazem, não obstante os valores e as obrigações internacionais que solenemente proclama.

Na verdade, tal política é encarada em termos primordialmente securitários. Nela avultam, portanto, a dissuasão, a proibição e a coerção sobre os requerentes de protecção internacional, incluindo, como já se observou com toda a pertinência, a estranha ideia de tratar pessoas como coisas⁷¹. Em ligação directa com isto, está o segundo traço estruturante da política em causa: a ideia de que as pessoas carecidas de protecção internacional não devem ter possibilidade de escolha do Estado-Membro ao qual pedir protecção.

Tal não pode deixar de fomentar exponencialmente aquilo que a mesma política mais se obstina em excluir: os movimentos secundários para Estados-Membros que não aquele a que os requerentes de protecção internacional ficaram unilateralmente adstritos. Muitos recursos públicos são assim gastos em acções repressivas e em processos administrativos e judiciais que não produzem resultados duráveis – e não contribuem certamente para evitar a exclusão social, a falta de integração e a frustração dos requerentes de protecção internacional, para além de criarem tensões consideráveis entre os Estados-Membros.

Um terceiro traço estruturante da política comum de asilo é a proibição geral de aproximação à UE de todos aqueles que tiveram de abandonar o seu país de origem em circunstâncias normalmente dramáticas. Com efeito, tal política caracteriza-se pela ausência

⁷⁰ Para a qualificação jurídica desta declaração como um acordo de direito internacional e para as questões de compatibilidade com o *higher law* que suscita, ver Olivier Corten et Marianne Dony, *Accord politique ou juridique: quelle est la nature du 'marché' conclu entre l'UE et la Turquie en matière d'asile?*, Junho de 2016, <http://eumigrationlawblog.eu>; Henri Labayle et Philippe de Bruycker, *L'accord Union européenne-Turquie: faux semblant ou marché de dupes?*, Março de 2016, <http://eumigrationlawblog.eu>; Maarten den Heijer et Thomas Spijkerboer, *Is the EU-Turkey refugee and migration deal a treaty?*, Abril de 2016, <http://eulawanalysis.blogspot.pt>; Steve Peers e Emanuela Roman, *The EU, Turkey and the refugee crisis: what could possibly go wrong*, Fevereiro de 2016, <http://eulawanalysis.blogspot.pt>; Thomas Spijkerboer, *Fact Check: Did the EU-Turkey Deal Bring Down the Number of Migrants and of Border Deaths?*, <https://www.law.ox.ac.uk>, segundo o qual a Declaração UE-Turquia não tem tido influência palpável na diminuição geral do número de travessias do Mar Egeu.

⁷¹ Assim, Marcello Di Filippo, *Dublin 'reloaded' or time for ambitious pragmatism?*, cit., <http://eumigrationlawblog.eu>, p. 4.

quase total de vias de acesso legal à UE para pessoas carecidas de protecção internacional que não reúnam as condições de entrada exigidas aos nacionais de países terceiros nos termos do artigo 6.º do Código das Fronteiras Schengen⁷². As pessoas carecidas de protecção internacional que não conseguem obter meios de subsistência na região próxima do país que tiveram de abandonar sujeitam-se, portanto, a viagens clandestinas muitas vezes sem chegada. Isto fomenta exponencialmente as actividades dos passadores ilegais e dos traficantes nos países terceiros de proveniência, em que a UE tem muito pouca ou nenhuma margem de intervenção directa.

2. Tem-se dito da política comum de asilo e do SECA que foram concebidos para uma época em que os refugiados constituíam um problema marginal na UE e não, portanto, para tempos de crise como os actuais. A afirmação é defensável com o *caveat* de que o sistema de Dublin, assente no critério do Estado-Membro de primeira entrada, nunca funcionou bem, nem em tempos normais, nem em tempos de crise, ao longo dos seus quase vinte anos de aplicação.

Seja como for, nos tempos de crise actuais, a política em análise acabou por se tornar ela própria um não menosprezável obstáculo à concessão de um “estatuto adequado a qualquer nacional de um país terceiro que necessite de protecção internacional e a garantir a observância do princípio da não repulsão”, que tão solenemente proclama.

A “crise migratória e de refugiados sem precedentes” deixa claro que se trata, antes de mais, de uma crise da União e da sua política de asilo, que não considera devidamente as legítimas preocupações, nem dos Estados-Membros mais afectados, nem dos requerentes de protecção internacional. A insistência nas mesmas respostas que a UE tem dado até agora a esta “dupla crise” não é de molde a atenuá-la, tanto mais que depende de factores externos fora do controlo da UE.

A este respeito, a situação é paradoxal: por um lado, os pontos fracos e disfuncionais da política em análise nunca estiveram tão claros; por outro lado, nunca foram tão adversas, sob todos os pontos de vista, as condições políticas para promover a reforma substancial do SECA e da componente “Dublin”. De tão conhecidas, tais condições políticas dispensam aqui recapitulação.

Nuno Piçarra

nunopicarra@fd.unl.pt

Doutorado em Direito pela Universidade Nova de Lisboa, Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Professor convidado do Curso de Pós-graduação e Mestrado em Estudos Europeus do IEP- Universidade Católica Portuguesa.

⁷² A este respeito observam Den Heijer, Rijpma e Spijkerboer, *Coercion, Prohibition, and Great Expectations*, cit., p. 632: “Although the provision of legal channels for forced and voluntary migration is an oft-repeated mantra, the outcome in relation to this element in the Agenda is almost nil, and not likely to amount to much in the near future”. A reinstalação, enquanto canal de acesso, não fica excluída desta asserção. Sobre o tema, ver *Legal entry channels to the EU for persons in need of international protection: a toolbox*, estudo publicado pela Agência da União Europeia para os Direitos Fundamentais (FRA), 2015.