



Sara Ribeiro Mendes

**A Cláusula de Soberania do Regulamento Dublin III
à Luz do Princípio da Confiança Mútua
entre os Estados-Membros da União Europeia**

Dissertação com vista à obtenção
do grau de Mestre em Direito

Orientador:
Professor Doutor Nuno Piçarra
Professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Dezembro de 2016

Declaração de Compromisso Antiplágio

Declaro, por minha honra, que a presente dissertação é original e que todas a utilização de contribuições, ideias ou textos alheios se encontram devidamente referenciados.

Lisboa, 10 de dezembro de 2016

Declaração de Número de Caracteres

Declaro que o resumo da presente dissertação, incluindo espaços, ocupa um total de 1.497 caracteres na sua versão portuguesa e 1.227 caracteres na sua versão inglesa.

Declaro que a introdução, desenvolvimento e conclusões da presente dissertação, incluindo espaços e notas de rodapé, ocupa um total de 177.716 caracteres.

Lisboa, 10 de dezembro de 2016

Agradecimentos

Começo por agradecer ao meu orientador, o Professor Doutor Nuno Piçarra, pelo apoio e disponibilidade demonstrados ao longo deste percurso.

À minha família, em especial aos meus pais e ao meu irmão pelo apoio incondicional. Sem eles, a concretização desta etapa não seria possível. A eles dedico este meu trabalho.

Agradeço aos meus amigos e a todos os que se cruzaram no meu caminho e ajudaram a tornar esta etapa da minha vida mais interessante. Agradeço em especial à Cátia Mendes todo o apoio e amizade que se manifestaram, não só nesta etapa, mas ao longo de toda a minha passagem pela FDUNL.

Por último, não posso esquecer o Dr. Jorge Morais Carvalho, o Dr. João Pedro Pinto-Ferreira e o Dr. Micael Teixeira, bem como as minhas colegas do CNIACC pela disponibilidade e incentivo demonstrados neste último ano.

Modo de Citar e Outras Convenções

- i. A primeira referência bibliográfica conterá o APELIDO, Nome do Autor, *Título da Obra*, Edição, Local: Editora, Ano de Publicação, Página. Quaisquer outras informações que se considerem necessárias serão acrescentadas. O mesmo se aplicará às referências a publicações periódicas, introduzindo-se o Número da Publicação entre o Ano de Publicação e a Página.
- ii. Das menções bibliográficas seguintes conterão o APELIDO, *Título da Obra*, Página. Quaisquer outras informações que se considerem necessárias serão acrescentadas. O mesmo se aplicará às referências a publicações periódicas.
- iii. Os recursos bibliográficos obtidos através da internet conterão na sua primeira menção APELIDO, Nome do Autor, Título, Entidade Responsável pela publicação (se aplicável). Por motivos de limitação de caracteres, aos recursos acessíveis na internet, a menção ao sítio da internet de onde o recurso foi retirado, bem como a primeira data de consulta será incluído na lista bibliográfica, e não em todas as citações mencionadas ao longo da dissertação.
- iv. A primeira citação de documentos provenientes de instituições europeias conterá o Tipo de Ato, *Nome* (se aplicável), Número do Documento, Data, Página. As remanescentes citações apenas conterão o número do documento, bem como a respetiva página. O método de citação poderá divergir quando se entenda que tal permite uma melhor identificação do documento em questão, por exemplo, por se tratar de um Programa no quadro do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça.
- v. A citação de obras estrangeira será efetuada em língua portuguesa, sendo da autora a responsabilidade exclusiva pela tradução. Caso se considere necessário, a citação em língua original será introduzida em nota de rodapé.
- vi. Sem prejuízo de uma outra definição devidamente especificada no caso concreto, o termo *requerente de asilo* é utilizado em sentido lato, incluindo todas as formas de Proteção Internacional, como previstas na Diretiva 2011/95/UE de 13 de dezembro de 2011 do Parlamento Europeu e do Conselho.
- vii. Por questões de economia textual, no início da presente dissertação encontra-se uma lista de abreviaturas a ter em conta na leitura do corpo do trabalho.

Abreviaturas

ACNUR	Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados
CAAS	Convenção sobre a Aplicação do Acordo de Schengen
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da UE
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
Consult.	Consultado
DIP	Direito Internacional Público
EASO	Gabinete Europeu de Apoio em Matéria de Asilo (<i>em inglês, European Asylum Support Office</i>)
Ed.	Editado por
ELSJ	Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça da União Europeia
EM	Estados-Membros
SECA	Sistema Europeu Comum de Asilo
TCE	Tratado da Comunidade Europeia
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da UE
UE	União Europeia
PP.	Páginas
SS.	Seguintes

Resumo

A presente dissertação tem como objeto de estudo a cláusula de soberania do Regulamento Dublin III, que estabelece os critérios para determinar o Estado-Membro responsável pela análise de pedidos de proteção internacional na União Europeia, atendendo ao Princípio da Confiança Mútua entre os Estados-Membros da União. De forma a entender a problemática em causa, e porque a cláusula de soberania se insere num sistema complexo, há que perceber as origens do atual sistema de Dublin. Em segundo lugar, e para perceber de que forma evolui o entendimento jurisprudencial sobre a cláusula, parece útil perceber quais os instrumentos de Direito Internacional Público a que o Sistema Europeu Comum de Asilo se refere, bem como os instrumentos de Direito Europeu que complementam esse mesmo sistema. É ainda necessário proceder à análise jurisprudencial que veio transformar o entendimento sobre a cláusula, sendo necessário analisar a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, bem como a do Tribunal de Justiça da União Europeia, refletindo sobre a possibilidade de um eventual conflito com o Princípio da Confiança Mútua entre os Estados-Membros. Após esta análise, e porque a realidade no sistema de asilo da União se encontra em rápida mudança, a última parte do estudo focar-se-á nas recentes alterações ao sistema e na proposta de alteração de Dublin III.

Conceitos-Chave: Sistema Europeu Comum de Asilo; Regulamento de Dublin III; Cláusula de Soberania; Princípio da Confiança Mútua

Abstract

This dissertation aims to analyse the sovereignty clause of the Dublin III Regulation, which determines the criteria to determine the Member State responsible for the analysis of international protection within the European Union, in light of the Principle of Mutual Trust across the Member States of the Union. In order to properly understand this matter, and because the Sovereignty Clause is part of a complex regime, it is necessary to understand the origins of the current system. Secondly, to understand the case law that shapes the clause's understanding, it is convenient to understand which instruments of International Public Law are referred by the Common European Asylum System, as well as the European Union instruments that complement this system. Furthermore, it is necessary to research the case law of the European Human Rights Court and of the Court of Justice of the European Union that modifies the clause's interpretation and to consider this case law in light of a possible conflict with the Mutual Trust Principle. Due to the rapid changes of the Union's asylum reality, the last chapter will focus on the recent modifications on the recast proposal for the Dublin III Regulation.

Key Concepts: Common European Asylum System; Dublin III Regulation; Sovereignty Clause; Mutual Trust Principle

Introdução

A presente dissertação tem como objetivo o estudo da cláusula de soberania do atual Regulamento de Dublin III, que estabelece os critérios de determinação do EM competente para análise de pedidos de proteção internacional, à luz do Princípio da Confiança Mútua. Este objeto afigura-se adequado do ponto de vista da investigação jurídica na medida em que o desenvolvimento da jurisprudência em torno da cláusula apresenta efeitos na aplicação prática do regulamento, estabelecendo também um diálogo entre o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o Tribunal de Justiça da União Europeia de interessante estudo, no qual os tribunais e a doutrina criam uma obrigação para os Estados tendo por base uma cláusula que se intencionou discricionária. Analisar-se-á igualmente o efeito desta evolução considerando o Princípio da Confiança Mútua entre os EM no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça da União.

De forma a proceder a esta análise, e na medida em que a cláusula e o princípio em estudo se inserem num sistema que é complexo, o primeiro capítulo versará sobre a evolução do Sistema Europeu Comum de Asilo. Esta análise afigura-se para a autora, não só necessária, como essencial para compreensão do objeto de estudo, na medida em que é representativa das conquistas e obstáculos ao desenvolvimento de uma política europeia numa área ligada de forma intrínseca à soberania dos Estados.

O segundo capítulo versará sobre a análise dos instrumentos de Direito Internacional Público e de Direito Europeu aplicáveis ao Sistema Europeu Comum de Asilo. Esta análise não se pretende exaustiva, por tal extravasar o objeto de estudo, antes incidindo sobre aspetos específicos dos instrumentos que a jurisprudência e doutrina frequentemente invocam na análise da cláusula de soberania, e que auxiliaram na compreensão da jurisprudência analisada no capítulo que se seguirá. Neste sentido, mencionar-se-á o Princípio do *Non Refoulement* consagrado na Convenção de Genebra; o artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, sendo que a este propósito será interessante analisar de que forma o TEDH trata o asilo para efeitos deste artigo, bem como quais as características gerais que consubstanciam uma violação do mesmo; o artigo 4.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; a construção da

presunção de proteção equivalente construída pelo TEDH; e, por fim, o Princípio da Confiança Mútua entre os EM da União.

O terceiro capítulo afigura-se como o principal, em que a cláusula de soberania será analisada em detalhe, quer na sua letra, quer na construção doutrinal e jurisprudencial em seu torno. Neste sentido, será interessante versar sobre construção em torno de uma cláusula inicialmente discricionária, fruto da soberania dos Estados, tornando-a cada vez menos discricionária e mais vinculada. Neste capítulo ir-se-á analisar o diálogo entre o TEDH e o TJUE nesta construção, de forma a permitir retiras conclusões sobre a aplicação concreta da cláusula. Pretende-se também analisar de que forma tal construção suscita conflitos com o Princípio da Confiança Mútua.

Por fim, na medida em que nos encontramos numa denominada *crise de refugiados*, não se poderia concluir a dissertação sem analisar os impactos que a mesma tem no sistema de asilo da União, tentando-se perceber quais as alterações significativas mais recentes e as consequências das mesmas em Dublin e na cláusula de soberania. Salienta-se que, dada a circunstância de surgir nova informação de forma bastante célere, a análise não poderá ser exaustiva, tendo sido delimitada aos novos instrumentos em vigor até novembro de 2016.

I. O Sistema Europeu Comum de Asilo

O rumo a um Sistema Europeu Comum de Asilo iniciou-se na década de 1990. O desenvolvimento das competências da União nesta área tem sido objeto de resistência junto dos EM. Como explica Goodwin-Gill “aquando o início da cooperação surgiram tensões entre Estados que entendem o asilo como intrinsecamente ligado à sua soberania e aqueles Estados que entendem que a comunidade internacional tem o dever de encontrar soluções para o problema dos refugiados”¹. Ao sistema podem ser reconhecidas duas fases precedentes, que serão designadas de fases prévias, e duas fases que integram este sistema. Este capítulo, apesar de predominantemente histórico, afigura-se como essencial à compreensão do objeto de estudo em causa, procurando demonstrar-se como esta tensão entre soberania e proteção de direitos fundamentais marca de forma profunda a evolução do SECA.

1. A Primeira Fase Prévia

Antes da entrada em vigor do Tratado da UE em 1993, todos os atos eram tomados fora do âmbito da Comunidade. Nesta perspetiva de tomada de decisões ao abrigo do Direito Internacional Público, o primeiro ato relevante para as áreas de asilo e imigração é o Acordo Schengen e a posterior Convenção sobre a Aplicação do Acordo de Schengen², em que é prevista a supressão das fronteiras internas ao território dos Estados Signatários e regras comuns de atribuição de vistos e controlo de fronteiras. A par deste acervo, foi assinada em 1990 a Convenção de Dublin sobre a Determinação do Estado Responsável pela Análise de um Pedido de Asilo apresentado num Estado Membro das Comunidades Europeias³, que veio estabelecer critérios hierarquizados para aferir a competência de análise de pedidos de asilo efetuados, procurando, assim, acabar com o fenómeno de *asylum shopping*. A par deste objetivo, estes instrumentos foram criados

¹GORTÁZAR, Cristina et al., *European Migration and Asylum Policies: Coherence or Contradiction*, Bruxelas: Bruilant, 2012, pp. 35 e 36

²Respetivamente assinadas em 1985 e 1990.

³Doravante Convenção de Dublin, assinada em 15 de junho de 1990, tendo sido em Portugal ratificada a 30 de novembro do mesmo ano. A sua entrada plena em vigor deu-se em 1997. Esta convenção foi celebrada no seguimento do Conselho Europeu de Estrasburgo de 1989, tendo em vista o objetivo comum de criação de um espaço sem fronteiras internas.

como consequência direta do objetivo de criação de um mercado interno⁴, sendo, portanto, a liberdade de circulação de pessoas instrumental a um objetivo económico.

A cooperação na área do asilo começa, assim, na década de noventa a ganhar relevo no âmbito da comunidade europeia, conforme revelam também o Relatório dos Ministros Responsáveis pela Imigração ao Conselho Europeu de Maastricht e as Conclusões da Presidência⁵ desse mesmo Conselho. Estes documentos demonstram a necessidade de harmonizar regras sobre as áreas em apreço, referindo o relatório que os EM, por si só, não conseguirão resolver os problemas que advêm da pressão migratória. Uma das premissas do sistema a implementar é “a confiança mútua nas políticas de asilo das contrapartes signatárias”⁶. Apesar destes documentos conterem detalhes sobre as medidas a adotar e procedimentos a seguir, não foi tomada, na prática, quase nenhuma medida concreta⁷.

Como refere Battjes “esta cooperação ao abrigo do Direito Internacional provou ser insuficiente para os objetivos ambicionados”⁸.

2. A Segunda Fase Prévia

Com a entrada em vigor em 1993 do Tratado de Maastricht, entra-se na segunda fase prévia conhecida como a Era Maastricht, até 1999, tendo a Comunidade um poder inicial limitado sobre a política de vistos. Porém, “dada a relutância dos Estados-Membros em acordar em medidas vinculativas durante este período, o resultado desta era consiste maioritariamente em medidas não vinculativas, como Resoluções e Recomendações”⁹.

⁴Neste sentido, BATJJES, Hemme, *European Asylum Law and International Law*, Leida: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 29 e SIDORENKO, Olga Ferguson, *The Common European Asylum System: Background, Current State of Affairs, Future Direction*, Haia: T.M.C. Asser Press, 2007, pp. 39

⁵Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Maastricht, de 9 e 10 de dezembro de 1991

⁶Relatório dos Ministros responsáveis pela Imigração ao Conselho Europeu reunido em Maastricht sobre imigração e política de asilo, disponível em NIESSEN, Jan et al., *The developing immigration and asylum policies of the European Union: adopted conventions, resolutions, recommendations, decisions and conclusion*, Haia: Kluwer Law International, 1996, pp. 457

⁷PEERS, Steve et al., *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary)*, Leida: Martinus Nijhoff Publishers, 2006, pp. 4

⁸BATJJES, *European Asylum Law and International Law*, pp. 28

⁹PEERS, et al., *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary)* 2006, pp. 4

A versão originária do Tratado, que introduziu os três pilares da Comunidade, estabeleceu a política de asilo como um dos domínios de *interesse comum* da Comunidade¹⁰. Fazendo esta política parte do então Terceiro Pilar, adotou-se um modelo intergovernamental, pertencendo aos governos dos EM um papel decisório. Assim, o Tratado de Maastricht formalizou e transferiu para o escopo da Comunidade uma cooperação já existente. Salienta-se uma especial preocupação na proteção dos direitos dos refugiados e no respeito pelos instrumentos de Direito Internacional Público existentes, tal como indiciado no Artigo K2. Nesta altura, começa a preconizar-se a necessidade de uma política com duas vertentes: (i) a de prevenção dos fluxos migratórios e de entrada de migrantes ilegais no território da comunidade e (ii) uma política com medidas que garantam o respeito pelos direitos humanos dos migrantes¹¹.

Em 1997 inicia-se verdadeiramente o Sistema de Dublin, com a entrada em vigor da Convenção, que apresentava “duas componentes distintas com diferentes propósitos: os critérios para determinar que Estado-Membro é responsável por considerar um requerimento de asilo (artigos 4.º a 8.º); e as regras de readmissão a aplicar quando uma pessoa que efetuou previamente um pedido de asilo num Estado-Membro, se encontra subsequentemente noutro Estado-Membro (artigos 3.º, n.º7 e n.º10)”¹². A presente Convenção apenas é aplicável a casos de requerentes de asilo nos termos da Convenção de Genebra e Protocolo de Nova Iorque, nos termos do artigo 1.º, n.º 1, b). No artigo 3.º da Convenção, os EM comprometem-se a que qualquer estrangeiro¹³ veja o seu pedido analisado por um único EM. Os critérios patentes nos artigos 4.º a 8.º são hierárquicos: em primeiro lugar, será responsável pela análise do pedido, o EM onde se encontre familiar¹⁴ com estatuto de refugiado e residência legal (artigo 4.º); caso exista título de residência válida ou visto válido, será o Estado de emissão do documento, salvo as exceções previstas no artigo 5.º; em terceiro lugar, será responsável o EM de travessia irregular da fronteira (artigo 6.º); em quarto lugar, será o Estado responsável pelo controlo da entrada do estrangeiro no território da comunidade (artigo 7.º). Caso

¹⁰Artigo K1.1. do Tratado

¹¹Conforme demonstra a Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre as *Políticas de Imigração e Asilo*, COM(94) 23 final, de 23 de fevereiro de 1994, parágrafos 102-104

¹²SIDORENKO, *The Common European Asylum System*, pp.16

¹³Significando qualquer pessoa que não tenha nacionalidade de um EM da União (conforme artigo 1.º/1/a)).

¹⁴Entende-se como familiar cônjuge do requerente, filho menor solteiro ou, sendo o requerente menor, um ou ambos os pais.

nenhum destes critérios seja aplicável, será o Estado em que foi apresentado o pedido o responsável pela sua análise (artigo 8.º).

A Convenção apresenta no artigo 9.º a chamada *Cláusula Humanitária* e no Artigo 3.º, n.º 4 a chamada *Cláusula de Soberania*, cláusula esta que será objeto de estudo mais aprofundado no decorrer da presente dissertação, uma vez que se afigura como o principal objeto de estudo da mesma.

Sidorenko concluí que “apesar de existirem várias falhas no funcionamento da Convenção de Dublin, a sua característica positiva é a de o sistema de Dublin se basear – pelo menos em teoria – na confiança mútua nos procedimentos de asilo das Altas Partes Contratantes”¹⁵. Blake explica que o problema base da Convenção é que a mesma, simplesmente, não funciona: “desde a sua entrada em vigor em setembro de 1997 apenas alguns Estados conseguiram utilizá-la com sucesso para retornar requerentes de asilo para o primeiro país de entrada na União. Dos 188 722 pedidos de asilo apresentados no Reino Unido entre 1 de setembro de 1997 e 30 de junho de 1999, apenas 4856 (5,5%) resultaram em pedidos de transferência”¹⁶. É ainda referido que “se funcionasse como os Estados signatários pretendiam, iria provavelmente impor um fardo desproporcionado em muitos dos Estados na periferia da União”¹⁷.

Com a Convenção de Schengen, que se desenvolve em paralelo à Convenção de Dublin, e a criação do mercado interno, as matérias de asilo ganham especial relevância na medida em que gradualmente se extingue o controlo da passagem de pessoas nas fronteiras externas da União.

O Tratado de Amesterdão, com entrada em vigor em 1999, veio introduzir o Artigo 63.º no TCE que confere poderes ao Conselho adotar medidas nesta área no prazo de 5 anos contados da sua entrada em vigor, sendo este o momento em que a União adquiriu competências claras para legislar nas matérias de asilo. Piçarra realça que a tomada de decisões desta matéria ao abrigo de uma disposição do Tratado terá como consequência que o ato se revista com a “forma de diretiva ou regulamento, com a eficácia jurídica

¹⁵SIDORENKO, *The Common European Asylum System*, pp. 18

¹⁶GUILD, Elspeth et al., *Implementing Amsterdam: Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Oxford: Hart Publishing, 2002, pp. 95

¹⁷GUILD, *Implementing Amsterdam: immigration and asylum rights in EC law*, pp. 95

que as caracteriza e a suscetibilidade de controlo pelos tribunais comunitários”¹⁸. Nos termos do artigo 5.º do TCE, as medidas a implementar dever-se-ão reger pelos princípios a subsidiariedade e proporcionalidade. A extensão do método comunitário não foi, porém, total na medida em que as novas competências apresentam um período transitório de cinco anos em que a Comissão não tem o direito de iniciativa de forma exclusiva; a Comunidade apenas poderá regular alguns aspetos das políticas em causa, havendo assim um carácter “fragmentário”¹⁹ da competência. O Tratado de Amesterdão fica ainda caracterizado pelos Protocolos de *Opt Out* do Reino Unido, Irlanda e Dinamarca e pela atribuição de competências ao Tribunal de Justiça na área do asilo²⁰.

O Plano de Ação de Viena de 1998 vem reanalisar as prioridades da política de asilo à luz do novo Tratado, salientando que “os instrumentos até agora adotados acusam dois tipos de insuficiências: são frequentemente fundados em atos sem efeitos jurídicos vinculativos, tais como resoluções ou recomendações, e não integram mecanismos adequados de acompanhamento”²¹. O Plano vem estabelecer medidas a tomar e no prazo de dois anos e no prazo de cinco anos, estando estabelecida a concretização da Convenção de Dublin e melhoria da sua implementação a realizar em dois anos. É neste sentido que surge, pela primeira vez, a menção a um *processo único de asilo*, não sendo este conceito definido, mas apenas se mencionado a necessidade de realização de um “estudo com vista a identificar as [suas] vantagens”²².

Em 1999, o Conselho Europeu reuniu-se em Tampere e as conclusões da Presidência reafirmam as prioridades no sentido de desenvolvimento de um SECA, respeitante da Convenção de Genebra e Protocolo de Nova Iorque: “esse sistema deverá incluir, a curto prazo, uma definição funcional e clara do Estado responsável pela análise do

¹⁸PIÇARRA, Nuno, “Em Direção a um Procedimento Comum de Asilo”, in *Themis*, Coimbra: Almedina, Ano II, N.º3, 20, agosto de 2001, pp. 283

¹⁹Expressão utilizada por PIÇARRA, “O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e o novo Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça”, pp. 85

²⁰Com a restrição de que apenas poderiam ser colocadas questões prejudiciais pelos órgãos judiciais nacionais de última instância.

²¹Conselho Justiça e Assuntos Internos, *Plano de Ação do Conselho e da Comissão sobre a Melhor Forma de Aplicar as Disposições do Tratado de Amesterdão Relativas à Criação de um Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça*, 1999/C 19/01, de 23 de janeiro de 1999, pp. 3. Doravante denominado Plano de Ação de Viena.

²²Plano de Ação de Viena, pp. 8

pedido de asilo²³. Este documento é o primeiro quadro político plurianual no domínio em causa²⁴. Com estes dois últimos documentos atinge-se um ponto de viragem na estratégia europeia, na medida em que o início dos programas plurianuais cria uma política de continuidade, tentando introduzir-se uma estratégia estável e duradoura.

Apesar destas propostas de avanço para o sistema, as Conclusões de Tampere, na prática revelaram-se insuficientes²⁵. Sergio Carrera salienta a este respeito que “os objetivos políticos adotados na área da Justiça e Assuntos Internos pelos Estados-Membros nem sempre corresponderam a resultados legislativos²⁶”.

O cerne desta questão prende-se com a circunstância de o asilo ser uma área intrinsecamente ligada à soberania de cada Estado e, por conseguinte, num contexto de cooperação intergovernamental, existem pressões diversas por cada Estado para influenciar uma política da União de acordo com os próprios interesses de cada um, dificultando a evolução substancial de documentos provenientes da União vinculativos para os EM.

3. A Primeira Fase do Sistema

Na senda das Conclusões de Tampere e, de forma a dar cumprimento ao artigo 63.º, n.º 1, a) do TCE foi aprovado, a 18 de Fevereiro de 2003, o Regulamento (UE) n.º 343/2003 do Conselho²⁷, que veio aprofundar e completar os critérios previstos pela Convenção. A grande novidade introduzida por este diploma é a circunstância de introduzir o acervo de Dublin no âmbito do direito da União. Com esta inclusão, o regime europeu de asilo torna-se mais coeso e os mecanismos de controlo da União ser-lhe-ão aplicáveis. São objetivos do Regulamento o acesso efetivo dos

²³Conselho Europeu, *Conclusões da Presidência Conselho Europeu de Tampere* de 15 e 16 de outubro de 1999, pp. 2, Conclusão n.º 14. Doravante Conclusões de Tampere

²⁴Conforme Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Justiça, Liberdade e Segurança na Europa desde 2005: Avaliação do Programa e Plano de Ação de Haia*, COM(2009) 263 Final, de 10 de junho de 2009, pp. 2

²⁵GUILD, Elspeth et al., *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Leida: Martinus Nijhoff Publishers, 2012, pp. 255

²⁶Neste sentido e, de forma a aprofundar o tema poder-se-á consultar GUILD et al., *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, pp. 233 e ss

²⁷Doravante Dublin II

requerentes aos procedimentos de determinação do estatuto de refugiado; prevenir pedidos de asilo múltiplos apresentados simultânea ou sucessivamente por uma mesma pessoa em vários EM; corrigir erros detetados na Convenção, adaptar o sistema ao alargamento europeu a uma área sem fronteiras internas; e, principalmente, corrigir a morosidade do sistema²⁸.

A cláusula humanitária e a cláusula de soberania continuam constantes do Regulamento, respetivamente nos artigos 15.º e 3.º, n.º2. As regras de tomada a cargo foram também revistas e desenvolvidas, sendo também incluídas vias de recurso à decisão dos EM.

Este regulamento não cumpriu os seus objetivos de diminuição de *refugiados em órbita*. O sistema de Dublin, na sua primeira versão como Regulamento, ajudou a criar um sistema de “sobrecarga de sistema de asilo menos preparados para lidar com grandes afluxos de migrantes e, assim, contribuindo para os movimentos secundários de migrantes entre os países da União”²⁹. Sidorenko salienta que o regulamento em causa não corrigiu completamente os problemas da Convenção relativamente à análise de pedidos múltiplos³⁰, a autora refere também a necessidade de um sistema rápido de forma a ser eficaz, uma vez que, em rigor, o sistema apresenta dois procedimentos principais: o da determinação do Estado competente e o da análise do pedido.

4. A Segunda Fase do Sistema

O desenvolvimento da segunda fase do sistema comum de asilo teve por base o Programa de Haia de 2004, no qual se estabeleceu como um dos objetivos “instaurar um procedimento comum em matéria de asilo”³¹. Neste sentido, foram propostas pela Comissão alterações ao Regulamento Dublin II, em 2008, que visavam reforçar a eficiência deste mecanismo. Porém, devido a dificuldades de negociação com o

²⁸Estes objetivos constam da página 2 Exposição de Motivos da Proposta do Regulamento Dublin II, Publicada em Jornal Oficial, n.º 304, de 30 de outubro de 2001

²⁹VELLUTI, Samantha, “Who has the Right to have Rights?”, in *Fundamental Rights in the E.U.: A Matter for Two Courts*, Hart Publishing, Oxford, 2015, pp. 141

³⁰Conforme SIDORENKO, *The Common European Asylum System*, pp. 53

³¹Comunicação do Conselho, *Programa de Haia: Reforço da Liberdade, da Segurança e da Justiça na União Europeia*, 2005/C 53/01, de 3 de março de 2005, pp. 3. Doravante denominado Programa de Haia.

Conselho, as propostas não chegaram a ser aprovadas. O Programa de Haia refere ainda a construção de uma confiança mútua ao abrigo da cooperação em matérias civil e penal, deixando de fora este princípio na área de asilo.

A Comunicação da Comissão de junho de 2009³² elabora uma avaliação do Programa de Haia. A Comissão, apesar de realçar o trabalho realizado até então, tece críticas ao não cumprimento de alguns dos objetivos de Haia, que imputa às características do ELSJ³³ e à não ratificação do Tratado Constitucional que, segundo a Comissão, prejudicou a tomada de medidas nas áreas em apreço.

Também por Comunicação, a Comissão³⁴ reforça as ideias de respeito pelos direitos fundamentais e de solidariedade, salientando a noção de que uma aplicação e controlo corretos dos mecanismos existentes fomenta a confiança mútua entre os sistemas de asilo dos EM. Defende-se ainda que “deve ser instituída uma verdadeira partilha das responsabilidades em matéria de acolhimento e integração dos refugiados. Se a União optou atualmente por manter os grandes princípios do sistema de Dublin, deve também abrir novas vias”³⁵. Estas novas vias poderão incluir, sugere a Comissão, um mecanismo de reinstalação interno, o tratamento comum dos pedidos de asilo e um sistema de solidariedade. Do ponto de vista externo, o Princípio da Não Repulsão deve ser reforçado e a cooperação com Estados terceiros revela-se essencial aos olhos da Comissão. Nesta comunicação é proposta a elaboração de um plano plurianual que estabeleça os objetivos para os anos de 2010 a 2014.

Nesta senda, foi aprovado o Plano de Estocolmo³⁶, que salienta que o Princípio da Solidariedade assume uma importância especial no ELSJ. Quanto ao asilo estipula-se que o procedimento comum deverá colmatar falhas e diferenças nos processos decisórios, devendo a solidariedade ser o cerne do sistema, mesmo entre EM, o que significará a necessidade de garantir que todos os EM cumprem com as suas obrigações.

³²COM(2009) 263 final, de 10 de junho de 2009

³³Entre as quais se destacam os diminutos papéis do Parlamento Europeu e Tribunal de Justiça.

³⁴Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, *Um Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça ao Serviço dos Cidadãos*, COM(2009) 262 final, de 10 de junho de 2009

³⁵COM(2009) 262 final, pp. 30

³⁶Resolução do Parlamento Europeu sobre a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, *Um espaço de liberdade, de segurança e de justiça ao serviço dos cidadãos – Programa de Estocolmo*, 2010/C 285 E/02, de 25 de Novembro de 2009. Doravante denominado de Programa de Estocolmo.

Este terceiro programa plurianual deixa transparecer a consciência da futura possível entrada em vigor do Tratado de Lisboa e, conseqüentemente, numa nova era do SECA. O Programa “apela, neste contexto, à oficialização rápida do princípio de solidariedade e de partilha equitativa de responsabilidades, tal como previsto no artigo 80.º do TFUE, o qual deveria prever um sistema de «solidariedade obrigatória e irrevogável», juntamente com uma cooperação acrescida com os países terceiros, e nomeadamente países vizinhos, de molde a contribuir para desenvolver os respetivos sistemas de asilo e proteção de forma consentânea com as normas de proteção internacional, que crie expectativas realistas e que não comprometa ou procure substituir o acesso a proteção na UE”³⁷.

Após a aprovação do Plano de Ação sobre Estocolmo³⁸ surgiram contendas entre o Conselho e a Comissão, que ficaram conhecidas como *a questão de Estocolmo*: o Plano de Ação da Comissão só deveria colocar em prática as diretrizes do Programa de Estocolmo, porém quando se afastou das diretrizes estabelecidas pelo Parlamento e a Comissão tentou estender o alcance das mesmas³⁹, bem como o seu poder de iniciativa legislativa⁴⁰, a ação foi considerada por alguns representantes dos EM como uma provocação. Após diversas discussões, a questão terminou com o Conselho JAI de 3 de junho de 2010 em que se chamou a Comissão a cumprir “palavra por palavra”⁴¹ com o Programa do Conselho.

Esta disputa entre a Comissão, que pretendia levar mais além as ideias preconizadas em Estocolmo, e o Parlamento Europeu é representativa das dificuldades dos Estados se libertarem das suas prerrogativas soberanas na área da imigração e do asilo e, conseqüentemente, da dificuldade da União em obter competências e consensos nestas matérias.

³⁷Programa de Estocolmo, ponto 56, pp. 21.

³⁸Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – *Realização de um Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça para os Cidadãos Europeus – Plano de Ação de Aplicação do Programa de Estocolmo*, COM(2010) 171 final, de 20 de abril de 2004. Doravante, Plano de Ação sobre Estocolmo.

³⁹Como a proposta de criação de um Código da Imigração; o reconhecimento mútuo de decisões de asilo como sendo um objetivo a longo prazo; entre outros.

⁴⁰Conforme GUILD et al., *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, pp. 241

⁴¹GUILD, Elspeth et al., *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, pp. 230

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, a 1 de dezembro de 2009, terminou a fragmentação de políticas, tendo sido reunidas no Título V do TFUE. Pela primeira vez, o objetivo de proporcionar um Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça é afirmado, sendo inclusive listado antes do objetivo do mercado comum⁴², existindo uma inversão das prioridades, sendo os objetivos políticos da União prioritários aos económicos. O Tratado vem também “transform[ar] os papéis da Comissão e do Parlamento Europeu em áreas que eram consideradas como competência exclusiva dos Estados Membros e do Conselho”⁴³.

O artigo 78.º TFUE vem, também pela primeira vez, exortar à necessidade de uma Política Comum de Asilo, num texto institucional da União. A retirada da cláusula de *padrões mínimos* do seu enunciado veio conceder à União o “poder de harmonizar o direito nacional de asilo”⁴⁴. A obrigação de Não Repulsão passa a constar do direito originário da União, sendo o seu conteúdo definido no artigo 19.º, n.º2 da CDFUE⁴⁵. Esta proibição vale para “todas as vertentes da política comum em causa”⁴⁶. O artigo vem também prever de forma expressa que as medidas a adotar devem respeitar a Convenção de Genebra e Protocolo de Nova Iorque respeitantes ao estatuto de refugiado.

Piçarra salienta que “porque a aplicação da legislação em análise é integralmente descentralizada, cabendo em exclusivo aos EM, torna-se fundamental que a UE estabeleça, por via legislativa, os critérios e mecanismos de determinação do EM responsável pela análise de cada pedido de asilo ou proteção subsidiária, em ordem a resolver os inevitáveis conflitos positivos e negativos de competência inerentes ao sistema descentralizado em presença”⁴⁷.

⁴²Veja-se o artigo 3.º do Tratado da União Europeia.

⁴³GUILD et al., *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, pp. 231

⁴⁴PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, 2011, pp. 308

⁴⁵Entrada em vigor a 2000. Desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, este instrumento ganhou força vinculativa e é um dos textos *constitucionais* da União.

⁴⁶PIÇARRA, Nuno – Anotação ao artigo 78.º contida em ANASTÁCIO, Gonçalo e PORTO, Lopes Manuel, *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 405

⁴⁷PIÇARRA, Nuno, Anotação ao artigo 78.º contida em ANASTÁCIO, *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, pp. 407

Em 2013, e com o novo enquadramento institucional, Dublin II foi substituído pela aprovação do Regulamento (UE) n.º 604/2013⁴⁸. Este regulamento surgiu com proposta da Comissão em 2008 após se terem verificado “diversas deficiências relacionadas principalmente com a eficácia do sistema instituído (...) e com o nível de proteção proporcionado aos requerentes de proteção internacional sujeitos ao procedimento de Dublin.”⁴⁹. Visto que o Regulamento Dublin II não colmatou as falhas na morosidade do processo e não corrigiu totalmente a situação da utilização abusiva dos procedimentos de forma a prolongar a estadia dos requerentes no território da União, estes afiguram-se também como objetivos do novo regulamento. O Reino Unido e Irlanda optaram pela participação em Dublin III, tendo a Dinamarca optado por ficar fora do mesmo. Os Estados associados ao ELSJ Noruega, Islândia, Suíça e Liechtenstein também participam do regulamento.

Assim, o Regulamento de Dublin não foi profundamente alterado, tendo sido mantidos os critérios base e apenas se reformando medidas relativas a prazos e na clarificação de procedimentos. O artigo 1.º alarga o âmbito do regulamento a todos os requerentes de proteção internacional⁵⁰. O conceito de membros da família foi alargado de forma a englobar tios e avós do requerente. A nova versão do Regulamento contém ainda medidas processuais de salvaguarda mais exigentes, na medida em que o artigo 4.º prevê o direito à informação, o artigo seguinte o direito a uma entrevista pessoal, caso seja menor existem garantias acrescidas (artigo 6.º e recital 13 do Preâmbulo) e o direito a recorrer da decisão (artigo 27.º). O Regulamento define também, no artigo 28.º condições específicas em que a detenção do requerente pode ocorrer⁵¹.

O artigo 28.º, n.º1 procura parar a prática de detenção de requerentes de asilo, estipulando que uma pessoa não pode ser detida “pelo simples facto de essa pessoa estar sujeita ao procedimento” de Dublin.

⁴⁸De 26 de junho de 2013, doravante Dublin III.

⁴⁹Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, *que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de asilo apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro ou um apátrida (Reformulação)*, COM(2008) 820 Final, de 3 de dezembro de 2008, pp. 2

⁵⁰Nos termos do artigo 2.º, a) da Diretiva 2011/95/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, este conceito compreende tanto o estatuto de refugiado como o de proteção subsidiária.

⁵¹Neste sentido, poder-se-á consultar BOELES, Pieter et al., *European Migration Law*, 2.ª edição, Cambridge: Intersentia, 2014, pp. 263 e 264

Boeles salienta ser possível defender que “se fosse dada primazia ao país de preferência dos requerentes de asilo – ou simplesmente ao primeiro país de apresentação do pedido – isto não só iria reduzir o tempo e custos envolvidos na asserção de qual o país responsável como também aumentar as probabilidades de uma integração bem-sucedida”⁵². Por outro lado, o autor salienta também que tal sistema iria sobrecarregar os países com regimes mais favoráveis. É também possível argumentar que, com o atual regime, é colocada indevida pressão sobre certos EM, se bem que não os da primeira escolha dos requerentes, mas sim os da primeira entrada no território da União⁵³.

Perante o novo regulamento, existe doutrina que defende que os objetivos de aumento da eficácia do sistema e aumento da proteção dos requerentes não são totalmente compatíveis “tendo sido muito mais simples para os Estados-Membros acordar em melhorar a eficiência do sistema do que aumentar os padrões de proteção de requerentes de asilo”⁵⁴. Assim, as críticas efetuadas ao seu predecessor ainda se mantêm, nomeadamente, a distribuição desequilibrada da responsabilidade entre os diversos EM, levando a um desrespeito pelo Artigo 80.º do TFUE⁵⁵; salientando-se também a vontade dos requerentes como último fator a ser tido em consideração, o que em nada diminui os fluxos secundários de pessoas.

Assim, “a regulação nesta área reflete o desejo de os países limitarem a sua exposição a potenciais requerentes, enquanto a Comissão aspira a um único processo linear”⁵⁶, não existindo consenso de forma a uma resposta coesa e unificada no seio dos Estados da União.

De forma a concluir o presente capítulo, menciona-se que, a par de Dublin, existe um conjunto de instrumentos que completa o SECA, a saber: a Diretiva 2013/33/UE⁵⁷, que estabelece um conjunto de normas mínimas para o acolhimento de requerentes de

⁵²BOELES, *European Migration Law*, pp.266

⁵³Como salientam Carrera e Guild, “a geografia aumenta o grau de responsabilidade no escopo da política de asilo da UE”. Conforme CARRERA, Sergio e GUILD, Elspeth - ‘*Joint Operation RABIT 2010*’ – *FRONTEX Assistance to Greece’s Border with Turkey: Revealing the Deficiencies of Europe’s Dublin Asylum System*, CEPS, Bruxelas, novembro de 2010, pp. 2

⁵⁴PEERS, Steve et al. – *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary)*, Vol. 3, 2ª edição revista, Brill Nijhoff, Leida, 2015, pp. 347

⁵⁵Que estabelece a solidariedade e partilha equitativa das responsabilidades entre os Estados-Membros.

⁵⁶CAVIEDES, Alexander – “European Integration and the Governance of Migration”, in *Journal of Contemporary European Research*, Editado por UACES, Londres Volume 12, n.º1, pp. 561

⁵⁷Do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013

proteção internacional; a Diretiva 2013/32/UE⁵⁸ que contempla um conjunto de procedimentos comuns de concessão e retirada do estatuto de proteção internacional; a Diretiva 2011/95/UE⁵⁹, que veio estabelecer condições que terão de ser preenchidas pelos requerentes para beneficiar do estatuto acima referido, bem como um estatuto uniforme para refugiados ou requerentes de proteção subsidiária; o Regulamento (UE) n.º 439/2010⁶⁰ que criou um Gabinete Europeu de Apoio em Matéria de Asilo; a Diretiva 2008/115/CE⁶¹ relativa aos procedimentos para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular; e, por fim, a Diretiva 2001/55/CE⁶² relativa a normas mínimas comuns de proteção temporária no caso de existência de afluxo maciço de pessoas deslocadas.

⁵⁸Do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013

⁵⁹Do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011

⁶⁰Do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de maio de 2010

⁶¹Do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2008

⁶²Do Conselho de 20 de Julho de 2001

II. O Princípio do *Non Refoulement* e a Confiança Mútua no Sistema Europeu Comum de Asilo

Para melhor compreensão do objeto de estudo em apreço e, apesar de o Direito da UE ser independente do DIP, ambos estão interligados: os tratados e a CDFUE contêm referências para instrumentos de DIP, o TJUE tende a acompanhar a jurisprudência do TEDH⁶³ e, assim, é crucial perceber que mecanismos de DIP estão e causa quando se analisa o SECA e qual a sua relação com o Direito Europeu. Neste sentido, o presente capítulo procura, de forma sucinta, entender quais esses mecanismos. Uma vez que a interpretação da cláusula de soberania de Dublin tem sido sobejamente influenciada pela jurisprudência do TEDH, a presente análise afigura-se necessária ao bom entendimento das questões de fundo pela Cláusula levantadas.

1. A Convenção de Genebra de 1951

A Convenção começa por definir, no seu artigo 1.º, refugiado como a pessoa que teme “ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele”⁶⁴.

O artigo 33.º prevê no seu n.º1 que “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”. Assim, é proibido aos Estados Contratantes preconizar medidas que levem a que um refugiado seja entregue a quem o persegue. A interpretação desta obrigação tem sido nas últimas décadas uma interpretação lata, no sentido em que é aplicada quando o requerente de asilo passa a fronteira do Estado como quando aí permanece a aguardar decisão sobre o

⁶³Neste sentido, BOELES, *European Migration Law*, pp. 44

⁶⁴Na sua versão dada pelo Protocolo de Nova Iorque de 1967

pedido e, olhando para a prática dos Estados, esta obrigação tem sido entendida como uma obrigação de “não devolução” ou “não retorno” ao país de origem⁶⁵.

Este princípio é aplicável a refugiados, independentemente de o estatuto existir formalmente. Hathaway salienta que uma regra de remoção para o “primeiro país de chegada”, em que os Estados reenviam o migrante para um outro Estado signatário da Convenção por este ser o primeiro país de chegada do migrante, pode levar a uma repulsão indireta, pois pode existir o risco de nesse outro Estado, apesar de signatário, se expor a novas violações dos seus direitos ou de ser reencaminhado para o seu país de origem⁶⁶.

Uma ideia fundamental a reter sobre esta disposição é que não confere um direito de entrada num outro Estado que não o de origem. Assim, este diploma de DIP não consagra um direito de asilo, tornando a obrigação de não repulsão numa obrigação imperfeita uma vez que há o dever de não reenviar o refugiado para um país onde possa ser perseguido mas não há o dever de conceder asilo, ou proceder à análise do pedido.

O n.º 2 do Artigo 33.º prevê uma exceção ao Princípio do *Non Refoulement* na medida em que haja motivos sérios para considerar a pessoa uma ameaça à segurança nacional do país.

Por fim, refere-se que o artigo 78.º do TFUE estabelece a necessidade de as políticas da União serem conformes a esta Convenção.

2. O Artigo 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem

O Artigo 3.º da CEDH estabelece que “Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”. Apesar de os Estados terem o direito soberano de controlar a entrada, permanência e expulsão de nacionais de países terceiros no seu território e de a Convenção não prever no seu enunciado o direito a

⁶⁵Conforme GOODWIN-GILL, Guy e MCADAM, Jane – *The Refugee in International Law*, 3.ª Ed., Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 208

⁶⁶Conforme HATHAWAY, James C. – *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 323

asilos políticos há que considerar o artigo 3.º da CEDH na decisão de expulsão ou expulsão efetiva dos nacionais de países terceiros.

2.1. *Aplicação a Casos de Extradicação ou Expulsão*

No caso *Soering contra Reino Unido* de 1989, o TEDH veio entender que, dado a natureza irreparável do potencial dano de tortura ou maus-tratos, há que considerar “o objeto e propósito da Convenção como instrumento de proteção individual de seres humanos requer que as suas provisões sejam interpretadas e aplicadas de forma a tornar as suas salvaguardas práticas e efetivas.”⁶⁷. Sendo as proibições do artigo 3.º absolutas, “a decisão de um Estado Contratante de extraditar um fugitivo pode dar origem a questões ao abrigo do artigo 3.º, e, assim despoletar a responsabilidade desse Estado ao abrigo da Convenção, caso sejam demonstrados fundamentos substanciais de que a pessoa em causa, se extraditada, corra o risco real de ser sujeita a tortura ou tratamentos e penas degradantes no país que requer a extradicação.”⁶⁸. Apenas dois anos depois, na decisão *Cruz Varas e Outros contra Suécia*⁶⁹, o TEDH vem reafirmar este princípio de que o artigo 3.º é aplicável à extradicação, e vem reforçá-lo, no sentido de o estender à expulsão de nacionais de países terceiros que requeiram proteção internacional⁷⁰.

Destas decisões se retira que o artigo 3.º da CEDH implica uma obrigação de não deportação⁷¹ do nacional de país terceiro quando exista um risco real de este vir a sofrer tratamentos contrários ao artigo 3.º. Sendo a proibição deste artigo absoluta, os argumentos de segurança nacional e ordem pública não procedem na jurisprudência como justificações para a restrição da proteção conferida, considerando-se que “as

⁶⁷ Acórdão do TEDH *Soering c. Reino Unido*, de 7 de julho de 1989, Queixa n.º 14038/88, parágrafo 87

⁶⁸ Acórdão TEDH *Soering*, parágrafo 91

⁶⁹ De 20 de março de 1991, Queixa n.º 15576/89

⁷⁰ Acórdão TEDH *Cruz Varas e Outros c. Suécia* de 20 de março de 1991, *Queixa n.º 15576/89*, parágrafo 70: “o Tribunal considera que o princípio acima mencionado também se aplica a decisões de expulsão e a fortiori a casos de expulsão efetiva”. O Acórdão TEDH *Vilvarajah e Outros c. Reino Unido* de 30 de outubro de 1991, Queixas n.ºs 1316387, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87 vem reforçar este princípio.

⁷¹ Conforme Acórdão do TEDH *Saadi c. Itália*, de 28 de fevereiro de 2008, Queixa n.º 37201/06, Parágrafo 125.

atividades do indivíduo em questão, apesar de indesejáveis ou perigosas, não podem ser uma consideração material⁷² para a expulsão do país.

2.2. *O Que Consubstancia uma Violação do Artigo 3.º da CEDH?*

Devido ao carácter absoluto da proibição constante do artigo em análise, é entendimento assente que o perigo para o indivíduo não tem necessariamente de emanar de uma autoridade pública, podendo advir de outros grupos de pessoas, desde que as autoridades públicas do país em causa não estejam em condições de prevenir o risco⁷³.

O TEDH firmou um conjunto de princípios a examinar que permitirão casuisticamente ajudar a determinar a existência ou inexistência de uma violação do artigo 3.º da CEDH⁷⁴. Para além dos já mencionados *supra*, o risco terá de ser um risco real e, para se proceder a esta análise, ter-se-á de avaliar o país para onde a expulsão ocorreu ou ocorrerá dentro dos padrões do artigo 3.º da CEDH, sendo que o risco tem de possuir um patamar mínimo de gravidade para consubstanciar uma violação da Convenção. Assim, não será qualquer ação ou omissão que dá origem à responsabilidade do Estado sob o prisma da CEDH, devendo o risco ser aferido de forma rigorosa, cabendo em princípio ao requerente a demonstração de que existem, no caso em concreto, motivos suficientes para considerar que o risco é real, devendo análise centrar-se nas consequências previsíveis da expulsão.

Neste sentido, há que considerar tanto a situação geral no país para onde ocorrerá a expulsão, como a situação em concreto do requerente. Em jurisprudência anterior, o TEDH entendia que havendo uma situação geral de violência havia que ficar estabelecido que a situação pessoal do requerente seria pior do que a dos restantes membros da sua comunidade⁷⁵. Posteriormente, o TEDH veio tomar o entendimento que uma situação geral de violência será o suficiente para consubstanciar uma violação

⁷²Acórdão do TEDH *Chahal c. Reino Unido*, de 15 de novembro de 1996, Queixa n.º 22414/3, Parágrafo 80

⁷³Neste sentido e a título de exemplo refere-se o Acórdão do TEDH *H.L.R. c. França*, de 29 de abril de 1997, Queixa n.º 24573/94, Parágrafo 40; Acórdão do TEDH *D. c. Reino Unido*, de 2 de maio de 1997, Queixa n.º 30240/96, Parágrafo 49.

⁷⁴A lista de jurisprudência neste campo é vasta, podendo citar-se a título de exemplo o Acórdão do TEDH *Sufi e Elmi contra o Reino Unido*, de 28 de junho de 2011, Queixas n.º 8319/07 e 1149/07, que nos seus parágrafos 212 a 219 sumariza os princípios a ter em conta.

⁷⁵Acórdão do TEDH *Vilvarajah*, parágrafo 111

do artigo com a expulsão do requerente mas apenas nos casos mais extremos, em que o risco existe pela mera exposição do indivíduo a essa situação, deixando, assim, de ser necessária a prova adicional de características diferenciadoras do requerente⁷⁶.

Quanto ao momento de avaliação do risco, há que atender aos factos conhecidos ao momento da expulsão ou, caso esta ainda não tenha ocorrido, no momento dos procedimentos junto do TEDH⁷⁷.

3. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

Em 2000 foi adotada a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia que, com o Tratado de Lisboa ganhou a força vinculativa de um Tratado de direito primário da União. Este documento coloca dentro do âmbito e jurisdição da União os direitos consagrados na CEDH, com uma maior amplitude, criando ainda algumas provisões que não se encontram neste outro documento. Quanto ao âmbito pessoal de aplicação, não se encontra expresso na carta, porém a doutrina tem entendido que, pelo texto e contexto da mesma, esta se aplica a todas as pessoas⁷⁸.

O artigo 4.º traduz-se numa transcrição quase exata do artigo 3.º da CEDH, tornando o seu escopo de aplicação idêntico⁷⁹, sendo o seu articulado destinado às instituições da União e aos EM, quando se aplique direito da União.

O SECA e o Regulamento de Dublin “baseiam-se na presunção do respeito pelos direitos humanos dos requerentes de asilo, incluindo os que se relacionem com o seu tratamento durante a determinação do estatuto”⁸⁰, não obstante esta presunção, a

⁷⁶Acórdão do TEDH *N.A. c. Reino Unido*, de 17 de julho de 2008, Queixa n.º 25904/07, Parágrafos 115 e 116

⁷⁷Acórdão do TEDH *Chahal*, Parágrafo 85; Acórdão do TEDH *Saadi*, Parágrafo 133

⁷⁸Neste sentido poder-se-á consultar PEERS, et al., *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary)*, 2015, pp. 36

⁷⁹Neste sentido, PEERS, et al., *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary)*, 2015, pp. 51. O autor menciona também que no Acórdão do TJUE *N.S. e M.E.*, de 21 de dezembro de 2011, Processos Apenso C-411/10 e C-493/10, o Tribunal de Justiça seguiu esta interpretação.

⁸⁰PEERS, Steve et al. – *The Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014, pp. 63

proibição consagrada é absoluta e a sua violação pode despoletar a responsabilidade do EM responsável pela análise do pedido de asilo.

Comparando a presente disposição com a Convenção de Genebra, esta tem um escopo de aplicação maior do que aquela, uma vez que é também aplicada aos restantes mecanismos de proteção internacional, como a proteção subsidiária, adotados no âmbito da União. O Artigo 18.º da CDFUE prevê adicionalmente o Direito ao Asilo e, assim, torna a obrigação de não repulsão, numa obrigação perfeita uma vez que, caso um requerente não veja o seu pedido analisado, ou devidamente analisado, pode recorrer ao Tribunal de Justiça, ao contrário do que acontece com a CEDH.

4. A Presunção de Proteção Equivalente

No Acórdão *Bosphorus*, o TEDH vem explicitar que a CEDH não proíbe que as Altas Partes Contratantes transfiram soberania para órgãos internacionais e supranacionais. No entanto, esta transferência poderia levantar problemas de proteção no âmbito da CEDH, uma vez que a organização se iria substituir ao Estado na tomada de decisões. Ainda que assim seja, o TEDH não considera que existe uma total desproteção dos cidadãos na medida em que, em última análise, será o Estado o responsável pela ação ou omissão suscetível de violar a CEDH, uma vez que se vinculou a tais obrigações internacionais.

O tribunal continua, afirmando que “as ações estaduais que vão ao encontro de tais obrigações [internacionais] são justificadas na medida em que a organização em causa respeite os direitos fundamentais”⁸¹. Neste sentido, após análise do direito da UE em causa no caso concreto, concluiu que “a proteção de direitos fundamentais pelo direito comunitário pode ser considerado (...) equivalente (...) [i.e., comparável] ao sistema da Convenção.”⁸².

⁸¹Acórdão do TEDH *Bosphorus c. Irlanda*, de 30 de junho de 2005, Queixa n.º45036/98, Parágrafo 155

⁸²Acórdão do TEDH *Bosphorus*, parágrafo 165. Esta presunção será aplicável tanto a garantias materiais como a mecanismos de proteção. Neste sentido, BATJES, *European Asylum Law and International Law*, pp. 74

Apesar da criação desta presunção, esta poderá ser afastada mediante as condições do caso concreto se se considerar que a proteção ao abrigo da CEDH foi “manifestamente deficiente”⁸³.

Assim, pode concluir-se que, apesar do TEDH não ter competência para examinar atos da União enquanto tal, terá competência para analisar atos dos EM, que tenham origem em direito da União, tendo “deixado sem dúvidas que está preparado para afirmar o seu papel como árbitro final da proteção de direitos humanos na Europa”⁸⁴. Como refere Labayle, esta jurisprudência “obriga o juiz da União a ter bastante atenção à jurisprudência estrasburguesa, de forma a antecipar qualquer conflito eventual”⁸⁵.

5. O Papel da Confiança Mútua no Sistema Europeu Comum de Asilo

Já em Tampere se defendia a ideia do reconhecimento mútuo de sentenças como um passo necessário para uma maior aproximação na cooperação entre os EM. Com o Acórdão *Gözütok e Brügge* introduz-se um novo conceito no âmbito de processos penais – a confiança mútua. O conceito foi introduzido neste acórdão a propósito do Princípio *ne bis in idem*: “Nestas condições, o princípio *ne bis in idem*, consagrado no artigo 54.º da CAAS, (...) implica necessariamente que exista uma confiança mútua dos Estados-Membros nos respetivos sistemas de justiça penal e que cada um aceite a aplicação do direito penal em vigor noutros Estados-Membros, ainda que a aplicação do seu direito nacional leve a uma solução diferente”⁸⁶. Nas Conclusões do Advogado-Geral Ruiz-Jarabo, referentes a este processo, defende-se que “este objetivo comum [cooperação em matéria judicial] não pode ser alcançado sem uma confiança recíproca dos Estados-Membros nos seus sistemas de justiça penal e sem um reconhecimento mútuo das respetivas decisões, adotadas num verdadeiro «mercado comum dos direitos

⁸³Acórdão do TEDH *Bosphorus*, parágrafo 156

⁸⁴KUHNERT, Kathrin, “Bosphorus – Double standards in European human rights protection?”, in *Utrecht Law Review*, Volume 2, n.º 2, dezembro de 2006, pp. 12

⁸⁵LABAYLE, Henri – “Droit d’asile et confiance mutuelle: regard critique sur la jurisprudence européenne”, in *Cahiers de Droit Européen*, Bruylant, Número 3, Bruxelas, 2014, pp. 504

⁸⁶Acórdão do Tribunal de Justiça *Gözütok e Brügge*, Processos Apensos C-187/01 e C-385/01, de 11 de Fevereiro de 2003, parágrafo 33

fundamentais»⁸⁷. Por conseguinte, a confiança mútua, é consequência natural da cooperação entre os EM e, segundo Brouwer, é utilizada no interesse do indivíduo⁸⁸.

O Tratado Constitucional iria prever que o ELSJ seria pautado “pela promoção da confiança mútua entre as autoridades competentes dos Estados-Membros, em especial com base no reconhecimento mútuo das decisões judiciais e extrajudiciais”⁸⁹.

O Tratado de Lisboa veio introduzir alterações no Artigo 67.º do TFUE, no sentido de expressar no n.º 2 que as políticas comuns de asilo, imigração e fronteiras externas se baseiam “na solidariedade entre Estados-Membros e que [são equitativas] em relação aos nacionais de países terceiros. Para efeitos do presente título, os apátridas são equiparados aos nacionais de países terceiros.” Os números seguintes vêm estabelecer o reconhecimento mútuo das sentenças, quer civis quer penais, entre os EM.

Comparando o proposto artigo do Tratado Constitucional e a versão aprovada por Lisboa, constata-se que existe uma moderação quanto à confiança mútua. Enquanto no primeiro documento estava claro que a confiança mútua seria basilar no ELSJ., no documento que posteriormente veio a ser aprovado, apenas se menciona a solidariedade e equidade nas políticas e o reconhecimento mútuo de sentenças, que se traduz somente numa das vertentes da confiança mútua.

Na área da política de asilo, a confiança mútua significa que o sistema pressupõe todos os EM garantem o mesmo nível de proteção aos requerentes de proteção internacional, atendendo às regras de direito interno, internacional e da União: “a sua expressão legal encontra-se na chamada *presunção de segurança* de entre os Estados membros do sistema de Dublin.”⁹⁰. Brouwer explica que “a presunção de confiança implica mais especificamente que todos os Estados-Membros são países seguros para o requerente de

⁸⁷Parágrafo 124 das Conclusões do Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer apresentadas em 19 de setembro de 2002, referentes ao Processo do TJUE *Gözutok e Brügge*

⁸⁸A propósito dos Acórdãos do Tribunal de Justiça *Gözutok e Brügge* e *Cassis di Dijon*, C-120/78, de 20 de fevereiro de 1979: BROUWER, Evelien – “Mutual Trust and the Dublin Regulation: Protection of Fundamental Rights in the EU and the Burden of Proof”, in *Utrecht Law Review*, Volume 9, N.º1, janeiro 2013, pp. 137

⁸⁹No seu artigo 42.º da Parte I, n.º1, b)

⁹¹VELLUTI, “Who has the Right to have Rights?”, in *Fundamental Rights in the E.U.: A Matter for Two Courts*, pp. 142

asilo.”⁹¹. A autora prossegue, afirmando que uma fonte implícita da confiança mútua nesta área é a vinculação de todos os países que dele fazem parte à CEDH e a aplicação em todos eles da CDFUE. Velluti menciona, porém, que “apesar de a aplicação do princípio devesse ser no interesse do indivíduo e, especificamente para proteger os direitos básicos dos requerentes de asilo e, assim, proibir o refoulement, a sua aplicação prática não atingiu os seus objetivos propostos”⁹². Neste sentido, para alguma doutrina, uma das falhas estruturais de Dublin é que tem no seu cerne a confiança mútua entre os EM. Analisando alguns dos documentos que estiveram nas origens do SECA, não encontramos uma menção clara e inequívoca à confiança mútua como pedra angular do sistema de asilo. No Programa de Haia, não encontramos a confiança mútua referida nas disposições dedicadas ao asilo, mas sim nas áreas da cooperação judiciária⁹³. O mesmo para a Comunicação da Comissão ao Parlamento e ao Conselho de 10 de junho de 2009⁹⁴ e no Programa de Estocolmo.

Assim, o Princípio da Confiança Mútua não é um princípio expresso consagrado desde os primórdios do SECA, mas antes, uma construção jurisprudencial e doutrinária que apenas foi inserido no texto preambular de Dublin na sua versão de 2013, recital 3, que afirma que, uma vez que todos os EM respeitam o Princípio da Não Repulsão, são considerados como países seguros para os requerentes de proteção internacional.

⁹¹BROUWER, “Mutual Trust and the Dublin Regulation: Protection of Fundamental Rights in the EU and the Burden of Proof”, pp. 138. A autora considera a confiança mútua como um mecanismo de resposta nas áreas em que os EM não se encontram de acordo quanto a regras harmonizadas. Porém, a autora considera que isto em si já pressuporia a existência de “um certo grau de compatibilidade entre as regras dos Estados-Membros”, conforme pp. 136 e 137 do artigo citado.

⁹²VELLUTI, “Who has the Right to have Rights?”, in *Fundamental Rights in the E.U.: A Matter for Two Courts*, pp. 142

⁹³Conforme Página 11 do Programa

⁹⁴COM(2009) 262 Final

III. A Cláusula de Soberania de Dublin – Quando um Poder Discricionário se Transforma em Poder Vinculado

1. A Cláusula de Soberania

Desde a sua versão originária que a cláusula de soberania se encontra no sistema de Dublin. Na Convenção, o seu clausulado encontra-se no artigo 3.º, n.º 4, que vinha estipular que “Cada Estado-Membro tem o direito de analisar um pedido de asilo que lhe seja apresentado por um estrangeiro, mesmo que esta análise não seja da sua competência de acordo com os critérios definidos na presente Convenção, desde que o requerente de asilo dê o seu consentimento para tal”. No Regulamento Dublin II esta cláusula passa a constar do artigo 3.º, n.º 2 e mantém-se sem alterações substanciais. Em ambos os instrumentos, a cláusula está estipulada como sendo um direito dos Estados, fruto da sua soberania. Caso um EM tome a decisão de chamar a si a análise de um pedido de asilo, bastará informar o EM que seria competente disso mesmo. Assim, o âmbito de aplicação desta cláusula difere do âmbito da cláusula humanitária, patente no artigo 9.º da Convenção e no artigo 15.º de Dublin II, que prevê que por motivos de reunificação familiar ou questões culturais um EM possa solicitar a um outro EM que se encarregue da análise do pedido, devendo o segundo EM aceitar a tomada a cargo do requerente, e este aceitar a transferência.

Com Dublin III, o legislador europeu reuniu a cláusula de soberania e a cláusula humanitária num só clausulado, o do artigo 17.º. A Proposta de Regulamento previa a restrição de aplicabilidade da cláusula de soberania a “razões humanitárias e compassivas”⁹⁵, restrição esta que não chegou a ser aprovada, tendo-se optado pela seguinte redação: “cada Estado-Membro pode decidir analisar um pedido de proteção internacional que lhe seja apresentado por um nacional de um país terceiro ou por um apátrida, mesmo que essa análise não seja da sua competência por força dos critérios definidos no presente regulamento”. A cláusula em apreciação permanece, assim, na sua essência, inalterada, conferindo um grande grau de flexibilidade e discricionariedade aos EM. Esta Proposta continha ainda, no seu artigo 31.º, um mecanismo que permitiria suspender as transferências ao abrigo de Dublin quando um EM se visse confrontado

⁹⁵ COM(2008) 820 Final, de 3 de dezembro de 2008, artigo 17.º, n.º1.

com uma situação que colocasse as suas condições de receção de requerentes de proteção internacional em risco. Este artigo, porém, não foi aprovado.

Na sua essência, a cláusula de soberania é discricionária, porém, Costello salienta que possibilidade “de existir [um] dever jurídico de exercer esta discricionariedade é sugerida pela existência de direitos de recurso contra a transferência, apesar de o Regulamento de Dublin não especificar os fundamentos para o recurso. A interação entre a discricionariedade de Dublin e as obrigações de direitos fundamentais tem levado a bastante controvérsia jurídica”⁹⁶. Esta controvérsia jurídica será abordada na próxima secção da presente dissertação pois, apesar de a origem da cláusula de soberania residir na “necessidade de respeitar o papel dos Estados”⁹⁷ na atribuição de asilo, sendo Dublin “um mecanismo que distribui o exercício deste papel entre Estados que se reconhecem entre si como seguros”⁹⁸, a realidade é que, por o critério do Estado de entrada ser o mais utilizado, o sistema acaba por colocar uma pressão acrescida nos Estados fronteiriços do sul e leste da União⁹⁹, tendo esta circunstância levado a que diversas preocupações relativas aos direitos humanos dos requerentes tenham sido levantadas junto do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

2. A Criação de uma Obrigação de Não Transferência através da Evolução Jurisprudencial

“A tensão entre uma abordagem baseada em direitos para as políticas imigração e asilo e o desejo dos Estados de controlar as suas fronteiras e populações como aspeto essencial da sua soberania é bem conhecida.”¹⁰⁰. Ao longo da evolução do sistema e, de forma a fazer face aos novos desafios colocados a Dublin em matéria de violações de direitos humanos, o TEDH cria uma linha de leitura do Regulamento de Dublin que se

⁹⁶COSTELLO, Cathryn: “Dublin Case NS/ME: finally, an end to blind trust across the E.U.?”, in *Ansiel & Migrantenrecht*, 2012, n.º2, pp. 84

⁹⁷MORGADES-GIL, Sílvia, “The Discretion of States in the Dublin III System for Determining Responsibility for Examining Applications for Asylum: What Remains of the Sovereignty and Humanitarian Clauses after the Interpretations of the ECtHR and the CJUE?”, in *International Journal of Refugee Law, Oxford*: Oxford University Press, Volume 27, n.º3, outubro de 2015, pp. 437

⁹⁸MORGADES-GIL, “The Discretion of States in the Dublin III System for Determining Responsibility for Examining Applications for Asylum: What Remains of the Sovereignty and Humanitarian Clauses after the Interpretations of the ECtHR and the CJUE?”, pp. 437

⁹⁹Neste sentido, BOELES, *European Migration Law*, pp.265

¹⁰⁰PEERS, et al., *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary)*, 2015, pp. 27

apoia na cláusula de soberania para retirar à mesma discricionariedade de forma criar uma obrigação de não transferência quando em causa estejam direitos fundamentais dos requerentes de proteção internacional. Conforme analisado, o TEDH, desde o final da década de oitenta do século passado, tem entendido que para a expulsão ou extradição de um nacional de um país terceiro para o país de origem ou de trânsito, país este que não seja parte da CEDH, há que verificar se existe o risco de maus-tratos ou tratamentos degradantes, para que o Estado que proceda ao reenvio não incorra em responsabilidade ao abrigo do artigo 3.º da CEDH¹⁰¹.

2.1. *A Confiança Mútua na Transferência de Requerentes de Asilo*

No Acórdão *T.I. c. Reino Unido*¹⁰² o TEDH é confrontado com um caso em que um cidadão do Sri Lanka requereu asilo na Alemanha e, tendo o seu pedido sido negado dirigiu-se para o Reino Unido, onde apresentou novo pedido de asilo. O Reino Unido, pela aplicação da Convenção de Dublin solicitou a transferência de *T.I.* para a Alemanha, que aceitou tomar o requerente a cargo. De entre outras alegadas violações, *T.I.* recorreu para o TEDH com base no artigo 3.º da Convenção. O requerente argumentou ter um receio fundado de maus-tratos e tortura caso regressasse ao Sri Lanka, tanto por organizações governamentais, como por organizações e entidades não-governamentais, defendendo que a jurisprudência alemã, em que se é tido em conta apenas atos cometidos por autoridades do país, é contrária ao artigo 3.º da CEDH. O requerente defende que, ao não ter em conta este aspeto em conjunto com a não devida análise do pedido, a Alemanha não é um país seguro para o qual possa ser reenviado. O Governo do Reino Unido vem neste ponto argumentar que “seria errado, por princípio, o Reino Unido ter uma função de polícia de averiguar se outro Estado Contratante, como a Alemanha, age em conformidade com a Convenção”¹⁰³. Neste sentido, essa análise seria também contrária ao espírito de Dublin. O Alto-Comissário das Nações Unidas para os Refugiados vem sobre este assunto salientar que, apesar da Convenção de Dublin ser um desenvolvimento de forma a prevenir que os refugiados circulem indeterminadamente entre países, há que ter em conta o *refoulement* indireto. O Tribunal vem concordar com o ACNUR, em como um Tratado de Direito Internacional

¹⁰¹Este entendimento é reiterado nos Acórdãos do TEDH *Vilvarajah e Cruz Varas*, mencionados na pp. 26 da presente dissertação.

¹⁰²Acórdão do TEDH *T.I. c. Reino Unido*, de 7 de março de 2000, Queixa n.º 43844/98

¹⁰³Acórdão do TEDH *T.I.*, pp. 11, parágrafo 57

Público, como a Convenção de Dublin, não isenta os Estados de aferir possíveis violações do artigo 3.º da Convenção: “a remoção indireta neste caso para um país intermediário, que é também Alta Parte Contratante, não afeta a responsabilidade do Reino Unido de assegurar que o requerente não será, como resultado da sua decisão de expulsão, exposto a tratamentos contrários ao artigo 3.º”¹⁰⁴. A Confiança Mútua entre os signatários da Convenção de Dublin poderá, no entendimento do Tribunal, ser afastada. Brouwer salienta que, na sua decisão, o Tribunal não oferece um critério claro para definir os casos em que a confiança não prevalece mas apenas considera que, no caso concreto a possibilidade de violação não ficou demonstrada de forma “suficientemente concreta”¹⁰⁵.

Com o Acórdão *K.R.S. contra Reino Unido*, no ano de 2008, o TEDH firma a ideia de que o Regulamento de Dublin terá de ser colocado à prova com os mesmos critérios utilizados em *T.I. e Saadi*. Após esta análise, o TEDH conclui que Dublin II “protege os direitos fundamentais, quanto às garantias substantivas oferecidas como nos mecanismos do seu controlo.”¹⁰⁶. Não obstante, o Tribunal não deixa de referir que “apesar de ser, em princípio, aceitável para os Estados Contratantes definirem requisitos processuais para a submissão e consideração de pedidos de asilo e regularem os procedimentos de recurso de decisões desfavoráveis de primeira instância, a aplicação automática de tais requisitos será considerada como estando em desacordo com a proteção do valor fundamental contido no artigo 3.º da Convenção”¹⁰⁷. Assim, o TEDH defende que se deve presumir que o EM cumpre as suas obrigações, apoiando-se assim na ideia de confiança mútua para decidir pela não violação do artigo 3.º da CEDH num caso em que estava em causa o reenvio de um cidadão iraniano do Reino Unido para a Grécia. Porém o Tribunal ao decidir pela não violação do artigo 3.º com base na falta de prova de risco de *refoulement* caso se desse o reenvio para a Grécia, permite ao intérprete concluir que, implicitamente o Tribunal admite que, caso essa prova seja produzida, a presunção de confiança mútua poderá ser afastada. Apesar desta conclusão

¹⁰⁴Acórdão do TEDH *T.I.*, pp. 14

¹⁰⁵Acórdão do TEDH *T.I.*, pp. 16 e BROUWER, “Mutual Trust and the Dublin Regulation: Protection of Fundamental Rights in the EU and the Burden of Proof”, pp. 139

¹⁰⁶Acórdão do TEDH *K.R.S. contra Reino Unido*, de 2 de dezembro de 2008, Queixa n.º 32733/08, Parágrafo 45

¹⁰⁷Acórdão do TEDH *K.R.S.*, parágrafo 42, em que é citado parcialmente o Acórdão TEDH *Jabari contra Turquia*, de 11 de julho de 2000, Queixa n.º 40035/98, no seu parágrafo 40.

“permanecem por explicar quais os meios pelos quais a confiança entre os Estados pode ser colocada de parte”¹⁰⁸.

Ainda no Acórdão *K.R.S.*, o ACNUR vem reiterar a posição tomada no seu Relatório de 15 de abril de 2008¹⁰⁹, no qual apela à utilização da cláusula de soberania de Dublin II para evitar a transferência de requerentes de asilo para a Grécia, devido a várias falhas identificadas na receção dos requerentes e na análise dos pedidos¹¹⁰. Brouwer salienta como uma possível crítica à decisão do TEDH que esta “permite aos Estados-Membros aplicar o Regulamento de Dublin sem ter em consideração deficiências práticas no Sistema Comum de Asilo e as circunstâncias específicas no Estado-Membro em causa”¹¹¹, na medida em que apenas foram consideradas as práticas de expulsão, ao invés de todo o sistema bem como os relatórios das diversas organizações referenciadas no acórdão que apontam para a existência de falhas graves no sistema grego. Como refere Costello, “a suposição de que as violações do artigo 3.º seriam analisadas adequadamente pelo sistema interno grego está aberta a contestação empírica”¹¹², circunstância a que o Tribunal terá atribuído menor relevância do que a carta remetida pelo Reino Unido ao Tribunal em que se afirma que para certas nacionalidades, apesar da eventualidade dos pedidos de asilo serem rejeitados, não existirá reenvio para o país de origem por parte da Grécia¹¹³. Neste sentido, parece existir uma desresponsabilização do Reino Unido no sentido em que, apesar de conhecer as falhas do sistema grego, procede ao reenvio de requerentes de asilo para esse mesmo país pois estes não serão reenviados para os seus países de origem. Ora, parece que, apesar de num segundo momento, estes requerentes não serem expulsos do território da União, continuarão a ser expostos às falhas do sistema grego tornando, assim, esta decisão criticável. Costello vai

¹⁰⁸MORENO-LAX, Violeta, “Dismantling the Dublin System”, in *European Journal of Migration and Law*, Leida: Brill Academic Publishers, Volume 14, n.º1, 2012, pp. 11

¹⁰⁹Alto-Comissário para as Nações Unidas para os Refugiados, Posição do ACNUR sobre o Reenvio de Requerentes de Asilo ao Abrigo do Regulamento de Dublin, de 15 de abril de 2008

¹¹⁰Como as más condições dos centros de acolhimento, as detenções de pessoas sem análise do seu estatuto, a interrupção do processo pela ausência do requerente da Grécia, que poderá agir como uma barreira ao asilo, entre outros desafios identificados no documento.

¹¹¹BROUWER, Evelien – “Mutual Trust and the Dublin Regulation: Protection of Fundamental Rights in the EU and the Burden of Proof”, pp. 140

¹¹²COSTELLO, Cathryn: “Dublin Case NS/ME: finally, an end to blind trust across the E.U.?” pp. 85

¹¹³Em *K.R.S.*, o TEDH salientou carta enviada pelo Reino Unido ao TEDH, em resposta ao relatório do ACNUR, onde o governo britânico indica não existir reenvio de requerentes pela Grécia para países como o Afeganistão, Iraque, Irão, Somália, Sudão e Eritreia, mesmo que o pedido de asilo seja rejeitado, carta esta fundamental na tomada de decisão do Tribunal nessa mesma decisão (veja-se pp.3 e 13 do Acórdão).

mais longe, afirmando como *perturbadora*¹¹⁴ a presunção de que Dublin respeita os direitos fundamentais dos requerentes, não tendo existido, no caso concreto “não existiu uma análise individual dos riscos colocados ao requerente”¹¹⁵.

2.2. *O Conceito de Falha Sistémica nos Sistemas de Asilo dos Estados-Membros e a consequente interpretação da Cláusula de Soberania*

No caso *M.S.S.*¹¹⁶, um cidadão afegão requer asilo na Bélgica, que decide pelo reenvio para a Grécia, uma vez que o país de entrada no território da União terá sido este último país. Entre diversos outros argumentos perante o TEDH, o requerente alega a violação do artigo 13.º em conjunto com o artigo 3.º da Convenção devido a falhas no sistema de asilo grego. O TEDH, começando por salientar que o seu papel não é o de analisar o pedido mas sim verificar se o sistema em causa tem garantias que protejam do *refoulement*, conclui que, apesar do sistema grego possuir na sua legislação garantias que permitem o recurso efetivo das decisões, na prática essa legislação não está a ser aplicada: “o procedimento de asilo é marcado por deficiências estruturais tais que os requerentes de asilo tem poucas hipóteses de ver os seus pedidos e queixas ao abrigo da Convenção seriamente analisados pelas autoridades gregas, e na ausência de um remédio efetivo, no final do dia, não estão protegidos contra a expulsão arbitrária para os seus países de origem”. De acordo com o Tribunal, esta realidade afeta não só os requerentes que entram espontaneamente no país como os reenviados ao abrigo do Regulamento de Dublin.

No seu raciocínio o TEDH cria o conceito de *falha estrutural* ou *falha sistémica*, cuja aplicação permite afastar a confiança mútua entre os EM e a presunção de segurança que justificaria a aplicação dos critérios de Dublin e a inerente transferência do requerente para a Grécia. O Tribunal compila ainda, uma lista de problemas no sistema que, em conjunto, perfazem o cenário das falhas sistémicas naquele país, encontrando-se entre eles a falta de informação adequada aos requerentes de asilo, o difícil acesso às autoridades competentes por analisar e falta de um sistema fidedigno e eficaz de comunicação entre os requerentes e essas mesmas autoridades, bem como a escassez de

¹¹⁴COSTELLO, “Dublin Case NS/ME: finally, an end to blind trust across the E.U”, pp. 85

¹¹⁵COSTELLO, “Dublin Case NS/ME: finally, an end to blind trust across the E.U”, pp. 85

¹¹⁶Acórdão do TEDH *M.S.S. contra Bélgica e Grécia*, de 21 de janeiro de 2011, Queixa n.º 30696/09

intérpretes e falta de treino dos responsáveis pelas entrevistas aos requerentes e o difícil acesso a representação legal e demora nas decisões¹¹⁷. Costello salienta que a decisão de que a Grécia violou o artigo 3.º da Convenção devido às condições de vida do requerente é um avanço de considerável importância na medida em que é “baseado no reconhecimento de que os compromissos legais de providenciar condições de receção juntamente com a particular vulnerabilidade dos requerentes de asilo criam obrigações específicas positivas ao abrigo do artigo 3.º da CEDH”¹¹⁸.

Neste julgamento, o requerente alega que a Bélgica, ao decidir pelo reenvio para a Grécia, ciente das falhas neste país sem a análise dos potenciais riscos para o requerente, violou os artigos 2.º e 3.º da Convenção. A Bélgica contrapõe, afirmando que se regeu pelas regras de Dublin e que a cláusula de soberania é usada pelas autoridades do país quando a situação assim o requer, tendo fornecido exemplos em que as transferências foram suspensas através do uso implícito da cláusula de soberania, sendo os motivos das suspensões dos casos apresentados a presença de familiares dos requerentes na Bélgica, problemas de saúde dos requerentes e um caso em que o requerente era menor de idade. A Bélgica defende não ter tido “motivo para aplicar a cláusula e nenhuma informação de que ele [o requerente] teria sido vítima pessoalmente na Grécia de tratamentos proibidos pelo artigo 3.º”¹¹⁹. Os Países Baixos vêm acrescentar observações defendendo que, no seguimento do Acórdão *K.R.S.* seria de esperar que a Grécia cumprisse com as suas obrigações. O Governo do Reino Unido vem defender também esta posição, reforçando que a ideia de Dublin é agilizar o processo de determinação do Estado competente para a análise dos pedidos e, a existir uma avaliação prévia sobre as condições do Estado que seria o competente, os processos sofreriam atrasos.

O ACNUR vem, por outro lado, reforçar a posição do seu relatório de 2008, já referenciado em *K.R.S.*

Perante estas circunstâncias, o Tribunal vem concluir que “as autoridades Belgas poder-se-iam ter absterido de transferir o requerente caso considerassem que o país de receção,

¹¹⁷Acórdão do TEDH *M.S.S.*, parágrafo 3001. O Tribunal salienta também o baixo número de decisões favoráveis de primeira instância e o estilo padronizado das mesmas.

¹¹⁸COSTELLO, “Dublin Case NS/ME: finally, an end to blind trust across the E.U.?”, pp. 85

¹¹⁹Acórdão do TEDH *M.S.S.*, parágrafo 327

nomeadamente a Grécia, não estaria a cumprir com as suas obrigações ao abrigo da Convenção. Consequentemente, o Tribunal considera que a medida impugnada tomada pelas autoridades belgas não cumpriu as obrigações legais internacionais da Bélgica. Portanto, a presunção de proteção equivalente não se aplica ao presente caso”¹²⁰.

O TEDH vem defender que, apesar do julgamento *K.R.S.*, perante a situação na Grécia, as autoridades belgas não deveriam ter presumido o cumprimento das obrigações ao abrigo do direito internacional e europeu por aquele país: “ao tempo da expulsão do requerente, as autoridades belgas sabiam ou deviam saber que ele não tinha garantias que o seu pedido de asilo seria seriamente analisado pelas autoridades gregas. Eles [autoridades belgas] tinham também os meios para recusar a sua transferência”¹²¹. Este meio para resolver o impasse¹²² seria a invocação da cláusula de soberania, solução, aliás já aconselhada pelo ACNUR aos EM. O TEDH salienta também na sua fundamentação que este caso é diferente do Acórdão *T.I.*, pois neste “o procedimento de asilo na Alemanha aparentemente respeitava a Convenção”¹²³. Brouwer vem salientar a propósito desta decisão que “apesar de não o afirmar de forma explícita, o TEDH parece utilizar esta proposta [COM(2008) 820 final/2¹²⁴] como um outro motivo para apoiar o desvio da sua decisão anterior em *K.R.S.*, argumentando que até o legislador da União reconheceria a necessidade de permitir exceções à regra da confiança mútua”¹²⁵.

Na sua Opinião Concorde, o Juiz Rozakis¹²⁶ vem enfatizar a necessidade de reforma do sistema de Dublin pois este não está adequado às necessidades dos países fronteiriços e, em especial da Grécia, que estão sobrecarregados com a maioria dos fluxos migratórios.

¹²⁰Acórdão do TEDH *M.S.S.*, parágrafo 340

¹²¹Acórdão do TEDH *M.S.S.*, parágrafo 358. Para chegar a esta conclusão, o Tribunal referencia os relatórios de Organizações Internacionais publicados em 2008 após o julgamento *K.R.S.*, que vêm demonstrar um agravamento da situação; elementos enviados pelo ACNUR à Bélgica onde é aconselhada a suspensão das transferências para a Grécia; e a reforma do sistema de Dublin que se iniciou em 2008.

¹²²Expressão de Henri Labayle, utilizada no texto LABAYLE, “Droit d’asile et confiance mutuelle: regard critique sur la jurisprudence européenne”, pp. 506

¹²³Acórdão do TEDH *M.S.S.*, parágrafo 342

¹²⁴Como referido anteriormente, na pp. 32 da presente dissertação, a proposta em causa continha um mecanismo de contingência que permitiria a suspensão de transferências caso o EM em questão estivesse confrontado com uma situação tal que colocasse em causa as suas capacidades de receção de requerentes de asilo. Esta proposta não foi, porém, aprovada mas a possibilidade de vir a entrar em vigor parece, na opinião da autora, ter influenciado a decisão em análise.

¹²⁵BROUWER, “Mutual Trust and the Dublin Regulation: Protection of Fundamental Rights in the EU and the Burden of Proof”, pp.142

¹²⁶Acórdão do TEDH *M.S.S.*, pp. 91 e 92

Ainda quanto ao conceito e existência de falhas sistémicas nos sistemas de asilo de EM, a questão foi levantada em 2013, desta senda quanto à Itália, tendo o TEDH considerado que “à luz dos relatórios elaborados tanto por instituições governamentais e não-governamentais (...), apesar da situação geral e das condições de vida em Itália para requerentes de asilo, refugiados e nacionais de países terceiros a quem foram atribuídas autorizações de residência por motivos humanitários demonstrarem algumas carências, estas não demonstram uma falha sistémica na atribuição de apoios e instalações ao serviço de requerentes de asilo como membros de um grupo particularmente vulnerável de pessoas, como foi o caso em *M.S.S. contra Bélgica e Grécia*”¹²⁷. Assim, o TEDH vem considerar que as condições em Itália não são comparáveis àquelas da Grécia, não aplicando o conceito de falha sistémica.

M.S.S. marca um ponto de viragem na leitura da cláusula de soberania. Como refere Morgades-Gil, este julgamento veio transformar o seu conteúdo, que deixou de ser meramente discricionário para ser interpretado como “salvaguarda de proteção de direitos humanos no sistema de Dublin”¹²⁸, na medida em que o TEDH determina que este mecanismo é uma alternativa à aplicação dos seus critérios quando em causa estejam potenciais violações dos direitos fundamentais dos requerentes de proteção internacional.

Com *T.I., K.R.S. e M.S.S.*, Moreno-Lax considera que o TEDH definiu “uma análise em três passos para analisar os procedimentos de Dublin”¹²⁹ para evitar o *refoulement*. Em primeiro lugar há que analisar o risco direto no país de origem, seguindo-se uma análise de ameaças indiretas. O segundo passo passa pelo exame de respeito pelo CEDH e práticas do país intermediário. Caso exista um risco real de *refoulement* indireto a transferência deverá ser suspensa. A autora salienta que apesar de *M.S.S.* não rejeitar o Princípio da Confiança Mútua em Dublin, altera a sua importância, na medida em que este princípio que engloba a presunção de segurança de transferências, “já não pode ser

¹²⁷Acórdão do TEDH *Mohammed Hussein e Outros contra Países Baixos e Itália*, de 2 de abril de 2013, Queixa n.º 27725/10, parágrafo 78

¹²⁸MORGADES-GIL, “The Discretion of States in the Dublin III System for Determining Responsibility for Examining Applications for Asylum: What Remains of the Sovereignty and Humanitarian Clauses after the Interpretations of the ECtHR and the CJUE?”, pp. 439

¹²⁹MORENO-LAX, “Dismantling the Dublin System”, pp. 28

considerado *per se* como uma base suficiente para a transferência de requerentes intra-UE”¹³⁰.

Ainda em 2011, no Acórdão *N.S. e M.E.*¹³¹ são colocadas diversas questões prejudiciais acerca do procedimento de Dublin e da cláusula de soberania ao TJUE, dando a este Tribunal uma oportunidade de se pronunciar acerca da anterior decisão do TEDH. Nos presentes processos apensos, estavam em causa nacionais de vários países que entraram no território europeu pela Grécia e posteriormente se dirigiram para o Reino Unido e a Irlanda, onde apresentaram pedidos de asilo. Em primeiro lugar, o *Court of Appeal*, de Inglaterra e do País de Gales, pretende saber se a decisão adotada ao abrigo da cláusula de soberania pode ser escrutinada pelos parâmetros de Direitos Fundamentais da União, ou seja, se a cláusula de soberania confere um poder de intervenção, tendo o TJUE analisado se o direito conferido pela cláusula é passível de ser transformado num *dever de intervenção*¹³² dos EM. O Recorrente no processo principal, *N.S.*, defende neste aspeto que este tipo de decisão deverá ser escrutinada, uma vez que “não será necessariamente mais favorável ao requerente”¹³³. Organizações Não-governamentais, como a Amnistia Internacional e o AIRE, bem como o Governo Francês vêm neste ponto salientar que deverá haver escrutínio porque a cláusula de soberania é “justificada pelo facto de este regulamento ter por objetivo proteger os direitos fundamentais”¹³⁴, podendo tornar-se necessária a sua invocação. A Comissão realça neste sentido que “quando um regulamento confere um poder discricionário a um Estado-Membro, este deve exercer este poder no respeito do direito da União” e, assim, ao utilizar a prerrogativa do artigo 3.º, n.º 2, o Estado está a vincular-se “às obrigações de natureza processual da União e [às] diretivas”¹³⁵.

Para responder a esta questão, o Tribunal de Justiça salienta que o artigo 3.º, n.º 2 do Regulamento Dublin II estabelece um poder de apreciação aos Estados, mas que este

¹³⁰MORENO-LAX, “Dismantling the Dublin System”, pp. 29

¹³¹Acórdão do TJUE *N.S. e M.E.*, de 21 de dezembro de 2011, Processos Apensos C-411/10 e C-493/10

¹³²Expressão utilizada nas Conclusões da Advogada-Geral Erica Trstenjak no Processo C-411/10 (NS), apresentadas em 22 de Setembro de 2011, pp. 3

¹³³Acórdão do TJUE *N.S. e M.E.*, parágrafo 57. Quanto a esta questão, salienta-se não ser necessário o consentimento do requerente para a utilização da cláusula de soberania, o que poderá levar a um caso em que esta seja utilizada contra a vontade deste.

¹³⁴Acórdão do TJUE *N.S. e M.E.*, parágrafo 58

¹³⁵Acórdão do TJUE *N.S. e M.E.*, parágrafo 60. Os Governos da Irlanda, Reino Unido, Bélgica e Itália discordam desta visão, uma vez que a cláusula em causa deriva da soberania e discricionariedade dos Estados, não podendo uma decisão discricionária ser escrutinada.

poder é “parte integrante do sistema europeu comum de asilo”¹³⁶. Indo de encontro à interpretação da Comissão, o TJUE salienta que o poder de apreciação deve ser exercido respeitando as outras disposições do Regulamento. Tal como a Advogada-Geral, o Tribunal considera que, porque o regulamento prevê um conjunto de critérios exaustivos e as consequências da sua aplicação, a invocação da cláusula deve ser escrutinada¹³⁷. Assim, o Tribunal de Justiça conclui que “estes elementos confirmam a interpretação de que o poder de apreciação conferido aos Estados-Membros (...) faz parte integrante dos mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável por um pedido de asilo previstos no referido regulamento e, por conseguinte, apenas constitui um elemento do sistema europeu comum de asilo”¹³⁸.

Em segundo lugar, pretende saber-se se um EM que efetuar uma transferência de acordo com as regras de Dublin tem obrigatoriamente de verificar se o EM para onde irá o requerente respeita as suas obrigações ao abrigo dos Direitos Fundamentais da União. Consequentemente, tendo o EM que irá efetuar a transferência obrigação de cumprir com esses mesmos direitos fundamentais, o órgão de reenvio pergunta se não será esta obrigação contrária à presunção inilidível que um EM responsável respeita os Direitos Fundamentais da União. Quanto a esta questão, a Advogada-Geral conclui que caso exista um sério risco de violação de qualquer um dos direitos atribuídos pela CDFUE a cláusula de soberania deve ser invocada. Por outro lado, a violação das disposições das Diretivas só terá este efeito quando associada a uma violação da Carta¹³⁹.

Apesar da constatação de que a confiança mútua entre os EM é basilar no SECA, o Tribunal salienta que “não se pode excluir que este sistema se depre, na prática, com grandes dificuldades de funcionamento num determinado Estado-Membro, de modo que existe um sério risco de os requerentes de asilo serem, em caso de transferência para esse Estado-Membro, tratados de modo incompatível com os seus direitos fundamentais”¹⁴⁰. Ainda assim, O TJUE destaca o entendimento de que não será qualquer violação que coloca em causa as obrigações dos Estados ao abrigo de Dublin, devendo existir uma certa gravidade nas violações: “na hipótese de haver um grande

¹³⁶Acórdão do TJUE *N.S. e M.E.*, parágrafo 66

¹³⁷Neste sentido, Acórdão do TJUE *N.S. e M.E.*, parágrafo 67

¹³⁸Acórdão do TJUE *N.S. e M.E.*, parágrafo 68

¹³⁹Conclusões da Advogada-Geral Erica Trstenjak no Processo C-411/10 (*N.S.*), Parágrafo 127

¹⁴⁰Acórdão do TJUE *N.S. e M.E.*, parágrafo 81

receio de que existam falhas sistémicas no procedimento de asilo e nas condições de acolhimento dos requerentes de asilo no Estado-Membro responsável, que impliquem tratos desumanos ou degradantes, na aceção do artigo 4.º da Carta, dos requerentes de asilo transferidos para o território desse Estado-Membro, esta transferência é incompatível com a referida disposição”¹⁴¹. O Tribunal recorre ainda à jurisprudência de *M.S.S.*, afirmando que “o nível da lesão dos direitos fundamentais descritos nesse acórdão confirma que existia na Grécia, na altura da transferência do recorrente *M.S.S.*, uma falha sistémica do procedimento de asilo e das condições de acolhimento dos requerentes de asilo”¹⁴².

O TJUE conclui que nestes casos não deverá existir transferência “quando [os EM] não possam ignorar que as falhas sistémicas do procedimento de asilo e das condições de acolhimento dos requerentes de asilo nesse Estado-Membro constituem razões sérias e verosímeis de que o requerente corre um risco real de ser sujeito a tratos desumanos ou degradantes, na aceção do artigo 4.º da Carta”¹⁴³. Neste sentido, o julgamento difere da opinião da Advogada-Geral na medida em que não será “qualquer infração de um direito fundamental que afeta as obrigações de Dublin”¹⁴⁴, criando assim uma maior exigência para que se coloque a transferência de um requerente em causa. Neste ponto, o TJUE coloca também um nível acrescido de exigência em relação ao entendimento do TEDH, na medida em que tem de existir uma falha sistémica, nos termos pelo TJUE consubstanciados. O julgamento diverge também de *M.S.S.* na medida em que a violação de direitos que não os do artigo 4.º da CDFUE poderá colocar em causa a transferência¹⁴⁵.

A existir obrigação de não transferência do requerente, há que analisar qual o EM que ficará responsável pela análise do pedido. Neste ponto, o Tribunal de Justiça salienta que o Estado poderá optar pela invocação da cláusula de soberania ou com o prosseguimento da análise dos restantes critérios de Dublin. Não existindo outro critério aplicável, o TJUE estabelece que será responsável o EM do primeiro pedido de asilo.

¹⁴¹Acórdão do TJUE *N.S. e M.E.*, parágrafo 86

¹⁴²Acórdão do TJUE *N.S. e M.E.*, parágrafo 89

¹⁴³Acórdão do TJUE *N.S. e M.E.*, parágrafo 94

¹⁴⁴COSTELLO, “Dublin Case NS/ME: finally, an end to blind trust across the E.U.?” , pp. 87

¹⁴⁵Neste sentido, MORGADES-GIL, “The Discretion of States in the Dublin III System for Determining Responsibility for Examining Applications for Asylum: What Remains of the Sovereignty and Humanitarian Clauses after the Interpretations of the ECtHR and the CJUE?”, pp. 442

Apenas se tornará obrigatória a utilização da cláusula de soberania enquanto tal na medida em que a sua utilização se justifique para não tornar o processo de determinação do EM responsável demasiado moroso, de forma a não agravar a violação dos direitos fundamentais do requerente. Neste ponto, o Tribunal diverge da Advogada-Geral na medida em que esta última considera que a não transferência implica a alocação da responsabilidade para si mesmo. Com a visão do TJUE poder-se-ão colocar problemas de rapidez no procedimento de análise do pedido, uma vez que ter-se-á de analisar novamente qual o EM responsável de forma a reenviar o requerente para esse EM e aí se iniciar o procedimento de análise dos méritos do pedido de asilo¹⁴⁶.

A leitura destes acórdãos e, seguindo a conceptualização de Labayle, possibilita construir uma grelha de leitura de forma a “permitir aos Estados-Membros encontrar um equilíbrio justo entre a confiança, que autoriza as transferências, e a reversão da presunção de segurança, que apela ao uso da cláusula de soberania”¹⁴⁷. A confiança mútua apresenta-se como o ponto de partida, havendo que presumir que os diferentes EM respeitam os direitos fundamentais. Porém, esta presunção é ilidível, introduzindo-se a exceção à confiança mútua, patente no conceito de falha sistémica. Este critério operacional obriga à não transferência de um requerente de asilo quando exista uma falha sistémica nos procedimentos de asilo e nas condições de acolhimento do Estado responsável.

Em 2013, com o novo regulamento, o conceito foi introduzido no artigo 3.º, n.º 2, transformando as construções do TEDH e do TJUE em direito positivo. Não obstante esta evolução, o legislador europeu não definiu o conceito, deixando em aberto a complicada tarefa da sua determinação, havendo, inclusive divergências entre os juízes dos EM¹⁴⁸. O Acórdão *N.S. e M.E.*, pode facilitar esta tarefa na medida em que cria um conjunto de requisitos para que exista uma obrigação de não transferência para os EM, tornando a leitura de falha sistémica mais restritiva do que o entendimento do TEDH em *M.S.S.*

¹⁴⁶Neste sentido, MORGADES-GIL, “The Discretion of States in the Dublin III System for Determining Responsibility for Examining Applications for Asylum: What Remains of the Sovereignty and Humanitarian Clauses after the Interpretations of the ECtHR and the CJUE?”, pp. 443

¹⁴⁷LABAYLE, “Droit d’asile et confiance mutuelle: regard critique sur la jurisprudence européenne, pp. 513 e ss.

¹⁴⁸Neste sentido e, para informação mais detalhada, poder-se-á consultar LABAYLE, “Droit d’asile et confiance mutuelle: regard critique sur la jurisprudence européenne, pp. 524 e ss.

Em primeiro lugar, é necessário que os EM não possam ignorar a situação no EM que seria primariamente responsável pela análise do pedido, devendo a presunção de que os EM respeitam os direitos fundamentais ser “ilidida com base em prova do domínio público”¹⁴⁹. Brouwer refere que existe uma inversão do ónus da prova¹⁵⁰ para as autoridades do Estado-Membro, sendo ela justificada na medida em que a decisão de transferência é uma decisão fora do escopo de controlo do requerente. O segundo requisito é o da existência de falhas sistémicas no EM primariamente responsável.

Para além destes dois requisitos é necessário que existam razões sérias e verosímeis de que o requerente corre um risco real de um tratamento contrário ao artigo 4.º CDFUE. Fica, porém, por responder a questão de saber se existirão outros direitos, que não os do artigo 4.º CDFUE, que poderão obstar à transferência de requerentes de asilo.

Tal como Lübbe explica, existe uma divergência na interpretação da fonte do risco, ou seja, o risco mencionado no parágrafo anterior tem de ter por base uma falha sistémica, sendo esta uma condição necessária à suspensão das transferências ou, pelo contrário, poderá o risco advir de qualquer fonte. A autora considera que o conceito não depende do número de pessoas ou casos afetados pela falha nem da gravidade da mesma, definindo o conceito como “a falha sistémica é uma estrutura inserida num sistema – ou a falta de estrutura, um vazio estrutural – que, para casos que passem por esta parte do sistema, leva a um erro”¹⁵¹. Apesar de a gravidade e frequência de incidentes não ser relevante para averiguar se existe uma falha sistémica na ótica de Lübbe; estes fatores são importantes para determinar se existe um obstáculo à transferência. A autora defende que, por si só, a existência de uma falha sistémica não acarreta a suspensão automática das transferências ao abrigo de Dublin, considerando que “a falha sistémica só é um obstáculo por si só quando traz consigo um risco generalizado para os

¹⁴⁹COSTELLO, “Dublin Case NS/ME: finally, an end to blind trust across the E.U.?” pp. 88. Quanto a este primeiro requisito, a autora defende que uma noção demasiado rígida deste conceito poderá colocar em causa a eficácia da decisão. Salienta-se que este conceito indeterminado poderá colocar desafios práticos ao decisor, colocando-se questões como quais os documentos que devem relevar, dever-se-ão incluir documentos de que tipo de organizações, qual o nível de conhecimento exigível ao EM, entre outras questões.

¹⁵⁰Conforme BROUWER, “Mutual Trust and the Dublin Regulation: Protection of Fundamental Rights in the EU and the Burden of Proof”, pp.143

¹⁵¹LUBBE, Anna, “Systemic Flaws and Dublin Transfers: Incompatible Tests before the CJUE and the ECtHR?”, in *International Journal of Refugee Law*, Oxford: Oxford University Press, Volume 27, n.º1, março de 2015, pp. 137

requerentes transferidos de serem sujeitos a uma violação do artigo 4.º da Carta”¹⁵². Nesta altura do desenvolvimento da jurisprudência, parece ser indicado pelo TEDH a suspensão automática das transferências quando se estabeleça a existência de falhas sistémicas. O TJUE, por outro lado, coloca um maior grau de exigência nos requisitos que permitem suspender as transferências, distanciando-se da interpretação do TEDH.

Com *M.S.S. e N.S. e M.E.*, tanto o TEDH como o TJUE vêm afirmar que a confiança mútua entre os Estados-Membros não constitui uma presunção inilidível, introduzindo o conceito de falha sistémica como elemento indiciador de que esta confiança deve ser afastada. Dos julgamentos *M.S.S e N.S. e M.E.* “pode entender-se que (...) à cláusula [de soberania] foi atribuída nova concetualização, passando de ser uma mera garantia residual da soberania dos Estados-Membros para uma garantia necessária para assegurar o respeito com os direitos humanos, ao nível europeu e internacional”¹⁵³.

Costello critica veementemente a decisão de *N.S. e M.E.*, mencionando que o “raciocínio [do Tribunal] parece confundir fins e meios, os processos e produtos da integração europeia”, considerando a confiança mútua como um método regulatório do sistema e não como justificação para criação uma presunção de respeito pelos direitos fundamentais. A autora defende também, que a confiança mútua seria “melhor sustentada com a criação de meios de verificação do respeito pelos direitos fundamentais, ao invés de permitir que os governos ignorem falhas de outros [EM]”¹⁵⁴. Labayle argumenta que esta jurisprudência, que coloca no centro do SECA o Princípio da Confiança Mútua¹⁵⁵ não é histórica e juridicamente a mais correta. O autor salienta que o atual sistema de Dublin tem por base um texto criado antes do início do SECA, fora dos poderes da União e que, portanto, não poderia ter por base a confiança mútua entre os EM¹⁵⁶. O autor duvida ainda do argumento jurídico que permite transpor a confiança mútua para a imigração e asilo, na medida em que esta confiança não se encontra positivada nem se consubstancia num reconhecimento mútuo de decisões de

¹⁵²LUBBE, “Systemic Flaws and Dublin Transfers: Incompatible Tests before the CJUE and the ECtHR?”, pp. 140.

¹⁵³VELLUTI, “Who has the Right to have Rights?”, in *Fundamental Rights in the E.U.: A Matter for Two Courts*, pp. 150

¹⁵⁴COSTELLO, “Dublin Case NS/ME: finally, an end to blind trust across the E.U.?”, pp. 90

¹⁵⁵Veja-se o parágrafo 78 do Acórdão do TJUE *N.S. e M.E.* e o Capítulo I da presente dissertação.

¹⁵⁶Neste sentido, consultar LABAYLE, “Droit d’asile et confiance mutuelle: regard critique sur la jurisprudence européenne”, pp. 510 e ss.

asilo¹⁵⁷. O autor defende que a confiança mútua neste campo tem uma justificação diferente da do campo de cooperação penal e civil, sendo uma técnica de regulação dos poderes estatais¹⁵⁸ e não a concessão de um direito subjetivo aos requerentes de asilo.

A interpretação da cláusula de soberania é reiterada em 2013 pelo Tribunal de Justiça, quando no âmbito de um processo de reenvio prejudicial, o órgão de reenvio questiona se quando a situação do EM designado como responsável colocar em risco os direitos fundamentais dos requerentes de asilo, o requerente pode invocar jurisdicionalmente a obrigação de o EM onde o pedido foi apresentado analisar o mesmo ao abrigo da cláusula de soberania¹⁵⁹. Velluti, comentando a presente decisão, afirma que “de forma algo cautelosa, [o Tribunal] recusou reconhecer que um requerente de asilo possa ter um direito individual”¹⁶⁰ suscetível de recurso judicial.

No Acórdão *Abdullahi*, também de 2013¹⁶¹, o TJUE reitera este entendimento justificando a sua decisão com base no Princípio da Confiança Mútua e na harmonização existente do sistema, o que significará “que o pedido de um requerente de asilo será analisado, em larga medida, segundo as mesmas regras, qualquer que seja o Estado-Membro responsável pela análise desse pedido”¹⁶².

Ainda neste ano, o TJUE foi chamado a pronunciar-se sobre a interpretação da cláusula, em que o órgão jurisdicional de reenvio questiona se, não sendo a cláusula humanitária aplicável ao caso, a cláusula de soberania permite ao EM a análise do pedido quando o Estado responsável não responda ao pedido de retomada a cargo do

¹⁵⁷ Nomeadamente, das decisões positivas de concessão de proteção internacional.

¹⁵⁸ Conforme LABAYLE, “Droit d’asile et confiance mutuelle: regard critique sur la jurisprudence européenne”, pp. 511 e 512

¹⁵⁹ Acórdão do TJUE *Puid*, de 14 de novembro de 2013, Processo C-4/11, Parágrafo 1

¹⁶⁰ VELLUTI, “Who has the Right to have Rights?”, in *Fundamental Rights in the E.U.: A Matter for Two Courts*, pp. 155. Veja-se também os parágrafos 25 e 35 da decisão comentada.

¹⁶¹ Acórdão do TJUE *Abdullahi*, de 10 de dezembro de 2013, Processo C-394/12. Em causa estava uma cidadã da Somália que viajou até à Turquia, dirigindo-se depois à Grécia, Macedónia, Sérvia, Hungria e Áustria, tendo apresentado neste último país pedido de proteção internacional. O órgão austríaco responsável pela aplicação dos critérios de Dublin determinou, de acordo com os elementos recolhidos, que a requerente entrou no território da União através da Hungria, tendo solicitado a este país a tomada a cargo da requerente, que foi pela Hungria aceite. Assim, o Tribunal Austríaco pretende saber se o artigo 19.º, n.º 2 de Dublin II “deve ser interpretado no sentido de que obriga os Estados-Membros a preverem que o requerente de asilo tem o direito de pedir, no âmbito de um recurso de uma decisão de transferência ao abrigo do artigo 19.º, n.º 1, desse regulamento, a fiscalização da determinação do Estado-Membro responsável, invocando uma aplicação errada dos critérios”[parágrafo 42 do acórdão] do regulamento, criando, assim, direitos subjetivos para os requerentes.

¹⁶² Acórdão do TJUE *Abdullahi*, paragrafo 55

requerente. O TJUE vem relembrar que nos trabalhos preparatórios do então Regulamento de Dublin II a cláusula de soberania foi introduzida como um instrumento que permitirá aos EM decidirem analisar os pedidos de asilo “em função de considerações políticas, humanitárias ou práticas”¹⁶³, sem que esta decisão esteja dependente de qualquer condição¹⁶⁴. O Tribunal vem esclarecer ainda que a “premissa segundo a qual, quando a aplicação da cláusula humanitária que figura no artigo 15.º do regulamento está excluída, um Estado-Membro só pode examinar um pedido de asilo com fundamento no artigo 3.º, n.º 2 do regulamento se ficar demonstrado que o direito garantido aos requerentes de asilo pelo artigo 18.º da Carta não é respeitado pelo Estado-Membro responsável”¹⁶⁵, premissa esta que o Tribunal esclarece estar errada. Ainda no mesmo processo, é perguntado ao Tribunal de Justiça se, caso os relatórios elaborados pelo ACNUR alertem para violações do direito da União nos EM, o Estado no qual o requerente de asilo se encontrem tem a obrigação de solicitar junto daquela organização um parecer quanto à situação no EM responsável pela análise do pedido. Neste ponto, o Tribunal de Justiça esclarece que não existe tal obrigação, sendo que caso entendam os EM podem efetuar esse pedido.

3. O Acórdão Tarakhel

Em 2014 o TEDH foi chamado a pronunciar-se sobre o caso de uma família de oito nacionais afegão que entrou no território da União pela Itália, onde chegou a 16 de julho de 2011. Após alguns dias e passagem por dois centros de receção, os requerentes dirigiram-se até à Áustria, onde seriam identificados e, após requerimento de asilo, dá-se início ao processo de transferência para a Itália. Os requerentes viajam então para a Suíça, onde requerem asilo a 3 de novembro de 2011. Através da aplicação das regras de Dublin, a Suíça solicita a retomada a cargo pela Itália, rejeitando o pedido de asilo.

Junto do TEDH os requerentes alegam a violação do artigo 3.º da CEDH pela Suíça caso sejam reenviados para Itália, alegando para tal que as condições de receção dos

¹⁶³Acórdão do TJUE *Halaf*, de 30 de maio de 2013, Processo 528/10, Parágrafo 37

¹⁶⁴Acórdão do TJUE *Halaf*, parágrafo 36

¹⁶⁵Acórdão do TJUE *Halaf*, parágrafo 41. Recordar-se que esta decisão foi tomada ao abrigo de Dublin II, pelo que as cláusulas em análise se encontram atualmente no artigo 17.º, n.º1 (cláusula de soberania) e n.º 2 (cláusula humanitária) de Dublin III.

requerentes de asilo padecem de falhas sistémicas naquele país. Alegam dificuldades no acesso aos centros destinados a refugiados e requerentes de asilo, uma vez que só se terá acesso aos mesmos após registo do requerimento de asilo, o que na prática poderia levar entre semanas a meses a acontecer depois da manifestação da intenção de proceder ao requerimento, ficando os requerentes durante esse hiato de tempo sem alojamento¹⁶⁶. Os requerentes, apoiados por dados estatísticos alegam também que “devido à falta de vagas nos vários tipos de centros de receção, largos números de requerentes de asilo, incluindo famílias com crianças pequenas, eram forçados a viver em cubículos insalubres e outros alojamentos improvisados, ou simplesmente na rua”¹⁶⁷. Além disso, os requerentes alegam também que no alojamento disponível existente, e naquele em que estiveram aquando a sua chegada à Itália, apresenta más condições, na medida em que são colocadas demasiadas pessoas em espaços limitados, existem locais onde as famílias são sistematicamente separadas, não há condições de higiene e falta de privacidade, existindo violência e criminalidade entre os indivíduos que neles habitam.

Por fim, a família alega que o governo suíço não demonstrou ter efetuado as diligências necessárias no sentido de tentar obter junto das autoridades italianas as garantias necessárias para assegurar o alojamento condigno da família.

O governo Suíço, por sua vez, apoiou-se em relatórios de organizações internacionais de 2012, que não encontraram motivos para considerar que existiria uma violação sistemática da Diretiva sobre as Condições de Receção dos requerentes e que não tinham conhecimento de qualquer Estado ou relatório que desaconselhasse a suspensão das transferências para Itália. O governo salienta ainda que uma transferência de Dublin é “uma medida preparada com antecedência e não uma que lida com situações de emergência, pelo que é possível considerar a situação de pessoas com necessidades especiais, como é o caso de famílias com crianças pequenas, antes da sua chegada ao território italiano”¹⁶⁸.

¹⁶⁶Acórdão do TEDH *Tarakhel c. Suíça*, de 4 de novembro de 2014, Queixa n.º 29217/12. Informação constante no parágrafo 58. Os requerentes salientam também jurisprudência alemã neste sentido. Quanto à alegação da demora nos processos de identificação, o governo suíço não se pronunciou.

¹⁶⁷Acórdão do TEDH *Tarakhel c. Suíça*, parágrafo 65

¹⁶⁸Acórdão do TEDH *Tarakhel c. Suíça*, parágrafo 74

O governo italiano veio comentar que é possível obter alojamento antes e durante o processamento do registo do pedido de asilo e, ainda que “os requerentes de asilo que consigam demonstrar que não têm quaisquer meios de subsistência tinham direito a permanecer”¹⁶⁹ num determinado centro de apoio aos refugiados e requerentes de asilo e, quanto às vagas disponíveis, estas iriam aumentar em dobro no período de 2014-2016.

Os governos holandês, sueco, norueguês e do Reino Unido vêm apoiar a posição do governo suíço em como o ACNUR não teria aconselhado à suspensão das transferências para a Itália.

Na sua análise, para além dos princípios gerais de análise já abordados, o Tribunal vem relembrar que, apesar do entendimento de que o artigo 3.º não confere um direito a habitação a todas as pessoas sob a jurisdição de um Estado nem estabelece a obrigação geral de assistência financeira a refugiados, há que relembrar as obrigações legais positivas assumidas pela Grécia, nomeadamente através da transposição da Diretiva sobre as Condições de Receção dos requerentes. Em relação a menores, o Tribunal relembrar que a “extrema vulnerabilidade [das crianças] é um fator decisivo que toma prevalência sobre as considerações relativas ao seu estatuto de imigrante ilegal”¹⁷⁰.

O TEDH sublinha que a situação à altura vivida em Itália “não pode ser de nenhuma forma comparada à situação na Grécia ao tempo do julgamento M.S.S.”¹⁷¹ e, assim, a situação vivida em Itália não poderá ser utilizada automaticamente como impedimento das transferências para este país. Por outro lado, apesar destas considerações, há também que considerar que os requerentes do presente caso não podem ser comparáveis ao requerente de M.S.S., uma vez que estamos perante uma família que foi prontamente tomada a cargo pelas autoridades italianas, enquanto naquele caso o requerente foi detido e após a sua libertação não lhe foi atribuído alojamento.

Quanto ao facto de alguns dos requerentes serem menores, o tribunal reitera existir um requisito de proteção especial, mesmo que quando acompanhadas pelos pais ou tutores,

¹⁶⁹Acórdão do TEDH *Tarakhel c. Suíça*, parágrafo 76

¹⁷⁰Acórdão do TEDH *Tarakhel c. Suíça*, parágrafo 99

¹⁷¹Acórdão do TEDH *Tarakhel c. Suíça*, parágrafo 114

devendo as “condições de receção de crianças requerentes de asilo ser adaptadas à sua idade”¹⁷².

O Tribunal vem defender também que existe “a possibilidade de que um número grande de requerentes de asilo removidos para aquele país [Itália] possa ficar sem alojamento ou ficar alojado em instalações sobrelotadas sem qualquer privacidade, ou até em condições insalubres ou violentas”¹⁷³.

O Tribunal conclui assim que poderia existir violação do artigo 3.º da CEDH caso as autoridades suíças reenviassem os requerentes para Itália sem antes terem obtido garantias individuais que os requerentes iriam ser recebidos de forma adaptada às crianças e que a família iria permanecer junta.

Nestes termos, existe uma violação do artigo 3.º sem que fiquem estabelecidas falhas sistémicas nos procedimentos e condições de receção do sistema de asilo da Itália. Esta decisão não foi, porém, unânime. Os juízes Casadevall, Berro-Lefèvre e Jäderblom, apesar de concordarem com a conclusão de que as carências no sistema italiano não devem servir de barreira a todas as transferências, não concordam com a conclusão do presente caso na medida em que, nas suas opiniões, não foi suficientemente demonstrado o risco eminente de exposição a maus tratos ou a tratamento degradante nos termos do artigo 3.º CEDH, não concordando com o afastamento da jurisprudência até aqui assente¹⁷⁴.

Com esta decisão, o TEDH distancia-se da jurisprudência do TJUE, “se não o abandona por completo, baixa o limiar de aplicação do teste das *falhas sistémicas*”¹⁷⁵. Peers salienta que, caso *Tarakhel* signifique o abandono do critério, o conceito de falhas sistémicas será apenas um dos exemplos de suspensão da transferência de requerentes de asilo ao abrigo dos critérios de Dublin. No caso de se tratar de uma reinterpretação

¹⁷²Acórdão do TEDH *Tarakhel c. Suíça*, parágrafo 119

¹⁷³Acórdão do TEDH *Tarakhel c. Suíça*, parágrafo 120

¹⁷⁴Acórdão do TEDH *Tarakhel c. Suíça*, pp. 56

¹⁷⁵MORGADES-GIL, “The Discretion of States in the Dublin III System for Determining Responsibility for Examining Applications for Asylum: What Remains of the Sovereignty and Humanitarian Clauses after the Interpretations of the ECtHR and the CJUE?”, pp. 445. Neste sentido, consultar também PEERS, Steve, *Tarakhel v Switzerland: Another nail in the coffin of the Dublin system?*, novembro de 2014, disponível em WWW < <http://eulawanalysis.blogspot.pt/2014/11/tarakhel-v-switzerland-another-nail-in.html>>, pp. 4

do conceito, “uma falha sistémica não existira apenas quando um sistema de asilo colapsasse por inteiro, mas quando um aspeto particular do sistema não funcionasse de forma algo regular”¹⁷⁶.

Com este julgamento, cria-se uma nova incerteza ao método de trabalho criado até então. Se, antes de *Tarakhel*, o conceito de falha sistémica operava como critério que permitiria colocar em suspenso a confiança mútua entre os EM de forma a evitar a transferência de um requerente de proteção internacional para outro EM quando estivesse em risco de sofrer maus-tratos ou tratamentos degradantes, agora é incerto se será apenas nesses casos que a confiança mútua possa ser desconsiderada. A ser este o caso, Dublin sofre um duro golpe nos seus objetivos de celeridade na determinação do EM responsável pela análise dos pedidos de asilo, na medida em que caberá ao EM que conduz tal análise considerar para cada caso concreto se o requerente poderá vir a sofrer violações dos seus direitos fundamentais caso a transferência para o EM responsável ocorra, deixando o Princípio da confiança mútua no SECA severamente debilitado.

Da presente reflexão, “fica clara a mensagem de *Tarakhel* que não existe uma simples distinção binária entre casos em que todas as transferências de Dublin devam cessar, por um lado, e, por outro lado, casos em que as transferências de Dublin devam ir em frente a todo o vapor, criando-se categoria intermédia de casos em que as administrações nacionais devem prosseguir com cuidado”¹⁷⁷.

Morgades-Gil propõe que a presente decisão tenha impacto no ónus da prova, na medida em que “o entendimento de falha sistémica deve funcionar como uma balança: num contexto de falha sistémica, ao requerente de asilo não é requerido que ‘estabeleça a existência de caraterísticas distintas especiais’ ou que ele ou ela está pessoalmente em risco”¹⁷⁸.

¹⁷⁶PEERS, *Tarakhel v Switzerland: Another nail in the coffin of the Dublin system?*, pp. 4

¹⁷⁷PEERS, *Tarakhel v Switzerland: Another nail in the coffin of the Dublin system?*, pp. 4

¹⁷⁸MORGADES-GIL, “The Discretion of States in the Dublin III System for Determining Responsibility for Examining Applications for Asylum: What Remains of the Sovereignty and Humanitarian Clauses after the Interpretations of the ECtHR and the CJUE?”, pp. 446

4. E depois de Tarakhel?

Já em 2015, relativamente a um caso de um cidadão da Somália que havia entrado no território da União através da Itália, tendo posteriormente pedido asilo nos Países Baixos, o TEDH veio afirmar que “ao contrário dos requerentes do caso *Tarakhel* (...), que eram uma família com seis crianças menores, o requerente é um jovem capaz sem dependentes e, quanto às transferências para Itália ao abrigo do Regulamento de Dublin, as autoridades dos Países Baixos decidem em consulta com as autoridades italianas como e quando a transferência tomará lugar e que, em princípio, será dado aviso prévio com antecedência de três dias úteis”¹⁷⁹. O Tribunal reitera o entendimento de *Tarakhel*, em que havia considerado que a situação em Itália não justifica a suspensão de toda e qualquer transferência, declarando, assim não ter ficado estabelecido no caso concreto que caso a transferência ocorresse o requerente sofreria atos contrários à Convenção¹⁸⁰.

Assim, parece que o TEDH vem defender que a sua posição em *Tarakhel* resultou das condições particulares e excepcionais do caso em concreto, em que os requerentes se encontravam numa situação especial de vulnerabilidade, sendo que “nestes casos, a legalidade das transferências é condicionada à obtenção de garantias detalhadas, confiáveis e adaptadas às circunstâncias particulares de especial vulnerabilidade”¹⁸¹. Revendo o debate desenvolvido a propósito de *M.S.S.*, após este acórdão, o julgamento *Tarakhel* supunha-se uma resposta à discussão doutrinária gerada sobre o conceito e significado das obrigações de não transferência devido a falhas sistémicas, parecendo o TEDH vir indicar¹⁸² que o conceito em apreço seria exemplificativo das situações em que se poderia gerar uma obrigação de não transferência de requerentes de asilo ao abrigo de Dublin. A ser correta esta interpretação, o TEDH viria colocar a

¹⁷⁹Acórdão do TEDH *A.M.E. c. Países Baixos*, de 13 de janeiro de 2015, Queixa n.º 51428/10, Parágrafo 34

¹⁸⁰Mais tarde, o TEDH vem reiterar este entendimento, no Acórdão *A.S. c. Suíça*, de 30 de junho de 2015, Queixa n.º 39350/13, tendo considerado que não existiam, no caso, circunstâncias excepcionais que demonstrassem que caso a transferência para Itália ocorresse o requerente estaria exposto a tratamentos contrários à Convenção.

¹⁸¹MORGADES-GIL, “The Discretion of States in the Dublin III System for Determining Responsibility for Examining Applications for Asylum: What Remains of the Sovereignty and Humanitarian Clauses after the Interpretations of the ECtHR and the CJUE”, pp. 440

¹⁸²Neste ponto, existirá um distanciamento da posição doutrinária que interpretou *Tarakhel* como a atribuição de um limiar mais baixo ao conceito de falha sistémica. Veja-se as páginas anteriores da presente dissertação.

operacionalidade da confiança mútua entre os EM na aplicação de Dublin em causa, na medida em que ter-se-ia de efetuar uma análise casuística mais rigorosa para cada pedido de proteção internacional, tornando o procedimento para os requerentes ainda mais moroso e penoso.

Porém, com jurisprudência subsequente o TEDH vem esclarecer que não se deverão retirar *Tarakhel* conclusões abstratas, para todos os procedimentos de asilo, na medida em que os factos do julgamento serão excecionais, tendo, por isso levado, a um entendimento diferente da jurisprudência anterior.

IV. Desenvolvimentos Recentes – A Caminho de um Sistema Europeu Comum de Asilo mais eficiente?

“A União Europeia enfrenta a maior crise de refugiados desde o final da Segunda Guerra Mundial”.¹⁸³

De acordo com os dados estatísticos fornecidos pela Frontex entre julho e setembro de 2015 o número de deteções de travessias ilegais nas fronteiras externas da União foi de 617 412, traduzindo-se num aumento de exponencial quando comparado com o mesmo período de 2014, cujo número de deteções foi de 112 421¹⁸⁴. A Rota do Mediterrâneo Central é a rota onde mais travessias foram detetadas (319 035 no período de julho a setembro de 2015). A Comunicação acima referida indica-nos também que 90% das pessoas que utilizam esta rota são nacionais da Síria, Iraque e Afeganistão. Quanto aos pedidos de asilo, os dados do Eurostat revelam que o número de pedidos de asilo por requerentes que nunca haviam apresentado qualquer pedido nos Estados-Membros entre julho e setembro de 2015 foi de 413 800, um aumento exponencial quando comparado com os dados do mesmo período de 2014, em que o número de pedidos não chegou aos 200 000¹⁸⁵. Olhando para o número de pedidos de asilo entre 1998 e 2015, nota-se um pico desde 2013: em 2012 este número foi de 335 mil pedidos, aumentando para 431 mil em 2013, 626 mil em 2015 e aumentando exponencialmente em 2015 para 1 322 00 pedidos¹⁸⁶. Guild salienta que “cinco Estados-Membros receberam 75% de todos os pedidos – Alemanha, Suécia, Áustria, Itália e França”¹⁸⁷.

A União vê-se, assim, confrontada com uma pressão migratória sem precedentes e que testa a eficácia dos instrumentos de imigração e asilo existentes. O Conselho de 23 de

¹⁸³ Assim se inicia a Comunicação conjunta ao Parlamento Europeu e ao Conselho da Alta Representante da União para os Negócios Estrangeiros e da Política de Segurança de setembro de 2015, JOIN(2015) 40 final, de 9 de setembro de 2015

¹⁸⁴ De acordo com as Estatísticas da Frontex, disponíveis em WWW: <http://frontex.europa.eu/assets/Publications/Risk_Analysis/Fran_Q3_2015.pdf> [Consult. a 10.02.2016]

¹⁸⁵ Dados disponíveis em WWW: <<http://ec.europa.eu/eurostat/documents/2995521/7105334/3-10122015-AP-EN.pdf/04886524-58f2-40e9-995d-d97520e62a0e>> [Consult. a 10.02.2016]

¹⁸⁶ Dados compilados por Guild em GUILD, Elspeth, *Rethinking Migration Distribution in the EU: Shall we start with the facts?*, CEPS Commentary, Bruxelas, junho de 2016, pp. 3

¹⁸⁷ GUILD, *Rethinking Migration Distribution in the EU: Shall we start with the facts?*, pp. 4

abril de 2015 declarou a situação no mar mediterrâneo “trágica”¹⁸⁸, assumindo quatro compromissos de forma a dar resposta à situação, passando estes pelo reforço da presença das autoridades no mar; o combate ao tráfico de seres humanos e à migração ilegal e, por fim, o reforço da solidariedade e responsabilidade a nível interno da União. Para este último compromisso, o Conselho da União salienta que a efetiva aplicação do SECA é fundamental. Com o agravar da situação no Mediterrâneo, bem como o olhar atento da sociedade à atual *crise de refugiados*, têm sido diversos os esforços no sentido de melhorar o sistema de acolhimento às pessoas que chegam à União fugindo das guerras nos seus países de origem, mas também, de tentar combater o problema na fonte.

1. A Agenda Europeia da Migração¹⁸⁹

Reforçando o ideal de que a União deve permanecer como um *porto seguro* para aqueles que precisam de proteção, a Agenda aprovada a 13 de maio de 2015 reforça os pilares de ação defendidos no Conselho de 23 de abril de 2015, defendendo a necessidade de ativação do artigo 78.º, n.º3 do TFUE, que vem prever que possam ser aprovadas medidas temporárias favoráveis ao Estado-Membro que se veja sob pressão anormal de requerentes de proteção internacional.

É estabelecido que “a proposta incluirá um sistema de distribuição temporária de pessoas com necessidade evidente de proteção internacional, de modo a garantir uma participação equitativa e equilibrada de todos os Estados-Membros neste esforço comum”¹⁹⁰. Deve também ser aprovado um sistema de reinstalação de duzentas mil pessoas, ao qual será atribuído uma verba de cinquenta milhões de euros adicionais para os anos de 2015 e 2016. Sessenta milhões de euros deverão ser alocados ao melhoramento das condições de receção a migrantes.

¹⁸⁸Declaração sobre a Reunião Extraordinária do Conselho Europeu de 23/04/2015, disponível em WWW <<http://www.consilium.europa.eu/pt/press/press-releases/2015/04/23-special-euco-statement/>> [Consult. a 10.02.2016]

¹⁸⁹Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Agenda Europeia das Migrações*, COM(2015) 240 Final, de 13 de maio de 2015

¹⁹⁰ COM(2015) 240 Final, pp.5

A Comissão defende que os EM devem implementar de forma plena o SECA e, para que a confiança mútua seja promovida, defende a aprovação de um sistema de monitorização contínua da aplicação de Dublin.

Do ponto de vista da ação externa, defendem-se operações de combate às redes de tráfico e, reconhecendo que a situação só se resolverá na fonte, prevê-se a criação de Programas de Proteção e de Desenvolvimento Regional a ser iniciado no Norte de África¹⁹¹.

Esta Agenda é a primeira a englobar “as diversas vertentes internas e externas das políticas e dos instrumentos à disposição da União”¹⁹². Para além destas medidas acima mencionadas, a ação da União deverá desdobrar-se em quatro pilares essenciais, cada um com um conjunto específico de ações. Estes pilares são a redução dos incentivos à migração irregular; salvar vidas e garantir a segurança das fronteiras externas; uma política comum de asilo sólida; e uma nova política de migração legal. As propostas que pretendem tornar o sistema de asilo mais sólido e eficiente passam pela criação de um “processo de monitorização sistemático para analisar a execução e a aplicação das regras em matéria de asilo e promover a confiança mútua.”¹⁹³. A alteração das normas existências de forma a reforçar a proteção dos direitos dos requerentes é também uma prioridade, bem como o reforço do papel do EASO na cooperação entre os diversos Estados. Quanto a Dublin, é salientado que o sistema não funciona, mencionando-se que no ano de 2014 apenas cinco Estados-Membros foram responsáveis pela análise de 72% dos pedidos apresentados na União. Assim, o EASO deverá apoiar os Estados através da “criação de uma rede específica de unidades nacionais no âmbito do sistema de Dublin”¹⁹⁴.

¹⁹¹ A Posterior Comunicação JOIN(2015) 40 Final, oferece pormenores sobre estes desenvolvimentos a tomar nos países de origem dos migrantes em massa e também as medidas a tomar com países terceiros que serão chaves para enfrentar a crise, como é o caso da Turquia.

¹⁹² CARRERA, Sergio et al., *The EU's Response to the Refugee Crisis: taking stock and setting policy priorities*, CEPS Essay n.º 20, Bruxelas, 2015, pp.4

¹⁹³ Página 14 da Agenda

¹⁹⁴ Página 15 da Agenda

2. Ativação de Mecanismos de Emergência ao abrigo do Artigo 78.º, n.º 3 do TFUE

As conclusões do Conselho de 25 e 26 de junho de 2015, revelam que o Conselho acordou na recolocação temporária, a levar a cabo em dois anos e tendo em conta a situação de cada EM, de quarenta mil pessoas que se encontrem na Grécia e na Itália para outros EM. Em termos de reinstalação, os números serão de vinte mil pessoas. A União deverá também trabalhar nos acordos de readmissão, com os países de trânsito e de origem.

2.1. O Mecanismo de Recolocação

A 14 de setembro de 2015 foi aprovada Decisão que prevê a Recolocação de “requerentes que tenham apresentado o respetivo pedido de proteção internacional na Itália ou na Grécia e em relação aos quais esses Estados teriam sido os responsáveis pela análise do pedido”¹⁹⁵. O mecanismo de Recolocação é aquele em que um migrante que entra no território da União e se encontra num país que se encontra numa situação de alta pressão migratória é recolocado para um outro país da União, onde a situação será analisada. Este mecanismo não é aplicável à Irlanda, Dinamarca e Reino Unido. Estas novas medidas são excecionais e temporárias, de forma a lidar com o grande afluxo de migrantes que se encontram em Itália e na Grécia. Da Itália prevê-se a recolocação de vinte e quatro mil pessoas e da Grécia dezasseis mil.

Este mecanismo só funcionará para os requerentes de nacionalidade em que a concessão de proteção internacional iguale ou supere os 75%. Assim este mecanismo funcionará nos casos em que há uma forte probabilidade de que os requerentes teriam direito a proteção internacional em circunstâncias normais, abrangendo maioritariamente nacionais da Síria, Eritreia e Iraque¹⁹⁶. A recolocação apresenta-se, assim, como uma medida necessária dado o efeito perverso de Dublin, que sobrecarrega os países do Sul de requerentes pois o seu critério mais utilizado é o país da entrada do requerente. É

¹⁹⁵Decisão (UE) 2015/1523 do Conselho, de 14 de Setembro de 2015, artigo 1.º

¹⁹⁶De acordo com as estatísticas do Eurostat citadas por CARRERA, Sergio e GUILD, Elspeth - *Can the new refugee relocation system work? Perils in the Dublin logic and flawed reception conditions in the EU*, CEPS Essay n.º 334, outubro de 2015, pp. 6

também uma derrogação das regras de Dublin, uma vez que o Estado que seria o competente para analisar o pedido de proteção internacional vê-se afastado da decisão.

A 22 de setembro foi aprovada a recolocação de mais cento e vinte mil requerentes que se encontrem na Grécia e na Itália, sendo que a partir de 26 de setembro de 2016 deverão ser recolocadas cinquenta e quatro mil pessoas¹⁹⁷, caso não exista uma adaptação deste mecanismo até essa data.

Carrera e Guild identificam como desafios a este novo sistema a não aplicação efetiva da Diretiva 2013/33/UE, que prevê as condições de receção de requerentes de proteção internacional, levando a um “sério impedimento prático para o mecanismo de recolocação temporária funcionar”¹⁹⁸; e o facto de este sistema ter por base a “presunção de que o sistema de Dublin pode ser salvo”¹⁹⁹. Neste sentido, os autores consideram que este novo mecanismo ataca os sintomas e não a causa da disrupção do sistema.

O Artigo 4.º, n.º 5 estabelece a possibilidade de se suspender a recolocação de até trinta por cento dos requerentes a recolocar em casos excecionais. Esta disposição parece indicar a obrigatoriedade do novo sistema.

A Áustria pediu a suspensão temporária das Decisões de Recolocação adotadas, dada a pressão migratória no país, tendo sido aprovada a suspensão de um ano²⁰⁰.

A recolocação funciona sob uma chave de repartição encontrada pretende atender à capacidade de receção dos Estados-Membros, tendo sido considerados os critérios da população do país, PIB do mesmo, número de requerimentos de asilo no período de 2010 a 2014 e a taxa de desemprego²⁰¹.

Na prática, este sistema funciona através da nomeação, pelos Estados-Membros, de um ponto de contacto nacional que estará em contacto com os pontos de contacto dos

¹⁹⁷Nos termos da Decisão (UE) 2015/1601 do Conselho, de 22 de setembro de 2015

¹⁹⁸CARRERA e GUILD, *Can the new refugee relocation system work? Perils in the Dublin logic and flawed reception conditions in the EU*, pp. 2

¹⁹⁹CARRERA e GUILD, *Can the new refugee relocation system work? Perils in the Dublin logic and flawed reception conditions in the EU*, pp. 9

²⁰⁰Nos termos da Decisão de Execução (UE) 2016/408 do Conselho, de 10 de março de 2016

²⁰¹Conforme a Proposta de Decisão, COM(2015) 451 Final, de 9 de setembro de 2015

restantes Estados-Membros e com os *hotspots*²⁰² em Itália e na Grécia, para que se proceda à recolocação. Uma melhoria do sistema é que, “a fim de decidir qual o Estado-Membro para o qual deverá ser efetuada a recolocação, haverá que prestar especial atenção às qualificações e características específicas dos requerentes em causa, como os seus conhecimentos linguísticos e outras especificidades baseadas em laços familiares, culturais ou sociais comprovados que possam facilitar a sua integração no Estado-Membro de recolocação”²⁰³. Porém, a vontade dos requerentes continua a não ser tomada em conta nas decisões de recolocação, sendo que o requerente é notificado apenas quando a decisão já está tomada²⁰⁴. Este modelo implica também o “apoio operacional pelos peritos da Frontex, Europol e EASO envolvidos na triagem dos nacionais de países terceiros (identificação, recolha de impressões digitais e registo), no fornecimento de informação e assistência a requerentes de proteção internacional e na preparação e remoção de migrantes irregulares”²⁰⁵.

O Artigo 6.º, n.º4 estabelece que caso o requerente entre num Estado que não o de recolocação “é obrigado” a voltar a este, o que parece indicar que o requerente possa ser coercivamente levado para o Estado de recolocação.

A doutrina aponta diversas falhas a este mecanismo, começando por ter na sua base as regras de Dublin que já se provaram ineficazes; os indicadores utilizados para a chave de repartição podem levar a uma desconsideração pelas necessidades de proteção de grupos específicos e alteração de circunstâncias nos países de origem; a não consideração da vontade dos requerentes; o não registo através dos *hotspots* pode levar a que os requerentes fiquem indefinidamente em Itália ou na Grécia, sem uma análise individualizada das suas circunstâncias; e as divergências nas condições de receção entre os vários Estados-Membros pode levar a uma dificuldade prática na recolocação dos requerentes²⁰⁶.

²⁰²Centro de Identificação e Processamento de Requerentes de Proteção Internacional

²⁰³Decisão (UE) 2015/1523 do Conselho, Recital 34 do Preâmbulo

²⁰⁴Decisão (UE) 2015/1523 do Conselho, Artigo 5.º, n.º4

²⁰⁵CARRERA et al., *The EU's Response to the Refugee Crisis: taking stock and setting policy priorities*, pp. 7

²⁰⁶Conforme CARRERA GUILD, *Can the new refugee relocation system work? Perils in the Dublin logic and flawed reception conditions in the EU*, pp. 10 e ss

2.2. *A Reinstalação*

O mecanismo de Reinstalação, por outro lado, vai atuar diretamente nos países de origem ou de trânsito, reinstalando requerentes de proteção internacional, recomendados pelo ACNUR, desses países para o território da União. Em junho de 2015 a Comissão Europeia veio recomendar a reinstalação de vinte mil pessoas por todos os Estados-Membros num período de dois anos²⁰⁷. A Comissão recomenda que a repartição se faça atendendo ao número de habitantes de cada Estado-Membro, o PIB e a taxa de desemprego e atendendo também aos esforços de reinstalação desse Estado no período de 2010 a 2014.

A 22 de julho de 2015, os Representantes dos Governos dos EM acordaram em “reinstalar (...) pessoas deslocadas com clara necessidade de proteção internacional, através de regimes multilaterais e nacionais, refletindo as situações particulares dos Estados-Membros e a pedido do Alto-Comissário das Nações Unidas para os Refugiados; essas pessoas, provenientes de um país terceiro, serão acolhidas num Estado-Membro com o acordo deste, sendo o objetivo protegê-las contra a repulsão, admiti-las e conceder-lhes o direito de residência e outros direitos semelhantes aos concedidos a um beneficiário de proteção internacional”²⁰⁸. Neste programa, há que dar prioridade às regiões Norte de África, do Médio Oriente e do Corno de África.

3. **A Implementação das Medidas Provisórias**

Em março de 2016, a Comissão classificou como insatisfatória a implementação dos mecanismos de recolocação e reinstalação, salientado como motivo a falta de vontade política dos Estados-Membros²⁰⁹.

²⁰⁷Recomendação da Comissão (UE) 2015/914, de 8 de junho de 2015

²⁰⁸Conclusões dos Representantes dos Governos dos Estados-Membros, reunidos no Conselho, sobre a reinstalação, através de regimes multilaterais e nacionais, de 20 000 pessoas deslocadas com clara necessidade de proteção internacional, de 22 de julho de 2015, pp. 4

²⁰⁹Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho, *Primeiro Relatório sobre a Recolocação e Reinstalação*, COM (2016) 165 Final, de 16 de março de 2016, pp. 2

No Segundo Relatório sobre a Recolocação e a Reinstalação, de 12 de março de 2016 afirma-se que “desde 16 de março de 2016, chegaram à Grécia 9 928 pessoas. Com o encerramento da fronteira entre a Grécia e a antiga República jugoslava da Macedónia, entre 50 000 e 56 000 pessoas estão bloqueadas na Grécia e, de acordo com as primeiras estimativas do ACNUR, 65% a 70% dessas pessoas pertencem a uma das nacionalidades elegíveis para recolocação”²¹⁰. O Relatório classifica novamente os esforços na aplicação das medidas como insatisfatórios, uma vez que “a Comissão estabeleceu o objetivo de recolocar, pelo menos, 6 000 mil pessoas até à publicação do segundo relatório. Este objetivo não foi cumprido. Apenas foram recolocadas 208 pessoas suplementares durante o período abrangido pelo relatório, tendo apenas alguns Estados-Membros e países associados procedido a recolocações. A concretização das obrigações de recolocação continua, portanto, a ser prioritária para aliviar a pressão que se exerce sobre a Grécia e a Itália”²¹¹. Quanto à reinstalação apenas 5677 pessoas foram reinstaladas à data do segundo relatório.

No terceiro relatório²¹², a situação permanece insatisfatória, com os números efetivos de recolocações e reinstalações inferiores ao formalmente acordado e aos objetivos da Comissão. Existe, porém, uma redução de cerca de 75% de chegadas à Grécia desde o relatório anterior, diminuição devida ao fecho das fronteiras com a Macedónia.

Uma das falhas apontadas à implementação deste sistema é que os esforços para acolhimento vêm de um grupo reduzido de EM.

Em junho de 2016, o quarto relatório assinala melhorias na implementação dos mecanismos: “780 pessoas mais foram relocadas, mais do dobro da percentagem do período anterior, trazendo o total para 2280 pessoas relocadas”²¹³. Mas, ainda assim está longe dos objetivos colocados. Os países de acolhimento continuam a ser um grupo restrito: Bélgica, Finlândia, França, Luxemburgo, Países Baixos, Malta, Portugal,

²¹⁰ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho, *Segundo Relatório sobre a Recolocação e Reinstalação*, COM (2016) 222 Final, de 12 de abril de 2016, pp. 2

²¹¹ COM (2016) 222 Final, pp. 2

²¹² Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho, *Terceiro Relatório sobre a Recolocação e Reinstalação*, COM (2016) 360 Final, de 18 de maio de 2016

²¹³ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho, *Quarto Relatório sobre a Recolocação e Reinstalação*, COM (2016) 416 Final, de 15 de junho de 2016, pp. 2

Espanha, Suíça e Eslovénia. O Relatório explica que apenas 2% das medidas foram implementadas.

Reinstaladas foram 7272 pessoas, das 2254 acordadas em julho de 2015. Este número veio maioritariamente da Turquia, Jordânia e Líbano.

Em setembro de 2016, a Comissão salienta existir uma melhoria gradual na implementação das medidas provisórias, se bem que bastante aquém dos compromissos iniciais²¹⁴.

A participação dos EM parece estar a progredir de forma lenta, na medida em que o sétimo relatório, de novembro de 2016, menciona que a “Finlândia, os Países Baixos, Portugal e a Roménia continuaram [durante o período de reporte] com transferências regulares semanais e mensais e a Bélgica, Estónia, Letónia, Lituânia, Luxemburgo e Malta consolidaram uma tendência de transferências mensais”²¹⁵. O relatório refere ainda que “a Áustria e a Hungria continuam a ser os dois únicos países que não submeteram nenhum compromisso ou recolocaram requerentes”²¹⁶.

Com o mecanismo de recolocação “o novo modelo de distribuição de responsabilidade constitui uma derrogação temporária das atuais sacrossantas regras de Dublin, que designam como responsável para análise dos pedidos o primeiro Estado de entrada do requerente”²¹⁷. Sergio Carrera aponta como um avanço positivo a tomada em consideração das capacidades linguísticas, laços culturais e familiares. A questão da atribuição de quotas para acolhimento de refugiados não é, para este autor, o elemento chave a discutir, mas antes “a relutância de muitas instituições europeias de arcar com a responsabilidade em enfrentar as causas de raiz da chamada crise de refugiados”²¹⁸. Este autor defende também que de entre as razões principais que levaram à ineficácia do sistema de Dublin encontram-se a “falha sistémica” nalguns Estados na aplicação da

²¹⁴Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho, *Sexto Relatório sobre a Recolocação e Reinstalação*, COM (2016) 636 Final, de 28 de setembro de 2016, pp. 14

²¹⁵Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho, *Sétimo Relatório sobre a Recolocação e Reinstalação*, COM(2016) 720 Final, de 9 de novembro de 2016, pp. 8]

²¹⁶COM(2016) 720 Final, pp. 6

²¹⁷CARRERA, Sergio - *To adopt refugee quotas or not: Is that the question*, CEPS Commentary, Bruxelas, outubro de 2015, pp. 1

²¹⁸CARRERA, *To adopt refugee quotas or not: Is that the question*, pp. 1

Diretiva sobre as Condições de Receção dos requerentes e a indiferença pela vontade dos requerentes.

Um aspeto das medidas provisórias que pode ser apontado como negativo é o “uso de indicadores numéricos para selecionar os beneficiários do esquema, o que pode obscurecer as necessidades de proteção de grupos específicos”²¹⁹.

Gros salienta que a “UE parece incapaz de dar uma resposta unificada”²²⁰ à presente situação, e que, uma vez que o problema é tão diverso de EM para EM, as tensões aumentam, não se conseguindo produzir uma resposta coerente por todos os Estados. O autor afirma mesmo que “o sistema de Dublin nunca fez qualquer sentido. Coloca todo o encargo nos países de fronteira.”²²¹. Para este autor, a crise de refugiados é dupla, uma vez que o problema não é proveniente somente da Síria. Há também que olhar para os fluxos vindos dos Balcãs, principalmente do Kosovo²²². E, para estas nacionalidades, a recolocação não será um mecanismo de resposta, uma vez que não é preenchido o critério da aceitação dos pedidos ser igual ou superior a 75%²²³.

Assim, Gros defende uma atuação em duas frentes, na medida em que os EM têm de reforçar a sua capacidade de resposta aos pedidos de asilo e a melhoria na solidariedade de gestão dos pedidos e acolhimento dos beneficiários de proteção internacional. Carrera considera que a criação de um Serviço Europeu de Asilo, “responsável por examinar pedidos de asilo e aplicar o novo sistema de distribuição”²²⁴ seria um passo essencial para resolver a presente situação.

Autores como Carrera consideram que a construção de muros nas fronteiras externas da União não é um resposta adequada nem aceitável para deter os fluxos migratórios. Neste ponto, salientamos que apesar do direito soberano dos Estados de construir barreiras e afins no seu próprio território, podendo estas até funcionar em prol do favorecimento

²¹⁹GUILD, Elspeth et al., *The 2015 Refugee Crisis in the European Union*, CEPS Policy Brief, n.º 332, setembro de 2015, pp. 6

²²⁰GROS, Daniel, *Europe’s Double Refugee Crisis*, CEPS Comentary, 8 de setembro de 2015, pp.1

²²¹GROS, *Europe’s Double Refugee Crisis*, CEPS Comentary, Bruxelas, 8 de setembro de 2015, pp.1

²²²Em 2014 o número de pessoas vindas do Kosovo chegou aos 80 000, conforme *Europe’s Double Refugee Crisis*, CEPS Comentary, Bruxelas, 8 de setembro de 2015, pp.2

²²³Conforme analisado anteriormente, o Kosovo não é uma das nacionalidades que se encaixa nas medidas.

²²⁴CARRERA, *To adopt refugee quotas or not: Is that the question*, pp. 2

dos direitos dos requerentes de asilo (controlando as entradas, existe uma maior informação que permitirá a alocação dos fluxos de forma concordante com os direitos dos requerentes), estes mecanismos podem ser subvertidos no sentido de não permitir de todo a entrada a pessoas necessitadas de proteção internacional.

4. A Declaração UE-Turquia

A 18 de março de 2016, firmou-se o acordo entre a União e a Turquia de forma a “dar aos migrantes uma alternativa que não implique arriscar a vida”²²⁵. Este acordo, para além do esforço financeiro adicional para o combate do tráfico de seres humanos e combate à migração irregular, estabelece que (i) os migrantes que a partir de 20 de março de 2016 entrem na União pelas ilhas gregas, através da Turquia serão devolvidos a este país, com o respeito pelo princípio da não repulsão e da proibição de expulsões coletivas e; (ii) por cada nacional sírio que se encontre nas ilhas gregas e que seja devolvido à Turquia, um outro nacional sírio que se encontre na Turquia será reinstalado na União.

Carrera e Guild defendem que este acordo padece de três irregularidades face aos direitos humanos dos requerentes e de dois vícios processuais. Quanto às questões relacionadas direitos humanos, estes autores defendem²²⁶ que haverá uma violação do artigo 19.º da CDFUE, onde se proíbe a expulsão coletiva de nacionais de países terceiros uma vez que não permite aos nacionais sírios a possibilidade de requererem asilo antes de serem reencaminhados para um país terceiro; em segundo lugar, na sequência desta impossibilidade, a menos que se considere a Turquia um país seguro, haverá risco de *refoulement*; em terceiro lugar há que analisar se a Turquia é, de facto, um país terceiro seguro. Quanto a este último ponto, de acordo com o ACNUR, será um país seguro “aquele que não produz refugiados ou onde os refugiados possam beneficiar de asilo sem qualquer perigo”²²⁷. Porém, os autores salientam que, apesar de a Turquia ser signatária da Convenção de Genebra e Protocolo de Nova Iorque bem como da

²²⁵Declaração do Conselho Europeu de 18 de Março de 2016, pp.1

²²⁶No seu texto CARRERA, Sergio e GUILD, Elspeth - *EU-Turkey plan for handling refugees is fraught with legal and procedural challenges*, CEPS, Bruxelas, março de 2016, disponível em WWW<<https://www.ceps.eu/publications/eu-turkey-plan-handling-refugees-fraught-legal-and-procedural-challenges>

²²⁷Como referenciado na pg. 2 da publicação em causa.

CEDH, já existiram diversas condenações do país pelo TEDH por violações ao artigo 3.º da Carta, incluindo o tratamento aos refugiados.

Os autores concluem que a ideia de substituição de “um sírio por outro” pode estar em confronto com o Princípio da Não Discriminação previsto no artigo 3.º da Convenção de Genebra e que, ao desconsiderar a situação concreta das pessoas se estará a colocar em causa a tradição de defesa dos direitos humanos na Europa.

Há ainda que acrescer o facto de a Turquia ter circunscrito geograficamente o conceito de refugiado ao refugiado vindo da Europa, tornando “impossível que Sírios, Afegãos ou Iraquianos obtenham o estatuto de refugiado”²²⁸. O relatório da Organização Não Governamental *Human Rights Watch* de novembro de 2015 salienta que a “ausência de um sistema de asilo para refugiados não-Europeus na Turquia significa que o retorno de requerentes de asilo aí coloca em risco o princípio do *non refoulement* consagrado na Convenção”²²⁹.

A questão dos direitos humanos e, em particular, do risco de repulsão na Turquia tem sido amplamente debatida, existindo organizações internacionais que colocam em causa a classificação da Turquia como um “país terceiro seguro”. Num relatório de 3 de junho de 2016, a Amnistia Internacional defende a falta de proteção efetiva de refugiados e requerentes de proteção internacional naquele país, referindo que “tiroteios e espancamentos de refugiados sírios na fronteira Turca continuam a ser documentados” e que existiram violações nos direitos humanos que passam por detenções arbitrárias e falta de acesso a serviços básicos²³⁰. O Relatório menciona também falhas na Lei de Estrangeiros e de Proteção Internacional do país, mencionando que a “a Turquia está a falhar na providência de um ambiente onde os requerentes de asilo e refugiados possam

²²⁸Human Rights Watch, Relatório *Europe’s Refugee Crisis - An Agenda for Action*, 16 de novembro de 2015, pp. 21 disponível em WWW< <https://www.hrw.org/report/2015/11/16/europes-refugee-crisis/agenda-action>> [Consult. a 05.07.2015]. Este Relatório refere na mesma página que “Apesar de a Turquia ter demonstrado generosidade aos Sírios através de um regime temporário de proteção, a situação para os não sírios é mais precária, e até sírios estão a beneficiar de proteção na Turquia não por obrigação legal mas por uma questão de discricionariedade política.”

²²⁹Página 21 do Relatório

²³⁰Amnistia Internacional *No Safe Refuge – Asylum-Seekers And Refugees Denied Effective Protection in Turkey*, 3 de junho de 2016, disponível em WWW< <https://www.amnesty.org/en/documents/eur44/3825/2016/en/>> [Consult. a 05.07.2016]

ver garantida a vida com dignidade”²³¹, pois o acesso a habitação com as condições básicas é difícil e existem restrições no acesso ao trabalho, entre outros problemas.

Quanto aos vícios processuais, Guild e Carrera salientam que “qualquer pessoa que tentar requerer asilo num Estado da União e que seja diretamente reenviado para a Turquia tem motivos razoáveis para intentar uma queixa de direitos humanos contra o Estado-Membro”²³² e, caso o TEDH decida pela aplicação de uma medida provisória que impeça a transferência, o EM destinatário dessa medida é obrigado a cumpri-la.

A doutrina salienta também que “questões de observância pelos princípios e padrões da União, bem como do direito internacional, não dizem respeito apenas a ações dos Estados-Membros dentro da UE, mas também dizem respeito a medidas fora ou em cooperação com países terceiros”²³³.

Quanto à situação na Turquia, a doutrina menciona que a “Turquia, apesar de anos de reformas, permanece em violação permanente dos padrões internacionais de direitos humanos”²³⁴. Olhando para as estatísticas do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem de 2015²³⁵, verificamos que a Turquia é o segundo país com o maior número de decisões do tribunal²³⁶, com oitenta e sete acórdãos proferidos, setenta e nove dos quais decidem pela violação de, pelo menos um direito da CEDH. Olhando para as violações, verificamos que em dois dos dez casos de violação da proibição de tortura foram cometidos por este país, encontrando-se os restantes casos divididos por oito outros países e, quanto à violação da proibição de tratamentos degradantes, onze casos do total de 157 violações distribuídas por todos os países.

²³¹Human Rights Watch - *Relatório Europe's Refugee Crisis - An Agenda for Action*, 16 de novembro de 2015, pp. 23

²³²CARRERA, Sergio e GUILD, Elspeth - *Can the new refugee relocation system work? Perils in the Dublin logic and flawed reception conditions in the EU*, CEPS (Center for European Policy Studies) Essay n.º 334, Bruxelas, outubro de 2015, pp.2

²³³CARRERA et al., *The EU's Response to the Refugee Crisis: taking stock and setting policy priorities*, pp. 17

²³⁴YILDIZ, Kerim et al., *The European Union and Turkish Accession: Human Rights and the Kurds*, Pluto Press em associação com Kurdish Human Rights Project, Londres, 2008, pp.38

²³⁵Disponíveis em WWW: <http://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2015_ENG.pdf> [Consult. a 15.08.2016]

²³⁶Sendo apenas ultrapassada pela Rússia.

Em outubro de 2016, foi aprovada Decisão que vem permitir que “os Estados-Membros possam escolher cumprir as suas obrigações [de recolocação] pela admissão de nacionais sírios presentes na Turquia através de esquemas nacionais ou multilaterais de admissão de pessoas em clara necessidade de proteção internacional”²³⁷.

Esta decisão vigorará até 26 de setembro de 2017, e permitirá o benefício de apoio financeiro a estas situações, nos termos do artigo 10.º da Decisão (UE) 205/1601 do Conselho.

5. A Caminho de Dublin IV?

Desde o início da aplicação de Dublin, que inúmeras críticas sobre a sua eficácia e conformidade com os padrões de respeito pelos direitos fundamentais têm sido levantadas, havendo quem considere que o regulamento consubstancia um mecanismo ultrapassado²³⁸. A doutrina é clara: o atual Sistema de Dublin é inexecutável²³⁹. Porém, uma reforma profunda e radical deste sistema nunca foi seriamente considerada²⁴⁰ de forma a torná-lo mais prático e eficiente²⁴¹.

A 4 de maio de 2016, a Comissão veio apresentar uma proposta de uma nova alteração ao regulamento de Dublin²⁴², apostando numa *mudança na continuidade*²⁴³. Em conjunto com esta proposta, estão também previstas alterações ao Regulamento Eurodac, bem como uma proposta de criação de uma Agência da União Europeia para o

²³⁷Decisão do Conselho (UE) 2016/1754, de 29 de setembro, que vem alterar a Decisão (UE) 2015/1601 que estabelece Medidas Provisórias na área da Proteção Internacional a favor da Grécia e da Itália, artigo 1.º

²³⁸Expressão utilizada em GILBERT, Geoff, “Why Europe Does Not Have a Refugee Crisis”, in *International Journal of Refugee Law*, Volume 27, n.º4, Oxford University Press, s.l., dezembro de 2015, pp. 531

²³⁹Em inglês, *unworkable*. Expressão utilizada por Sergio Carrera, Steven Blockmans, Daniel Gros e Elspeth Guild no ensaio *The EU's Response to the Refugee Crisis: taking stock and setting policy priorities*, pp.2.

²⁴⁰Neste sentido, PEERS et al., *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary)*, 2015, pp. 347

²⁴¹Neste sentido, HRUSCHKA, Constantin, *Dublin is dead! Long live Dublin! The 4 May 2016 proposal of the European Commission*, pp.1

²⁴²Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho *que estabelece critérios e mecanismos para determinar o Estado-Membro responsável pela análise de pedido de proteção internacional apresentado em território da União por um nacional de país terceiro ou apátrida*, COM(2016) 270 Final, de 4 de maio de 2016

²⁴³HRUSCHKA, *Dublin is dead! Long live Dublin! The 4 May 2016 proposal of the European Commission*, pp.1

Asilo, sendo estas propostas “parte da primeira fase de propostas legislativas que irão constituir uma importante reforma do SECA”²⁴⁴. Posteriormente, pretende-se que as Diretivas sobre os Procedimentos de Asilo, sobre as Condições de Receção e a Diretiva Qualificação sejam também alteradas.

No memorando explicativo da Proposta é reconhecido que os fluxos migratórios não vão parar no futuro mais próximo e que é preciso encontrar uma forma eficiente de lidar com os requerimentos de asilo, de determinar a responsabilidade pela sua análise e consequentemente, providenciar condições adequadas aos requerentes. O memorando continua afirmando que a “experiência recente demonstrou que as chegadas, de forma descontrolada, em larga escala colocam uma tensão excessiva nos sistemas de asilo dos Estados-Membros, o que leva a um maior desrespeito pelas regras”²⁴⁵, sendo esta uma das maiores fraquezas do atual sistema.

A presente proposta defende a manutenção dos atuais critérios, que deverão ser complementados com um “mecanismo corretivo de alocação de forma a aliviar os Estados-Membros sob pressão desproporcionada”²⁴⁶. Assim, os objetivos mantêm-se os mesmos, acrescentando-se a criação de critérios justos, tanto para requerentes como Estados-Membros e a estabelecer obrigações claras para os requerentes de asilo²⁴⁷.

Apesar de se manter o recital do Preâmbulo que considera que “todos os Estados-Membros respeita o princípio da não repulsão, sendo considerados países seguros para os nacionais de países terceiros”²⁴⁸, constata-se que existem “deficiências, (...) dos sistemas, muitas vezes agravadas por pressões particulares a eles, [que] podem colocar em risco o bom funcionamento do sistema previsto neste Regulamento, o que pode levar a um risco de violação dos direitos dos requerentes”²⁴⁹.

²⁴⁴COM(2016) 270 Final, pp. 2

²⁴⁵COM(2016) 270 Final, pp. 2

²⁴⁶COM(2016) 270 Final, pp. 4

²⁴⁷Conforme os Recitais 5 e 22 do Preâmbulo COM (2016) 270 Final, de 4 de maio de 2016, pp. 21 e 25

²⁴⁸Recital 3 do Preâmbulo da COM (2016) 270 Final, de 4 de maio de 2016, pp. 21

²⁴⁹Recital 28 do Preâmbulo da COM (2016) 270 Final, de 4 de maio de 2016, pp. 27

Um dos objetivos que agora se pretende tornar mais claro é a “efetividade do sistema de Dublin e a proteção dada aos requerentes ao abrigo desse sistema”²⁵⁰. Procura-se também a distribuição equitativa da responsabilidade pela análise destes pedidos.

De entre a proposta nova organização, é acrescentado um capítulo para o Procedimento (Capítulo VI) e um outro para o Mecanismo Corretivo de Alocação (Capítulo VII).

Os critérios de competência manter-se-ão na sua essência, propondo-se apenas um alargamento do conceito de família e, atendendo à atual realidade, um critério explícito para menores não acompanhados. Na hierarquia dos critérios, propõe-se a retirada no artigo 13.º, n.º 1 do prazo de um ano da entrada ilegal e consequente retirada do critério da estadia ilegal no n.º 2 do artigo. Assim, propõe-se que o requerente que entre de forma irregular a fronteira externa da União, será o país da travessia o responsável pela análise do pedido, sem que essa responsabilidade cesse após doze meses da travessia. É também proposta a eliminação do mecanismo de conciliação, que não chegou a ter utilização prática.

Mantém-se a alteração realizada em 2013 no artigo 3.º, n.º 2, 2.º parágrafo, que estabelece que “caso seja impossível transferir um requerente para o Estado-Membro inicialmente designado responsável por existirem motivos válidos para crer que há falhas sistémicas no procedimento de asilo e nas condições de acolhimento dos requerentes nesse Estado-Membro, que impliquem o risco de tratamento desumano ou degradante na aceção do artigo 4.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o Estado-Membro que procede à determinação do Estado-Membro responsável prossegue a análise dos critérios estabelecidos no Capítulo III a fim de decidir se algum desses critérios permite que outro Estado-Membro seja designado responsável”. Porém, o artigo 9.º, n.º 1 vem estabelecer que os critérios só devem ser aplicados uma única vez.

Uma das grandes alterações propostas é a criação de um *procedimento prévio*²⁵¹ a realizar em certos casos: “o Estado onde é apresentado o primeiro pedido tem obrigação

²⁵⁰Recital 10 do Preâmbulo da COM (2016) 270 Final, de 4 de maio de 2016, pp. 22

²⁵¹Veja-se o artigo 3.º, n.º 3 da Proposta COM (2016) 270 Final, pp. 39 e 40

de analisar se existem motivos para conduzir um procedimento de inadmissibilidade²⁵² ou um procedimento de apreciação acelerado²⁵³. Neste sentido, o EM que levar a cabo estes procedimentos torna-se o EM responsável pela análise do pedido de asilo.

É também proposta uma clarificação das obrigações dos requerentes e das consequências do seu não cumprimento, no artigo 4.º da Proposta. Em contrapartida pretende-se também assegurar uma melhor e mais clara informação dos direitos dos requerentes, procurando-se que fique claro que “o direito de requerer proteção internacional não contém qualquer escolha por parte do requerente sobre qual o Estado-Membro responsável pela análise do pedido de proteção internacional”²⁵⁴.

Quanto ao *procedimento prévio* contido na Proposta Dublin IV, prevê-se que o mesmo venha tornar ainda mais moroso o processo de Dublin pois terá como consequência “dificultar a relevância prática dos procedimentos de inadmissibilidade e na medida em que os Estados-Membros – como sublinhado na avaliação de 2007 - estão geralmente mais relutantes em assumir responsabilidade fora da hierarquia dos critérios”²⁵⁵. Com a proposta de alteração, em diversos artigos, de redução de prazos, tornando-os também não vinculativos “retorna-se à situação da Convenção de Dublin”²⁵⁶.

A proposta de Dublin IV “pretende limitar o escopo de aplicação das cláusulas discricionárias para os EM (artigo 19.º da proposta). É sugerido que as cláusulas discricionárias apenas sejam aplicáveis na medida em que o procedimento de determinação da responsabilidade ainda não tenha terminado e que devem ser limitadas

²⁵²Na medida em que existe um outro Estado que não seja Membro como primeiro país de asilo ou se existir um outro Estado considerado como um Estado Terceiro Seguro. O Artigo remete para a da Diretiva Procedimentos 2013/32/EU, de 26 de junho.

²⁵³Nos termos do artigo 31.º, n.º8 da Diretiva Procedimentos 2013/32/UE, de 26 de junho. O Procedimento Acelerado terá lugar se o requerente vier de um país de origem seguro, como estabelecido na Proposta COM (2015) 452, de 9 de setembro de 2015, que propõe como países de origem seguros a Albânia, Bósnia-Herzegovina, Macedónia, Kosovo, Montenegro, Sérvia e Turquia. O Procedimento Acelerado terá também lugar se o requerente for considerado, por razões sérias, um perigo para a segurança nacional ou segurança pública ou se tenha sido expulso pelo direito nacional com base nestes motivos.

²⁵⁴Artigo 6.º da Proposta. Para um mais detalhado rol de alterações administrativas poder-se-á consultar Neste sentido, HRUSCHKA, *Dublin is dead! Long live Dublin! The 4 May 2016 proposal of the European Commission*, pp.3

²⁵⁵HRUSCHKA, *Dublin is dead! Long live Dublin! The 4 May 2016 proposal of the European Commission*, pp. 3

²⁵⁶Neste sentido, HRUSCHKA, *Dublin is dead! Long live Dublin! The 4 May 2016 proposal of the European Commission*, pp.3

a motivos familiares”²⁵⁷. As cláusulas de soberania e humanitária parecem, assim, ter sido incorporadas apenas numa cláusula de aplicação restrita, em que não poderá efetuar-se a análise sobre eventual risco para os direitos fundamentais para os requerentes de asilo. Por um lado, a tentativa de uniformização na aplicação do Regulamento é compreensível, mas parece que a proposta ignora a evolução jurisprudencial descrita no capítulo anterior e a atual situação em determinados países da União, confrontados com um fluxo de pessoas em busca de proteção e, para o qual, tanto os EM como a UE não conseguem dar resposta adequada.

Apesar de a proposta ainda não ter sido, à presente data, aprovada existe já a premonição de que as alterações estão *condenadas a falhar*²⁵⁸. Hruschka considera que a “proposta é fragmentária e contém já uma variedade de medidas que podem contribuir mais para a disfunção do sistema de Dublin”²⁵⁹.

Os artigos 34.º a 43.º constituem a maior inovação desta proposta, com o mecanismo de alocação corretivo, que na sua essência refletem os mecanismos de recolocação aprovados provisoriamente para gestão da atual situação.

Pode considerar-se que “as sucessivas alterações de Dublin não foram pensadas para atender à solidariedade entre os Estados-Membros na distribuição de responsabilidades. Aliás, poderá até ser entendido que o atual mecanismo é uma barreira à realização dessa solidariedade”²⁶⁰. Para a Convenção e Regulamento de Dublin II isto não levantaria problemas ao nível de direito primário da União. Porém, com as alterações introduzidas por Lisboa e, também ao nível do SECA, em que a solidariedade e a partilha de responsabilidades são afirmados como corolários fundamentais da União²⁶¹.

²⁵⁷Neste sentido, HRUSCHKA, *Dublin is dead! Long live Dublin! The 4 May 2016 proposal of the European Commission*, pp.4

²⁵⁸HRUSCHKA, *Dublin is dead! Long live Dublin! The 4 May 2016 proposal of the European Commission*, pp.3

²⁵⁹HRUSCHKA, *Dublin is dead! Long live Dublin! The 4 May 2016 proposal of the European Commission*, pp. 6

²⁶⁰Conforme GUILD, Elspeth et al. - *Enhancing the Common European Asylum System and Alternatives to Dublin*, CEPS Paper on Liberty and Security in Europe, n.º 83, Bruxelas, setembro de 2015, pp. 1

²⁶¹Veja-se o artigo 3.º do TUE e o artigo 67.º do TFUE.

6. Alternativas a Dublin?

A necessidade de uma resposta concertada nunca foi tão urgente. Face a atual situação têm surgido inúmeras críticas às respostas até agora dadas pela União, na medida em que os EM têm colocado de parte as suas obrigações de respeito pelos direitos humanos dos requerentes de asilo, baseando a sua ação em motivos de segurança e consequente ação militar. A doutrina salienta também que a falta de transposição ou a transposição de forma inadequada das medidas europeias para o direito nacional dos Estados-Membros, bem como a falta de implementação dessas medidas ficou demonstrada com a atual crise. A título exemplificativo, poder-se-á mencionar a Diretiva 2001/55/CE²⁶², relativa a normas mínimas comuns de proteção temporária no caso de existência de afluxo maciço de pessoas deslocadas, cuja aplicação não foi implementada, tendo a União optado pela aprovação dos mecanismos temporários da recolocação e reinstalação.

Autores como Carrera, Blockmans, Gros e Guild reafirmam a ideia de que a política de asilo não ter por base o aspeto da segurança, mas sim configurar uma política que englobe o equilíbrio de diversos fatores, incluindo os assuntos externos, o comércio, economia, o desenvolvimento da cooperação e os aspetos de ordem social. Estes autores defendem que “o sistema de Dublin precisa de ser fundamentalmente revisto e substituído por um novo regime de redistribuição de responsabilidade com base em novos critérios chave. Estes critérios devem combinar fatores numéricos, bem como os de ordem pessoal, familiar e de circunstâncias pessoais e de preferência dos requerentes de asilo”²⁶³. Os autores defendem também um passo na federalização do sistema de asilo na medida em que propõe a criação de um Serviço Europeu Comum de Asilo que seria “competente para analisar pedidos de asilo e implementar de forma independente o novo modelo de distribuição de requerentes de asilo”²⁶⁴. A doutrina apela a uma resposta concertada que permita responder às causas da crise, que não passará apenas pela mudança das regras de Dublin²⁶⁵.

²⁶²Do Conselho, de 20 de Julho de 2001

²⁶³CARRERA et al., *The EU's Response to the Refugee Crisis: taking stock and setting policy priorities*, pp. 21
CARRERA et al., *The EU's Response to the Refugee Crisis: taking stock and setting policy priorities*, CEPS Essay n.º 20, Bruxelas, 2015, pp. 21

²⁶⁵Neste sentido, a doutrina sugere que o levantamento da obrigatoriedade de vistos para países de onde surge um grande número de refugiados com a mudança das regras de sanções a companhias de transporte

Hruschka considera que, apesar dos esforços, dado que o SECA é descentralizado, as grandes divergências que hoje se verificam de EM para EM não poderão ser eliminadas²⁶⁶. Um passo na federalização, com a União a adquirir competências para decidir dos pedidos poderia uniformizar de forma mais eficaz os procedimentos mas, como Piçarra escreveu em 2001, “o direito de asilo, por sua natureza, parece constituir um limite inultrapassável à federalização da Comunidade Europeia. Tendo em conta os dados políticos subjacentes, só com muita imaginação e nenhum realismo se antevê os Estados-Membros a transferirem para a Comunidade Europeia a sua competência em matéria de asilo”²⁶⁷.

Elsbeth Guild, Cathryn Costello, Madeline Garlick e Violeta Moreno-Lax²⁶⁸ exortam à necessidade de se colocar de parte a coerção nos mecanismos de alocação de requerentes de proteção internacional²⁶⁹. É ainda defendido que “Dublin deveria ser substituído por um sistema de alocação de responsabilidade pelos pedidos de asilo não coercivo, baseado na solidariedade e compatível com os direitos fundamentais”²⁷⁰. Porém, tal como o atual sistema coloca demasiada pressão no primeiro país de entrada, apenas considerar o país de preferência dos requerentes de asilo, poderia introduzir o efeito perverso de colocar demasiada pressão em países como o Reino Unido, Alemanha, França, entre outros²⁷¹.

7. A Acessão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem

A possível vinculação da União Europeia à CEDH tem vindo a ser debatida e estudada desde a década de '90, tendo o Tribunal de Justiça considerado que, à altura, não havia

pelo transporte de pessoas em situação irregular permitirá acesso em condições mais seguras ao território da UE, podendo, assim, ajudar a prevenir mortes nas travessias e viagens para o território da EU, criação de medidas mais eficazes no combate ao tráfico humano, entre outras medidas. A título exemplificativo poder-se-á consultar GUILD et al., *Enhancing the Common European Asylum System and Alternatives to Dublin*, pp. 3 a 9

²⁶⁶Neste sentido, HRUSCHKA, *Dublin is dead! Long live Dublin! The 4 May 2016 proposal of the European Commission*, pp.6

²⁶⁷PIÇARRA, “Em Direção a um Procedimento Comum de Asilo”, pp. 28

²⁶⁸GUILD et al., *The 2015 Refugee Crisis in the European Union*, pp. 2

²⁶⁹GUILD et al., *The 2015 Refugee Crisis in the European Union*, pp. 2

²⁷⁰GUILD et al., *The 2015 Refugee Crisis in the European Union*, pp. 6

²⁷¹BOELES, *European Migration Law*, pp. 266

qualquer disposição expressa nos Tratados que concedesse o “poder de adotar regras em matéria de direitos do homem ou de celebrar convenções internacionais neste domínio”²⁷². Neste ponto de desenvolvimento do direito europeu, a adesão “implicaria uma alteração substancial do regime comunitário (...) na medida em que teria como resultado a inserção da Comunidade num sistema institucional internacional distinto”²⁷³, o que ultrapassaria o mandato de competências da União.

O Tratado de Lisboa veio alterar o TUE no sentido de prever a adesão da UE à CEDH, no seu artigo 6.º, n.º 2. Esta disposição é complementada pelo Protocolo Relativo ao n.º 8²⁷⁴ que, na sua essência, vem estabelecer que o futuro Acordo de Adesão “preserve[m] as características próprias da União”²⁷⁵, não devendo as competências da União ser afetadas pela adesão. O legislador da União veio também prever que a eventual adesão não poderá afetar o artigo 344.º do TFUE que estabelece que “os Estados-Membros comprometem-se a não submeter qualquer diferendo relativo à interpretação ou aplicação dos Tratados a um modo de resolução diverso dos que nele estão previstos”. Estas condições têm em vista a preservação das especificidades do ordenamento jurídico da União²⁷⁶.

Na sequência desta alteração, começaram em 2010 as negociações²⁷⁷ com vista a alcançar um acordo, tendo um projeto sido acordado em abril de 2013. Em dezembro de 2014, e apesar da apreciação de compatibilidade do Parlamento Europeu e Conselho, bem como de vinte e quatro Estados-Membros²⁷⁸, o Tribunal de Justiça veio pronunciar-se pela não compatibilidade do projeto com o artigo 6.º, n.º 2 do TUE.

O Tribunal começa por salientar o grande desafio desta adesão, na medida que, até à data, apenas Estados aderiram a este instrumento de Direito Internacional Público e, mais, a Convenção apenas foi considerada para Estados. Assim, de forma a possibilitar

²⁷²Parecer 2/94 do TJUE, de 28 de março de 1996, parágrafo 27

²⁷³Parecer 2/94 do TJUE, parágrafo 34

²⁷⁴Protocolo Relativo ao n.º 2 do Artigo 6.º do Tratado da União Europeia Respeitante à Adesão da União à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

²⁷⁵Artigo 1.º, a) do Protocolo, nomeadamente regras de participação da União nos mecanismos de controlo da CEDH e também esclarecimento da responsabilidade entre os Estados-Membros e/ou a União.

²⁷⁶Declaração *ad n.º 2* do Artigo 6.º do Tratado da União Europeia

²⁷⁷Parecer 2/13 do TJUE, de 18 de dezembro de 2014, parágrafo 46

²⁷⁸ Parecer 2/13 do TJUE, parágrafos 108 e 109

a adesão da União o artigo 59.º da CEDH foi já alterado, bem como a alteração no direito europeu acima referido. Além destas introduções, o projeto e um eventual acordo terão de prever disposições específicas de forma “a tornar a adesão operacional”²⁷⁹.

De forma simples, o presente Parecer pode ser considerado como tendo no seu cerne a autonomia e exclusiva jurisdição do TJUE sobre o direito da União²⁸⁰.

O Tribunal de Justiça encontrou várias objeções ao Projeto de Adesão da União à CEDH, sendo uma dessas objeções fundadas no Princípio da Confiança Mútua no ELSJ. Mencionando o Acórdão *N.S. e M.E.*, o TJUE realça que, uma das falhas do acordo é considerar a União como um Estado, na medida em que a confiança mútua implica “que cada um dos Estados-Membros considere, salvo em circunstâncias excecionais, que todos os outros Estados-Membros respeitam o direito da União e, muito em especial, os direitos fundamentais reconhecidos por esse direito”²⁸¹.

Não considerar esta característica da União e criar o pressuposto de que a União será também um Estado-Contratante consubstanciaria, do ponto de vista do TJUE, uma situação em que cada EM verificasse o respeito pelos direitos da CEDH, o que significaria que na área do asilo, para cada caso em que se aplicassem as regras de Dublin, o EM que procederia à análise de qual o EM competente para a análise do mérito do pedido teria, para todos os casos, verificar o cumprimento dos direitos dos requerentes, criando um sério risco para a continuação da aplicação prática do Princípio da Confiança Mútua, pelo que o TJUE considera que “a adesão é suscetível de comprometer o equilíbrio em que a União se funda, bem como a autonomia do direito da União”²⁸².

Clément François salienta a posição de Steve Peers, referindo que o autor “duvida da qualidade deste argumento. Para ele, os Tratados não estipulam uma superioridade do Princípio da Confiança Mútua em relação aos direitos fundamentais no Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça. Ao contrário, parece sugerir que, ao abrigo do artigo

²⁷⁹Parecer 2/13 do TJUE, parágrafo 155

²⁸⁰Neste sentido, RABA, Kristi, “Accession of the EU to the ECHR”, in *Fundamental Rights in the E.U.: A Matter for Two Courts*, pp. 30

²⁸¹Parecer 2/13 do TJUE, parágrafo 191

²⁸²Parecer 2/13 do TJUE, parágrafo 194

67.º n.º1: «A União constitui um espaço de liberdade, segurança e justiça, no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicos dos Estados-Membros»²⁸³.

O TJUE vai mais longe afirmando que, porque os EM se vincularam ao direito da União, “no que respeita às matérias que foram objeto de transferência de competências dos Estados-Membros para a União, sejam reguladas pelo direito da União, com exclusão, se este assim o exigir, de qualquer outro direito”²⁸⁴. Por outras palavras, o TJUE preconiza neste Parecer o entendimento de que aos EM poder-se-á não aplicar a CEDH na medida em que o Direito da União sobre ela prevalece, entendimento este que Piçarra classifica como surpreendente²⁸⁵, causando “alguma perplexidade que seja (...) o TJ[UE], invocando a autonomia do direito da União, a pôr em causa a obrigação dos EM respeitarem a CEDH, tal como ela é interpretada em última instância pelo TEDH, na hipótese de o TJ[UE] interpretar mais restritivamente um direito fundamental nela consagrado”²⁸⁶. O autor aponta igualmente que conviria, portanto, que o TJ[UE] tivesse indicado qual a abordagem a adotar neste contexto [de equiparação da UE a um Estado] e como é que os EM poderiam, nas suas relações recíprocas, não ser considerados como partes contratantes da CEDH²⁸⁷.

Sendo uma das premissas do Acordo, a adesão em *pé de igualdade*²⁸⁸ com os restantes Estados Contratantes, a doutrina questiona qual será o futuro da presunção de proteção equivalente preconizada em *Bosphorus*, na medida em que tal presunção pode ser entendida como constituindo, caso a acessão ocorra, tratamento especial conferido a um dos Estados Contratantes da CEDH. Esta questão permanece em aberto, “cabendo ao

²⁸³FRANÇOIS, Clément, “Adhésion de l’Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales - Compatibilité avec les traités UE et FUE. Avis de la Cour de justice de l’Union européenne » (Avis 2/13 du 18 décembre 2014)”, in *NEA Say n.º 154*, pp. 6

²⁸⁴Parecer 2/13 do TJUE, parágrafo 193

²⁸⁵BRITO, Wladimir e PIÇARRA, Nuno, “Diálogo Doutrinal: A Relação entre o Direito Internacional Público e o Direito da União Europeia. Qual Prevalece?”, in *Anuário de Direito Internacional 2013*, s.l.: Ministério dos Negócios Estrangeiros, agosto de 2015, pp. 61

²⁸⁶BRITO e PIÇARRA, “Diálogo Doutrinal: A Relação entre o Direito Internacional Público e o Direito da União Europeia. Qual Prevalece?”, pp. 63 e 64

²⁸⁷BRITO e PIÇARRA, “Diálogo Doutrinal: A Relação entre o Direito Internacional Público e o Direito da União Europeia. Qual Prevalece?”, pp. 63

²⁸⁸Expressão de ANDREADAKIS, Stelios, “Problems and Challenges of the EU’s Accession to the ECHR: Empirical Findings with a View to the Future”, in *Fundamental Rights in the E.U.: A Matter for Two Courts*, pp. 50

TEDH a responsabilidade de decidir o destino da presunção que o próprio Tribunal criou”²⁸⁹.

O Parecer do TJUE parece, no presente, um “obstáculo dificilmente transponível”²⁹⁰, deixando em aberto a eventual acessão da União à CEDH. Caso esta acessão ocorra, e a ter o TEDH a última decisão sobre casos em que estejam em causa direitos fundamentais, será interessante acompanhar o desenvolvimento do entendimento, atualmente divergente entre os tribunais, acerca da suspensão das transferências ao abrigo de Dublin.

²⁸⁹ANDREADAKIS, “Problems and Challenges of the EU’s Accession to the ECHR: Empirical Findings with a View to the Future”, pp. 50

²⁹⁰FRANÇOIS, “Adhésion de l’Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales - Compatibilité avec les traités UE et FUE. Avis de la Cour de justice de l’Union européenne » (Avis 2/13 du 18 décembre 2014)” pp. 12

Conclusões

Na primeira parte da presente dissertação, através de uma análise aprofundada, procurou criar-se um percurso histórico pela evolução do Sistema de Dublin. Esta análise teve por objetivo, não só a compreensão da complexidade do regime e das regras atuais, como também pretendeu demonstrar-se que, desde os primórdios da Convenção, esta é alvo de sérias críticas doutrinárias. De um instrumento que se ambicionou agilizar a análise dos procedimentos de proteção internacional e evitar movimentos secundários de requerentes entre os EM, bem como acabar com estados de incerteza relativamente a que país compete a análise do pedido de asilo em si mesmo, desde os anos noventa do século XX que a doutrina afirma, através de dados empíricos, que o sistema não cumpre os seus objetivos, não obtendo os resultados que dele se esperavam, torna-se de dispendiosa aplicação e coloca uma responsabilidade e pressão acrescidas nos Estados-Membros de primeira entrada na União, tipicamente os Estados do sul da Europa.

A análise, no segundo capítulo ilustrou a variedade de instrumentos, tanto de Direito Europeu como de DIP, que há a considerar na aplicação do Regulamento de Dublin e, teve ainda como objetivo, a demonstração de que o Princípio da Confiança Mútua entre os EM da União na área do asilo tem uma origem mais recente do que a do Regulamento, e foi adaptado de um contexto de cooperação em matéria civil e penal. Neste sentido, a autora concorda com as críticas doutrinárias que colocam em causa a eficácia deste princípio no sistema de asilo no sentido de que, para além de não ser um princípio transversal na sua aplicação, na medida em que uma das suas principais vertentes, o reconhecimento mútuo de decisões de asilo positivas, não se encontra em vigor na União, presume que as condições no acesso ao asilo e as condições de receção de requerentes de asilo nos EM são equivalentes, presunção esta que o TEDH e a realidade têm demonstrado não ser a mais correta.

Num contexto de pressão migratória e, atendendo a que Dublin não foi pensado para suportar situações de um fluxo acrescido de requerentes de asilo e que, ao contrário do que o legislador europeu pretende, não partilha de forma equitativa e solidária as responsabilidades pela análise dos pedidos entre os diferentes EM, surgiram diversas

reclamações junto do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Tribunal de Justiça. Apesar de uma jurisprudência que aponta para o entendimento de que o TEDH considera o sistema da União como respeitador dos direitos fundamentais dos indivíduos, em 2011, o Tribunal introduziu uma exceção ao seu entendimento, considerando que em caso de falhas sistémicas, o EM que deveria efetuar a transferência para o EM responsável tem uma forma de prevenir a transferência ao abrigo do direito da União e deve utilizá-la de forma a prevenir danos irreparáveis aos direitos dos requerentes, sendo esse método a cláusula de soberania. Esta construção afigura-se, do ponto de vista da autora, de interessante análise na medida em que o TEDH, interpreta uma cláusula de direito da União, cuja letra leva o intérprete a crer que se encontra perante uma cláusula de utilização discricionária por parte dos EM, para uma interpretação que a transforma em vinculada, na medida em que, de forma aos EM respeitarem a CEDH, a cláusula deve ser acionada quando existam falhas sistémicas no sistema de asilo do EM determinado como competente para análise do pedido.

O conceito de falha sistémica foi alvo de uma análise cuidada, de forma a tentar perceber qual será o seu conteúdo, salientando-se nesta questão as divergências de interpretação que surgiram entre o TEDH e o TJUE. Em 2014, com o Acórdão *Tarakhel*, o TEDH parece vir esclarecer o seu entendimento, em como a existência de falhas sistémicas não será o único caso em que a transferência de requerentes poderá ser suspensa. Com o julgamento, parecia que o TEDH viria, de forma inequívoca, afirmar que não é apenas nas circunstâncias mais extremas, como a de existência de falhas sistémicas, que os EM têm a obrigação de suspender a transferência, lançando a ideia implícita de, que para todos os casos de transferências de asilo, os EM deveriam analisar o risco de *refoulement* e de violação dos direitos fundamentais dos requerentes, colocando, desta forma, em causa a aplicação da confiança mútua nesta política europeia. Este acórdão parecia ser de importância extrema no desenvolvimento da questão em análise, com implicações práticas relevantes, na medida em que deixaria de ser possível aos EM proceder a reenvio de requerentes com base na presunção de que o EM de destino será seguro para os requerentes, tendo de analisar as situações em concreto, quer do EM de destino quer dos requerentes no caso. Porém, em 2015, o TEDH voltou atrás no seu entendimento, afirmando num outro caso que as circunstâncias de *Tarakhel* eram únicas, pelo que o seu entendimento não deverá ser generalizado para os restantes casos de transferências ao abrigo de Dublin, permitindo a

presunção de respeito pelos direitos fundamentais, salvo em casos excepcionais, e, portanto, a manutenção prática da confiança mútua nos moldes estudados antes de *Tarakhel*.

Desde 2014 que, pela situação nos seus países de origem, que os fluxos de pessoas que se dirigem à União em busca de proteção aumentou drasticamente. Com as falhas apontadas a Dublin, e a incapacidade dos EM que maior número de pessoas recebem de dar resposta a todas as situações, entrou-se numa situação de crise e de falência dos sistemas de asilo em certos países, como a Grécia e a Itália. Somos confrontados, diariamente, com a ineficácia de gestão da situação quer pela União, quer pelos EM. Esta ineficácia tem a consequência gravíssima de se repercutir na esfera dos direitos mais básicos e fundamentais das pessoas que procuram proteção.

A resposta a esta situação tem sido, na opinião da autora, claramente insuficiente. Apesar da entrada em vigor de mecanismos de emergência que suspendem a aplicação de Dublin em Itália e na Grécia, tais mecanismos não estão a ser eficazes na resolução do problema. Neste sentido, aponta-se em especial a falta de vontade nos EM no acolhimento de refugiados, que é sintoma de uma falta de solidariedade e de empenhamento no SECA bastante profunda. Salienta-se neste âmbito, que a cooperação com países terceiros na tentativa de solução do problema, nos moldes em que está a ser realizada, é potencialmente violadora da proibição de *refoulement* indireto, parecendo que a União está disposta a incorrer nestas violações para ajudar na retirada de pessoas do seu território.

A União tentou ser célere na adaptação de Dublin à nova realidade, tendo em maio de 2016 proposto uma quarta alteração ao Regulamento. A autora faz eco das críticas que, desde a publicação da proposta, surgiram na medida em que parece uma solução que engloba no sistema os mecanismos provisórios de recolocação e reinstalação no seu clausulado, instituindo um mecanismo que se afigura mais moroso para determinação do EM responsável pela análise dos pedidos de proteção internacional. Esta solução abandona ainda, se aprovada, a cláusula de soberania que, constitui na interpretação do TEDH e do TJUE um mecanismo para a salvaguarda dos direitos fundamentais dos requerentes, sublinhando o paradigma de segurança do atual regime, em detrimento do respeito pelos direitos dos requerentes. Apesar dos objetivos da Agenda Europeia da

Migração pretender que a resposta aos desafios colocados seja integrada, a manutenção do Regulamento de Dublin, quer na sua versão atual, quer na versão proposta, não ajudará nos objetivos de resolução do problema e distribuição solidária e equilibrada dos requerentes pelo território da União. Da perspetiva da autora, a conclusão a retirar de toda esta evolução é simples: pelos motivos descritos na presente dissertação, o sistema de Dublin não funciona e dever-se-á considerar uma resposta que cumpra os direitos consagrados tanto na CEDH como na CDFUE, que considere as diversas vertentes da complexa natureza da situação de forma a ser integrada e eficaz.

Referências Bibliográficas

Amnistia Internacional *No Safe Refuge – Asylum-Seekers And Refugees Denied Effective Protection in Turkey*, 3 de junho de 2016, disponível em WWW<<https://www.amnesty.org/en/documents/eur44/3825/2016/en/>> [Consult. a 05.07.2016]

ANASTÁCIO, Gonçalo e PORTO, Lopes Manuel (Coord.), *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, Coimbra: Almedina, 2012

BATJES, Hemme, *European Asylum Law and International Law*, Leida: Martinus Nijhoff Publishers, 2006

BOELES, Pieter et al., *European Migration Law*, 2.^a edição, Cambridge: Intersentia, 2014

BROUWER, Evelien, “Mutual Trust and the Dublin Regulation: Protection of Fundamental Rights in the EU and the Burden of Proof”, in *Utrecht Law Review*, Volume 9, N.º1, janeiro de 2013, disponível em WWW<<https://www.utrechtlawreview.org/index.php/ulr/article/view/218/215>> [Consult. a 15.09.2015]

BRITO, Wladimir e PIÇARRA, Nuno, “Diálogo Doutrinal: A Relação entre o Direito Internacional Público e o Direito da União Europeia. Qual Prevalece?”, in *Anuário de Direito Internacional 2013*, s.l.: Ministério dos Negócios Estrangeiros, agosto de 2015, pp. 17 a 69

CARRERA, Sergio e GUILD, Elspeth - *Can the new refugee relocation system work? Perils in the Dublin logic and flawed reception conditions in the EU*, CEPS Essay n.º 334, outubro de 2015, disponível em WWW<<https://www.ceps.eu/system/files/PB334%20RefugeeRelocationProgramme.pdf>> [Consult. a 2.03.2016]

CARRERA, Sergio e GUILD, Elspeth , *EU-Turkey plan for handling refugees is fraught with legal and procedural challenges*, CEPS, março de 2016, disponível em WWW< <https://www.ceps.eu/publications/eu-turkey-plan-handling-refugees-fraught-legal-and-procedural-challenges>> [Consult. a 14.03.2016]

CARRERA, Sergio e GUILD, Elspeth, *'Joint Operation RABIT 2010' – FRONTEX Assistance to Greece's Border with Turkey: Revealing the Deficiencies of Europe's Dublin Asylum System*, CEPS, novembro de 2010, disponível em WWW< <https://www.ceps.eu/system/files/book/2010/11/No%2034%20Carrera%20%26%20Guild%20on%20RABIT%202010.pdf>> [Consult. a 2.03.2016]

CARRERA, Sergio et al., *The EU's Response to the Refugee Crisis: taking stock and setting policy priorities*, CEPS Essay n.º 20, 2015, disponível em WWW< <https://www.ceps.eu/publications/eu%E2%80%99s-response-refugee-crisis-taking-stock-and-setting-policy-priorities>> [Consult. a 2.03.2016]

CARRERA, Sergio, *To adopt refugee quotas or not: Is that the question?*, CEPS Commentary, outubro de 2015, disponível em WWW<https://www.ceps.eu/system/files/SCarreraRefugeeQuotas_0.pdf> [Consult. 2.03.2016)

CAVIEDES, Alexander, “European Integration and the Governance of Migration”, in *Journal of Contemporary European Research*, Londres: Editado por UACES, Volume 12, n.º1, pp.552-565; disponível em WWW< https://infoeuropa.eurocid.pt/opac/?func=service&doc_library=CIE01&doc_number=000070203&line_number=0001&func_code=WEB-BRIEF&service_type=MEDIA> [Consult. a 02/03/2016] e em WWW< <http://www.jcer.net/index.php/jcer/article/view/701> > [Consult. a 02/03/2016]

COSTELLO, Cathryn, “Dublin Case NS/ME: finally, an end to blind trust across the E.U.?” in *Ansiel & Migrantenrecht*, 2012, n.º2, também disponível em: WWW<<http://www.ejtn.eu/Documents/About%20EJTN/Independent%20Seminars/Asy>

lum%20Law%20Seminar%202012-

13%20December%202013/CostelloNSMENote2012.pdf> [Consult. a 19.08.2016]

FRANÇOIS, Clément, “Adhésion de l’Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales - Compatibilité avec les traités UE et FUE. Avis de la Cour de justice de l’Union européenne (Avis 2/13 du 18 décembre 2014)”, in *NEA Say n.º154*, disponível em WWW:<http://www.eu-logos.org/eu-logos_neasay.php?idr=4&idnl=3427&nea=154&lang=fra&lst=0&arch=0> [Consult. A 1.09.2015]

GILBERT, Geoff, “Why Europe Does Not Have a Refugee Crisis”, in *International Journal of Refugee Law*, Oxford: Oxford University Press, Volume 27, n.º 4, , dezembro de 2015, pp. 531 a 535

GOODWIN-GILL, Guy e MCADAM, Jane, *The Refugee in International Law*, 3.^a Ed., Oxford: Oxford University Press, 2007

GORTÁZAR, Cristina et al., *European Migration and Asylum Policies : Coherence or Contradiction?*, Bruxelas: Bruilant, 2012

GROS, Daniel, *Europe’s Double Refugee Crisis*, CEPS Comentary, 8 de setembro de 2015, disponível em WWW<https://www.ceps.eu/system/files/DG%20EU%20Asylum%20Policy_0.pdf> [Consult. a 2.03.2016]

GUILD, Elspeth et al., *The First Decade of EU Migration and Asylum Law*, Leida: Martinus Nijhoff Publishers, 2012

GUILD, Elspeth et al., *Enhancing the Common European Asylum System and Alternatives to Dublin*, CEPS Paper on Liberty and Security in Europe, n.º 83, setembro de 2015, disponível em WWW<https://www.ceps.eu/system/files/CEPS_LSE_83_0.pdf> [Consult. a 2.03.2016]

GUILD, Elspeth et al., *Implementing Amsterdam: Immigration and Asylum Rights in EC Law*, Oxford: Hart Publishing, 2002

GUILD, Elspeth et al., *The 2015 Refugee Crisis in the European Union*, CEPS Policy Brief, n.º 332, setembro de 2015, disponível em WWW<https://www.ceps.eu/system/files/CEPS%20PB332%20Refugee%20Crisis%20in%20EU_0.pdf> [Consult. a 2.03.2016]

GUILD, Elspeth, *Rethinking Migration Distribution in the EU: Shall we start with the facts?*, CEPS Commentary, junho de 2016, disponível em WWW<https://www.ceps.eu/system/files/Rethinking%20asylum%20distribution%20in%20the%20EU_0.pdf> [Consult. a 17.06.2016]

HATHAWAY, James C., *The Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005

HRUSCHKA, Constantin, *Dublin is dead! Long live Dublin! The 4 May 2016 proposal of the European Commission*, 17 de maio de 2016 disponível em WWW <<http://eumigrationlawblog.eu/dublin-is-dead-long-live-dublin-the-4-may-2016-proposal-of-the-european-commission/>> [Consult. a 29.05.2016]

Human Rights Watch, *Relatório Europe's Refugee Crisis - An Agenda for Action*, 16 de novembro de 2015, pp. 21 disponível em WWW<<https://www.hrw.org/report/2015/11/16/europes-refugee-crisis/agenda-action>> [Consult. a 05.07.2015]

KUHNERT, Kathrin, “Bosphorus – Double standards in European human rights protection?”, in *Utrecht Law Review*, Volume 2, n.º 2, dezembro de 2006, disponível em WWW<<https://www.utrechtlawreview.org/4/volume/2/issue/2/>> [Consult. a 17.07.2016]

LABAYLE, Henri, “Droit d’asile et confiance mutuelle: regard critique sur la jurisprudence européenne”, in *Cahiers de Droit Européen*, Bruxelas: Bruylant, Número 3, 2014, pp. 501 a 534

LUBBE, Anna, “ Systemic Flaws and Dublin Transfers: Incompatible Tests before the CJUE and the ECtHR?”, in *International Journal of Refugee Law*, Oxford: Oxford University Press, Volume 27, n.º1, março de 2015, pp. 135 a 140

MORENO-FOADI, Sonia e VICKERS (Ed.), Lucy, *Fundamental Rights in the E.U.: A Matter for Two Courts*, Oxford: Hart Publishing, 2015

MORENO-LAX, Violeta, “Dismantling the Dublin System”, in *European Journal of Migration and Law*, Leida: Brill Academic Publishers, Volume 14, n.º1, 2012, pp. 1 a 31

MORGADES-GIL, Sílvia, “The Discretion of States in the Dublin III System for Determining Responsibility for Examining Applications for Asylum: What Remains of the Sovereignty and Humanitarian Clauses after the Interpretations of the ECtHR and the CJUE?”, in *International Journal of Refugee Law*, Oxford: Oxford University Press, Volume 27, n.º3, outubro de 2015, pp. 433 a 456

NIESSEN, Jan et al. - *The developing immigration and asylum policies of the European Union : adopted conventions, resolutions, recommendations, decisions and conclusion*, Haia: Kluwer Law International, 1996

PEERS, Steve et al. (Ed.), *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary)*, Leida: Martinus Nijhoff Publishers, 2006

PEERS, Steve et al. (Ed.), *EU Immigration and Asylum Law (Text and Commentary)*, Volume 3, Segunda Edição Revista, Leida: Brill Nijhoff, 2015

PEERS, Steve et al., *The Charter of Fundamental Rights, A Commentary*, Oxford: Hart Publishing, Oxford, 2014

PEERS, Steve, *Tarakhel v Switzerland: Another nail in the coffin of the Dublin system?*, novembro de 2014, disponível em WWW<
<http://eulawanalysis.blogspot.pt/2014/11/tarakhel-v-switzerland-another-nail-in.html>>
[Consult. a 1.09.2015]

PEERS, Steve, *EU Justice and Home Affairs Law*, 3.^a Edição, Oxford : Oxford University Press, 2011

PIÇARRA, Nuno, “O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e o novo Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça”, in *Themis*, Coimbra: Almedina, Ano I, N.º1, abril de 2000, pp. 81 a 126

PIÇARRA, Nuno, “Em direção a um Procedimento Comum de Asilo”, in *Themis*, Coimbra: Almedina, Ano II, N.º3, 20, agosto de 2001, pp. 281 a 294

Alto-Comissário para as Nações Unidas para os Refugiados, *Posição do ACNUR sobre o Reenvio de Requerentes de Asilo ao Abrigo do Regulamento de Dublin*, de 15 de abril de 2008, disponível em WWW < <http://www.unhcr.org/482199802.pdf> > [Consult. a 12.07.2016]

YILDIZ, Kerim et al., *The European Union and Turkish Accession: Human Rights and the Kurds*, Londres: Pluto Press em associação com Kurdish Human Rights Project, 2008

Referências Jurisprudenciais

*Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*²⁹¹

- Acórdão TEDH *Soering c. Reino Unido*, de 7 de julho de 1989, Queixa n.º 14038/88;
- Acórdão TEDH *Vilvarajah e Outros v. Reino Unido*, de 30 de outubro de 1991, Queixas n.ºs 1316387, 13164/87, 13165/87, 13447/87, 13448/87;
- Acórdão do TEDH *Chahal c. Reino Unido*, de 15 de novembro de 1996, Queixa n.º 22414/3;
- Acórdão do TEDH *H.L.R. c. França*, de 29 de abril de 1997, Queixa n.º 24573/94;
- Acórdão do TEDH *D. c. Reino Unido*, de 2 de maio de 1997, Queixa n.º 30240/96;
- Acórdão do TEDH *T.I. c. Reino Unido*, de 7 de março de 2000, Queixa n.º 43844/98;
- Acórdão do TEDH *Bosphorus c. Irlanda*, de 30 de junho de 2005, Queixa n.º 45036/98;
- Acórdão do TEDH *Saadi c. Itália*, de 28 de fevereiro de 2008, Queixa n.º 37201/06;
- Acórdão do TEDH *K.R.S. c. Reino Unido*, de 2 de dezembro de 2008, Queixa n.º 32733/08;
- Acórdão do TEDH *M.S.S. c. Bélgica e Grécia*, de 21 de janeiro de 2011, Queixa n.º 30696/09;
- Acórdão do TEDH *Sufi e Elmi c. Reino Unido*, de 28 de junho de 2011, Queixas n.º 8319/07 e 11449/07;
- Acórdão do TEDH *Mohammed Hussein e Outros c. Países Baixos e Itália*, de 2 de abril de 2013, Queixa n.º 27725/10;
- Acórdão do TEDH *Tarakhel c. Suíça*, de 4 de novembro de 2014, Queixa n.º 29217/12;

²⁹¹Os Acórdãos referenciados na presente secção podem ser consultados na página do TEDH, em WWW<[http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>

- Acórdão do TEDH *A.M.E. c. Países Baixos*, de 13 de janeiro de 2015, Queixa n.º 51428/10;
- Acórdão *A.S. c. Suíça*, de 30 de junho de 2015, Queixa n.º39350/13.

*Tribunal de Justiça da União Europeia*²⁹²

- Acórdão do Tribunal de Justiça *Gözutok e Brügge*, de 11 de Fevereiro de 2003, Processos Apenso C-187/01 e C-385/01;
- Conclusões do Advogado-Geral Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer apresentadas em 19 de setembro de 2002, referentes ao Processo do TJUE *Gözutok e Brügge*;
- Acórdão do TJUE *N.S. e M.E.*, de 21 de dezembro de 2011, Processos Apenso C-411/10 e C-493/10;
- Conclusões da Advogada-Geral Erica Trstenjak no Processo, apresentadas em 22 de Setembro de 2011, referentes ao Processo do TJUE C-411/10 (*N.S.*);
- Acórdão do TJUE *Halaf*, de 30 de maio de 2015 Processo C-528/10;
- Acórdão do TJUE *Puid*, de 14 de novembro de 2013, Processo C-4/11;
- Acórdão do TJUE *Abdullahi*, de 10 de dezembro de 2013, Processo C-394/12.

²⁹²Os Acórdãos referenciados na presente secção podem ser consultados na página do TJUE, em WWW <http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/>

Referências a Outros Instrumentos Jurídicos

Conclusões do Presidência do Conselho Europeu²⁹³

- Conselho Europeu, *Conclusões da Presidência do Conselho Europeu de Maastricht*, de 9 e 10 de dezembro de 1991;
- Conselho Europeu, *Conclusões da Presidência Conselho Europeu de Tampere* de 15 e 16 de outubro de 1999;
- Conclusões dos Representantes dos Governos dos Estados-Membros, reunidos no Conselho, sobre a reinstalação, através de regimes multilaterais e nacionais, de 20 000 pessoas deslocadas com clara necessidade de proteção internacional, de 22 de julho de 2015;
- Conselho Europeu, Declaração sobre a Reunião Extraordinária do Conselho Europeu de 23 de abril de 2015;
- Conselho Europeu, Declaração UE-Turquia, Reunião do Conselho Europeu de 18 de março de 2016;

Conselho de Justiça e Assuntos Internos

- Conselho Justiça e Assuntos Internos, *Plano de Ação do Conselho e da Comissão sobre a Melhor Forma de Aplicar as Disposições do Tratado de Amesterdão Relativas à Criação de um Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça*, 1999/C 19/01, de 23 de janeiro de 1999;

Comunicações²⁹⁴

- Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre as *Políticas de Imigração e Asilo*, COM(94) 23 final, de 23 de fevereiro de 1994;
- Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – *Realização de um Espaço*

²⁹³Os instrumentos referenciados na presente secção, poderão ser consultados na Página Oficial da Conselho Europeu, em WWW< <http://www.consilium.europa.eu/pt/home/>>

²⁹⁴Os instrumentos referenciados na presente secção, poderão ser consultados na Página Oficial da União Europeia, em WWW< <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=pt>>

- de Liberdade, de Segurança e de Justiça para os Cidadãos Europeus – Plano de Ação de Aplicação do Programa de Estocolmo*, COM(2010) 171 final, de 20 de abril de 2004;
- Comunicação do Conselho, *Programa de Haia: Reforço da Liberdade, da Segurança e da Justiça na União Europeia*, COM(53) 2005, Publicada em Jornal Oficial 2005/C 53/01, de 3 de março de 2005;
 - Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, *que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de asilo apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro ou um apátrida (Reformulação)*, COM(2008) 820 Final, de 3 de dezembro de 2008;
 - Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, *Um Espaço de Liberdade, de Segurança e de Justiça ao Serviço dos Cidadãos*, COM(2009) 262 final, de 10 de junho de 2009;
 - Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Justiça, Liberdade e Segurança na Europa desde 2005: Avaliação do Programa e Plano de Ação de Haia*, COM(2009) 263 Final, de 10 de junho de 2009;
 - Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, *que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de asilo apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro ou um apátrida (Reformulação)*, COM(2014) 382, de 26 de junho de 2014;
 - Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, *Agenda Europeia das Migrações*, COM(2015) 240 Final, de 13 de maio de 2015;
 - Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho, *Primeiro Relatório sobre a Recolocação e Reinstalação*, COM(2016) 165 Final, de 16 de março de 2016;
 - Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho, *Segundo Relatório sobre a Recolocação e Reinstalação*, COM(2016) 222 Final, de 12 de abril de 2016;

- Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho, *Terceiro Relatório sobre a Recolocação e Reinstalação*, COM(2016) 360 Final, de 18 de maio de 2016;
- Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece uma *Lista Comum da UE de países de origem seguros para efeitos da Diretiva 2013/32/UE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a procedimentos comuns de concessão e retirada do estatuto de proteção internacional, e que altera a Diretiva 2013/32/EU*, COM(2015) 452, de 9 de setembro de 2015;
- Comunicação conjunta ao Parlamento Europeu e ao Conselho da Alta Representante da União para os Negócios Estrangeiros e da Política de Segurança, *Sobre a Crise de Refugiados na Europa: o Papel da Ação Externa*, JOIN(2015) 40 final, de 9 de setembro de 2015;
- Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho, *Quarto Relatório sobre a Recolocação e Reinstalação*, COM(2016) 416 Final, de 15 de junho de 2016;
- Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho, *Sexto Relatório sobre a Recolocação e Reinstalação*, COM(2016) 636 Final, de 28 de setembro de 2016;
- Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu e ao Conselho, *Sétimo Relatório sobre a Recolocação e Reinstalação*, COM(2016) 720 Final, de 9 de novembro de 2016;

*Decisões*²⁹⁵

- Proposta de Decisão, COM(2015) 451 Final, de 9 de setembro de 2015;
- Decisão (UE) 2015/1523 do Conselho, de 14 de setembro de 2015;
- Decisão (UE) 2015/1601 do Conselho, de 22 de setembro de 2015;
- Decisão de Execução (UE) 2016/408 do Conselho, de 10 de março de 2016;
- Decisão do Conselho (UE) 2016/1754, de 29 de setembro de 2016;

²⁹⁵Os instrumentos referenciados na presente secção, poderão ser consultados na Página Oficial da União Europeia, em WWW< <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=pt>>

*Pareceres do Tribunal de Justiça da União Europeia*²⁹⁶

- Parecer 2/94 do TJUE, de 28 de março de 1996;
- Parecer 2/13 do TJUE, de 18 de dezembro de 2014;

*Recomendações*²⁹⁷

- Recomendação da Comissão (UE) 2015/914, de 8 de junho de 2015;

*Resoluções*²⁹⁸

- Resolução do Parlamento Europeu sobre a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, *Um espaço de liberdade, de segurança e de justiça ao serviço dos cidadãos – Programa de Estocolmo*, 2010/C 285 E/02, de 25 de Novembro de 2009;

²⁹⁶Os Pareceres referenciados na presente secção podem ser consultados na página do TJUE, em WWW < http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/pt/>

²⁹⁷Os instrumentos referenciados na presente secção, poderão ser consultados na Página Oficial da União Europeia, em WWW < <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=pt>>

²⁹⁸Os instrumentos referenciados na presente secção, poderão ser consultados na Página Oficial da União Europeia, em WWW < <http://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=pt>>

Índice

DECLARAÇÃO DE NÚMERO DE CARACTERES	II
AGRADECIMENTOS.....	III
MODO DE CITAR E OUTRAS CONVENÇÕES.....	IV
ABREVIATURAS.....	V
RESUMO	VI
ABSTRACT	VII
INTRODUÇÃO.....	1
I. O SISTEMA EUROPEU COMUM DE ASILO	1
1. A PRIMEIRA FASE PRÉVIA.....	1
2. A SEGUNDA FASE PRÉVIA.....	2
3. A PRIMEIRA FASE DO SISTEMA	6
4. A SEGUNDA FASE DO SISTEMA	7
II. O PRINCÍPIO DO <i>NON REFOULEMENT</i> E A CONFIANÇA MÚTUA NO SISTEMA EUROPEU COMUM DE ASILO	14
1. A CONVENÇÃO DE GENEBRA DE 1951.....	14
2. O ARTIGO 3.º DA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM	15
2.1. <i>Aplicação a Casos de Extradicação ou Expulsão</i>	<i>16</i>
2.2. <i>O Que Consubstancia uma Violação do Artigo 3.º da CEDH?</i>	<i>17</i>
3. A CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA	18
4. A PRESUNÇÃO DE PROTEÇÃO EQUIVALENTE	19
5. O PAPEL DA CONFIANÇA MÚTUA NO SISTEMA EUROPEU COMUM DE ASILO ..	20
III. A CLÁUSULA DE SOBERANIA DE DUBLIN – QUANDO UM PODER DISCRICIONÁRIO SE TRANSFORMA EM PODER VINCULADO	23
1. A CLÁUSULA DE SOBERANIA	23
2. A CRIAÇÃO DE UMA OBRIGAÇÃO DE NÃO TRANSFERÊNCIA ATRAVÉS DA EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL	24
2.1. <i>A Confiança Mútua na Transferência de Requerentes de Asilo</i>	<i>25</i>
2.2. <i>O Conceito de Falha Sistémica nos Sistemas de Asilo dos Estados-Membros e a conseqüente interpretação da Cláusula de Soberania.....</i>	<i>28</i>
3. O ACÓRDÃO TARAKHEL.....	39
4. E DEPOIS DE TARAKHEL?	44
IV. DESENVOLVIMENTOS RECENTES – A CAMINHO DE UM SISTEMA EUROPEU COMUM DE ASILO MAIS EFICIENTE?.....	46
1. A AGENDA EUROPEIA DA MIGRAÇÃO.....	47

2. ATIVAÇÃO DE MECANISMOS DE EMERGÊNCIA AO ABRIGO DO ARTIGO 78.º, N.º 3 DO TFUE	49
2.1. <i>O Mecanismo de Recolocação</i>	49
2.2. <i>A Reinstalação</i>	52
3. A IMPLEMENTAÇÃO DAS MEDIDAS PROVISÓRIAS	52
4. A DECLARAÇÃO UE-TURQUIA	56
5. A CAMINHO DE DUBLIN IV?	59
6. ALTERNATIVAS A DUBLIN?	64
7. A ACESSÃO DA UNIÃO EUROPEIA À CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM	65
CONCLUSÕES	70
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	74
REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS	80
REFERÊNCIAS A OUTROS INSTRUMENTOS JURÍDICOS	82
ÍNDICE	86