O contencioso dos (i)migrantes em Portugal e o sistema de acesso ao direito e aos tribunais em face do princípio da tutela jurisdicional efetiva

Ação de Formação Contínua - Migrações

José Duarte Coimbra | 11 de novembro de 2016 | CEJ

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

U LISBOA | UNIVERSIDADE DE LISBOA

ICJP INSTITUTO DE CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS | CIDP CENTRO DE INVESTIGAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO

PLANO

[A] Introdução; delimitação

[B] O «contencioso dos (i)migrantes» em Portugal sob o eixo do direito à tutela jurisdicional efetiva: questões resolvidas

[C] Questões por resolver

[A]

Introdução; delimitação

OBJETIVOS

- **Análise das relações e interseções entre:**
  - **Meios contenciosos relativos aos «(i)migrantes»**
  - **O Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais**
  - **A norma da tutela jurisdicional efetiva**

- **Numa dupla perspetiva:**
  - ***Estática:*** **apreciação genérica daqueles meios contenciosos à luz do direito à tutela jurisdicional efetiva e do direito de acesso aos tribunais**
  - ***Dinâmica:*** **estudo de alguns problemas específicos**

DELIMITAÇÃO

- **Uma perspetiva de Direito nacional e de Contencioso Administrativo**

- **Fontes principais:**

  - **L 27/2008, de 30 de junho [Lei do Asilo]**
  - **L 23/2003, de 4 de julho [Lei da Imigração]**
  - **L 34/2004, de 29 de julho [Acesso ao Direito e aos Tribunais]**

[B]

O «contencioso dos (i)migrantes» em Portugal sob o eixo do direito à tutela jurisdicional efetiva: questões (bem) resolvidas

DELIMITAÇÃO

- **A proteção jurídica, enquanto dimensão do Sistema de Acesso ao Direito e aos Tribunais, é uma imposição constitucional, de amplíssima amplitude (n.º 1 do artigo 20.º CRP *in fine*) – um verdadeiro *dever de prestar* que emerge da natureza complexa do direito de acesso aos tribunais**

- **A pluridimensionalidade da garantia de tutela jurisdicional efetiva:**
  - ***Meios plenos***
  - ***Meios céleres***
  - ***Garantia de acesso à justiça***
  - ***Igualdade de armas* (…)**

«CONTENCIOSO DOS (I)MIGRANTES»

«Contencioso do Asilo»

Ações urgentes para impugnação de decisões tomadas no decurso do procedimento de concessão e retirada dos direitos de asilo e de proteção subsidiária internacional

[22.º, 25.º, 30.º, 33.º/1, 44.º da Lei do Asilo]

«Contencioso da Imigração»

Ações de impugnação perante decisões de recusa de entrada, decisão de cancelamento da autorização de residência, decisão de indeferimento do pedido de reagrupamento familiar, decisões de indeferimento/perda do estatuto de residente de longa duração, decisão de afastamento coercivo

[39.º, 85.º/7, 97.º/4, 106.º/7, 108.º/7, 132.º/3, 150.º/1 da Lei da Imigração]

«CONTENCIOSO DOS (I)MIGRANTES»

«Contencioso do Asilo»

A garantia fundamental (e imposta pelo DIP e pelo DUE) do **efeito suspensivo** das impugnações jurisdicionais

O acolhimento da tramitação da intimação para prot. DLG's: meios processuais (urgentes) «próprios»

Mas, naturalmente, garantia de tutela plena, não limitada a pedidos impugnatórios

«Contencioso da Imigração»

Inexistência, em regra, de efeito suspensivo – e a insistência da lei na afirmação do efeito meramente devolutivo…

Ausência de regulação própria: garantia de *impugnabilidade,* sem especificação

Mas, naturalmente, garantia de tutela plena, incluindo cautelar

ASPETOS GERAIS

- **O <u>efeito suspensivo</u> associado às ações de asilo: uma garantia fundamental; e blindada, sem hipótese de «levantamento»**

- ***Questão:* não seria de alargar também à generalidade de ações de imigração? Só existe em casos circunstanciados: n.º 8 do artigo 106.º (indeferimento de reagrupamento familiar), n.º 7 do artigo 108.º (cancelamento da autorização de residência a membro da família), n.º 3 do artigo 132.º (indeferimento ou perda do estatuto de residente de longa duração); já quanto à decisão de afastamento coercivo: n.º 2 do artigo 150.º - admite-se a utilização de meios urgentes ou com efeito suspensivo**

ASPETOS GERAIS

- **A <u>cognição plena</u>: é um também um aspeto essencial**

- **Em especial, nas ações de asilo: a falta de fundamento para concessão do estatuto de refugiado obriga a que o Tribunal aprecie as condições para a atribuição do estatuto de proteção subsidiária internacional**

- **Em geral, o facto de a lei falar sempre em «impugnação judicial» não tolhe, naturalmente, a *cumulabilidade* com outras pretensões, nos termos gerais**

ASPETOS GERAIS

- **A <u>variabilidade de meios processuais</u>**

- **Nas ações de asilo, é difícil configurar como adequado o recurso à tutela cautelar: tendo em conta, justamente, a atribuição de efeito suspensivo**

- **Mas já nas ações de imigração, o recurso à tutela cautelar é pleno; e não só à tutela cautelar: é francamente positiva a jurisprudência dos TA portugueses que admitem a mobilização da intimação para a proteção de DLG's (nomeadamente para reação a decisões relativas ao reagrupamento familiar)**

[C]

Questões por resolver

[D.1]

O âmbito pessoal do direito à proteção jurídica

COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

- ***"Têm direito a proteção jurídica, nos termos da presente lei (…) os estrangeiros e apátridas com título de residência válido num Estado-Membro da UE" ,***

- **mas** ***"Aos estrangeiros sem título de residência válido num Estado-Membro da União Europeia é reconhecido o direito a proteção jurídica na medida em que ele seja atribuído aos portugueses pelas leis dos respetivos Estados-Membros*** **[n.os 1 e 2 do artigo 7.º da L 34/2004]**

  - **Questão: não será esta restrição (baseada numa «cláusula de reciprocidade») inconstitucional?**

ANÁLISE

- **O histórico da jurisprudência do TC na determinação da inconstitucionalidade de normas anteriores que negavam o acesso ao apoio judiciário a estrangeiros ou apátridas residentes em Portugal: *v.g.,* 316/95, 338/95, 962/96 (*"o acesso ao tribunal integra o núcleo irredutível do princípio da equiparação"*)**

- **TC 433/03: julgamento de inconstitucionalidade do anterior n.º 3 do artigo 7.º da Lei n.º 30-E/2000 – estrangeiros não residentes só teriam direito a proteção jurídica se houvesse reciprocidade**
  - **Violação do artigo 20.º (e, no caso, do n.º 1 do artigo 32.º)**
  - **Mas *ressalva geral* da legitimidade das «cláusulas de reciprocidade» neste domínio**

CONCLUSÃO

- **Mesmo que limitada a não residentes (não titulares de título de residência), é bastante duvidoso que a manutenção de uma cláusula de reciprocidade neste domínio não seja efetivamente inconstitucional:**
  - **Princípio da Igualdade (13.º)**
  - **Princípio da Equiparação (15.º)**
  - **Dimensão essencial do direito de acesso aos tribunais (n.º 1 do artigo 20.º *in fine*)**

O n.º 2 do artigo 7.º da L 34/2004 é (muito provavelmente) inconstitucional…

[D.2]

A gratuitidade dos processos de asilo

COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

- ***"Os processos de concessão ou de perda do direito de asilo ou de proteção subsidiária e de expulsão são gratuitos (…) [na] fase judicial"*** **[artigo 84.º da L 27/2008 – entrada em vigor: 30 de agosto de 2008]**

- ***"São revogadas as isenções de custas previstas em qualquer lei, regulamento ou portaria e conferidas a quaisquer entidades públicas ou privadas, que não estejam previstas no presente decreto-lei"*** **[artigo 25.º do DL 34/2008, de 26 de fevereiro, que aprovou o RCP – entrada em vigor: 20 de abril de 2009]**

  - **Questão: o artigo 84.º da Lei do Asilo foi ou não foi revogado?**

ANÁLISE

- **A questão tinha, até há bem pouco tempo, sido maioritariamente «esquecida»: a jur. maioritária (com exceções…) vinha aplicando o artigo 84.º, dispensando sempre custas nas ações de asilo; ex.: STA de 05-02-2015, Proc. n.º 01331/14**

- **TCA Sul, de 16-12-2015, Proc. n.º 12356/15 e de 30-06-2016, Proc. n.º 13274/16:**

  - **O artigo 84.º foi revogado pelo artigo 25.º do DL 34/2008 (não é verdade)**
  - **A não-gratuitidade não contraria o Direito da União Europeia (é verdade: artigos 20.º e 21.º da D 2013/32 apenas exigem possibilidade de *representação/assistência gratuitas*; não se impõe, de facto, a gratuitidade universal dos processos)**

ANÁLISE

- **O problema é de pura determinação *temporal* das normas em presença: a distinção entre *tempo externo* e *tempo interno* como a base fundamental para desfazer o equívoco**
  - ***Tempo interno* da norma revogatória: necessariamente, o da sua publicação: apenas foram abrangidas normas *vigentes* à data da publicação do DL 34/2008**
  - ***Tempo externo*: a entrada em vigor não se confunde com isto**

- **Os Acórdãos colocam, no entanto, outra questão: será que a gratuitidade se justifica *a favor* da entidade pública? Não padecerá aquele artigo 84.º, afinal, de *sobreinclusividade normativa*?**

CONCLUSÕES

- **[1] O artigo 84.º da Lei do Asilo está em vigor**

- **[2] Pode no entanto discutir-se se a gratuitidade aí estabelecida também deve valer *em favor* das entidades públicas…**

[D.3]

Os prazos de propositura das ações no contencioso do asilo

OS PRAZOS DE IMPUGNAÇÃO NO CONTENCIOSO DO ASILO

- **Curtos e diferenciados:**
  - **4 dias (impugnação de decisão de inadmissibilidade em posto de fronteira, decisão de recusa na sequência de pedido subsequente)**
  - **5 dias (decisão ao abrigo do procedimento especial de determinação do Estado responsável)**
  - **8 dias (decisões de cessação do estatuto)**
  - **15 dias (decisões de recusa perante o primeiro pedido)**

OS PRAZOS DE IMPUGNAÇÃO NO CONTENCIOSO DO ASILO

- **A exigência europeia…**
  - **"prazos razoáveis para o requerente exercer o seu direito de recurso efetivo" / "os prazos não podem tornar impossível ou excessivamente difícil o exercício desse direito" [n.º 4 do artigo 46.º da D 2013/32]**

- **Mas a *permissividade* do TC:**
  - ***"caracterizando-se compreensivelmente o procedimento tendente a aferir da admissibilidade do pedido de asilo pela urgência, não repugna que os prazos respetivos sejam tendencialmente mais curtos que os de outros processos"/ "existem outros prazos de oito dias (ou mais curtos) para impugnar atos lesivos dos direitos dos particulares, prazos estes que o Tribunal Constitucional não tem considerado exíguos" [TC 587/2005]***

OS PRAZOS DE IMPUGNAÇÃO NO CONTENCIOSO DO ASILO

- **Uma garantia…**

  - **O n.º 4 do artigo 33.º da L 34/2004: ação considera-se proposta na data em que for requerida proteção judiciária (sendo o prazo de 30 dias para apresentar a ação por parte do patrono nomeado meramente ordenador/disciplinar)**

  - **TCA Sul de 2 de abril de 2014, Proc. n.º 10733/13 (e outros)**

OBRIGADO!

joseduartecoimbra@fd.ulisboa.pt

jdc@servulo.com