

A PROTECÇÃO DOS ESTRANGEIROS
PELA CONVENÇÃO EUROPEIA
DOS DIREITOS DO HOMEM
PERANTE PROCESSOS DE ASILO,
EXPULSÃO E EXTRADIÇÃO

A JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU
DOS DIREITOS DO HOMEM

Pelo Dr. Paulo Manuel Abreu da Silva Costa

SUMÁRIO:

I. Âmbito da aplicação da CEDH. — II. A importância do sistema de controlo da CEDH. — III. As principais características processuais. — A) Prévio esgotamento das vias de recurso internas. — B) Invocação prévia da violação na ordem interna. — C) Prazo de seis meses. — D) Vítimas. — E) Apreciação de casos concretos. — F) Interpretação da CEDH. — G) Medidas provisórias. — IV. A posição dos estrangeiros perante os Estados-Parte. — V. A protecção conferida pelos artigos 3.º e 8.º — 1) Artigo 3.º (*Proibição de tortura*). — a) Carácter absoluto da norma. — b) Âmbito de aplicação. — c) Critérios de aplicação. — d) Delimitação. — 2) Artigo 8.º (*Direito ao respeito pela vida privada e familiar*). — a) Âmbito da análise. — b) Critérios de aplicação. — c) A existência de vida privada e familiar. — d) A regularidade da ingerência. — e) Justo equilíbrio. — f) Obrigações positivas. — VI. O artigo 5.º, n.º 1, al. f). — a) Critérios de aplicação. — VII. Conclusões gerais. — VIII. Acórdãos do TEDH. — IX. Bibliografia.

I — Âmbito da aplicação da CEDH

A Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais ^(1/2) (CEDH) é aplicável «a qualquer pessoa» ⁽³⁾, devendo os Estados-Parte reconhecer a todos os que se encontram no seu território, os direitos e liberdades nela consagrados, independentemente da sua nacionalidade ^(4/5).

No entanto, a CEDH admite que os Estados-Parte possam impôr restrições à actividade política dos estrangeiros ⁽⁶⁾, sem que isso signifique a violação de qualquer uma das suas disposições ⁽⁷⁾.

As outras referências expressas aos estrangeiros encontram-se no Protocolo n.º 4 ⁽⁸⁾ e no Protocolo n.º 7 ⁽⁹⁾

O artigo 4.º do Protocolo n.º 4 proíbe as expulsões colectivas de estrangeiros. Por sua vez, o artigo 1.º do Protocolo n.º 7 estabelece um conjunto de garantias processuais de que os estrangeiros deverão beneficiar em caso de expulsão.

⁽¹⁾ A Convenção foi assinada, em Roma, em 4 de Novembro de 1950. Foi aprovada, para ratificação, por Portugal, através da Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro (com as alterações introduzidas pela Declaração de Rectificação publicada no Diário da República, I Série, em 14 de Dezembro de 1978). Entrou em vigor, em Portugal, em 9 de Novembro de 1978.

⁽²⁾ Sobre o valor jurídico da CEDH na ordem jurídica portuguesa, cfr. RUI MOURA RAMOS, "A Convenção Europeia dos Direitos do Homem — Sua posição face ao ordenamento jurídico português", in BDDC n.º 5, pp. 163 e ss., IRENEU CABRAL BARRETO, "A Convenção Europeia dos Direitos do Homem — Anotada", pp. 34-35, ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, Manual de Direito Internacional Público, pp. 607 e ss.

⁽³⁾ Artigo 1.º

⁽⁴⁾ O artigo 14.º não permite, no gozo destes direitos e liberdades, o tratamento discriminatório com base na origem nacional.

⁽⁵⁾ Neste sentido, cfr. JOÃO MADUREIRA, "La jurisprudence des organes de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et de la Charte Européenne concernant l'entrée et la sortie des étrangers du territoire d'un état", in BDDC n.º 39/40, p. 137.

⁽⁶⁾ Artigo 16.º

⁽⁷⁾ No sentido de que as restrições admitidas são demasiado largas, cfr. LUÍS SILVEIRA, "O acolhimento e estadia do estrangeiro", in BDDC n.º 18, p. 223.

⁽⁸⁾ Assinado, em Estrasburgo, em 16 de Setembro de 1963 e aprovado, por Portugal, através da Lei 65/78, de 13 de Outubro.

⁽⁹⁾ Assinado, em Estrasburgo, em 22 de Novembro de 1984 e aprovado, por Portugal, através da Resolução da Assembleia da República n.º 22/90, de 27 de Setembro.

De acordo com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), os Protocolos Adicionais formam com a Convenção um todo (*Acórdão Handyside, de 7 de Dezembro de 1976, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 24, p. 20, § 41; Acórdão Abdulaziz, Cabales e Balkandali, de 28 de Maio de 1985, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 94, p. 31, § 60*), devendo ser interpretados e aplicados como tal.

Nestes termos, aos estrangeiros são reconhecidos os seguintes direitos:

- Direito à vida (artigo 2.º);
- Direito a não ser submetido a torturas, penas ou tratamentos desumanos ou degradantes (artigo 3.º);
- Direito a não ser mantido em escravidão ou servidão, nem ser constrangido a trabalho forçado ou obrigatório (artigo 4.º);
- Direito à liberdade e à segurança (artigo 5.º);
- Direito a ser informado das razões da sua prisão ou de acusação formulada contra si (artigo 5.º, n.º 2);
- Direito de ser presente e ouvido por autoridade judicial (artigo 5.º, n.ºs 3 e 4);
- Direito a indemnização por prisão ou detenção irregular, ou em caso de erro judiciário (artigo 5.º, n.º 4 e artigo 3.º do Protocolo n.º 7);
- Direito a um processo justo (artigo 6.º);
- Direito a ser julgado num prazo razoável (artigos 5.º, n.º 3 e 6.º, n.º 1);
- Direito à presunção de inocência (artigo 6.º, n.º 2);
- Direito a certas garantias processuais (artigo 6.º, n.º 3);
- Direito a não ser condenado por acto ou omissão que no momento da sua prática não era considerado infracção (artigo 7.º, n.º 1);
- Direito a não ser condenado em pena superior àquela que vigorava no momento da prática da infracção (artigo 7.º, n.º 1);
- Direito ao respeito pela vida privada e familiar (artigo 8.º, n.º 1);
- Direito ao respeito do seu domicílio e da sua correspondência (artigo 8.º, n.º 1);

- Direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião ou crença (artigo 9.º);
- Direito à liberdade de manifestar a sua religião ou crença (artigo 9.º);
- Direito à liberdade de expressão (artigo 10.º);
- Direito à liberdade de reunião pacífica e de associação (artigo 11.º);
- Direito de casar e constituir família (artigo 12.º);
- Direito de recurso perante uma instância nacional pela violação dos seus direitos e liberdades (artigo 13.º);
- Direito a não ser discriminado (artigo 14.º);
- Direito de apresentar uma petição por violação dos direitos reconhecidos na CEDH (artigo 34.º);
- Direito a uma reparação pela violação dos seus direitos (artigo 41.º);
- Direito ao respeito dos seus bens (artigo 1.º do Protocolo n.º 1);
- Direito à instrução (artigo 2.º do Protocolo n.º 1);
- Direito dos pais assegurarem a educação e ensino dos seus filhos de acordo com as suas convicções religiosas e filosóficas (artigo 2.º do Protocolo n.º 1);
- Direito a eleições livres (artigo 3.º do Protocolo n.º 1);
- Direito a não ser privado da liberdade pelo não cumprimento de obrigações contratuais (artigo 1.º do Protocolo n.º 4);
- Direito de livre circulação e residência no território de um Estado-Parte (artigo 2.º do Protocolo n.º 4);
- Direito de sair de qualquer país (artigo 2.º do Protocolo n.º 4);
- Direito a não ser expulso enquanto elemento integrante de um grupo de estrangeiros (artigo 4.º do Protocolo n.º 4);
- Direito a não ser condenado a pena de morte (artigo 1.º do Protocolo n.º 6);
- Direito a certas garantias processuais em caso de expulsão (artigo 1.º do Protocolo n.º 7);
- Direito a duplo grau de jurisdição em matéria penal (artigo 2.º do Protocolo n.º 7);
- Direito a não ser julgado ou punido mais de uma vez pela mesma infracção (artigo 4.º do Protocolo n.º 7);

— Direito à igualdade entre os cônjuges (artigo 5.º do Protocolo n.º 7).

Nenhuma das disposições da CEDH deve, no entanto, ser interpretada de forma a limitar ou prejudicar os direitos e liberdades reconhecidos pela legislação interna de um Estado-Parte ou por qualquer outra convenção de que aquele faça parte (10/11).

II— A importância do sistema de controlo da CEDH

A possibilidade oferecida pela CEDH a qualquer pessoa, organização não-governamental ou grupo de particulares de apresentarem uma petição (12) ao TEDH (13), no caso de se considerarem vítimas de uma violação dos seus direitos ou liberdades, vem representar um marco na protecção dos direitos humanos a nível internacional, dado que desta forma é concedida protecção aos residentes num Estado-Parte contra decisões por este tomadas que possam colocar em causa os seus direitos.

Estas queixas, pela primeira vez, estão sujeitas à apreciação por uma instância jurisdicional internacional independente, cujas sentenças têm força vinculativa para os Estados-Parte (14) e por cuja execução está um outro órgão, o Comité de Ministros, encarregue de velar. Este tribunal internacional poderá ainda atribuir à

(10) Artigo 53.º

(11) Sobre os direitos que constando da CEDH não fazem parte da Constituição Portuguesa, cfr. JORGE MIRANDA, "Manual de Direito Constitucional — Tomo IV", p. 159, IRENEU CABRAL BARRETO, op. cit., p. 35, ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, op. cit., pp. 620-621.

(12) Artigo 34.º

(13) Até 1 de Novembro de 1998, data da entrada em vigor do Protocolo n.º 11, que veio introduzir alterações ao nível do sistema de controlo da CEDH, «face ao aumento do volume de petições e ao número crescente de membros do Conselho da Europa» (preâmbulo), cabia à Comissão Europeia dos Direitos do Homem proceder a uma primeira análise da petição, verificando a sua admissibilidade, e desenvolver as diligências necessárias para a obtenção de uma resolução amigável da questão pelas partes; no caso de o não conseguir cabia, então, ao TEDH tomar uma decisão definitiva sobre a matéria em litígio.

(14) Artigo 46.º

parte lesada uma reparação para obviar às consequências da violação ocorrida ⁽¹⁵⁾.

Para além da resolução específica do caso concreto, a jurisprudência do TEDH funciona, de alguma forma, como precedente, devendo os Estados-Parte tê-la em atenção, evitando assim possíveis futuras condenações ^(16/17/18).

Um sistema deste tipo, pelas repercussões que tem a nível interno dos Estados Parte ⁽¹⁹⁾, em especial pelas suas implicações em termos de soberania, não seria adoptado por nenhum outro instrumento internacional de protecção dos Direitos do Homem, com excepção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ⁽²⁰⁾.

Com efeito, a Declaração Universal dos Direitos do Homem ⁽²¹⁾ não instituiu qualquer sistema de controlo dos direitos nela consagrados.

A Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados ⁽²²⁾ apenas consagra a obrigação dos Estados-Parte transmitirem ao Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados informação

⁽¹⁵⁾ Artigo 41.º

⁽¹⁶⁾ No sentido de que a CEDH, por força da jurisprudência dos seus órgãos, se tornou numa Carta Europeia dos Direitos Fundamentais comum, cfr. o Relatório do grupo de peritos em direitos fundamentais, "Afirmar os direitos fundamentais na União Europeia — Tempo de agir", p. 7, COMISSÃO EUROPEIA.

⁽¹⁷⁾ Defendendo que a jurisprudência do TEDH constitui uma garantia fundamental para os estrangeiros, cfr. ABEL CAMPOS, "A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o direito dos estrangeiros ou do último recurso", in *O Asilo em Portugal*, volume 2, p. 13.

⁽¹⁸⁾ No sentido de que a jurisprudência do TEDH cria limites à liberdade jurisprudencial das tribunais nacionais, cfr. PINHEIRO FARINHA, "As decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem na ordem interna e o contributo da jurisprudência nacional na interpretação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem", in *BDDC* n.º 9, p. 157.

⁽¹⁹⁾ Considerando que a CEDH não pretendeu abarcar todos os direitos e liberdades fundamentais, de modo a garantir a aceitação por todos os Estados-Parte do controlo jurisdicional do seu cumprimento por um tribunal europeu, cfr. PINHEIRO FARINHA, "Convenção Europeia dos Direitos do Homem", p. 12.

⁽²⁰⁾ Defendendo que o estabelecimento de um sistema de garantia internacional pressupõe a existência de laços de solidariedade política, geográfica, económica e cultural entre os Estados, cfr. MARIA LUISA DUARTE, "O Conselho da Europa e a protecção dos direitos do homem", in *BDDC* n.º 39/40, p. 215.

⁽²¹⁾ Adoptada pela Assembleia Geral da ONU, em 10 de Dezembro de 1948. Foi publicada, em Portugal, no *Diário da República*, I.ª Série, de 9 de Março de 1978.

⁽²²⁾ Adoptada pela Assembleia Geral da ONU, em 28 de Julho de 1951. Foi aprovada, por Portugal, através do Decreto-Lei n.º 43201, de 1 de Outubro de 1960.

e dados estatísticos ⁽²³⁾ e estabelece que a resolução de litígios entre os Estados-Parte quanto à interpretação ou aplicação das disposições da Convenção está sujeita à jurisdição do Tribunal Internacional de Justiça ⁽²⁴⁾.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos ⁽²⁵⁾ criou o Comité dos Direitos do Homem ⁽²⁶⁾, ao qual cabe apreciar os relatórios dos Estados-Parte sobre as medidas por eles tomadas para concretizar os direitos reconhecidos no Pacto e aos progressos realizados no gozo destes direitos ⁽²⁷⁾. Este Comité também pode receber e apreciar comunicações de um Estado-Parte contra outro, com fundamento em que este não cumpre as obrigações resultantes do Pacto ⁽²⁸⁾. O Protocolo Facultativo ⁽²⁹⁾ permite a apresentação pelos particulares, que se considerem vítimas da violação dos direitos enunciados no Pacto, de uma comunicação escrita ao Comité ⁽³⁰⁾, mas este limita-se a apresentar as suas conclusões ao Estado-Parte interessado e ao particular ⁽³¹⁾.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais ⁽³²⁾ estabelece que os Estados-Parte deverão apresentar relatórios ao Conselho Económico e Social, sobre as medidas adoptadas tendo em vista assegurar o respeito pelos direitos previstos no Pacto ⁽³³⁾. Na sequência desses relatórios podem ser emitidas pelo Conselho Económico e Social ⁽³⁴⁾, ou pelo Comité dos Direitos do Homem ⁽³⁵⁾, recomendações de carácter geral.

⁽²³⁾ Artigo 35.º e artigo II do Protocolo de Nova Iorque, adicional à Convenção de Genebra, adoptado pela Assembleia Geral da ONU, em 31 de Janeiro de 1967 e aprovado, por Portugal, através do Decreto n.º 207/75, de 17 de Abril.

⁽²⁴⁾ Artigo 38.º e artigo IV do Protocolo de Nova Iorque.

⁽²⁵⁾ Adoptado pela Assembleia Geral da ONU, em 16 de Dezembro de 1966. Foi aprovado, por Portugal, através da Lei n.º 29/78, de 12 de Junho.

⁽²⁶⁾ Artigo 28.º e seguintes.

⁽²⁷⁾ Artigo 40.º

⁽²⁸⁾ Artigo 41.º

⁽²⁹⁾ Adoptado pela Assembleia Geral da ONU, em 16 de Dezembro de 1966, tendo entrado em vigor em 23 de Março de 1976.

⁽³⁰⁾ Artigo 1.º

⁽³¹⁾ Artigo 5.º, n.º 4.

⁽³²⁾ Adoptada pela Assembleia Geral da ONU, em 16 de Dezembro de 1966. Foi aprovado, por Portugal, através da Lei n.º 45/78, de 11 de Julho.

⁽³³⁾ Artigo 16.º

⁽³⁴⁾ Artigo 21.º

⁽³⁵⁾ Artigo 19.º

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos ⁽³⁶⁾, dezanove anos depois, adoptou um sistema semelhante ao da CEDH, na sua primeira versão, procedendo à criação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos ⁽³⁷⁾ e do Tribunal Interamericano de Direitos Humanos ⁽³⁸⁾. A qualquer pessoa, grupo de pessoas ou entidade não governamental é possível apresentar petições por violação das disposições da Convenção ⁽³⁹⁾. No caso de o Tribunal considerar que houve violação de um direito ou liberdade protegidos pela Convenção, terá a faculdade de assegurar ao lesado o gozo do direito ou liberdade em causa e a reparação pelas consequências que essa violação tenha acarretado ⁽⁴⁰⁾, bem como, informar a Assembleia Geral da OEA dos casos em que um Estado não tiver dado cumprimento às suas sentenças ⁽⁴¹⁾.

O respeito dos direitos e liberdades estabelecidos na Carta Africana dos Direitos do Homem ⁽⁴²⁾ é controlado pela Comissão Africana ⁽⁴³⁾, junto de quem, qualquer pessoa ou organização não-governamental, pode apresentar uma comunicação por violação dos direitos garantidos na Carta Africana ⁽⁴⁴⁾. Cabe à Comissão enviar as suas observações sobre o caso à Assembleia Geral da OUA, que poderá autorizar a publicação daquelas, ou se necessário autorizar a realização de uma investigação ⁽⁴⁵⁾.

A Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes ⁽⁴⁶⁾ instituiu o Comité contra a Tortura ⁽⁴⁷⁾, o qual tem competência para apreciar os relatórios

⁽³⁶⁾ Adoptada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, em São José — Costa Rica, em 22 de Novembro de 1969.

⁽³⁷⁾ Artigo 34.º e seguintes.

⁽³⁸⁾ Artigo 52.º e seguintes.

⁽³⁹⁾ Artigo 44.º

⁽⁴⁰⁾ Artigo 63.º

⁽⁴¹⁾ Artigo 65.º

⁽⁴²⁾ Adoptada pela Assembleia Geral da Organização da Unidade Africana, em Nairobi-Quénia, em 27 de Junho de 1981.

⁽⁴³⁾ Criada pela Assembleia Geral da OUA em Julho de 1987.

⁽⁴⁴⁾ Artigo 55.º e seguintes.

⁽⁴⁵⁾ Artigo 58.º

⁽⁴⁶⁾ Adoptada pela Assembleia Geral da ONU, em 10 de Dezembro de 1984. Foi aprovada, por Portugal, através da Resolução da Assembleia da República n.º 11/88, de 21 de Maio e pelo Decreto do Presidente da República n.º 57/88, de 20 de Julho.

⁽⁴⁷⁾ Artigo 17.º

enviados pelos Estados-Parte, relativos as medidas tomadas para dar cumprimento aos princípios enunciados na Convenção ⁽⁴⁸⁾, analisar as queixas apresentadas por um Estado-Parte contra outro ⁽⁴⁹⁾, bem como proceder à realização de inquéritos confidenciais ⁽⁵⁰⁾. Por outro lado, o Comité contra a Tortura poderá ainda apreciar queixas apresentadas pelos particulares vítimas da violação das disposições da Convenção ⁽⁵¹⁾, o qual, depois de as analisar, apresentará as suas conclusões ao Estado-Parte e ao particular.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial ⁽⁵²⁾ criou o Comité para a Eliminação da Discriminação Racial ⁽⁵³⁾, ao qual cabe apreciar os relatórios que os Estados-Parte estão obrigados a apresentar regularmente sobre as medidas legislativas, judiciais e administrativas que tenham adoptado para dar cumprimento as disposições da Convenção ⁽⁵⁴⁾, tendo ainda competência para apreciar as comunicações de um Estado-Parte ⁽⁵⁵⁾ ou de pessoas ou grupo de pessoas ⁽⁵⁶⁾ que se queixem de violação das disposições da Convenção por um Estado-Parte. O Comité para a Eliminação da Discriminação Racial apenas pode dirigir sugestões ou recomendações ao Estado-Parte interessado e ao peticionário.

III — As principais características processuais do sistema jurisdicional de controlo da CEDH

Depois de 1 de Novembro de 1998, por força da entrada em vigor do Protocolo n.º 11, o TEDH passou a ser o único órgão responsável pela interpretação e aplicação da CEDH.

⁽⁴⁸⁾ Artigo 19.º

⁽⁴⁹⁾ Artigo 21.º

⁽⁵⁰⁾ Artigo 20.º

⁽⁵¹⁾ Artigo 22.º

⁽⁵²⁾ Aprovada por Portugal, para adesão, através da Lei n.º 7/82, de 29 de Abril.

⁽⁵³⁾ Artigo 8.º

⁽⁵⁴⁾ Artigo 9.º

⁽⁵⁵⁾ Artigo 11.º

⁽⁵⁶⁾ Artigo 14.º

Com base nos artigos 19.º e seguintes da CEDH, e na jurisprudência do TEDH, podemos indicar como principais características processuais definidoras do sistema de controlo jurisdicional instituído as que se seguem:

A) Prévio esgotamento das vias de recurso internas

O sistema de controlo erigido pela CEDH reveste um carácter subsidiário, tendo sido pensado para só ser utilizado pelos particulares depois destes não terem conseguido fazer valer, a nível interno, as suas razões, aparecendo assim como uma espécie de último recurso⁽⁵⁷⁾.

Esta regra consta do artigo 35.º, n.º 1, que é uma disposição idêntica ao anterior artigo 26.º da CEDH.

A regra do esgotamento das vias de recurso internas delimita, deste modo, o domínio no qual os Estados-Parte consentiram em responder perante os órgãos da CEDH, cabendo ao TEDH assegurar o respeito desta disposição, nos mesmos termos, em que está incumbido de velar pelo cumprimento das normas relativas aos direitos e liberdades dos particulares (*Acórdão De Wilde, Ooms e Versyp, de 18 de Junho de 1971, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 12, p. 29, § 50*).

Se esta regra visa permitir ao Estado-Parte em causa, evitar ou remediar a possível violação de um direito ou liberdade de uma pessoa, nada impede o Estado de a ela renunciar, dado que o seu fim é apenas proteger a ordem jurídica nacional (*Acórdão De Wilde, Ooms e Versyp, de 18 de Junho de 1971, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 12, p. 31, § 55*).

Esta regra de esgotamento das vias de recurso internas não impõe a utilização pelo interessado de todos os recursos previstos na ordem interna, mas apenas daqueles que obedeçam às seguintes características (*Acórdão De Wilde, Ooms e Versyp, de 18 de Junho de 1971, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 12, p. 33, § 60; Acórdão*

⁽⁵⁷⁾ Considerando que esta é uma das características que permitem explicar o défice de garantia dos cidadãos estrangeiros, no que respeita, especialmente, aos direitos de mobilidade territorial, cfr. MARIA LUÍSA DUARTE, "A liberdade de circulação de pessoas e a ordem pública no direito comunitários", p. 64.

Airey, de 7 de Dezembro de 1976, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 32 p. 11, § 19; Acórdão Johnston e outros, de 18 de Dezembro de 1986, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 112, p. 22 § 45; Acórdão Keegan, de 26 de Maio de 1994, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 290, p. 22, § 45; Acórdão Remli, de 23 de Abril de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 8, 1996-II, p. 571, § 33; Acórdão Dalia, de 19 de Fevereiro de 1998, Recueil des arrêts et décisions, n.º 62, 1998-I, p. 87, § 38):

- i) sejam acessíveis aos interessados; e,
- ii) sejam adequados a remediar a situação em litígio.

Ou seja, os recursos internos existentes devem apresentar um grau de certeza suficiente, quer na teoria, quer na prática, que permita ao particular fazer valer os seus direitos (*Acórdão Johnston e outros, de 18 de Dezembro de 1986, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 112, p. 22, § 45; Acórdão Dalia, de 19 de Fevereiro de 1998, Recueil des arrêts et décisions, n.º 62, 1998-I, p. 87, § 38*).

Nestes termos, o interessado está dispensado de esgotar as vias de recurso internas se:

- de acordo com a jurisprudência constante das instâncias nacionais, não oferece qualquer possibilidade razoável de sucesso (*Acórdão De Wilde, Ooms e Versyp, de 18 de Junho de 1971, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 12, p. 32, § 57, Acórdão Keegan, de 26 de Maio de 1994, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 290, p. 22, § 45*);
- o recurso de que dispõe não se relaciona com a violação incriminada (*Acórdão Airey, de 7 de Dezembro de 1976, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 32, p. 11, § 19*);
- o recurso de que dispõe não é eficaz (*Acórdão Airey, de 7 de Dezembro de 1976, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 32, p. 14, § 24; Acórdão Johnston e outros, de 18 de Dezembro de 1986, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 112, p. 22, § 46; Acórdão Dalia, de 19 de Fevereiro de 1998, Recueil des arrêts et décisions, n.º 62, 1998-I, p. 88, § 38*);
- o recurso não reveste carácter suspensivo nem pode impedir a aplicação da medida já adoptada (*Acórdão Bozano, de 18 de Dezembro de 1986, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 111, p. 20, § 48*);

- a situação se prolongar no tempo, e não for um acto isolado, o interessado não terá de, indefinidamente, utilizar os mesmos meios internos sempre que uma manifestação idêntica do acto ocorrer (*Acórdão Rieme, de 25 de Fevereiro de 1992, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 226-B, p. 67, § 50*);
- os prazos para recorrer são tão curtos, ou aplicados de forma tão inflexível, que não permitem ao requerente apresentar provas de que o seu pedido deve proceder (*Acórdão Bahaddar, de 19 de Fevereiro de 1998, Recueil des arrêts et décisions, n.º 64, 1998-I, p. 263, § 45*).

Cabe às autoridades nacionais que invocarem esta excepção, a indicação dos meios que, no seu entender, estavam à disposição dos interessados e que por eles deveriam ter sido utilizados (*Acórdão De Wilde, Ooms e Versyp, de 18 de Junho de 1971, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 12, p. 33, § 60; Acórdão Johnston e outros, de 18 de Dezembro de 1986, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 112, p. 22, § 45, Acórdão Dalia, de 19 de Fevereiro de 1998, Recueil des arrêts et décisions, n.º 62, 1998-I, p. 87, § 38*).

B) Invocação prévia da violação na ordem interna

O artigo 35.º da CEDH não obriga só ao esgotamento das vias de recurso internas, mas impõe também que tenha sido invocada na ordem interna, em substância e nas formas e prazos previstos no direito interno, a violação dos direitos e liberdades que motivam a apresentação da queixa pelo interessado ao TEDH (*Acórdão Saïdi, de 22 de Junho de 1993, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 261-C, p. 54, § 38; Acórdão Remli, de 23 de Abril de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 8, 1996-II, p. 571, § 33; Acórdão Ahmet Sadik, de 15 de Novembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 20, 1996-V, p. 1654, § 30*).

C) Prazo de seis meses

Esta regra está consagrada no artigo 35.º, n.º 1 e estabelece que uma petição só pode ser apresentada no prazo de seis meses, após a adopção da decisão interna definitiva.

A consagração de uma regra deste tipo tem por finalidade evitar que a apresentação do recurso possa colocar em causa a segurança jurídica (*Acórdão De Wilde, Ooms e Versyp, de 18 de Junho de 1971, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 12, p. 30, § 50*).

D) Vítimas

O artigo 34.º estabelece que as petições só podem ser apresentadas por quem se considere vítima da violação de um seu direito por qualquer Estado-Parte. Antes da entrada em vigor do Protocolo n.º 11, disposição idêntica constava do artigo 25.º.

A noção de vítima designa a pessoa directamente afectada por um acto ou omissão, não sendo relevante para a sua caracterização a existência de um prejuízo (*Acórdão De Wilde, Ooms e Versyp, de 18 de Junho de 1971, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 12, p. 11, §§ 23-24; Acórdão Marckx, de 13 de Junho de 1979, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 31, p. 13, § 27; Acórdão Johnston e outros, de 18 de Dezembro de 1986, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 112, p. 21, § 42; Acórdão Amuur, de 25 de Junho de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 11, 1996-III, p. 846, § 36*).

No entanto, esta norma possibilita que os particulares sustentem que uma lei viola os seus direitos, mesmo na ausência de um acto individual de execução, se eles estiverem em risco de serem directamente afectados pelos seus efeitos, desde que se não convide o TEDH a exercer um controlo abstracto de normas, o que é incompatível com o artigo 34.º, pelo que os particulares terão sempre de invocar uma situação legal que os afecte pessoalmente (*Acórdão Marckx, de 13 de Junho de 1979 Série A: Arrêts et décisions, Vol. 31, p. 13, § 27; Acórdão Johnston e outros, de 18 de Dezembro de 1986, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 112, p. 21, § 42*).

No entanto, o TEDH considera que se o requerente for objecto de uma decisão (por exemplo, “convite” para abandonar o país) sem carácter executório, sem que nada tenha sido feito para a pôr em prática, ele não se pode considerar vítima, e apenas com a tomada de uma segunda decisão (por exemplo, ordem de expulsão) poderá recorrer às instâncias internacionais, depois de ter esgotado as vias de recurso internas (*Acórdão Vijayanathan e Pusparajah,*

de 27 de Agosto de 1992, *Série A: Arrêts et décisions*, Vol. 241-B, p. 87, § 46).

E) Apreciação de casos concretos

O TEDH não têm competência para examinar em abstracto os textos legislativos dos Estados-Parte, mas sim para averiguar se, da sua aplicação ao requerente, foi ou não violada alguma disposição da CEDH (*Acórdão Marckx, de 13 de Junho de 1979, Série A: Arrêts et décisions*, Vol. 31, p. 25, § 58).

A CEDH tem por finalidade proteger direitos concretos e efectivos e não direitos teóricos ou ilusórios (*Acórdão Airey, de 7 de Dezembro de 1976, Série A: Arrêts et décisions*, Vol. 32, p. 12, § 24 e p. 15, § 26; *Acórdão Cruz Varas e outros, de 20 de Março de 1991, Série A: Arrêts et décisions*, Vol. 201, p. 36, § 99; *Acórdão Daud, de 21 de Abril de 1998, Recueil des arrêts et décisions*, n.º 69, 1998-II, p. 749, § 38).

F) Interpretação da CEDH

A CEDH deve ser interpretada à luz das condições de vida de hoje (*Acórdão Airey, de 7 de Dezembro de 1976, Série A: Arrêts et décisions*, Vol. 32, p. 15, § 26; *Acórdão Rees, de 17 de Outubro de 1986, Série A: Arrêts et décisions*, Vol. 106, p. 19, § 47; *Acórdão Soering, de 7 de Julho de 1989, Série A: Arrêts et décisions*, Vol. 161, p. 40, § 102), mas o TEDH não pode através da interpretação evolutiva da CEDH, e dos seus Protocolos, retirar direitos que aí não estão incluídos desde o início, especialmente, quando essa omissão é intencional, como é o caso, por exemplo, do direito ao divórcio (*Acórdão Johnston e outros, de 18 de Dezembro de 1986, Série A: Arrêts et décisions*, Vol. 112, p. 25, § 53).

Deverá também na interpretação que se faz das disposições da CEDH, ter em conta a evolução histórica dos diferentes direitos (*Acórdão Marckx, de 13 de Junho de 1979, Série A: Arrêts et décisions*, Vol. 31; pp 25-26, § 58).

G) Medidas provisórias

Nos termos do artigo 39.º do Regulamento do TEDH, este pode, quando está a analisar um processo, por sua iniciativa, a pedido de uma das partes ou de outra pessoa interessada, adoptar qualquer medida provisória que considere adequada ao interesse das partes ou ao bom desenrolar do referido processo.

Em face de uma disposição idêntica (artigo 36.º) do Regulamento da Comissão Europeia dos Direitos do Homem, esta adoptou, por exemplo, as seguintes medidas provisórias:

- recomendar ao Estado-Parte que não extraditasse o interessado, enquanto o processo estivesse pendente perante ela (*Acórdão Soering, de 26 de Janeiro de 1989, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 161, p. 9, § 4*);
- recomendar ao Estado-Parte que não expulsasse os requerentes durante o desenrolar do processo (*Acórdão Vijayanathan e Pusparajah, de 27 de Agosto de 1992, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 241, p. 85, § 40; Acórdão Chahal de 15 de Novembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 22, 1996-V, p. 1836, § 4; Acórdão Hatami, de 9 de Outubro de 1998, Recueil des arrêts et décisions, n.º 94, 1998-VII, p. 3041, § 4*);
- recomendar ao Estado-Parte que não deportasse o requerente durante o desenrolar do processo (*Acórdão Ahmed, de 17 de Dezembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 26, 1996-VI, p. 2198, § 5*).

A Comissão só usava este instrumento quando, da aplicação da medida litigiosa em análise, pudesse resultar um dano irreparável para o requerente. No caso de processos de expulsão ou extradição iminente, esta faculdade era normalmente utilizada em face de alegações do requerente em como poderia ser sujeito a um tratamento contrário aos artigos 2.º (direito à vida) ou 3.º (proibição de tortura). Para se decidir pela sua aplicação, a Comissão procurava verificar se existia um risco suficiente de o requerente ser submetido a um daqueles tratamentos, devendo este apresentar elementos que o demonstrasse (*Acórdão Cruz Varas e outros, de 20 de Março de 1991, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 201, p. 25, § 53*).

De referir, no entanto, que nenhum artigo da CEDH habilitava a Comissão, e o mesmo sucede agora com o TEDH, a ordenar uma medida provisória, nem a criar obrigações para os Estados-Parte, pelo que, perante a adopção de uma medida provisória, cabe a estes julgarem da oportunidade em a acatar, sendo certo que se o não fizerem estão conscientemente a assumir o risco de ao serem condenados por uma infracção terem, com a sua recusa, agravado a violação das exigências que lhe são feitas pela CEDH (*Acórdão Cruz Varas e outros, de 20 de Março de 1991, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 201, pp. 36-37, §§ 99, 100, 102 e 103*).

IV — A posição dos estrangeiros perante os Estados-Parte

A jurisprudência do TEDH permite estabelecer alguns princípios que delimitam o estatuto dos estrangeiros nos Estados-Parte, clarificando o âmbito de aplicação e de previsão da CEDH.

A) Um dos princípios fundamentais, considerado um princípio de direito internacional bem estabelecido, é o direito dos Estados controlarem a entrada, permanência e saída de estrangeiros dos seus territórios⁽⁵⁸⁾, o qual tem merecido diversas formulações pelo TEDH:

- direito a controlar a entrada dos não-nacionais no seu território (*Acórdão Abdulaziz, Cabales e Balkandali, de 28 de Maio de 1985, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 94, p. 34, § 67; Acórdão Gül, de 19 de Fevereiro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 3, 1996-I, pp. 174-175, § 38; Acórdão Ahmut, de 28 de Novembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 24, 1996-VI, p. 2033, § 67*);
- direito a controlar a entrada, a permanência e a expulsão dos não-nacionais (*Acórdão Moustaqim, de 18 de Fevereiro de 1991, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 193, p. 19,*

⁽⁵⁸⁾ Considerando que existem poucos princípios de direito internacional público que estejam mais firmemente estabelecidos do que este, cfr. RICHARD PLENDER, "Os Direitos do Homem dos estrangeiros na Europa", in BDDC n.º 18, p. 28.

§ 43; *Acórdão Vilvarajah e outros, de 30 de Outubro de 1991, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 215, p. 34, § 102; Acórdão Beldjoudi, de 26 de Março de 1992, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 234-A, p. 27, § 74; Acórdão Chahal, de 15 de Novembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 22, 1996-V, p. 1853, § 73; Acórdão Ahmed, de 17 de Dezembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 26, 1996-VI, p. 2206, § 38);*

- direito a controlar a entrada e permanência dos não-nacionais e, particularmente, expulsar os estrangeiros condenados pela prática de crimes (*Acórdão Nasri, de 13 de Julho de 1995, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 320-B, p. 25, § 41; Acórdão Boughanemi, de 24 de Abril de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 8, 1996-II, p. 609, § 41; Acórdão C. v. Bélgica, de 7 de Agosto de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 12, 1996-III, p. 924, § 31; Acórdão Bouchelkia, de 29 de Janeiro de 1997, Recueil des arrêts et décisions, n.º 26, 1997-I, p. 65, § 48; Acórdão Mehemí, de 26 de Setembro de 1997, Recueil des arrêts et décisions, n.º 51, 1997-VI, p. 1971, § 34; Acórdão El Boujaïdi, de 26 de Setembro de 1997 Recueil des arrêts et décisions, n.º 51, 1997-VI, p. 1992, § 39; Acórdão Boujlifa, de 21 de Outubro de 1997, Recueil des arrêts et décisions, n.º 54, 1997-VI, p. 2264, § 42; Acórdão Dalia, de 19 de Fevereiro de 1998, Recueil des arrêts et décisions, n.º 62, 1998-I, p. 91, § 52).*

B) A CEDH não interdita, em princípio, os Estados-Parte de regularem a entrada e a duração da permanência dos estrangeiros (*Acórdão Berrehab, de 21 de Junho de 1988, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 138, p. 15, § 28*). Mas este direito deve ser exercido em conformidade com as disposições da CEDH (*Acórdão Amuur, de 25 de Junho de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 11, 1996-III, p. 848, § 41*).

C) A CEDH não consagra o direito a não ser extraditado (*Acórdão Soering, de 7 de Julho de 1989, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 161, p. 33, § 85*).

D) A CEDH e os seus Protocolos não consagram o direito de asilo político (*Acórdão Vilvarajah e outros, de 30 de Outubro de 1991, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 215, p. 34, § 102; Acórdão Chahal, de 15 de Novembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 22, 1996-V p. 1853, § 73; Acórdão Ahmed, de 17 de Dezembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 26, 1996-VI, p. 2206, § 38*).

E) Enquanto está no perímetro do aeroporto, o estrangeiro está sujeito a operações de controlo, sendo demasiado formalista o argumento de que a passagem por um controlo de imigração regulariza a situação da pessoa no território (*Acórdão Piermont, de 27 de Abril de 1995, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 314, p. 21, § 49*).

F) A manutenção de um estrangeiro na zona internacional do aeroporto ou porto pelas autoridades nacionais, comporta uma restrição à sua liberdade, que só é aceitável na medida em que se destine a combater a imigração clandestina e desde que as pessoas a ela sujeitas disponham das garantias adequadas para fazer valer os seus direitos, nomeadamente, aqueles que decorrem da Convenção de Genebra de 1951 e da CEDH, no que respeita à apreciação da legalidade da restrição e, no caso desta se prolongar, à sua apreciação por uma autoridade judicial (*Acórdão Amuur, de 25 de Junho de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 11, 1996-III, p. 848, § 43*).

G) A manutenção na zona internacional não dispensa a aplicação ao estrangeiro do direito nacional do Estado-Parte, dado que esta zona não beneficia do estatuto de extra-territorialidade (*Acórdão Amuur, de 25 de Junho de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 11, 1996-III, p. 851, § 52*).

H) A obrigação dos Estados-Parte de admitirem no seu território parentes de um estrangeiro residente varia de acordo com a situação particular dos interessados e o interesse geral (*Acórdão Ahmut, de 28 de Novembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 24, 1996-VI, p. 2033, § 67*).

I) O TEDH não tem competência para ordenar a um Estado-Parte que permita a entrada de um estrangeiro no seu território e

lhe conceda uma autorização de residência (*Acórdão Saïdi, de 20 de Setembro de 1993, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 261-C, p. 57, § 47; Acórdão Mehemi, de 26 de Setembro de 1997, Recueil des arrêts et décisions, n.º 51, 1997-VI, p. 1972 § 57*).

V — A protecção conferida pelos artigos 3.º e 8.º

Neste trabalho, iremos concentrar a nossa atenção sobre os artigos 3.º e 8.º da CEDH, dado que são estes artigos que, por força da jurisprudência do TEDH, assumem um papel essencial em termos da protecção conferida aos estrangeiros quanto à sua entrada, permanência e expulsão dos Estados-Parte (⁵⁹).

1) — Artigo 3.º (*Proibição de tortura*)

“Ninguém poderá ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.”

a) **Carácter absoluta da norma**

A CEDH admite, no seu artigo 15.º, que em caso de guerra ou outro perigo público para o Estado-Parte, este possa tomar medidas que impliquem a derrogação das obrigações nela constantes. No entanto, exclue expressamente a possibilidade de derrogação do artigo 3.º.

Nestes termos, o artigo 3.º estabelece uma proibição absoluta, consagrando um dos valores fundamentais das sociedades democráticas que formam o Conselho da Europa (*Acórdão Soering, de 7 de Julho de 1989, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 161, p. 34, § 88; Acórdão Vilvarajah e outros, de 30 de Outubro de 1991, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 215, p. 36, § 108; Acórdão Chahal, de 15 de Novembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 22, 1996-V, pp. 1855 e 1859, §§ 79 e 96; Acórdão Ahmed,*

(⁵⁹) A este propósito, FRÉDÉRIC SUDRE (“Droit international et européen des droits de l’homme”, p. 308 e ss.) fala em direitos derivados, definindo-os como aqueles que obtêm protecção pela CEDH, apesar de não estarem expressamente estabelecidos.

de 17 de Dezembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 26, 1996-VI, p. 2206, § 40).

No entanto, o carácter absoluto desta previsão não dispensa o interessado de esgotar as vias de recurso internas, antes de expor o caso perante os órgãos de controlo da CEDH (*Acórdão Bahaddar, de 19 de Fevereiro de 1998, Recueil des arrêts et décisions, n.º 64, 1998-I, p. 263, § 45).*

b) Âmbito de aplicação

A previsão desta norma impõe aos Estados-Parte não só a obrigação de não submeterem ninguém a tortura e penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, mas também o não colocarem ninguém em risco de ser sujeito a um daqueles tratamentos.

Assim, sempre que um estrangeiro seja objecto de uma medida que o possa colocar em posição de ser sujeito a tortura, penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, os Estados-Parte deverão impedir esse resultado, pelo que não poderão:

- extraditar o estrangeiro;
- expulsar o estrangeiro;
- expulsar o requerente de asilo.

Este entendimento é que o melhor se concilia com o carácter absoluto do artigo 3.º.

Dado que a CEDH não se aplica a Estados-terceiros (o artigo 1.º refere-se apenas às «Altas Partes Contratantes»), nem exige dos Estados-Parte que imponham as suas normas a esses Estados, a colocação de uma pessoa na situação de poder ser, por exemplo, torturado, iria manifestamente contra o espírito do artigo 3.º (*Acórdão Soering, de 7 de Julho de 1989, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 161, pp. 33 e 34, §§ 86 e 88).*

Nestes termos, a protecção conferida pelo artigo 3.º, por exemplo, a um refugiado é muito maior que aquela conferida pela Convenção relativa ao Estatuto de Refugiados, cujo artigo 33.º estabelece a proibição de expulsar e repelir um refugiado para um território onde a sua vida ou liberdade possam ser ameaçados, mas cujo n.º 2 permite afastar essa proibição, sempre que existam

razões sérias para considerar o refugiado como um “perigo para a segurança do país onde se encontra, ou que, tendo sido objecto de uma condenação definitiva por um crime ou delito particularmente grave, constitua ameaça para a comunidade do dito país”.

Ora, a natureza absoluta do artigo 3.º não é atingida pela conduta da pessoa, mesmo que as suas actividades sejam indesejáveis ou perigosas (*Acórdão Chahal, de 15 de Novembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 22 1996-V, p. 1855, § 80; Acórdão Ahmed, de 17 de Dezembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 26, 1996-VI, p. 2207, §§ 40 e 41*).

c) Critérios de aplicação

Para ser estabelecida a responsabilidade de um Estado-Parte, tem de ser analisado cada caso concreto, com o objectivo de verificar se:

- i) existem motivos sérios demonstrativos de que o interessado;
- ii) corre um risco real de ser submetido a tortura, a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.

Para fundamentar a tomada de uma decisão, o TEDH deverá analisar, prioritariamente, as circunstâncias que o Estado-Parte em causa conhecia, ou deveria conhecer, no momento da adopção da medida litigiosa, mas isto não impede que ele não possa ter em conta informações surgidas posteriormente que confirmem, ou refutem, a apreciação feita pelo Estado-Parte quanto ao bem fundado dos receios do requerente (*Acórdão Cruz Varas e outros, de 20 de Março de 1991, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 201, p. 30, § 76; Acórdão Vilvarajah e outros, de 30 de Outubro de 1991, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 215, p. 36, § 107*). Os factos históricos só apresentam interesse na medida em que permitem esclarecer a situação actual ou a sua evolução futura provável (*Acórdão Chahal, de 15 de Novembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 22, 1996-V, p. 1856, § 86; Acórdão Ahmed, de 17 de Dezembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 26, 1996-VI, p. 2207, § 43*).

Para a análise da existência de um risco, o TEDH deverá aplicar critérios rigorosos (*Acórdão Vilvarajah e outros, de 30 de Outubro de 1991, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 215, p. 36, § 108*) socorrendo-se, para o efeito, dos elementos que lhe são apresentados ou, se necessário, daqueles que ele mesmo procura (*Acórdão Cruz Varas e outros, de 20 de Março de 1991, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 201, p. 29, § 75; Acórdão Chahal, de 15 de Novembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 22, 1996-V, p. 1859, § 97*).

Assim, caberá ao TEDH:

- verificar quais as consequências previsíveis da medida adoptada (*Acórdão Soering, de 7 de Julho de 1989, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 161, p. 36, § 92*);
- estabelecer um justo equilíbrio entre os interesses em jogo (*Acórdão Soering de 7 de Julho de 1989, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 161, p. 44, § 110*);
- verificar a proporcionalidade da decisão litigiosa (*Acórdão Soering, de 7 de Julho de 1989, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 161, p. 44, § 110*);
- ter em conta a dificuldade dos requerentes de asilo em apresentar provas e a sua desconfiança e medo perante as autoridades públicas (*Acórdão Cruz Varas e outros, de 20 de Março de 1991, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 201, p. 30, § 78*);
- ter em conta o comportamento do interessado durante o decorrer de todo o processo (*Acórdão Cruz Varas e outros, de 20 de Março de 1991, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 201, p. 30, § 78*);
- analisar a evolução da situação política do país de destino (*Acórdão Cruz Varas e outros, de 20 de Março de 1991, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 201, p. 31, § 80; Acórdão Vilvarajah e outros, de 30 de Outubro de 1991, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 215, p. 36, §§ 109 e 110; Acórdão Chahal, de 15 de Novembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 22, 1996-V, pp. 1860 e 1861, §§ 101-106; Acórdão Ahmed, de 17 de Dezembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 26, 1996-VI, pp. 2207-2208, § 44-46*);

- ter em conta o conhecimento e a experiência das autoridades nacionais na análise dos processos de asilo relativos a requerentes provenientes de certos países de origem (*Acórdão Cruz Varas e outros, de 20 de Março de 1991, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 201, p. 31, § 81; Acórdão Vilvarajah e outros, de 30 de Outubro de 1991, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 215, p. 37, § 114*).

Se, como regra geral, não compete ao órgão de controlo da CEDH verificar a existência de violações virtuais, uma excepção se impõe sempre que seja alegada uma violação do artigo 3.º, tendo em vista garantir a sua eficácia e prevenir o carácter irreparável do sofrimento que pode ser imposto a uma pessoa (*Acórdão Soering, de 7 de Julho de 1989, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 161, p. 35, § 90*).

No caso Soering, em que estava perante uma decisão de extradição para os Estados Unidos por um crime em que o requerente poderia ser condenado a pena de morte, o TEDH considerou que existia um risco real de aquele ser sujeito a um tratamento contrário ao artigo 3.º, enquanto aguardava a execução da medida (por força da espera no «corredor da morte») e que existia um outro meio de atingir o fim legítimo da extradição: evitar a fuga à justiça através do seu envio para um outro Estado – a Alemanha.

No caso Cruz Varas, para o TEDH não existiam motivos para crer que o requerente seria exposto a um risco real de sofrer tratamentos desumanos ou degradantes, dada a evolução da situação política no Chile e de, durante dezoito meses, o requerente ter mantido silêncio sobre as suas supostas actividades clandestinas e a tortura supostamente infligida pelas autoridades chilenas, bem como, concedeu relevância ao facto de aquele ter estado durante um longo período no Chile, após a sua expulsão, e não ter conseguido encontrar testemunhas ou provas que permitissem estabelecer as suas actividades clandestinas.

No caso Vilvarajah, o TEDH considerou que a situação pessoal dos requerentes não era pior do que a da generalidade dos membros da comunidade tâmil no Sri Lanka e, por outro lado, a situação política no país tinha melhorado e, se ainda era instável,

existindo um certo risco de detenção ou maus tratos, estávamos perante uma simples possibilidade e não perante um risco real.

No caso *Chahal*, o TEDH verificou ter existido uma evolução positiva no Punjab, em matéria de respeito dos direitos humanos pelas forças policiais, mas a situação não era de forma a evitar que a violação dos direitos humanos constituísse um problema persistente e de difícil resolução; por outro lado, a possibilidade de o requerente ser expulso para outra zona da Índia não resolveria a questão, dado que aquele era um problema que se colocava em todo o seu território. A importância do papel do requerente no apoio ao movimento sikh na Europa e a projecção dada na Índia ao seu caso, tornavam-no um alvo privilegiado da ala dura das forças policiais, pelo que, se a decisão de expulsão fosse executada, o requerente corria o risco real de sofrer maus tratos contrários ao artigo 3.º.

No caso *Ahmed*, o TEDH concluiu que as autoridades nacionais ao atribuírem a qualidade de refugiado ao requerente, reconheceram que os receios deste poder ser perseguido se regressasse ao seu país eram fundados; assim, se dois anos mais tarde, o requerente perdia a sua qualidade de refugiado, tal resultava, não de uma mudança na situação política da Somália, mas apenas da sua condenação penal pelos tribunais austríacos, sem terem sido tidas em conta as consequências da sua expulsão.

d) Delimitação

Para o TEDH, uma pena ou tratamento nocivo deve ter um mínimo de gravidade para cair na previsão do artigo 3.º.

Este mínimo é, por essência, relativo, dependendo do conjunto de características do caso. Deste modo, para a sua consideração devem analisar-se os seguintes dados (*Acórdão Soering, de 7 de Julho de 1989, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 161, pp. 35 e 39, § 89 e 100; Acórdão Cruz Varas e outros, de 20 de Março de 1991, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 201, p. 31, § 83*):

- a natureza e o contexto do tratamento ou da pena;
- as modalidades da sua execução;
- a sua duração;

- os seus efeitos psíquicos ou mentais sobre a vítima;
- o sexo;
- a idade;
- o estado de saúde.

Com base nestes elementos, o TEDH (*Acórdão Soering, de 7 de Julho de 1989, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 161, p. 39, § 100*) considerou como:

- tratamentos desumanos, aqueles que sejam aplicados com premeditação durante horas, e que causem, se não verdadeiras lesões, pelo menos intensos sofrimentos físicos e mentais;
- tratamentos degradantes, aqueles que causem nas vítimas sentimentos de medo, angústia e inferioridade, capazes de humilhar e rebaixar e, possivelmente, quebrar a sua resistência física ou moral.

Em qualquer uma das situações, o sofrimento ou a humilhação devem ir mais além do que aqueles, normalmente, associados a qualquer pena legítima.

No caso *Soering*, o TEDH não só considerou o sofrimento físico que seria infligido ao requerente, mas também a angústia mental a que este estaria sujeito no «corredor da morte», enquanto aguardava que a pena de morte fosse executada, bem como, o severo regime do estabelecimento prisional a que estaria sujeito durante um período de seis a oito anos; por outro lado, a jovem idade do requerente e os problemas mentais de que sofria à altura do crime eram circunstâncias pertinentes a ter em conta para efeitos do artigo 3.º.

No caso *Abdulaziz, Cabales e Balkandali*, o TEDH considerou que a diferença de tratamento a que as requerentes tinham sido sujeitas, através da não concessão de autorizações de residência, não revelava um menosprezo ou falta de respeito pelas suas personalidades e não tinha por finalidade humilhá-las ou rebaixá-las, pelo que não se poderia considerar como um tratamento degradante.

2) — Artigo 8.º (*Direito ao respeito pela vida privada e familiar*)

“1. Qualquer pessoa tem o direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

a) Âmbito da análise

O objectivo é estabelecer os critérios utilizados pelo TEDH quanto ao âmbito de aplicação desta norma, para verificar se a recusa de concessão de uma autorização de residência por um Estado-Parte ou uma decisão de expulsão, poderão implicar uma sua violação e, conseqüentemente, o estrangeiro destinatário da medida merecer a protecção da CEDH.

No entanto, deverá ter-se presente que, para efeitos deste artigo, o TEDH não analisa, por exemplo, o direito do Estado-Parte a recusar a entrada ou permanência no seu território de um estrangeiro, mas sim, se as pessoas regularmente estabelecidas no país, poderão ser privadas da companhia do seu cônjuge, no caso de lhe ser recusada uma autorização de residência (*Acórdão Abdulaziz, Cabales e Balkandali, de 28 de Maio de 1985, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 94, p. 31, § 60*).

b) Critérios de aplicação

Para aplicação do artigo 8.º, o TEDH tem de verificar:

i) a existência de vida privada e familiar:

— conteúdo;

— momento relevante para a sua constituição.

ii) a regularidade da ingerência:

- previsão na lei interna;
- necessidade numa sociedade democrática;
- prosseguimento de um fim legítimo.

c) A existência de vida privada e familiar

Ao estabelecer o direito ao respeito da vida privada e familiar, a CEDH pressupõe a existência de uma família ou de uma vida privada.

Engloba o conceito de família:

- a residência em comum com os seus pais e irmãos, desde o momento da sua entrada no território do Estado-Parte (*Acórdão Moustaquim, de 18 de Fevereiro de 1991, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 193, p. 18, § 36; Acórdão El Boujaïdi, de 26 de Setembro de 1997, Recueil des arrêts et décisions, n.º 51, 1997-VI, pp. 1990-1991, § 33; Acórdão Boujlifa, de 21 de Outubro de 1997, Recueil des arrêts et décisions, n.º 54, 1997-VI, p. 2263, § 36*).
- a relação resultante de um casamento legal e não fictício, mesmo que uma relação deste tipo ainda não esteja plenamente estabelecida (*Acórdão Abdulaziz, Cabales e Balkandali, de 28 de Maio de 1985, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 94, p. 32, § 62; Acórdão Berrehab, de 28 de Maio de 1985, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 138, p. 14, § 21*); o TEDH não tem de tomar posição sobre a validade do casamento, bastando-se com o facto de uma cerimónia de casamento ter tido lugar, os interessados se considerarem casados e desejarem manter uma coabitação e prosseguir uma vida familiar (*Acórdão Abdulaziz, Cabales e Balkandali, de 28 de Maio de 1985, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 94, p. 33, § 63*).
- se se tratar de um casal legalmente casado a expressão implica, normalmente, a coabitação (*Acórdão Abdulaziz, Cabales e Balkandali, de 28 de Maio de 1985, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 94, p. 32, § 62*).

- a vida em comum não é uma condição para se falar da existência de vida familiar entre os pais e os filhos menores (*Acórdão Berrehab, de 28 de Maio de 1985, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 138, p. 14, § 21*).
- a criança nascida no âmbito de um casamento legal cria, desde esse momento e só por esse facto, laços que integram o conceito de vida familiar, mesmo que os pais não coabitem; esses laços só podem ser quebrados por factos posteriores excepcionais (*Acórdão Berrehab, de 28 de Maio de 1985, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 138, p. 14, § 21; Acórdão Gül, de 19 de Fevereiro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 3, 1996-I, pp. 173-174, § 32; Acórdão Ahmut, de 28 de Novembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 24, 1996-VI, p. 2030, § 60*); o mesmo critério se deverá aplicar aos filhos nascidos fora do casamento (*Acórdão C. v. Bélgica, de 7 de Agosto de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 12, 1996-III, pp. 922-923, § 25; Acórdão Mehemi, de 26 de Setembro de 1997, Recueil des arrêts et décisions, n.º 51, 1997-VI, p. 1969, § 27; Acórdão Dalia, de 19 de Fevereiro de 1998, Recueil des arrêts et décisions, n.º 62, 1998-I, p. 89, § 45*), mesmo que só tardiamente o filho seja reconhecido pelo pai (*Acórdão Boughanemi, de 24 de Abril de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 8, 1996-II, p. 608, § 35*).

Engloba o conceito de vida privada:

- o estabelecimento de reais laços sociais no território do Estado-Parte, nascidos da sua residência no país, da sua formação escolar e profissional, do exercício de uma actividade profissional (*Acórdão C. v. Bélgica, de 7 de Agosto de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 12, 1996-III, p. 923, § 25; Acórdão Bouchelkia, de 29 de Janeiro de 1997, Recueil des arrêts et décisions, n.º 28, 1997-I, p. 63, § 41; Acórdão El Boujaïdi, de 26 de Setembro de 1997, Recueil des arrêts et décisions, n.º 51, 1997-VI, pp. 1990-1991, § 33*).

Momento relevante:

A questão de saber se o requerente tinha ou não uma vida privada ou familiar, nos termos do artigo 8.º, deve ser colocada à data em que a decisão foi executada (*Acórdão Bouchelkia, de 29 de Janeiro de 1997, Recueil des arrêts et décisions, n.º 28, 1997-I, p. 63, § 41*).

Ou seja, o momento relevante é, não aquele em que a decisão de expulsão foi tomada, tornando-a efectiva, mas sim aquele em que, por exemplo, foi recusado ao requerente o recurso apresentado junto do tribunal nacional (*Acórdão Dalia, de 19 de Fevereiro de 1998, Recueil des arrêts et décisions, n.º 62, 1998-I, p. 89, § 45*).

Em face disto, se quer o nascimento do filho, quer o casamento com a mãe desse filho, ocorreram em data posterior à decisão de expulsão, estes acontecimentos não relevam para fixar a existência de vida privada ou familiar que merecesse protecção ao momento de expulsão (*Acórdão El Boujaïdi, de 26 de Setembro de 1997, Recueil des arrêts et décisions, n.º 51, 1997-VI, p. 1990, § 33*).

A mesma conclusão se impõe quanto a um relacionamento iniciado com uma cidadã da nacionalidade do Estado-Parte depois da tomada da decisão de expulsão (*Acórdão Boujlifa, de 21 de Outubro de 1997, Recueil des arrêts et décisions, n.º 54, 1997-VI, p. 2263, § 36*).

No entanto, já releva, para efeitos de estabelecimento da vida familiar, o nascimento do filho ocorrido entre a tomada da decisão de expulsão e a decisão sobre o recurso apresentado nas instâncias nacionais (*Acórdão Dalia, de 19 de Fevereiro de 1998, Recueil des arrêts et décisions, n.º 62, 1998-I, p. 89, § 45*).

Situações excluídas de protecção:

- a vida familiar apenas projectada (*Acórdão Abdulaziz, Cabales e Balkandali, de 28 de Maio de 1985, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 94, p. 32, § 62*);
- o requerente estar numa situação de irregularidade no território do Estado-Parte quando constituiu a nova vida

familiar (*Acórdão Bouchelkia, de 29 de Janeiro de 1997, Recueil des arrêts et décisions, n.º 28, 1997-I, p. 65, § 52*), dado que não pode ignorar a precaridade da situação em que se encontra (*Acórdão Dalia, de 19 de Fevereiro de 1998, Recueil des arrêts et décisions, n.º 62, 1998-I, p. 92, § 54*).

d) A regularidade da ingerência

Estando estabelecida a existência de uma vida privada ou familiar, qualquer medida de um Estado-Parte que possa colocar em causa o seu normal desenvolvimento deverá qualificar-se, para efeitos do artigo 8.º, como uma ingerência das autoridades nacionais.

Dado que o fim do artigo 8.º é prevenir o indivíduo contra ingerências arbitrárias dos poderes públicos (*Acórdão Abdulaziz, Cabales e Balkandali, de 28 de Maio de 1985, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 94, p. 33, § 67; Acórdão Gül, de 19 de Fevereiro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 3, 1996-I, pp. 174-175, § 38; Acórdão Ahmut, de 28 de Novembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 24, 1996-VI, p. 2031, § 63*) a regularidade da ingerência deverá ser analisada tendo em atenção os seguintes elementos referidos no n.º 2 deste artigo:

Prevista na lei

As medidas tomadas deverão ter um fundamento legal no direito interno dos Estados-Parte.

Necessária numa sociedade democrática

O TEDH deverá ter em conta a margem de apreciação deixada aos Estados-Parte para o estabelecimento da necessidade de adopção de uma medida (*Acórdão Berrehab, de 28 de Maio de 1985, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 138, p. 15, § 28; Acórdão Gül, de 19 de Fevereiro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 3, 1996-I, pp. 174-175, § 38; Acórdão Boughanemi, de 24 de Abril de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 8, 1996-II, p. 610, § 41*).

Para que uma ingerência seja necessária numa sociedade democrática ⁽⁶⁰⁾ ela deve fundar-se (*Acórdão Berrehab, de 28 de Maio de 1985, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 138, pp. 15-16, § 28; Acórdão Moustaqim, de 18 de Fevereiro de 1991, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 193, p. 19 § 43; Acórdão Beldjoudi, de 26 de Março de 1992, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 234-A, p. 27, § 74; Acórdão Nasri, de 13 de Julho de 1995, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 320-B, p. 25, § 41; Acórdão Boughanemi, de 24 de Abril de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 8, 1996-II, p. 610, § 41; Acórdão C. v. Bélgica, de 7 de Agosto de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 12, 1996-III, p. 924, § 31; Acórdão Bouchelkia, de 29 de Janeiro de 1997, Recueil des arrêts et décisions, n.º 28, 1997-I, p. 65, § 48; Acórdão Mehemi, de 26 de Setembro de 1997, Recueil des arrêts et décisions, n.º 51; 1997-VI, p. 1971, § 34; Acórdão El Boujaïdi, de 26 de Setembro de 1997, Recueil des arrêts et décisions, n.º 51, 1997-VI, p. 1992, § 39; Acórdão Boujlifa, de 21 de Outubro de 1997, Recueil des arrêts et décisions, n.º 54, 1997-VI, p. 2264, § 42; Acórdão Dalia, de 19 de Fevereiro de 1998, Recueil des arrêts et décisions, n.º 62, 1998-I, p. 91, § 52):*

- numa necessidade social imperiosa; e
- deve ser proporcional ao fim legítimo a atingir.

Fim legítimo

O n.º 2 do artigo 8.º estabelece quais os fins que legitimam uma interferência das autoridades nacionais:

- a segurança nacional;
- a segurança pública (posse e importação de haxixe — *Acórdão Mehemi, de 26 de Setembro de 1997, Recueil des arrêts et décisions, n.º 51, 1997-VI, p. 1971, § 34)*;

⁽⁶⁰⁾ Para uma delimitação da noção «numa sociedade democrática», cfr. FRANÇOIS ELENS, “La notion de démocratie dans le cadre des limitations aux droits de l’homme”, in BDDC n.º 9, p. 165 e ss.

— o bem-estar económico do país (a medida pretende regularizar o mercado de trabalho — *Acórdão Berrehab, de 28 de Maio de 1985, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 138, p. 15, § 26*);

— a defesa da ordem e a prevenção de infracções penais (prática de um número elevado de crimes — *Acórdão Moustaquim, de 18 de Fevereiro de 1991, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 193, p. 18, § 40*; *Acórdão Beldjoudi, de 26 de Março de 1992, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 234-A, p. 26, § 70*; *Acórdão Nasri, de 13 de Julho de 1995, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 320-B, p. 23, § 37*; *Acórdão Boughanemi, de 24 de Abril de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 8, 1996-II, p. 608, § 38*; *Acórdão Boujlifa, de 21 de Outubro de 1997, Recueil des arrêts et décisions, n.º 54, 1997-VI, p. 2264, § 39*; posse de cannabis e associação de malfeitores — *Acórdão C. v. Bélgica, de 7 de Agosto de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 12, 1996-III, p. 923, § 28*; prática de crime de violação com violência e fuga de estabelecimento prisional — *Acórdão Bouchelkia, de 29 de Janeiro de 1997, Recueil des arrêts et décisions, n.º 28, 1997-I, p. 64, § 44*; posse e importação de haxixe — *Acórdão Mehemi, de 26 de Setembro de 1997, Recueil des arrêts et décisions, n.º 51, 1997-VI, p. 1971, § 34*; consumo e tráfico de estupefacientes e venda de heroína — *Acórdão El Boujaïdi, de 26 de Setembro de 1997, Recueil des arrêts et décisions n.º 51, 1997-VI, p. 1992, § 39*; aquisição, posse e venda de heroína — *Acórdão Dalia, de 19 de Fevereiro de 1998, Recueil des arrêts et décisions, n.º 62, 1998-I, p. 90, § 48*);

— a protecção da saúde ou da moral;

— a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.

e) Justo equilíbrio

Para o estabelecimento do carácter proporcional da medida tomada, o TEDH deverá estabelecer um justo equilíbrio entre os interesses concorrentes em presença: o interesse do requerente ao respeito da sua vida privada e familiar e os interesses gerais da sociedade (*Acórdão Gül, de 19 de Fevereiro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 3, 1996-I, pp. 174-175, § 38*; *Acórdão Boughanemi, de 24 de Abril de 1996, Recueil des arrêts et déci-*

sions, n.º 8, 1996-II, p. 610, § 42; *Acórdão C. v. Bélgica*, de 7 de Agosto de 1996, *Recueil des arrêts et décisions*, n.º 12, 1996-III, p. 924, § 32; *Acórdão Dalia*, de 19 de Fevereiro de 1998, *Recueil des arrêts et décisions*, n.º 62, 1998-I, p. 91, § 52).

Os critérios a utilizar para averiguar a proporcionalidade da medida adoptada deverão ser os seguintes:

- i) a situação pessoal do requerente;
- ii) a gravidade do crime cometido;
- iii) o tipo de laços estabelecidos no Estado-Parte pelo requerente;
- iv) o tipo de laços existentes com o país de origem do requerente;
- v) a possibilidade de estabelecimento da vida familiar noutro local.

i) Situação pessoal do requerente

No caso Nasri, o TEDH admitindo que a participação num crime de violação em grupo é suficientemente grave para que o seu autor represente uma ameaça séria para a ordem pública, teve em atenção, para além das circunstâncias atenuantes da sua participação, o facto do requerente sofrer de surdez-mudez congénita, agravada pelo analfabetismo resultante, sobretudo, de uma escolaridade deficiente, pelo que a família, constituída na maioria por cidadãos franceses, apresentava uma importância especial para o requerente, não apenas como meio de acolhimento, mas também como meio de prevenção contra uma vida de delinquência.

ii) Gravidade do crime cometido

No caso Moustaquim, o tribunal nacional teve conhecimento de 147 factos atribuídos ao requerente, entre os quais constavam 82 crimes de roubo qualificado, 39 tentativas de roubo qualificado e 5 crimes de roubo com violência. No entanto, para o TEDH a medida de expulsão não era proporcional, dado que, por um lado, as alegadas ofensas remontavam todas à adolescência do requerente e apenas 26 ofensas, praticadas num período muito breve de

onze meses, foram apresentadas no tribunal correcional e, por outro lado, o período de tempo que mediou entre a sua condenação por 22 ofensas e a decisão de expulsão foi relativamente longo.

No caso *Bouchelkia*, para além do requerente manter laços estreitos com o seu país de origem, o TEDH deu grande importância ao facto de aquele ter sido condenado por um crime de violação agravada, considerando que o facto de ele ser menor só era relevante para a graduação da sentença pelo tribunal nacional, e não diminuía a seriedade e gravidade do crime cometido.

iii) Tipo de laços estabelecidos no Estado-Parte

No caso *Berrehab*, o TEDH considerou que a recusa de renovação da autorização de residência iria impedir que o requerente mantivesse contactos regulares com a sua filha, contactos estes considerados essenciais dada a sua jovem idade. Por outro lado, estávamos perante um estrangeiro que habitava legalmente nos Países Baixos, onde tinha alojamento e emprego, e não perante uma situação em que um estrangeiro solicitava pela primeira vez uma autorização de residência. Por fim, os seus laços familiares eram efectivos: casou com uma cidadã holandesa e desse casamento resultou um filho. A ingerência do governo, destinada a regularizar o mercado de trabalho, não podia ser considerada proporcional.

No caso *C. v. Bélgica*, o TEDH estabeleceu a existência de laços reais do requerente com a Bélgica, mas verificou que ele conservava laços importantes com o país de origem, que abandonou com a idade de 11 anos, razão pela qual teve possibilidade de aprender a língua e estabelecer os seus primeiros laços sociais e escolares. Ora, numa situação destas, o TEDH considera que a ingerência em causa não é tão forte como aquela que pode provocar a expulsão de requerentes nascidos no território do país de acolhimento ou que para aí foram muito novos.

iv) Tipo de laços com o país de origem

No caso *Boughanemi*, o TEDH reconhecendo os laços estreitos que o requerente tinha com a França, fez relevar, para além da

gravidade do último crime em que foi condenado (4 anos por proxenetismo) e do seu passado penal, o facto deste manter a nacionalidade tunisina, não parecendo que alguma vez tivesse manifestado a intenção de adquirir a nacionalidade francesa, e conservasse com a Tunísia outros laços para além da nacionalidade, nomeadamente, não pretendesse ignorar o árabe, nem ter cortado todos os seus laços com o país, nem de aí não ter voltado antes da sua expulsão. Com base nestes dados, o TEDH considerou que a expulsão não era uma ingerência desproporcional.

v) Possibilidade de estabelecimento da vida familiar noutra local

No caso Beldjoudi, o TEDH considerou que se o requerente fosse expulso para a Argélia, país com o qual não mantinha nenhuma outra ligação que não fosse a sua nacionalidade, esta medida colocaria em risco a unidade, e mesmo a existência, do seu casamento, dado que a sua mulher, francesa, se o seguisse teria grandes dificuldades de adaptação dado não conhecer, provavelmente, a respectiva língua, facto que poderia conduzir a reais obstáculos práticos e jurídicos.

No caso Mehemi, o TEDH verificou que o requerente não tinha outros laços com a Argélia, para além da posse da nacionalidade e que o estabelecimento da sua vida familiar em Itália, país de origem da mulher, não seria fácil, por um lado, dadas as dificuldades que os filhos teriam em se inserirem no novo meio e, por outro lado, tendo em conta o passado penal do requerente, a sua entrada e instalação em Itália enfrentaria sem dúvida obstáculos jurídicos, que as autoridades nacionais não demonstraram poderem ser vencidos.

f) Obrigações positivas

Se o fim do artigo 8.º é, conforme já foi referido, prevenir o indivíduo contra as ingerências arbitrárias dos poderes públicos, pode também impor obrigações positivas aos Estados-Parte como, por exemplo, a concessão de uma autorização de residência ou a sua renovação.

Se a fronteira entre as obrigações positivas e as obrigações negativas nem sempre se presta a uma definição precisa, os princípios aplicáveis devem ser idênticos (*Acórdão Gül, de 19 de Fevereiro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 3, 1996-I, pp. 174-175, § 38*).

No caso das obrigações positivas, a noção de «respeito» não é clara, variando as suas exigências, de caso para caso, em função da diversidade das práticas seguidas e das condições existentes nos Estados-Parte.

Trata-se, pois, de um domínio em que os Estados-Parte gozam de uma ampla margem de apreciação, especialmente, no entendimento da obrigação de admitirem no seu território parentes dos imigrantes (*Acórdão Abdulaziz, Cabales e Balkandali, de 28 de Maio de 1985, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 94, pp. 33-34, § 67*).

Ora, o artigo 8.º não pode ser interpretado no sentido de impôr aos Estados-Parte a obrigação geral de respeitarem a escolha feita pelos casais do seu domicílio conjugal, nem de aceitarem a instalação de cônjuges não nacionais no seu país (*Acórdão Abdulaziz, Cabales e Balkandali, de 28 de Maio de 1985, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 94, p. 34, § 68; Acórdão Gül, de 19 de Fevereiro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 3, 1996-I, pp. 174-175, § 38; Acórdão Ahmut, de 28 de Novembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 24, 1996-VI, p. 2033, § 67*).

Para se fazer valer de uma protecção, como a do artigo 8.º, os requerentes deverão fazer prova da existência de obstáculos que os impeçam de levar uma vida em comum no país de origem ou especiais razões que justifiquem que essa opção não seja tomada (*Acórdão Abdulaziz, Cabales e Balkandali, de 28 de Maio de 1985, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 94, p. 34, § 68; Acórdão Cruz Varas e outros, de 20 de Março de 1991, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 201, p. 32, § 88*).

No caso Gül, o TEDH considerou que foi a partida do requerente da Turquia para a Suíça que esteve na origem da separação com os seus filhos, não tendo aquele conseguido demonstrar, junto das autoridades suíças, que era perseguido no seu país; por outro lado, mesmo que essas razões tivessem existido, já não eram actuais como o comprovavam as várias viagens que tinha realizado à Turquia para visitar os filhos.

No caso Cruz Varas, a decisão de expulsão das autoridades nacionais abrangeu os três elementos da família, no entanto, só foi executada relativamente a um deles, dado que os outros dois entraram na clandestinidade para escapar à execução da decisão de expulsão; em face dos elementos de que dispunha, o TEDH concluiu pela não existência de obstáculos ao estabelecimento da vida familiar no país de origem, pelo que a responsabilidade da separação não podia ser imputada às autoridades nacionais.

VI — O artigo 5.º, n.º 1, al. f)

“1. Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança.

Ninguém pode ser privado da sua liberdade,

salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal:

[...] f) Se se tratar de prisão ou detenção legal de uma pessoa para lhe impedir a entrada ilegal no território ou contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição.”

a) Critérios de aplicação

Para a aplicação do artigo 5.º importa verificar se estamos perante uma situação de privação ou de restrição da liberdade, dado que só a primeira está abrangida por esta norma, enquanto a restrição de liberdade está prevista no artigo 2.º do Protocolo n.º 4.

A distinção entre uma e outra não é de natureza ou essência, mas sim de grau ou intensidade. Para o efeito, teremos de partir do caso concreto e analisar a medida tomada verificando (*Acórdão Amuur, de 25 de Junho de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 11, 1996-III, p. 848; § 42*):

- o género;
- a duração;
- os efeitos; e,
- as modalidades de execução.

A finalidade do artigo 5.º é proteger o indivíduo contra a arbitrariedade das autoridades nacionais (*Acórdão Bozano, de 18 de Dezembro de 1986, Série A: Arrêts et décisions, Vol. III, p. 23,*

§ 54; *Acórdão Quinn, de 22 de Março de 1995, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 311, p. 18, § 47; Acórdão Scott, de 18 de Dezembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 27, 1996-VI, p. 2395, § 52*). Como tal, e no que respeita a processos de expulsão ou extradição, para considerar a intervenção das autoridades nacionais como legítima, deverá ter-se em atenção os seguintes elementos:

- i) a regularidade da prisão ou detenção;
- ii) a existência de um processo de expulsão ou extradição;
- iii) a diligência necessária; e,
- iv) a existência de garantias suficientes.

i) Regularidade da prisão ou detenção

O artigo 5.º impõe que a prisão ou detenção seja feita de acordo com «o procedimento legal».

O TEDH considera que, neste ponto, a CEDH reenvia para a legislação nacional a aferição da regularidade da medida tomada, devendo ser observadas tanto as normas substantivas como as normas processuais. Para essa aferição deverá ter-se em conta a qualidade das normas aplicadas, ou seja, elas deverão ser suficientemente acessíveis e precisas, de forma a oferecer uma protecção adequada e a garantir a segurança jurídica necessária para prevenir a arbitrariedade das autoridades nacionais (*Acórdão Amuur, de 25 de Junho de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 11, 1996-III, pp. 850-851, §§ 50 e 53*).

Saber se a decisão de expulsão ou extradição se justifica em face da legislação nacional ou da CEDH não entra em linha de conta para a aplicação deste artigo (*Acórdão Chahal, de 15 de Novembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 22, 1996-V, p. 1863, § 112*).

ii) Processo de expulsão ou extradição a decorrer

Esta norma não exige que a privação de liberdade tenha de ser necessária para evitar a prática de uma infracção ou a fuga do des-

tinatário, bastando-se com a existência de um processo de expulsão ou de extradição (*Acórdão Chahal, de 15 de Novembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 22, 1996-V, p. 1862, § 112*).

iii) Diligência necessária

Atendendo a que só o desenrolar de um processo de extradição ou expulsão justifica a privação de liberdade, com base nesta norma, se esse processo não for desenvolvido, pelas autoridades nacionais, com a diligência necessária, a privação da liberdade deixa de ser justificada (*Acórdão Quinn, de 22 de Março de 1995, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 311, p. 19, § 48; Acórdão Chahal, de 15 de Novembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 22, 1996-V, p. 1863, § 113*). Para estabelecer se o caso foi tratado com a diligência necessária, deverá ter-se em conta a sua complexidade e as suas particularidades, bem como a conduta do requerente ao longo do processo nacional (*Acórdão Scott, de 18 de Dezembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 27, 1996-VI, pp. 2400-2402, §§ 74 e 83*).

iv) Garantias suficientes

O destinatário da medida de privação da liberdade deverá dispôr dos meios processuais de recurso que lhe permitam suscitar a análise da legitimidade da sua detenção nas instâncias nacionais (*Acórdão Amuur, de 25 de Junho de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 11, 1996-III, pp. 851-852, § 53; Acórdão Chahal, de 15 de Novembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 22, 1996-V, p. 1865, § 123*).

VII — Conclusões gerais

I — O sistema instituído pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem, permitindo uma protecção única em termos internacionais aos indivíduos, veio estabelecer uma importante limita-

ção quanto aos poderes dos Estados-Parte para regularem certo tipo de situações.

II — A jurisprudência da Comissão Europeia dos Direitos do Homem e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, fruto do seu labor, possibilitou o estabelecimento de direitos e liberdades que nem sempre decorriam imediata e directamente dos preceitos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

III — Não tendo sido adoptado um sistema de precedente, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem em conta as soluções adoptadas em anteriores decisões, permitindo a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no seu artigo 30.º, que, se a solução de um litígio puder contradizer uma anterior sentença, a decisão possa ser devolvida ao tribunal pleno.

IV — Sem pôr em causa, de uma forma expressa, os princípios gerais de direito internacional, no que respeita aos poderes dos Estados-Parte relativamente à entrada e permanência de estrangeiros nos seus territórios, a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem veio introduzir importantes limites externos à discricionariedade dos Estados.

V — Apesar de não consagrar uma protecção específica para as 2.ª e 3.ª gerações de imigrantes, não deixa de ser claro, que estes poderão beneficiar de garantias adicionais para a sua permanência no território do Estado de acolhimento, sobretudo se aí nasceram ou para aí foram viver muito novos.

VII — Acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

i) Acórdãos consultados relativos a estrangeiros

— Acórdão Abdulaziz, Cabales e Balkandali, de 28 de Maio de 1985, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 94

— Acórdão Bozano, de 18 de Dezembro de 1986, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 111

- Acórdão Berrehab, de 21 de Junho de 1988, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 138
- Acórdão Soering, de 7 de Julho de 1989, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 161
- Acórdão Djeroud, de 23 de Janeiro de 1991, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 191-B
- Acórdão Moustaquim, de 18 de Fevereiro de 1991, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 193
- Acórdão Cruz Varas e outros, de 20 de Março de 1991, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 201
- Acórdão Vilvarajah e outros, de 30 de Outubro de 1991, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 215
- Acórdão Beidjoudi, de 26 de Março de 1992, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 234-A
- Acórdão Vijayanathan e Pusparajah, de 27 de Agosto de 1992, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 241-B
- Acórdão Quinn, de 22 de Março de 1995, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 311
- Acórdão Piermont, de 27 de Abril de 1995, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 314
- Acórdão Nasri, de 13 de Julho de 1995, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 320-B
- Acórdão Gül, de 19 de Fevereiro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 3, 1996-I
- Acórdão Boughanemi, de 24 de Abril de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 8, 1996-II
- Acórdão Amuur, de 25 de Junho de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 11, 1996-III
- Acórdão C. v. Bélgica, de 7 de Agosto de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 12, 1996-III
- Acórdão Chahal, de 15 de Novembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 22, 1996-V
- Acórdão Ahmut, de 28 de Novembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 24, 1996-VI
- Acórdão Ahmed, de 17 de Dezembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 26, 1996-VI
- Acórdão Scott, de 18 de Dezembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 27, 1996-VI

- Acórdão Bouchelkia, de 29 de Janeiro de 1997, Recueil des arrêts et décisions, n.º 28, 1997-I
- Acórdão Mehemi, de 26 de Setembro de 1997, Recueil des arrêts et décisions, n.º 51, 1997-VI
- Acórdão El Boujaïdi, de 26 de Setembro de 1997, Recueil des arrêts et décisions, n.º 51, 1997-VI
- Acórdão Boujlifa, de 21 de Outubro de 1997, Recueil des arrêts et décisions, n.º 54, 1997-VI
- Acórdão Dalia, de 19 de Fevereiro de 1998, Recueil des arrêts et décisions, n.º 62, 1998-I
- Acórdão Bahaddar, de 19 de Fevereiro de 1998, Recueil des arrêts et décisions, n.º 64, 1998-I
- Acórdão Ali, de 5 de Agosto de 1998, Recueil des arrêts et décisions, n.º 85, 1998-V
- Acórdão B.B. v. França, de 7 de Setembro de 1998, Recueil des arrêts et décisions, n.º 89, 1998-VI
- Acórdão Hatami, de 9 de Outubro de 1998, Recueil des arrêts et décisions, n.º 94, 1998-VII

ii) Acórdãos consultados a título complementar

- Acórdão De Wilde, Ooms e Versyp, de 18 de Junho de 1971, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 12
- Acórdão Handyside, de 7 de Dezembro de 1976, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 24
- Acórdão Sunday Times, de 26 de Abril de 1979, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 30
- Acórdão Marckx, de 13 de Junho de 1979, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 31
- Acórdão Airey, de 7 de Dezembro de 1976, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 32
- Acórdão Winterwerp, de 24 de Outubro de 1979, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 33
- Acórdão Barthold, de 25 de Março de 1985, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 90
- Acórdão Rees, 17 de Outubro de 1986, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 106

- Acórdão Johnston e outros, de 18 de Dezembro de 1986, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 112
- Acórdão Leander, de 26 de Março de 1987, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 116
- Acórdão W. v. Reino Unido, de 23 de Outubro de 1986, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 121
- Acórdão Olsson, de 24 de Março de 1988, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 130
- Acórdão Van Der Leer, de 21 de Fevereiro de 1990, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 170-A
- Acórdão Margareta e Roger Andersson, de 25 de Fevereiro de 1992, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 226-A
- Acórdão Rieme, de 25 de Fevereiro de 1992, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 226-B
- Acórdão Saïdi, de 22 de Junho de 1993, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 261-C
- Acórdão Boyle, de 28 de Fevereiro de 1994, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 282-B
- Acórdão Keegan, de 26 de Maio de 1994, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 290
- Acórdão Kroon e outros, de 27 de Outubro de 1994, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 297-C
- Acórdão Hokkanen, de 23 de Setembro de 1994, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 299-A
- Acórdão Stjerna, de 25 de Novembro de 1994, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 299-B
- Acórdão McMichael, de 24 de Fevereiro de 1995, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 307-B
- Acórdão McCann e outros, de 27 de Setembro de 1995, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 324
- Acórdão Velosa Barreto, de 21 de Novembro de 1995, Série A: Arrêts et décisions, Vol. 334
- Acórdão Singh, de 21 de Fevereiro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 4, 1996-I
- Acórdão Remli, de 23 de Abril de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 8, 1996-II
- Acórdão Buckley, de 25 de Setembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 16, 1996-IV

- Acórdão Ahmet Sadik, de 15 de Novembro de 1996, Recueil des arrêts et décisions, n.º 20, 1996-V
- Acórdão Daud, de 21 de Abril de 1998, Recueil des arrêts et décisions, n.º 69, 1998-II

IX — Bibliografia

- ANDRADE, MIGUEL ALMEIDA, “O papel da Convenção Europeia dos Direitos do Homem na protecção dos direitos fundamentais no âmbito comunitário”, in Boletim de Documentação e Direito Comparado, n.º 45/46, 1991, Lisboa, pp. 33 e seguintes.
- BARRETO, IRENEU CABRAL, A Convenção Europeia dos Direitos do Homem – Anotada, 2.ª edição, 1999, Coimbra Editora.
- CAMPOS ABEL, “A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o direito dos estrangeiros ou do último recurso”, in O Asilo em Portugal, volume 2, 1996, Conselho Português para os Refugiados.
- COMISSÃO EUROPEIA — EMPREGO & ASSUNTOS SOCIAIS, “Afirmar os direitos fundamentais”, na União Europeia — Relatório do grupo de peritos em direitos fundamentais 1999, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias.
- DUARTE, MARIA LUÍSA, “O Conselho da Europa e a protecção dos direitos do homem”, in Boletim de Documentação e Direito Comparado, n.º 39/40, 1989, Lisboa, pp. 191 e seguintes.
- DUARTE, MARIA LUÍSA, A liberdade de circulação de pessoas e a ordem pública no direito comunitário, 1992, Coimbra Editora.
- EISSEN, MARC-ANDRÉ, “Les juridictions constitutionnelles nationales dans la jurisprudence et la pratique de la Cour Européenne des Droits de l’Homme”, in Boletim de Documentação e Direito Comparado, n.º 25/26, 1986, Lisboa, pp. 387 e seguintes.
- ELENS, FRANÇOISE, “La notion de démocratie dans le cadre des limitations aux droits de l’homme”, in Boletim de Documentação e Direito Comparado, n.º 9, 1982, Lisboa, pp. 163 e seguintes.
- FARINHA, PINHEIRO, Convenção Europeia dos Direitos do Homem — Anotada, s/d.
- FARINHA, PINHEIRO, “As decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem na ordem interna e o contributo da jurisprudência nacional na interpretação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, in Boletim de Documentação e Direito Comparado, n.º 9, 1982, Lisboa, pp. 111 e seguintes.
- MADUREIRA, JOÃO, “La jurisprudence des organes de la Convention Européenne des Droits de l’Homme et la Charte Sociale Européenne concernant l’entrée et la sortie des étrangers du territoire d’un Etat”, in Boletim de Documentação e Direito Comparado, n.º 39/40, 1989, Lisboa, pp. 123 e seguintes.
- MIRANDA, JORGE, Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 2.ª edição (reimpressão), 1998, Coimbra Editora.
- PEREIRA, ANDRÉ GONÇALVES e QUADROS, FAUSTO DE, Manual de Direito Internacional Público, 3.ª edição, 1997, Livraria Almedina.
- PLENDER, RICHARD, “Os direitos do homem dos estrangeiros na Europa”, in Boletim de Documentação e Direito Comparado, n.º 18, 1984, Lisboa, pp. 7 e seguintes.

- PLENDER, RICHARD, Problèmes soulevés par certains aspects de la situation actuelle des réfugiés sous l'angle de la Convention européenne des Droits de l'homme, Dossiers sur les droits de l'homme n.º 9, 1985, Section des Publications, Conseil de l'Europe.
- RAMOS, RUI MOURA, "A Convenção Europeia dos Direitos do Homem — Sua posição face ao ordenamento jurídico português", in Boletim de Documentação e Direito Comparado, n.º 5, 1981, Lisboa, pp. 91 e seguintes.
- SILVEIRA, LUÍS, "O Acolhimento e estadia do estrangeiro", in Boletim de Documentação e Direito Comparado, n.º 18, 1984, Lisboa, pp. 165 e seguintes.
- SUDRE, FRÉDÉRIC, Droit international et européen des droits de l'homme, 4.ª edição, 1999, Presses Universitaires de France.
- VITORNO, ANTÓNIO, Protecção constitucional e protecção internacional dos direitos do homem: concorrência ou complementaridade?, 1993, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa.