



Artigo de investigação

PROTECÇÃO INTERNACIONAL E SOBERANIA: O COMPLICADO EQUILÍBRIO ENTRE DIREITOS INDIVIDUAIS E SEGURANÇA NACIONAL

Tradução para o português com ajuda de IA (DeepL)

Alejandro Gómez García
Capitão da Guardia Civil
Mestrado em Gestão da Segurança Operacional
Licenciatura em Direito
alejandrogomezg@guardiacivil.es
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0162-4213>

Recebido em 31/03/2025

Aceite em 28/04/2025

Publicado em 27/ 06/2025

Citação recomendada: Gómez, A. (2025). Proteção internacional e soberania: o complicado equilíbrio entre direitos individuais e segurança nacional. *Revista Logos Guardia Civil*, 3(2), p.p. 123-146.

Licença: Este artigo é publicado sob a licença Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0).

Depósito legal: M-3619-2023

NIPO em linha: 126-23-019-8

ISSN em linha: 2952-394X

PROTECÇÃO INTERNACIONAL E SOBERANIA: O COMPLICADO EQUILÍBRIO ENTRE DIREITOS INDIVIDUAIS E SEGURANÇA NACIONAL

Resumo: ANÁLISE TEÓRICO-METODOLÓGICA: ESTADOS, FRONTEIRAS E PROTECÇÃO INTERNACIONAL. 2.1 Mapa concetual do ambiente fronteiriço. 2.2. 2.2 Migração e Asilo. 3. ANÁLISE JURÍDICA: POSIÇÕES OPOSTAS E REACÇÃO DOS TRIBUNAIS. 3.1. *O caso Hirsi Jamaa v. Itália*: a génese de uma doutrina. 3.2. *N. D. e N. T. contra Espanha*: os limites da protecção. 3.3 Análise comparativa: a compatibilidade de uma doutrina jurisprudencial díspar. 4. CONCLUSÕES.

Resumo: O presente artigo pretende analisar o atual estatuto jurídico de alguns dos conceitos mais relevantes no domínio da protecção das fronteiras nacionais, bem como o seu contexto sócio-político e alcance jurídico, com o objetivo último de apoiar e promover o desenvolvimento de um debate doutrinário tão aceso nas suas posições como complexo no seu contexto: assegurar um adequado equilíbrio entre a garantia dos Direitos Fundamentais dos indivíduos que atravessam as fronteiras europeias e o exercício dos poderes soberanos inerentes aos Estados. Assim, num primeiro momento, proceder-se-á a uma análise detalhada das noções mais importantes no domínio da segurança das fronteiras, estabelecendo o campo de estudo de um ponto de vista científico. De seguida, numa perspectiva jurídica, serão estudadas as implicações dos mais importantes pronunciamentos dos órgãos judiciais (fundamentalmente internacionais) que se debruçaram sobre a matéria, bem como a posição da doutrina e da prática internacionais. Por fim, à luz das análises apresentadas, será oferecida uma série de conclusões coerentes com os resultados obtidos.

Resumen: En el presente artículo se pretende analizar el estatus jurídico que ostentan, en la actualidad, algunos de los conceptos más relevantes dentro del ámbito de la protección de las fronteras nacionales, así como su contexto sociopolítico y su alcance jurídico, con el fin último de fundamentar e impulsar el desarrollo de un debate doctrinal tan candente en sus posturas como complejo en su contexto: Asegurar un adecuado balance entre la garantía de los Derechos Fundamentales de los individuos que transiten por las fronteras europeas y el ejercicio de las potestades soberanas consustanciales a los Estados. Así, en primer lugar, se realizará un examen pormenorizado de las nociones más importantes en el ámbito de la seguridad fronteriza, fijando el campo de estudio desde un punto de vista científico. Inmediatamente a continuación se estudiarán, desde una perspectiva jurídica, las implicaciones que han tenido los pronunciamientos más importantes efectuados por los órganos judiciales (fundamentalmente internacionales) que han entendido de la materia, así como la posición de la doctrina y la práctica internacional. Y finalmente, a la luz de los análisis expuestos, se ofrecerá una serie de conclusiones coherentes con los hallazgos efectuados.

Palavras-chave: Direito Internacional, Asilo, Soberania, Fronteiras, Imigração.

Palabras clave: Derecho Internacional, Asilo, Soberanía, Fronteras, Inmigración.

ABREVIATURAS

AN: Audiência Nacional

ANP: Autoridade Nacional Palestiniana

CDFUE: Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH: Convenção Europeia dos Direitos do Homem

IMO: *Organização Marítima Internacional - Organização Marítima Internacional*

SAR: *Search and Rescue (Busca e Salvamento) - Busca e Salvamento*

SOLAS: *Proteção da vida humana no mar - Proteção da vida humana no mar*

TEDH: Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TIJ: Tribunal Internacional de Justiça

APC: Tribunal Permanente de Arbitragem

PCIJ: Tribunal Permanente de Justiça Internacional

UE: União Europeia

1. INTRODUÇÃO

Na sequência do Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante CEDH), Terceira Secção, de 3 de outubro de 2017, através do qual o Estado espanhol foi condenado, no âmbito da prática de "rejeição na fronteira", por violação do artigo 13.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (doravante CEDH) e do artigo 4.º do seu Protocolo n.º 4, prevendo o pagamento de uma indemnização aos demandantes N. D. (nacional do Mali) e N.T. (nacional da Costa do Marfim) no valor de 5.000 euros cada um; foram muitas as vozes que apelaram a uma mudança total de rumo na política migratória desenvolvida pelo Reino de Espanha e, por extensão, na política migratória europeia. De facto, a notícia fez manchete na imprensa¹, bem como na imprensa, com declarações fortes de organizações não governamentais² e até de entidades de direito público³, num país que não está habituado a seguir a crónica judicial com tanto detalhe, e muito menos a nível internacional.

E a situação não era para ser encarada de ânimo leve. A crescente preocupação com o contexto migratório na União Europeia (doravante UE) tinha dado origem, ao longo dos anos, ao surgimento de alguns debates que, até então, tinham permanecido à margem das dinâmicas políticas, que aceitavam como algo quase anedótico o aumento sustentado do número de nacionais de países terceiros a residir na União, cujo número tinha aumentado mais de 10% nos três anos anteriores ao referido pronunciamento⁴. Naturalmente, a ascensão deste debate tinha sido também alimentada pela chamada "Crise dos Refugiados" de 2015, em que centenas de milhares de pessoas deslocadas do Médio Oriente (maioritariamente sírios) tinham entrado em território europeu em resultado da instabilidade e da guerra na região. E, definitivamente, não ajudaria a aliviar a tensão na sociedade europeia se alguns dos envolvidos em vários actos terroristas que ocorreram durante esses anos (por exemplo, os ataques de Ansbach e Berlim em 2016 ou, claro, os ataques de Paris de 2015) fossem posteriormente identificados como refugiados ou imigrantes ilegais, vindos da Síria através da rota do Mediterrâneo Oriental.

Mas, como se isso não bastasse, o futuro reservava uma nova grande surpresa que iria, mais uma vez, virar o guião da política europeia de migração de pernas para o ar. Num acontecimento sem precedentes, o mesmo TEDH que tinha anulado a doutrina espanhola sobre as rejeições nas fronteiras viria a reverter a sua decisão em primeira instância e, num acórdão da Grande Secção de 13 de fevereiro de 2020, passou a declarar, por uma maioria de 16 para 1, a plena legalidade das rejeições nas fronteiras. Depois veio a pandemia. E com ela veio a reativação da rota migratória atlântica para as Ilhas Canárias, bem como um novo boom de movimentos migratórios para a UE em geral, que passariam de 125.226 entradas ilegais detectadas em 2020 (Frontex, 2021, p. 14) para 380.227 em 2023 (Frontex, 2024, p. 1). Atualmente, a imigração ocupa um lugar predominante entre

¹ RTVE (3 de outubro de 2017), *O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos condena a Espanha por duas "devoluções quentes" em Melilla*, <https://www.rtve.es/noticias/20171003/tribunal-europeo-derechos-humanos-condena-a-espana-por-dos-devoluciones-caliente-melilla/1625420.shtml>.

² Comissão Espanhola de Ajuda aos Refugiados (3 de outubro de 2017), *Tribunal Europeu dos Direitos do Homem condena Espanha por dois "regressos a quente"*, <https://www.cear.es/noticias/tribunal-europeo-ddhh-condena-espana-dos-devoluciones-caliente-nuestra-frontera-sur/>.

³ Consejo General de la Abogacía Española (3 de outubro de 2017), *La Abogacía reitera la ilegalidad de las devoluciones en caliente, tras la condena del TEDH*, <https://www.cear.es/noticias/tribunal-europeo-ddhh-condena-espana-dos-devoluciones-caliente-nuestra-frontera-sur/>.

⁴ Dados do Eurostat, https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/migr_pop1ctz/default/table?lang=en.

as principais preocupações dos cidadãos do continente. Assim, o último "Eurobarómetro", publicado em novembro de 2024, destaca a imigração como a segunda prioridade em termos de áreas onde a UE deve atuar na opinião dos europeus, uma posição apoiada por 29% dos inquiridos (Comissão Europeia, 2024, p. 14), atrás apenas da Segurança e Defesa.

No entanto, embora a Comissão Europeia não hesite em responder a estas preocupações, apontando repetidamente para os "progressos" que estão a ser feitos na "gestão das fronteiras" (Comissão Europeia, 2022, p. 5), a verdade é que, quando se introduz na equação o fator da salvaguarda dos direitos fundamentais, a situação complica-se. Com efeito, as políticas de reforço do controlo fronteiriço, desenvolvidas com base nos objetivos de reforço do sistema em que assenta a segurança nacional e de garantia da soberania dos Estados, implicam medidas destinadas a dificultar a imigração ilegal que, pela sua própria natureza, afectam os direitos das populações em causa. E, de acordo com as regras básicas que regem o Estado de Direito, se essa incidência não for adequada, coerente e proporcional aos fins lícitos prosseguidos, pode representar uma intromissão ilegal no núcleo mais essencial dos direitos fundamentais, especialmente quando estes condicionam domínios fundamentais como o direito de asilo. O presente artigo de investigação pretende analisar este delicado equilíbrio, revelando os pontos de fricção entre as duas realidades antagónicas através de um exame detalhado da jurisprudência nacional e internacional; bem como esclarecer, na medida do possível, até onde pode ir a legalidade da atuação dos guardas civis na sua qualidade de guardas de fronteira.

2. ANÁLISE TEÓRICO-METODOLÓGICA: ESTADOS, FRONTEIRAS E PROTECÇÃO INTERNACIONAL

2.1. MAPA CONCEPTUAL DO AMBIENTE FRONTEIRIÇO

2.1.1 O conceito de fronteira

O termo "fronteira" tem quase tantos significados quantos os ramos da ciência que contemplaram o estudo de qualquer conceito derivado da noção intuitiva de "limite". Da matemática à ciência política, das relações internacionais ao direito. Sanz Donaire (2023, p. 254) afirma que o termo em questão provém do termo latino clássico *frons*, cujo significado remeteria para "frente" ou "fachada", e já ofereceria uma ideia do contexto antagónico ou distintivo em que se desenvolveria desde a sua formulação, fortemente ligada à esfera militar, à proteção contra o estrangeiro, o exterior. De facto, as fronteiras estão ligadas a conflitos e confrontos desde o Tratado de Mesilim, considerado o "tratado mais antigo de que há registo" (Doebbler, 2018, pp. 374-375), que mais não foi do que um acordo que regulava o reconhecimento dos limites entre vários reinos mesopotâmicos por volta de 2500 a.C. Também Curzon (1907) se expressou neste sentido nos primórdios do estudo científico das Relações Internacionais, ao afirmar que as tensões fronteiriças têm sido o fator mais importante nos conflitos entre Estados (p. 4).

Em todo o caso, é em tais antecedentes etimológicos que se baseiam as concepções actuais de fronteira, entre as quais se destaca, pela sua força discursiva, o Dicionário de Espanhol Jurídico, que afirma o seguinte

"Fronteira (Direito Internacional Público): *Linha que marca o limite exterior do território de um Estado, entendido como o espaço terrestre, marítimo e aéreo sobre o*

qual exerce a sua soberania, o que permite falar de fronteiras terrestres, marítimas e aéreas consoante a natureza física do espaço delimitado.

2.1.2 Fronteiras e soberania

De acordo com a tese de Lacan (1966), a compreensão dos conceitos assenta no entendimento das relações que estes desenvolvem relativamente às noções prévias que constituem o seu significado, através de uma concatenação de referências naquilo que o psicanalista francês conhecia como "cadeias de significantes" (pp. 501-502). Neste sentido, e tendo em conta a definição enunciada na epígrafe anterior, parece evidente que não podemos chegar a uma compreensão satisfatória da realidade em estudo sem antes estudarmos o outro conceito técnico que nela está em causa: o de soberania.

Muito se tem escrito sobre este conceito. Desde a primeira abordagem de John Bodin, no século XVI, em que as componentes nacional, territorial e teológica estavam intrinsecamente ligadas, a noção de soberania tem estado associada à existência de um vínculo que ultrapassa a mera extensão física e social em que o poder é exercido e que, de alguma forma, transcende o estritamente territorial. Talvez por isso não existam muitas fontes escritas de direito internacional que ofereçam uma definição cristalina e universal de soberania. Um dos poucos textos que nos pode dar alguma pista a este respeito é a Convenção de Montevideo sobre os Direitos e Deveres dos Estados, de 1933. Este tratado oferece o que, na prática, acabou por se tornar uma definição de soberania, ao estabelecer, no artigo 1.º, os requisitos básicos para que uma entidade estatal seja considerada um sujeito de direito internacional:

1. População permanente.
2. Território determinado.
3. Governo.
4. Capacidade de estabelecer relações com outros Estados.

É de salientar que, apesar de formalmente este tratado apenas ser aplicável ao reduzidíssimo número de Estados que o assinaram (foi acordado na Sétima Conferência Internacional Americana, antecessora direta da Organização dos Estados Americanos), "tem recebido uma adesão generalizada do ponto de vista doutrinário" (Infante Caffi, 2016, p. 66), estendendo-se gradualmente os seus postulados - quer por referência direta, quer por referência a um costume internacional neles apoiado - a uma generalidade de actores internacionais, incluindo a própria União Europeia. 66), estendendo gradualmente os seus postulados - quer por referência direta, quer por referência a um costume internacional neles baseado - a uma generalidade de actores internacionais, incluindo a própria União Europeia⁵.

⁵ Ver, por exemplo, as conclusões do Conselho Europeu sobre o processo de paz no Médio Oriente, de 20 de julho de 2015, ou a resolução do Parlamento Europeu sobre o papel da UE no processo de paz no Médio Oriente, de 10 de setembro de 2015; que promovem um caminho para o reconhecimento da Palestina como uma entidade política ("solução de dois Estados") com base numa população permanente (repetidamente referida como "população palestina"), um território permanente (assinalando o seu compromisso com as "fronteiras de 1967"), um governo efetivo (encarnado na "Autoridade Palestiniana", doravante ANP, que é expressamente citada) e uma capacidade de estabelecer relações com outros Estados (citando e reconhecendo os acordos alcançados com a referida ANP).

De igual modo, a jurisprudência internacional foi definindo progressivamente o conceito de soberania, sendo que, na ausência de um título objetivo (por exemplo, um tratado de limites assinado e respeitado por todos os Estados envolvidos), um Estado é considerado soberano sobre um território quando manifesta a sua intenção de o ser através de meios adequados para o efeito no direito internacional (por exemplo, uma declaração unilateral) e, ao mesmo tempo, quando esse Estado é capaz de exercer essa autoridade de forma prática, através do desenvolvimento efetivo da jurisdição sobre o território (Acórdão do Tribunal Permanente de Justiça Internacional de 19 de abril de 1955), uma declaração unilateral) e, ao mesmo tempo, quando esse Estado é capaz de exercer essa autoridade de forma prática, através do desenvolvimento efetivo da jurisdição sobre o território (Acórdão do Tribunal Permanente de Justiça Internacional de 5 de abril de 1933, pp. 45-27 in fine, 46-28 in limine; Acórdão do Tribunal Internacional de Justiça de 17 de dezembro de 2002, n.º 134, pp. 182-61; Sentença do Tribunal Permanente de Arbitragem de 9 de outubro de 1998, n.º 239, p. 268; entre outros).

Será com base nesta soberania que se fundará o direito legítimo dos Estados de protegerem as suas fronteiras, habitualmente protegido pelas regras tradicionais do direito internacional consuetudinário e pela referência ao artigo 51º da Carta das Nações Unidas; e, no caso europeu, transcenderá o nível nacional, tendo em conta a obrigação internacional que o Acordo de Schengen implica para os seus signatários.

2.2. MIGRAÇÃO E ASILO

Por outro lado, quando se trata de conceitos relacionados com os direitos dos indivíduos que se encontram na zona fronteiriça, não é raro surgirem alguns mal-entendidos (por exemplo, no que diz respeito às noções de "imigrante" e "refugiado"), o que torna aconselhável um estudo breve mas rigoroso deste ambiente jurídico, especialmente no que diz respeito ao conteúdo e ao âmbito da proteção internacional.

2.2.1 Direito de asilo e proteção subsidiária

O termo "asilo" provém do grego *asylon*, palavra cuja tradução se aproxima da de "lugar inviolável". Na sua conceção inicial, era a condição que se atribuía ao *hieron*, uma espécie de espaço especial localizado no interior dos *témenos*, áreas consagradas aos deuses (Harris Díez, 2011, p. 70), que estavam fora da jurisdição do Estado, "podendo assim tornar-se um refúgio para indivíduos perseguidos, escravos fugidos ou políticos" (Zaidman e Schmitt-Pantel, 2002, p. 45). Foi neste contexto que se formou o dogma cristão do "asilo no sagrado", um estatuto de imunidade tradicionalmente conferido aos locais de culto para proteger os necessitados e redimir os criminosos arrependidos (Golmayo, 1866, pp. 88-89), do qual derivaria, por sua vez, o conceito moderno de "direito de asilo".

Este conceito moderno de direito de asilo será estabelecido fundamentalmente através da proclamação de dois textos: a Convenção de Genebra de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados (a seguir denominada Convenção de Genebra), que estabelece o conceito de refúgio, e o seu Protocolo de 1967, que generaliza esta proteção, inicialmente criada para um grupo muito limitado de beneficiários. A combinação destes dois textos permite chegar a uma definição única que reconhece como refugiado ou beneficiário de asilo qualquer pessoa que

"...devido a um receio fundado de ser perseguido em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, pertença a um determinado grupo social ou opiniões políticas, se encontre fora do país de que é nacional e não possa ou, em virtude desse receio, não queira pedir a proteção desse país; ou, se se encontrar numa situação irrazoável fora do país onde tinha a sua residência habitual, não possa ou, em virtude desse receio, não queira regressar a esse país".

Por outro lado, embora esta seja a definição geral, o facto é que os diferentes modelos de proteção dos direitos fundamentais existentes desenvolveram todo um conjunto de normas que ampliam e clarificam o conteúdo deste direito. Na União Europeia, este trabalho é feito através da Diretiva 2011/95/UE, que estabelece aspectos nucleares no âmbito do processo de obtenção do estatuto de refugiado, como os critérios de apreciação das circunstâncias que podem ser consideradas como perseguição, ao mesmo tempo que (e isto é extremamente relevante) introduz no direito comunitário a chamada "proteção subsidiária", garantia que salvaguarda a situação jurídica dos nacionais de países terceiros e apátridas que, "não preenchendo os requisitos de asilo, [...] existam motivos sérios para crer que se encontram em situação de perseguição", e que "não preenchendo as condições para obter asilo, [...] existam motivos sérios para crer que se encontram em situação de perseguição". existem motivos sérios para crer que, se regressassem ao seu país de origem [...] correriam um risco real" (art. 4). Esta proteção subsidiária - que, juntamente com o direito de asilo, constitui o que, na terminologia da UE, se designa genericamente por "proteção internacional" - destina-se a alargar a indemnização do estatuto de refugiado às pessoas que correm o risco de serem condenadas à morte, sujeitas a tortura ou mesmo de sofrerem as consequências da guerra.

Em todo o caso, todos os regulamentos acima referidos estabelecem explicitamente a inaplicabilidade desta proteção às pessoas que possam ser consideradas autores de crimes internacionais graves (criminosos de guerra, genocidas, etc.), fugitivos de crimes comuns graves ou pessoas que representem um perigo para a segurança do país de acolhimento.

2.2.2 Direitos aplicáveis aos beneficiários de proteção internacional

Toda a proteção internacional confere uma série de direitos mínimos aos seus beneficiários, embora alguns aspectos acidentais destes (prazos, prorrogação, etc.) possam variar ligeiramente consoante o estatuto concedido seja o de asilo (mais protegido) ou o de proteção subsidiária (menos protegido). Além disso, uma parte importante destes direitos será também exercida não só por aqueles que foram oficialmente reconhecidos como beneficiários de qualquer tipo de proteção, mas a regulamentação europeia reconhece também a sua aplicabilidade a simples requerentes, desde que o seu caso não tenha sido resolvido⁶. Em qualquer caso, existem dois direitos fundamentais que estão intrinsecamente ligados a qualquer forma de proteção internacional - incluindo os requerentes - e cuja natureza será decisiva no conflito entre os direitos individuais e a segurança nacional: a proteção judicial efectiva e a não repulsão.

⁶ Por exemplo, e em conformidade com as disposições da Diretiva 2013/33/UE, o direito de acesso aos cuidados de saúde (art. 19.º), aos apoios públicos (art. 18.º) ou ao mercado de trabalho (art. 15.º).

2.2.2.1 O direito a uma proteção judicial efectiva

O direito a uma tutela judicial efectiva, entendido como a garantia de que os cidadãos têm "acesso à jurisdição, à tramitação do processo, à resolução [razoável] do caso e à execução da sentença" (Carrasco Durán, 2020, p. 20), no quadro de um sistema judicial justo e imparcial, não é uma garantia específica do direito de asilo, mas o seu alcance é universal e, como tal, está consagrado na Constituição espanhola (art. 24.º) e na Constituição espanhola (art. 20) no quadro de um sistema judicial justo e imparcial, não é uma garantia específica do direito de asilo, mas o seu âmbito é universal e, como tal, está incluído na Constituição espanhola (art. 24.º) e na Carta dos Direitos Fundamentais da UE (art. 47º), sob a referência permanente aos direitos a um julgamento justo (art. 6º) e a um recurso efetivo (art. 13º).

No entanto, o seu impacto na área do direito de asilo tem sido notável, ao ponto de a Diretiva 2013/32/UE garantir (art. 46.º) o acesso ao recurso nos procedimentos de asilo, afirmando explicitamente que este deve ser apreciado por um órgão "judicial". Assim, uma das alegações mais recorrentes na contestação da atuação do Estado na zona de fronteira tem sido a alegada falta ou precariedade de acesso aos recursos judiciais. Neste sentido, e no âmbito europeu, a garantia jurisdicional última de uma tutela jurisdicional efectiva tem sido canalizada - antes do esgotamento das instâncias nacionais - através do recurso ao TEDH por violação do artigo 13.º da CEDH⁷. No entanto, a jurisprudência deste tribunal é clara: para se constatar uma violação do artigo 13º, deve existir primeiro uma alegação plausível de violação de qualquer outro dos direitos garantidos pela Convenção. Embora não seja necessário que tal violação tenha efetivamente ocorrido, tem sido exigido que exista uma *queixa plausível* ao abrigo da Convenção - acórdão da CEDH (Grande Secção) de 23 de fevereiro de 2012, *Hirsi Jamaa v. Itália*, §197, que, a partir de uma primeira aproximação plausível, permita depois compor um relato fiável dos factos, dado que a Convenção se destina a garantir direitos práticos e efectivos, e não teóricos ou ilusórios - CEDH (Grande Secção) Acórdão de 13 de fevereiro de 2020, *Caso N. T. e N. D. v. Espanha*, §171-. É, pois, raro encontrar violações isoladas do artigo 13.º em que não se verifique qualquer outra violação, embora doutrinariamente a possibilidade exista, e de facto tenha ocorrido - CEDH (Grande Secção), Acórdão de 8 de julho de 2003, *Hatton e Outros v. Reino Unido*. No domínio do direito de asilo, esta relação tem sido quase invariavelmente transmitida através da ligação da infração com violações do artigo 3.º da CEDH⁸ e do artigo 4.º do Protocolo n.º 4 da CEDH.⁹

2.2.2.2 Direito de não repulsão

Por seu turno, o direito à não repulsão (consagrado no artigo 33.º da Convenção de Genebra e habitualmente designado por *non-refoulement* na doutrina internacional) é um princípio básico da proteção internacional que implica a garantia de que o beneficiário de proteção não será devolvido ao seu Estado de origem ou a qualquer outro onde corra o risco de ser perseguido, enquanto mantiver o seu estatuto. Este direito estende-se diretamente aos requerentes durante a apreciação do seu caso e, a nível da UE, mesmo àqueles

⁷ "Toda a pessoa cujos direitos e liberdades consagrados na presente Convenção tenham sido violados deve ter um recurso efetivo perante uma autoridade nacional, mesmo que a violação tenha sido cometida por pessoas que actuem no exercício de funções oficiais.

⁸ "Ninguém pode ser submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes".

⁹ "São proibidas as expulsões colectivas de estrangeiros".

cuja proteção internacional não tenha sido oficialmente concedida ou tenha sido retirada (art. 14.º, n.º 6, da Diretiva 2011/95/UE), na medida em que "são as circunstâncias de facto de uma pessoa, [e] não a validação oficial dessas circunstâncias, que dão origem ao estatuto de refugiado da Convenção" (Hathaway, 1995, 303-304). E, ao mesmo tempo, a sua observância é independente do facto de o requerente se encontrar ou não em situação regular no país, facto que - apesar de não constar expressamente dos artigos da Convenção - se impõe por via do direito internacional consuetudinário e, no caso europeu, foi consagrado pelo artigo 19.º da CDFUE e pelo artigo 9.º da Diretiva 2013/32/UE, sendo referendado através de uma jurisprudência reiterada e pacífica a este respeito no quadro do sistema europeu de proteção dos direitos humanos¹⁰. Isto significa que o direito ao non-refoulement se configurou como parte do núcleo mais essencial dos direitos dos refugiados, na lógica de que a sua violação sistemática significaria, na prática, o esvaziamento do conteúdo da proteção internacional.

É de salientar que este princípio admite uma exceção: o artigo 33.2 da Convenção de Genebra garante a sua inaplicabilidade nos casos em que existem "razões sérias" para considerar que o beneficiário ou requerente de proteção internacional pode ser considerado "um perigo para a segurança do país onde se encontra" (art. 33.2). Esta disposição, que reforça as prerrogativas dos Estados no âmbito do seu direito legítimo de proteger as suas fronteiras, foi aprovada, com algumas nuances¹¹, pela jurisprudência internacional. Um bom exemplo é o acórdão do TEDH (Grande Secção) de 29 de abril de 1997, *L.H.R. v. França, no caso L.H.R. v. França*. O Tribunal de Justiça aprovou a expulsão de um cidadão colombiano, condenado por tráfico de droga, para o seu país de origem, com o fundamento de que a sua presença constituía uma "grave ameaça para a ordem pública", apesar das advertências do requerente - partilhadas pela extinta Comissão Europeia dos Direitos do Homem, e mesmo tibiamente pelo próprio Tribunal - de que a conclusão da sua expulsão poderia constituir um perigo para a sua vida.

Por fim, uma última questão digna de nota é a de que o desenvolvimento do princípio do non-refoulement deu lugar, ao longo do tempo, ao aparecimento de um princípio complementar que tem sido geralmente retomado pelos mais importantes instrumentos jurídicos internacionais sobre a matéria: a proibição de expulsões colectivas de estrangeiros. Este preceito, que alguns autores como Kamto (2007) consideram (não sem controversia) como um "princípio geral de direito internacional" (p. 129), foi normativizado na CEDH (artigo 4.º do Protocolo n.º 4) e na CDFUE (artigo 19.º, n.º 1). O seu conteúdo refere-se à abordagem segundo a qual qualquer expulsão de estrangeiros deve basear-se em circunstâncias não arbitrárias, exigindo assim uma avaliação individual do contexto de cada estrangeiro.

¹⁰ Acórdãos do TEDH de 7 de julho de 1989, *Soering contra o Reino Unido* e, em especial, de 15 de novembro de 1996, *Chahal contra o Reino Unido*.

¹¹ Por exemplo, a aplicação deste preceito a nível europeu não deve significar que, por omissão, conduza à violação do artigo 3º da CEDH, que proscreve a tortura e as penas ou tratamentos desumanos ou degradantes; Um fator que, por outro lado, é aplicável a toda a comunidade internacional, tendo sido considerado um argumento de natureza *jus cogens* (Acórdão do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia de 22 de fevereiro de 2001, *Procurador v. Dragoljub Kunarac Radomir Kovac And Zoran Vukovic*, §466; ou Acórdão do Tribunal Internacional de Justiça de 20 de julho de 2012, Questões relativas à obrigação de perseguir ou extraditar, *Bélgica v. Senegal*, §99).

3. ANÁLISE JURÍDICA: POSIÇÕES ANTAGÓNICAS E RESPOSTA DO TRIBUNAL

3.1. *HIRSI JAMAA V. ITÁLIA*: A GÉNESE DE UMA DOUTRINA

Com base na referida legislação, os sucessivos pronunciamentos judiciais têm vindo a delinear gradualmente o quadro normativo final que, pelo menos por enquanto, rege o complicado equilíbrio entre os poderes legítimos do Estado e a salvaguarda dos direitos fundamentais. Para o efeito, destaca-se um acórdão que, devido ao período de tempo em que foi proferido e às suas implicações políticas subsequentes, se tornou uma referência incontornável para o estabelecimento dos critérios mínimos de atuação na fronteira: o Acórdão (Grande Secção) do TEDH de 23 de fevereiro de 2012, *Hirsi Jamaa et al. contra Itália*.

Hirsi Jamaa é o nome de um cidadão somali que fazia parte de um grupo de cerca de 200 imigrantes ilegais desembarcados no porto de Trípoli entre 6 e 7 de maio de 2009. Este desembarque foi efectuado diretamente a partir das três embarcações do Estado italiano (*Guardia di Finanza* e Guarda Costeira) que tinham procedido, algumas horas antes, à interceção e ao salvamento do grupo quando este navegava em embarcações precárias, cerca de 35 milhas náuticas a sul da ilha de Lampedusa, na zona de busca e salvamento maltesa (a seguir designada SAR). Na sequência destes factos, a Itália foi processada perante o TEDH, tendo-se juntado ao processo um total de vinte e cinco partes.

No entanto, o que foi relevante - pela sua novidade - em *Hirsi Jamaa* não foi tanto a aplicação do artigo 3.º da CEDH no contexto de um retorno de imigrantes - prática já consolidada em acórdãos como *Chahal v. Reino Unido* - mas sim o facto de, pela primeira vez, o tribunal ter tido a oportunidade de se pronunciar sobre a rejeição de imigrantes interceptados em ambiente marítimo ao mesmo tempo que avaliava a aplicação extraterritorial da CEDH (Alarcón Velasco, 2015, p. 4). E fê-lo desferindo um rude golpe na tese italiana, ao declarar a violação dos artigos 3º e 13º da CEDH, bem como do artigo 4º do seu protocolo nº 4, em todos os casos por unanimidade.

O raciocínio central subjacente à posição do tribunal foi o seguinte:

1. A nível geral, a CEDH é aplicável na medida em que, em conformidade com os artigos 92º e 94º da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, os navios em que ocorreram os factos estão sujeitos à jurisdição do seu Estado de bandeira, tratando-se de um caso de "exercício extraterritorial de jurisdição [...] suscetível de implicar a responsabilidade do Estado".
2. No que diz respeito ao artigo 3.º, o fator determinante foi a impossibilidade de considerar a Líbia como um "*lugar seguro*" para o desembarque, uma vez que o tribunal considerou que não só a segurança do ponto de vista marítimo deve ser tida em conta¹², mas também questões relacionadas com a proteção dos seus direitos fundamentais (violação do princípio da não repulsão).

¹² A ausência de risco nos conceitos relacionados com a segurança no mar que se encontram nas convenções internacionais sobre a matéria (em especial nas convenções SAR e SOLAS) remete, na sua maioria, por referência, para aspectos relacionados com a segurança da navegação ou operacional (*safety*, segurança como proteção contra o naufrágio, contra o afogamento, contra os riscos inerentes à carga do navio, etc.). Não obstante o exposto, e em relação ao conceito de "*local de segurança*" existente na Convenção SAR de

3. No que diz respeito ao artigo 4.º do Protocolo n.º 4, o fator determinante foi a falta de individualização da expulsão dos imigrantes, na medida em que não foram identificados e não se avaliou se algum deles poderia ter circunstâncias pessoais relevantes (violação da proibição de expulsões colectivas).

4. No que diz respeito ao artigo 13.º, o fator determinante foi a impossibilidade de os imigrantes terem acesso a um recurso efetivo contra a decisão de expulsão (violação do direito à proteção judicial efectiva), fator que pode ser avaliado tendo em conta a violação do artigo 3.

3.2. CASO *N.D. e N.T. v. ESPANHA*: OS LIMITES DA PROTECÇÃO

Tal como referido nas secções anteriores, a universalidade do direito de procurar proteção internacional não implica que esse direito possa ser reivindicado ou exercido de forma ilimitada. O Acórdão do TEDH (Grande Secção) de 13 de fevereiro de 2020, no âmbito do caso *N. D. e N. T. v. Espanha*, será apenas um dos melhores exemplos de como as nações podem, por si só, estabelecer esquemas eficientes de controlo de fronteiras que, por sua vez, respeitem o direito internacional humanitário, combatendo o abuso de direitos numa perspetiva garantística.

Emulando a análise efectuada na secção anterior relativamente a *Hirsi Jamaa*, o presente caso envolve dois cidadãos estrangeiros, N. D. e N. T., que, como parte de um grupo de cerca de 600 pessoas, tentaram invadir a vedação da fronteira na cidade de Melilla na madrugada de 13 de agosto de 2014. A sua tentativa foi frustrada graças à ação da Guardia Civil e das forças de segurança marroquinas, tendo os dois queixosos sido escoltados para o outro lado da fronteira, um ato que motivará a ação judicial. Posteriormente, ambos os actores participariam em dois novos assaltos à vedação, conseguindo aceder ilegalmente ao território espanhol. É relevante que um deles viesse mais tarde a solicitar proteção internacional, embora esta tenha sido negada em todas as instâncias processuais.

Nesta altura, o interesse do acórdão é duplo. Por um lado, porque foi o aval definitivo à prática do "*rechaço na fronteira*" (por vezes designado pejorativamente por "*retorno a quente*"): a execução de um retorno imediato a Marrocos de qualquer imigrante apanhado a tentar ultrapassar ilegalmente os elementos de contenção da fronteira. E, por outro lado, porque representa um contraponto à *Hirsi Jamaa*, uma vez que ambas marcam os limites da legalidade numa perspetiva diferente: positiva na *N. D.* e na *N. T.* (o que se pode fazer), negativa na *Hirsi Jamaa* (o que não se pode fazer), indicando assim os dois limites entre os quais a legislação fronteiriça deve circular. Tudo isto no contexto da existência, neste caso, de uma decisão de primeira instância que contradizia os argumentos de Espanha, o que deu origem a um processo de fundamentação mais pormenorizado por parte da Grande Secção em resposta às alegações dos queixosos, que contestavam a atuação dos guardas de fronteira por violação do artigo 3.º da CEDH e do artigo 4.º do Protocolo n.º 4 da CEDH, bem como do artigo 13.

Assim, o raciocínio central subjacente à posição do tribunal foi o seguinte:

1979, a própria Organização Marítima Internacional (doravante IMO) acabou por integrar nuances que complementam esta visão, resultando em textos como o Anexo 34 da Resolução MSC.167(78) da IMO, *Guidelines on the treatment of persons rescued at sea*, em que se faz referência a regulamentos como a Convenção de Genebra de 1951.

1. No que respeita ao artigo 3.º, já na mesma fase de admissão (decisão de 7 de julho de 2015), o Tribunal rejeita liminarmente a admissibilidade dos argumentos dos queixosos quanto à possibilidade de o princípio de não repulsão (artigo 3.º da CEDH) ter sido violado pela recusa de regresso dos imigrantes a Marrocos. Embora o raciocínio jurídico não seja particularmente detalhado, destaca claramente a ausência de provas para considerar Marrocos um lugar inseguro para tais fins, e nem mesmo - como fez no caso de *Hirsi Jamaa* - considera necessário considerar a questão em maior profundidade.
2. No que diz respeito ao artigo 4.º do Protocolo n.º 4, a posição do Tribunal é que não se pode considerar que exista uma expulsão colectiva no contexto de uma ação em vigor desencadeada pelo próprio requerente e que provoca "uma situação claramente perturbadora, difícil de controlar e que põe em perigo a segurança pública" (§201). Isto é particularmente relevante se tivermos em conta que, no acórdão do tribunal de primeira instância, a Câmara tinha estabelecido diretamente - sem sequer levantar uma justificação que afectasse o mérito do caso - um paralelismo total deste caso com o de *Hirsi Jamaa*, apesar de serem contextos totalmente diferentes. Assim, o tribunal prevê que o "exame individualizado" que permite ultrapassar o obstáculo concetual da expulsão colectiva deve ser efectuado tendo em conta "as circunstâncias particulares da expulsão e o 'contexto geral no momento dos factos'" (§197), o que, por sua vez, permite simplificar ou omitir os procedimentos de avaliação, especialmente se este contexto depender em grande medida "do comportamento do próprio requerente" (§200) e se o Estado fornecer "procedimentos legais disponíveis para entrar [no país]" (§208) e "garantir o direito de procurar proteção [...] de forma real e efectiva" (§208) e "o direito de procurar proteção [...] for garantido [...]" (§209).de uma forma real e efectiva" (§208).
3. No que diz respeito ao artigo 13.º, o Tribunal esclarece que não se verifica qualquer violação do direito a uma proteção jurisdicional efectiva, atribuindo igualmente a falta de recurso jurisdicional à "própria conduta dos requerentes ao tentarem entrar em Melilla sem autorização" (§242).

Por último, uma observação interessante sobre a fundamentação do acórdão é que, embora o Tribunal rejeite a tese espanhola relativa à limitação da competência com base em critérios operacionais - semelhantes aos defendidos pela Itália no processo *Hirsi Jamaa*-, afirmando que o exercício efetivo da autoridade que a Espanha, através da Guardia Civil, exerce a partir do perímetro da vedação exterior para o interior (§§107-108), é inegável, estabelece que o Governo espanhol não pode ser responsabilizado por circunstâncias ocorridas fora do seu território soberano, O facto de o Governo espanhol, através da Guardia Civil, exercer a sua ação do perímetro da vedação exterior para o interior (§§107-108), estabelece que o Governo espanhol não pode ser responsabilizado por circunstâncias que ocorram fora do seu território soberano e, em particular, por aquelas que sejam levadas a cabo por agentes de um Estado terceiro (§218).

3.3. ANÁLISE COMPARATIVA: A COMPATIBILIDADE DE UMA DOUTRINA JURISPRUDENCIAL DÍSPAR

Como vimos, tanto *Hirsi Jamaa e outros v. Itália* como *N.D. e N.T. v. Espanha* representam dois casos em que, para condutas a priori análogas (a entrega a autoridades não europeias de estrangeiros que tentam entrar ilegalmente em território comunitário), o TEDH proferiu decisões diferentes. E isto deve-se fundamentalmente à existência no caso *N.D. e N.T.* de um fio condutor que foi devida e oportunamente invocado pela Espanha no âmbito dos procedimentos seguidos durante o referido contencioso, e que articula, do princípio ao fim, o acórdão: a doutrina do "comportamento culposos".

O corolário deste raciocínio é que o Estado não pode ser responsabilizado pelo facto de os imigrantes se furtarem aos procedimentos legais para entrarem no país, especialmente se "aproveitarem deliberadamente o seu grande número e usarem a força" (*N.D. e N.T. v. Espanha*, §201). Assim, para que esta doutrina seja aplicável, o comportamento censurável imputável aos imigrantes deve gerar uma situação grave, decorrente de uma conduta dolosa - ou seja, consciente da sua ilegalidade e das suas possíveis consequências - que represente um perigo objetivo para a segurança pública, incluindo a dos próprios imigrantes.

Com efeito, a interpretação do Tribunal transcende todas as alegadas violações invocadas pelos requerentes, mesmo aquelas que (a priori) estão mais afastadas da sua esfera de ação individual. Assim, no que diz respeito à proibição de expulsões colectivas de estrangeiros (artigo 4.º do Protocolo n.º 4 da CEDH), o TEDH situará o aspeto diferencial nas possibilidades de acesso dos imigrantes aos procedimentos legais de entrada no território europeu. Assim, em *N. D. e N. T.*, afirma-se repetidamente que a legislação espanhola oferecia várias possibilidades aos requerentes de processarem a sua entrada em Espanha, bem como de solicitarem asilo¹³ (§212), mas que estes instrumentos foram recusados (conduta culposa) pelos requerentes (§231). O mesmo raciocínio se aplica ao direito à proteção judicial efectiva (artigo 13.º da CEDH), uma vez que os argumentos utilizados pelo Tribunal de Garantias são os mesmos (§242).

Uma vez expostas estas premissas, coloca-se inevitavelmente a questão: poderá a doutrina do comportamento culposos ser utilizada, *mutatis mutandis*, para as expulsões que têm lugar no domínio marítimo? E, em caso afirmativo, o que seria necessário alterar no quadro da ação do Estado para o fazer? A resposta a estas questões não é trivial. Na sequência de *N.D. e N.T.*, o TEDH recorreu a esta doutrina - que, de resto, não era inteiramente nova aquando da sua formulação¹⁴ - em algumas ocasiões¹⁵, embora nenhuma

¹³ A possibilidade oferecida pela legislação espanhola de aceder a certos procedimentos relacionados com o asilo em embaixadas e consulados (artigo 38.º da Lei 12/2009, de 30 de outubro, que regula o direito de asilo e a proteção subsidiária) é particularmente digna de nota, tanto devido à ênfase repetida pelo Tribunal de Justiça nesta possibilidade, como porque não é uma prática comum noutros Estados europeus (a Itália, por exemplo, não a inclui no seu Decreto Legislativo de 19 de novembro de 2007, sobre o reconhecimento da proteção internacional).

¹⁴ O TEDH já tinha utilizado uma abordagem precursora em 1996, no caso *John Murray v. Reino Unido* - Acórdão (Grande Secção) de 8 de fevereiro de 1996 - quando recusou proteção a um homem condenado por terrorismo que alegava que o seu silêncio tinha sido utilizado contra ele no contexto do seu processo judicial. O tribunal considerou que foi ele que optou por permanecer em silêncio, apesar de estar consciente das consequências que tal comportamento poderia acarretar, e que, por conseguinte, foi ele que se expôs à inferência de que o seu silêncio o prejudicava (§56).

¹⁵ Acórdão do TEDH (Terceira Secção) de 24 de março de 2020, *Asady e outros v. Eslováquia*.

delas tenha servido para endossar uma recusa marítima. No entanto, o que é certo é que não há nenhuma passagem em *N.D. e N.T.* em que o tribunal afirme que a sua doutrina não é válida para expulsões de imigrantes interceptados no mar. Muito pelo contrário: o acórdão sublinha a necessidade de uma avaliação das "circunstâncias do caso concreto" (§201). Por conseguinte, e de acordo com o princípio *permissum videtur id omne quod non prohibetur*¹⁶, parece lógico deduzir que a admissibilidade de tal princípio deve depender apenas do cumprimento dos seus pressupostos intrínsecos, ou seja, da existência de instrumentos jurídicos efectivos que permitam o acesso ao Estado de destino e o início de um procedimento de asilo junto das suas autoridades; bem como na constatação de um comportamento censurável por parte dos imigrantes que, ignorando a existência de tais instrumentos jurídicos, desafiam os mecanismos de controlo fronteiriço através de acções coercivas. Além disso, ambos os pressupostos devem ser devidamente invocados pelo Estado no processo judicial, o que a Itália não fez no caso *Hirsi Jamaa*. Nenhum destes pressupostos parece necessariamente invencível num cenário marítimo típico em que centenas de homens de origem e antecedentes desconhecidos se colocam a si próprios, aos seus companheiros de viagem e aos guardas fronteiriços e costeiros europeus em perigo manifesto ao proporem uma partida maciça, planeada e coordenada de embarcações com destino a um território isolado, com capacidades de acolhimento limitadas, com o consequente risco de colapso - como Lampedusa. Tudo isto está sujeito à necessidade de o Estado costeiro dispor de um dispositivo diplomático adequadamente dimensionado, com poderes concedidos no domínio do asilo, que lhe permita justificar a suficiência dos mecanismos de acesso ao asilo. A este propósito, refira-se ainda a comunidade que a UE representa em matéria de migrações e asilo, o que permitiria mesmo sugerir - embora talvez para isso fosse necessário avançar mais no sempre lento processo de integração europeia - que a existência de delegações diplomáticas de outros países da UE é um ativo que deve necessariamente ser valorizado para efeitos de adequada ponderação das possibilidades de acesso oferecidas pelo Estado litigante, pois representa um inerente reforço dos recursos próprios do Estado.¹⁷

E, em consonância com o exposto, é também pertinente trazer à colação algumas inferências relativas à problemática das limitações factuais do Estado na sua ação internacional. Apesar de certos autores, como Sánchez Tomás (2018, p. 110) ou Martínez Escamilla (2021, pp. 6-7), reivindicarem a territorialidade como a perspetiva dominante em termos de determinação da responsabilidade internacional, a verdade é que tanto a doutrina como a prática internacionais (já referidas no ponto 2.1.2 do presente texto) apontam para a necessidade de um exercício prático da territorialidade na determinação da responsabilidade internacional.² do presente texto) apontam para a necessidade de um exercício prático de autoridade nesse território para que este possa ser considerado soberano, razão pela qual o tribunal, no seu acórdão da Grande Secção, altera a sua decisão de primeira instância, eliminando ou atenuando fortemente as menções relativas à preponderância do traçado da fronteira em detrimento do traçado efetivo da vedação (incluídas

¹⁶ "Tudo o que não é proibido é considerado permitido".

¹⁷ Afinal, parece óbvio pensar que, dada a preexistência de um espaço comum de liberdade, segurança e justiça, no âmbito do qual foram abolidas as fronteiras internas e que articulou mecanismos de implementação de uma política comum de imigração e asilo, uma rede constituída por todas e cada uma das suas embaixadas e consulados proporciona aos candidatos à imigração uma plataforma de acesso muito maior, mais diversificada e com um maior número de garantias processuais do que a oferecida por um Estado isolado. Sobretudo se tivermos em conta a homogeneidade que a legislação europeia implica no que diz respeito ao reconhecimento, qualificação, avaliação e resolução dos procedimentos de asilo, permanência e residência legal, que são comuns a todos os seus Estados membros.

no §53 do acórdão de primeira instância). Assim, como já referimos, a rejeição da isenção do princípio geral de atribuição não depende da territorialidade do ponto onde os actos têm lugar, mas do facto de a ação ser levada a cabo por agentes do Estado signatário, independentemente do local onde a ação tem lugar. Este aspeto será relevante nos casos (por exemplo, os acontecimentos de 24 de junho de 2022 em Melilla) em que a Espanha foi considerada responsável por actos praticados por funcionários estrangeiros em zonas que, embora formalmente dentro da fronteira "histórica" espanhola, na prática se situam para além da vedação, não sendo, por conseguinte, objeto de qualquer controlo efetivo por parte da Espanha.

Por fim, é de salientar a diferença de tratamento que o tribunal dá ao estudo de eventuais violações do artigo 3.º da CEDH (prevenção da tortura e de tratamentos desumanos ou degradantes) em *Hirsi Jamaa* e em *N.D. e N.T.* Apesar da escassa justificação oferecida pela decisão de inadmissibilidade de *N.D. e N.T.* a este respeito, parece claro que a justificação para esta diferença reside, pelo menos em grande parte, no país de expulsão. Uma parte da doutrina (Del Valle Gálvez, 2018, pp. 25-49; Freedman, 2024, 204-220) tem vindo a apresentar teses que se aproximam de um questionamento generalizado do que se passou a designar por "políticas de externalização de fronteiras", conceito com o qual é necessário ter muita cautela. Em primeiro lugar, porque este termo pejorativo tem sido utilizado para definir o que, na maior parte dos casos, não passa de políticas de cooperação policial internacional em matéria de controlo de fronteiras, através das quais se promove o reforço das capacidades de aplicação da lei nos países em desenvolvimento. Assim, até o próprio termo escolhido parece bastante infeliz, uma vez que é difícil "externalizar" as tarefas de controlo fronteiriço e de aplicação da lei, que não são mais do que "obrigações derivadas tanto do direito convencional como do direito consuetudinário" e, portanto, objeto de "*ius cogens*" (Soler García, 2017, p. 41). E, por outro lado, porque a aceitação irracional de posições tangencialmente contrárias a essas políticas poria em causa não só a aplicação de medidas legítimas do Estado - expressão da sua soberania em matéria de segurança nacional ou de política migratória -, mas também os interesses da comunidade internacional e a proteção dos direitos humanos: afinal, a capacitação dos Estados de origem e de trânsito em matérias vitais como a busca e salvamento no mar dos seus próprios compatriotas é também parte essencial dessa cooperação. Por conseguinte, esta cooperação não pode, *por si só, estar em* contradição com a CEDH.

E é aqui que entra o verdadeiro fator diferencial de *Hirsi Jamaa*: a Líbia. Neste sentido, a situação da Líbia é certamente idiossincrática. Trata-se de um Estado que não assinou a Convenção de Genebra, que foi repetidamente definido por diferentes autores como um "caos", no qual "os migrantes expulsos da Europa eram frequentemente deixados a um destino incerto" (Cole, 2012, p. 6). E isto explica perfeitamente os receios expressos pelo tribunal no processo *Hirsi Jamaa* (§136), com base em vários relatórios incorporados no processo (ACNUR, Comissão Europeia, Conselho da Europa, Human Rights Watch, etc., ver §33-42). Esta situação não é comparável à existente em praticamente todos os Estados com os quais a Espanha tem acordos de repatriamento activos e razoavelmente funcionais, principalmente Marrocos e Argélia, Estados que fazem parte da Política Europeia de Vizinhança - que exige, de acordo com o artigo 8.º do TUE, a partilha dos princípios democráticos da UE - e que dela beneficiaram muito, tornando-se

parceiros económicos e políticos privilegiados. Afinal, existe uma abundância de pronunciamentos judiciais¹⁸ que endossam explicitamente o seu estatuto de "países terceiros seguros" (ver SAN 1441/2018 de 15 de março de 2018 para o caso de Marrocos ou SAN 3838/2016 de 17 de outubro de 2016 para o caso da Argélia). Trata-se de um ponto de grande interesse, não só para efeitos de regresso dos migrantes em situação irregular aos seus países de origem, mas também no que diz respeito à possibilidade (consagrada no artigo 3.º, n.º 3, do Regulamento n.º 604/2013 relativo à determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de proteção internacional) de encaminhar os requerentes de asilo para centros situados em países terceiros seguros durante o exame do seu pedido. No entanto, esta possibilidade poderia ser objeto - dada a sua complexidade e previsível controvérsia - de um artigo separado, com o correspondente debate doutrinal.

4. CONCLUSÕES

Para concluir, faremos uma breve síntese da doutrina revista nos capítulos anteriores, oferecendo algumas linhas de orientação que descrevem os resultados de maior interesse na matéria em análise.

Em primeiro lugar, a conclusão mais geral e óbvia que se pode extrair do exposto é que no ambiente fronteiriço convergem numerosos fenómenos sociais que geram um elevado nível de litigiosidade em matéria de proteção dos direitos fundamentais. Estes processos, todos eles derivados da permanente tensão entre as políticas de controlo migratório e as garantias individuais, exigem um equilíbrio que muitas vezes é resolvido nos tribunais, pondo à prova os quadros jurídicos nacionais e internacionais; bem como uma série de conceitos tratados pela doutrina - fronteira, soberania, território, asilo, etc. - que, apesar de habitualmente utilizados de forma trivial, possuem um conteúdo de grande força jurídica, política, social e até histórica. É, pois, fundamental que as forças de segurança que prestam serviço nas fronteiras tenham conhecimento suficiente da legislação que as protege, de modo a desempenharem as suas funções com eficiência, mas também com respeito pelos direitos daqueles que passam por esses ambientes.

Por outro lado, é de salientar que a maioria destes processos judiciais se consubstanciam na violação de garantias muito específicas, que são regularmente repetidas nas pronúncias dos órgãos judiciais responsáveis pelo seu julgamento. Trata-se, fundamentalmente, da transgressão dos princípios do non-refoulement e do direito à tutela jurisdicional efectiva, doutrinas cuja salvaguarda, no quadro europeu, está consagrada nos artigos 3.º e 13.º da CEDH; bem como da proibição de expulsões colectivas de estrangeiros, protegida no artigo 4.º do Protocolo n.º 4 da Convenção. No entanto, estes processos judiciais são morosos e muito complexos, e as suas decisões estão muitas vezes em conflito direto com decisões anteriores de outros tribunais ou mesmo dos próprios órgãos que as proferem. Por estas razões, é também essencial que os órgãos responsáveis pela representação e defesa dos Estados soberanos conheçam profundamente o direito internacional e

¹⁸ Praticamente todos estes pronunciamentos provêm de esferas nacionais, dado que o TEDH evita pronunciamentos categóricos sobre a segurança dos Estados e dá prioridade a uma análise caso a caso, tal como os tribunais superiores espanhóis. Por outro lado, vários países europeus elaboraram listas de países terceiros seguros, incluindo Marrocos em algumas delas, como é o caso, por exemplo, dos Países Baixos (Immigration and Naturalisation Service, 2018). Esta prática está a ganhar terreno entre os Estados europeus e está em consonância com as disposições do Pacto de Migração e Asilo, que introduziu este conceito no novo Regulamento de Procedimentos de Asilo (Regulamento (UE) 2024/1348), que começará a ser aplicado a partir de 12 de junho de 2026 (Secção V, arts. 57.º e seguintes).

saibam compatibilizar tais doutrinas com o seu direito interno - propondo mesmo as necessárias alterações legislativas - de modo a assegurar, enquanto garantes da ordem jurídica, a conformidade das decisões que afectam a sua esfera de representação com o direito e a prática internacionais.

Por último, e em consonância com o exposto, não se pode ignorar a mutabilidade que caracteriza a interpretação da ordem jurídica internacional. Não se trata de uma fraqueza do sistema em si mesmo: as regras, sobretudo em ambientes anárquicos como o atual, estão em permanente processo de transformação, pelo que os operadores jurídicos não têm outra alternativa senão adaptar as suas posições às realidades existentes, o que tem sido feito desde a Antiguidade, quando existiam figuras jurídicas impensáveis no mundo contemporâneo. Neste sentido, um cenário tão volátil como o que rege a atual geopolítica mundial exige - no respeito pelos consensos inerentes à manutenção da paz e segurança internacionais, entre os quais se encontra a consideração da dignidade da pessoa humana como fonte inalienável dos direitos humanos - uma certa margem na interpretação das normas que regem as obrigações dos Estados, posição que não é nova na doutrina (Koskeniemi, 2004). Desta forma, garante-se o cumprimento adequado das mesmas, respeitando a vontade dos seus promotores e favorecendo a coexistência, aprofundando assim o desenvolvimento de um ambiente internacional próspero para todos os seus habitantes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alarcón Velasco, N. (2015), El abogado ante las normas de asilo: vigilancia de su aplicación, Consejo General de la Abogacía Española. Disponível online: <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/el-abogado-ante-las-normas-de-asilo-vigilancia-de-su-aplicacion/>. [Acedido em: 31/03/2025].
- Carrasco Durán, M. (2020). La definición constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, in *Revista de derecho político*, núm. 107, 13-40.
- Cole, P. (2012), *Borderline Chaos? Stabilizing Libya's Periphery*, Médio Oriente, outubro de 2012, Washington: Carnegie Endowment for International Peace.
- Comissão Espanhola de Ajuda aos Refugiados (3 de outubro de 2017), Tribunal Europeu dos Direitos do Homem condena Espanha por dois "regressos a quente". Disponível em linha: <https://www.cear.es/noticias/tribunal-europeo-ddhh-condena-espana-dos-devoluciones-caliente-nuestra-frontera-sur/>. [Acedido em 31/03/2025].
- Comissão Europeia (2022), Relatório sobre o estado de Schengen 2022, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, COM(2022) 301 final. Disponível em linha: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52022DC0301>. [Acedido em: 31/03/2025].
- Comissão Europeia (2024), Eurobarómetro Standard. Europeans' opinions about the European Union's priorities, n.º 102, Bruxelas: Serviço das Publicações da UE. Disponível em linha: <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/3215>. [Acedido em 31/03/2025].
- Conselho da União Europeia (2015), Conclusões do Conselho sobre o Processo de Paz no Médio Oriente. Disponível em linha: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2015/07/20/fac-mepp-conclusions/pdf/>. [Acedido em 31/03/2025].
- Consejo General de la Abogacía Española (3 de outubro de 2017), La Abogacía reitera la ilegalidad de las devoluciones en caliente, tras la condena del TEDH. Disponível em linha: <https://www.cear.es/noticias/tribunal-europeo-ddhh-condena-espana-dos-devoluciones-caliente-nuestra-frontera-sur/>. [Acedido em 31/03/2025].
- Curzon, G. (1907), *Frontiers*, Oxford: Clarendon Press.
- Del Valle Gálvez, A. (2019), La fragilidad de los derechos humanos en las fronteras exteriores europeas, y la externalización/ extraterritorialidad de los controles migratorios in *Anuario de los cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. XVIII, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Doebbler, C. (2018), *Dictionary of Public International Law*, Londres: Row-man & Littlefield.

- Eurostat (2025), População em 1 de janeiro por grupo etário, sexo e nacionalidade. Disponível em linha: https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/migr_pop1ctz/default/table?lang=en. [Acedido em 31/03/2025].
- Freedman, J. (2024), *The violent externalisation of asylum* in *Research Handbook on Asylum and Refugee Policy*, pp. 204-220, Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Frontex (2021), *Risk Analysis for 2021*, Varsóvia. Disponível em linha: <https://www.frontex.europa.eu/publications/risk-analysis-for-2021-MmzGl0>. [Acedido em 31/03/2025].
- Frontex (2024), *Annual Brief 2023*, Varsóvia. Disponível em linha: <https://prd.frontex.europa.eu/document/annual-brief-2023/>. [Acedido em 31/03/2025].
- Golmayo, P. B. (1866), *Instituciones de Derecho Canónico*, Madrid: Imprenta de A. Peñuelas.
- Harris Díez, R. (2011), *El paisaje de los dioses: los santuarios griegos de la época clásica y su entorno natural*, in *AISTHESIS: Revista Chilena de Investigaciones Estéticas*, núm. 49, Santiago de Chile: Instituto de Estética de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Hathaway, J. C. (2005), *The rights of refugees under International Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Infante Caffi, M.T. (2016), *Las fronteras desde la perspectiva del Derecho Internacional*, in *Revista de Estudios Internacionales*, núm. 185, pp. 59-86, Santiago: Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile. Disponível online: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-37692016000300004. [Acedido em: 31/03/2025].
- Kamto, M. (2007), *Third report on the expulsion of aliens*, Genebra: Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas.
- Koskenniemi, M. (2004), *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Lacan, J. (1966), *Écrits*, Paris: Éditions du Seuil.
- Martínez Escamilla, M. (2021), *Las "devoluciones en caliente" en el asunto N. D. y N.T. contra España* (Sentencia de la Gran Sala TEDH de 13 de febrero de 2020) in *Revista Española de Derecho Europeo*, Núm. 77.
- Gabinete do Alto Comissariado para os Direitos Humanos (2018), *Recommended Principles and Guidelines on Human Rights at International Borders*, Genebra: ACNUR. Disponível em linha: <https://acnurdh.org/principios-y-directrices-recomendados-sobre-los-derechos-humanos-en-las-fronteras-internacionales/>. [Acedido em 31/03/2025].

Parlamento Europeu (2015), Resolução do Parlamento Europeu sobre o papel da UE no processo de paz no Médio Oriente. Disponível em linha: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0318_EN.html. [Acedido em: 31/03/2025].

Real Academia Española (2014), Diccionario de la lengua española (23ª edição).

Real Academia Española, Diccionario panhispánico del español jurídico (DPEJ). Disponível em linha: <https://dpej.rae.es/>. [Acedido em 31/03/2025].

RTVE (3 de outubro de 2017), O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos condena a Espanha por duas "devoluções quentes" em Melilla. Disponível online: <https://www.rtve.es/noticias/20171003/tribunal-europeo-derechos-humanos-condena-a-espana-por-dos-devoluciones-caliente-melilla/1625420.shtml>. [Acedido em: 31/03/2025].

Sánchez Tomás, J. M. (2018), Las "devoluciones en caliente" en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, As. N.D. Y N.T. vs España, de 03.10.2017), in *Revista Española de Derecho Europeo*, núm 65, pp. 102-135.

Sanz Donaire, J. J. (2023). Del concepto de frontera, in *Boletín de la Real Sociedad Geográfica*, Número extraordinario 2023, pp. 253-262. <https://doi.org/10.22201/cei-ich.24485691e.2014.12.49710>.

Serviço de Imigração e Naturalização (2018), Beoordeling veilige derde landen - Marokko, Informatiebericht SUA IB 2018/105. Disponible en línea: https://puc.overheid.nl/ind/doc/PUC_9890080000_1/1?solrID=PUC_9890080000_1_1&solrQ=morocco. [Acedido em 31/03/2025].

Soler García, C. (2017), A Guarda Europeia de Fronteiras e Costeira: Um avanço sobre a Frontex? Una valoración provisional, in *Revista Eletrónica de Estudios Internacionales*, núm. 34. Disponível online: <https://www.reei.org/index.php/revista/num34/articulos/guardia-europea-fronteras-costas-avance-respecto-frontex-una-valoracion-provisional>. [Acedido em: 31/03/2025].

Zaidman, L. B., Schmitt-Pantel, P. (2002), *La religión griega en la polis de la época clásica* (Díez Platas Trad.), Colmenar Viejo: Akal.

LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA

Carta das Nações Unidas (1945), Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, assinada em São Francisco em 26 de junho de 1945.

Convenção sobre os Direitos e Deveres dos Estados (1933), Sétima Conferência Internacional Americana de Montevideú, Série de Tratados da Liga das Nações, volume 165, página 19.

Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951), Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas, assinada em Genebra em 28 de julho de 1951, Série de Tratados das Nações Unidas, Volume 189, página 137.

Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950), feita em Roma em 4 de novembro de 1950.

Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados (1967), assinado em Nova Iorque em 31 de janeiro de 1967, Série de Tratados das Nações Unidas n.º 8791, Vol. 606, p. 267.

Decreto legislativo del 19 novembre 2007, n. 251, Attuazione della direttiva 2004/83/CE recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di Paesi terzi o apolidi, della qualifica del rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta.

Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, que estabelece normas relativas às condições a preencher por nacionais de países terceiros ou apátridas para poderem beneficiar de proteção internacional.

Diretiva 2013/32/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativa a procedimentos comuns de concessão e retirada do estatuto de proteção internacional.

Diretiva 2013/33/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, que estabelece normas em matéria de acolhimento dos requerentes de proteção internacional.

Lei 12/2009, de 30 de outubro, que regula o direito de asilo e a proteção subsidiária.

Regulamento (UE) n.º 604/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de proteção internacional apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro ou um apátrida.

Regulamento (UE) 2024/1348 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de maio de 2024, que estabelece um procedimento comum de proteção internacional na União e que revoga a Diretiva 2013/32/UE.

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (1997), caso H.L.R. contra França, Acórdão (Grande Secção) de 29 de abril de 1997.

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (2012), Hirsi Jamaa e outros v. Itália Acórdão (Grande Secção) de 23 de fevereiro de 2012.

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (2015), caso N. D. e N. T. contra Espanha, Decisão (Terceira Secção) de 7 de julho de 2015.

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (2017), caso N. D. e N. T. v. Espanha, Acórdão (Terceira Secção) de 3 de outubro de 2017.

Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (2020), Processo N.D. e N.T. contra Espanha, Acórdão (Grande Secção) de 13 de fevereiro de 2020.

Tribunal Permanente de Justiça Internacional (1933), Legal status of Eastern Greenland, Judgment of 5 April, Series A./B., Fascicle No. 53, Leiden: A. W. Sijthoff's Publishing Company.

Tribunal Internacional de Justiça (2002), Affaire relative à la souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan, Acórdão de 17 de dezembro, Vendas nº 858.

Tribunal Internacional de Justiça (2012), Questões relativas à obrigação de perseguir ou extraditar (Bélgica v. Senegal), Acórdão de 20 de julho de 2012,

Tribunal Permanente de Arbitragem de Haia (1998), Territorial Sovereignty and Scope of the Dispute (Eritrea and Yemen), sentença de 9 de outubro, in Reports of International Arbitral Awards, Volume XXII pp. 209-332.

Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia (2001), Procurador v. Dragoljub Kunarac Radomir Kovac e Zoran Vukovic, Acórdão de 22 de fevereiro de 2001.

Audiência Nacional (2018), Acórdão 1441/2018, 15 de março de 2018.