

A MUDANÇA DE PARADIGMA DO TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS ACERCA DAS EXPULSÕES COLETIVAS A PARTIR DO CASO N.D. E N.T. V. ESPANHA: A EXPANSÃO DO CRITÉRIO DA “CONDUTA CULPOSA” DOS MIGRANTES

Vitória Emilia Santiago Pastro*

O presente trabalho tem por objetivo analisar o julgamento do caso N.D e N.T v. Espanha em sede recursal pelo Tribunal Pleno em 13 de fevereiro de 2020. Entretanto, antes será feita um breve estudo do primeiro julgado desse mesmo caso, dessa vez pela Terceira Seção do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) em 03 de outubro de 2017. Por fim, serão analisadas também as opiniões separadas do juiz Pejchal e da juíza Koskelo proferidos no julgamento de 2020.

Em 13 de agosto de 2014, os autores N.D. e N.T juntamente com mais seiscentas pessoas tentaram entrar ilegalmente em território espanhol, pulando o muro que separa a cidade marroquina de Beni-Enzar da cidade de Melilla, enclave espanhol no norte da África¹. Os autores, cidadãos de Mali e da Costa do Marfim, foram detidos e retornados ao território marroquino pelas autoridades espanholas. Submetido à julgamento do TEDH, o caso N.D. e N.T. v. Espanha foi o primeiro julgado em que o TEDH considerou que poderia haver uma expulsão coletiva sem que houvesse violação ao princípio do *non-refoulement*. Ou seja, o Tribunal pela primeira vez dissociou o art. 4 do Protocolo n. 4 do art. 3 da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH)².

*1 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.
Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9726245006160936>. E-mail: vitoriaesantiago@gmail.com.

¹ A fronteira entre as cidades é uma das mais fortificadas do mundo. O lado marroquino tem uma vala de cerca de 20 metros, seguido por uma cerca dupla com arame farpado. Já no lado espanhol há uma barreira de 11,2 km com camadas de proteção. A primeira camada é uma cerca de metal de 6 metros, seguida por uma segunda cerca com um topo flexível, o que dificulta a escalada. Em seguida, há uma rede de arame farpado, depois outra cerca ainda mais alta novamente com um topo flexível e então mais arame farpado. Há postos de vigia ao longo de toda a cerca e cada centímetro da fronteira é monitorado por câmeras (EUROPE, 2017).

² Artigo 3º (Proibição da tortura): Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes (CE, 1950).

Artigo 4º do Protocolo n. 4 (Proibição de expulsão coletiva de estrangeiros): São proibidas as expulsões coletivas de estrangeiros (CE, 1963).



Nesse caso, o governo espanhol alegou que os requerentes poderiam ter entrado legalmente na Espanha apresentando pedidos de asilo nos países de trânsito, nesses consulados espanhóis, ou no posto de fronteira em Beni-Enzar³ (TEDH, 2017, para. 71). Além disso, o governo sustentou que a interpretação dinâmica da CEDH não deve assegurar o direito de violar as regras de proteção de fronteira da União Europeia (UE) (*ibid.*, para. 73). Ao decidir, a Terceira Seção da Corte entendeu que a expulsão dos autores foi coletiva, pois as medidas de remoção foram realizadas sem qualquer decisão administrativa ou judicial (*ibid.*, para. 107). As autoridades espanholas recorreram da decisão e a controvérsia foi submetida a análise final do Tribunal Pleno.

Por sua vez, o julgamento do caso pelo Tribunal Pleno representou uma mudança de paradigma na jurisprudência do TEDH. Antes do primeiro julgamento em 2017, o TEDH havia reconhecido a violação ao art. 4 do Protocolo n. 4 da Convenção em apenas seis casos⁴, sempre com base na conduta do Estado-membro. Entretanto, os juízes do Tribunal Pleno adotaram novos critérios para determinar as eventuais violações ao art. 4 do Protocolo n. 4, passando da análise das atitudes dos Estados-membros para a perquirição da conduta dos indivíduos.

O Tribunal Pleno reiterou que o número de pessoas afetadas pela expulsão é irrelevante para determinar se houve ou não violação ao artigo 4 do Protocolo n. 4, pois o critério decisivo para que a expulsão seja considerada coletiva sempre foi a ausência de um exame razoável e objetivo do caso de cada um dos indivíduos (*ibid.*, para. 203). Ademais, a Corte afirmou que os Estados-membros devem disponibilizar meios de entrada legal aos seus territórios, mas que as fronteiras externas só podem ser cruzadas nos pontos de passagem e, durante os horários fixos, o que pressupõe a existência de um número suficiente de pontos de passagem. Assim, onde o direito de solicitar asilo de maneira genuína e efetiva seja possível, a CEDH

³ O governo espanhol arguiu também que: (a) o presente caso foi o primeiro em que o Tribunal declarou uma reclamação ao abrigo Artigo 3.º inadmissível no contexto de expulsão coletiva; (b) embora fosse verdade que existia uma fronteira terrestre vedada, existia também a possibilidade de requerer asilo por intermédio das autoridades espanholas ou do ACNUR em Rabat ou a Mauritânia, tornando desnecessário tentar escalar cercas; (c) as cercas em questão formavam uma fronteira terrestre externa europeia protegendo o Espaço Schengen e a população europeia que vive em um enclave espanhol em África; e (d) os presentes pedidos foram apresentados por apenas dois indivíduos que finalmente conseguiram entrar em território espanhol por outros meios e, portanto, tiveram acesso a procedimentos em total conformidade com a Convenção (TEDH, 2017, para. 78).

⁴ São eles: Čonka v. Bélgica (05/02/2002); Hirsi Jamaa e Outros v. Itália (23/02/2012); Geórgia v. Rússia (03/07/2014); Sharifi e Outros v. Itália e Grécia (21/10/2014); Shioshvili e Outros v. Rússia (20/12/2016) e Berdzenishvili e Outros v. Rússia (20/12/2016).



não impede que os Estados recusem a entrada de estrangeiros em seu território. Inclusive a potenciais requerentes de asilo, que não tenham, sem motivos convincentes, cumprido esses requisitos e tenham buscado cruzar a fronteira de maneira irregular (*ibid.*, paras. 209-210).

Nesse sentido, ao analisar os postos de passagem espanhóis, a Corte entendeu que as autoridades espanholas forneceram meios suficientes de entrada regular em seu território, inclusive como contestado pelos autores, para cidadãos provenientes de países da África Subsaariana. Isso pois, conforme relatos das autoridades entre 1 de janeiro e 31 de agosto de 2014 foram apresentados vinte e um pedidos de asilo em Melilla, por indivíduos subsaarianos. Todavia, os autores afirmaram que a entrada regular na Espanha é restringida aos cidadãos sírios, pois o acesso aos postos de passagem é obstaculizado aos subsaarianos. Entre 1 de setembro e 31 de dezembro de 2014 foram apresentados quatrocentos e quatro pedidos de asilo em Beni-Enzar, todos por cidadãos sírios. Enquanto o número de pedidos de asilo de subsaarianos no mesmo local foi nulo de 1 de setembro de 2014 a 2015, depois interrompido por dois pedidos em 2016 e novamente nulo em 2017. Mesmo assim, a Corte entendeu que o simples fato de poucos pedidos de asilo terem sido apresentados não significa que as autoridades espanholas não garantiram acesso genuíno e efetivo a este ponto de fronteira (TEDH, 2020, paras. 213-217).

Nesse sentido, o órgão colegiado decidiu que os relatórios, inclusive do ACNUR e do Comissário para os Direitos do Homem do Conselho da Europa, não são conclusivos quanto às razões por trás do pequeno número de pedidos de asilo, sobretudo de africanos da região subsaariana. A Corte reconheceu que alguns relatórios mencionam a discriminação racial ou reiteradas verificações de passaporte no lado marroquino como uma razão para o baixo número de pedidos de subsaarianos, porém concluiu que nenhum destes sugere que o governo espanhol seja responsável por esta situação (*ibid.*, para. 218).

À luz destas observações, o Tribunal afirmou que foram os autores que se colocaram em perigo ao participarem no “assalto” às cercas da fronteira de Melilla, em 2014, aproveitando-se do alto número de indivíduos envolvidos e recorrendo à força. Logo, dispôs que a falta de decisões individuais de afastamento poderia ser atribuída ao fato de que os requerentes não fizeram uso dos procedimentos oficiais de entrada existentes para esse fim, e foi, portanto, uma consequência de suas condutas. Consequentemente, não houve descumprimento do art. 4 do Protocolo 4 da CEDH e a expulsão não foi coletiva, mas individualizada (*ibid.*, para. 231).



Por sua vez, em sua opinião concordante o juiz Pejchal adicionou argumentos às razões decisórias expostas pela Corte, afirmando que ambos os Estados de origem dos requerentes ratificaram a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981. Assim, os autores só poderiam recorrer a proteção do TEDH caso demonstrassem estar em uma situação excepcional que justificasse a salvaguarda de seus direitos e liberdades fundamentais por uma comunidade de cidadãos livres de outros Estados em outro continente (*ibid.*, p. 105). Logo, o TEDH não deveria investigar eventuais condições desumanas nos países de origem dos requerentes quando outro tribunal internacional de direitos humanos tiver jurisdição. Nesse caso, o juiz afirmou que todas as pessoas retornadas ao território marroquino poderiam, caso não estivessem satisfeitas com a situação da proteção dos direitos humanos em seus países de origem, intentar uma ação perante o Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos (TEDH, 2020, p. 107).

Todavia, o juiz pareceu ignorar que os demandantes se encontravam sob jurisdição espanhola no momento dos fatos, como foi reconhecido pelo próprio Tribunal, uma vez que foram rechaçados pelas autoridades espanholas o que desencadeia a responsabilidade do governo espanhol e conseqüentemente a jurisdição do TEDH. Isso pois, o artigo primeiro da CEDH garante a qualquer pessoa na jurisdição dos Estados-membros, os direitos e liberdades definidos na Convenção. Portanto, o TEDH não pode se esquivar da análise da conduta do governo espanhol com base em uma eventual jurisdição concorrente do Tribunal Africano. Ademais, se os próximos julgados do TEDH passarem a adotar posicionamento similar ao do juiz Pejchal, o TEDH se tornaria um órgão subsidiário, passando a, na prática, tutelar apenas o direito dos cidadãos europeus em contrapartida às demais convenções regionais de direitos humanos.

Já em sua opinião parcialmente dissidente, a juíza Koskelo reiterou que a previsão do art. 4 do Protocolo n. 4 é uma obrigação de natureza processual e que existe um link entre o escopo dessa previsão e o princípio material do *non-refoulement* (*ibid.*, p. 109). Na opinião da juíza, o vínculo entre esses artigos não deveria ser perdido, ou seja, nos casos em que não há violação ao *non-refoulement* também não haverá desrespeito à proibição da expulsão coletiva. Segundo a magistrada, a Corte alargou o termo “expulsão” para qualquer situação de afastamento forçado, estendendo a aplicabilidade do art. 4 do Protocolo n. 4 para além do necessário e razoável, desvinculado da proteção contra o *non-refoulement* (*ibid.*, p. 111).

Além disso, criticou a possibilidade do Estado-membro de recusar a entrada irregular em seu território, inclusive a potenciais requerentes de asilo, quando esse



oferecer de modo genuíno e efetivo acesso aos meios legais de entrada. Por fim, a magistrada discordou do entendimento da Corte de que os princípios jurídicos nas fronteiras terrestres e marítimas devem ser diferentes e criticou a mudança de foco dos requisitos estabelecidos na jurisprudência do Tribunal por anos acerca da obrigação do *non-refoulement* para a análise da conduta do migrante (*ibid.*, pp. 118-120). A decisão da juíza é correta em não permitir a desvinculação da proibição das expulsões coletivas do *non-refoulement* e em ressaltar que nada na CEDH permite concluir que a proteção aos direitos dos migrantes seria diferente em razão do meio utilizado para a entrada, se por terra ou por mar.

No geral, as razões decisórias do Tribunal Pleno são dignas de duras críticas, pois o Tribunal ignorou que o monitoramento das fronteiras da UE depende da externalização das atividades de controle migratório para países de fora do bloco europeu, como o Marrocos, em razão dos acordos de readmissão e de financiamento das forças policiais nesses países. O Marrocos tem uma parceria de status “avançado” (*advanced status partnership*) com a UE, o que lhe confere vantagens econômicas e políticas. A UE é responsável por mais de metade do comércio internacional do Marrocos, além de fornecer ao país bilhões de euros em auxílio à segurança e ao desenvolvimento. Em contrapartida, o governo marroquino, num esforço para manter boas relações com a UE, assume a responsabilidade de proteger a fronteira espanhola na África (EUROPE, 2017).

Esse sistema leva a uma situação em que não é possível para os migrantes subsaarianos obterem acesso real aos postos de asilo ou embaixadas devido ao perfilamento racial realizado pelas autoridades marroquinas. Ou seja, não era realmente possível para os autores (N.D e N.T) solicitarem a entrada regular no território europeu, uma vez que o acesso aos postos de fronteira é praticamente impossível para indivíduos subsaarianos, como bem demonstrado pelo pequeno número de solicitantes de asilo subsaarianos de 2014 a 2017 (TEDH, 2020, paras. 213-217; EUROPE, 2017).

Todavia, a responsabilidade por essa falta de acesso não deve recair somente sobre os ombros do governo marroquino, haja vista que as autoridades realizam esse controle em prol do governo espanhol. A responsabilização exclusiva do governo marroquino como feita pelo TEDH isenta o governo espanhol (TEDH, 2020, para. 218), retirando a proteção ofertada pela CEDH aos migrantes e permitindo que governos europeus permaneçam se valendo de países externos à EU para realizar seu controle fronteiriço, mantendo os migrantes fora do território europeu ainda que à custa de violações de direitos humanos que se cometidas por Estados-membros estariam em violação da CEDH.



Ademais, os fundamentos utilizados pelo Tribunal proporcionam aos Estados-membros uma margem de discricção incontrolável, uma vez que a proibição da expulsão sem um exame razoável e objetivo do caso de cada um dos indivíduos (*ibid.*, para. 203) só seria aplicável quando a entrada irregular fosse o único meio possível de adentrar em território europeu. Ou seja, quando a entrada regular fosse possível a ausência de uma análise da situação do migrante não violaria o art. 4 do Protocolo n. 4. Contudo, na prática, a inexistência de alternativa à entrada irregular não poderia ser verificada, já que o indivíduo sujeito a expulsão não tem, na ausência de procedimento individual, possibilidade de se explicar (PICHL; SCHMALZ, 2020).

Por fim, o Tribunal estabeleceu novos critérios relacionados à conduta dos demandantes, em decisões anteriores acerca do art. 4 do Protocolo n. 4 a ideia de expulsão em razão da “conduta culposa” dos migrantes significava, por exemplo, a recusa de mostrar os documentos de identidade à polícia. Todavia a partir do julgamento do caso N.D. e N.T. v. Espanha pelo Tribunal Pleno, a noção de “conduta culposa” dos indivíduos passou a compreender também o cruzamento ilegal de fronteiras terrestres, especialmente quando esses estão em grande número como no caso em questão.

Nesse sentido, ao destacar o comportamento violento dos autores ao cruzar a fronteira, o Tribunal reforçou a narrativa problemática de que os migrantes são indivíduos violentos que planejam invadir a UE em grande número. Enquanto esses são retratados como sujeitos agressivos, o Tribunal ignora o problema principal no enclave de Melilla, isto é, que a Espanha há mais de vinte anos vem construindo um sistema de cercas para impedir que requerentes de asilo entrem em território europeu e reiviniquem direitos sob a CEDH e outras leis europeias (PICHL; SCHMALZ, 2020). Sendo assim, é necessário que o TEDH retorne aos parâmetros previamente estabelecidos pela sua jurisprudência de modo a efetivamente garantir uma proteção contra o *refoulement* e as expulsões coletivas, de modo a assegurar o cumprimento da CEDH.



REFERÊNCIAS

CONSELHO DA EUROPA (CE). Convenção Europeia dos Direitos Humanos. 4 nov. 1950.

CONSELHO DA EUROPA (CE). Protocolo n° 4: em que se reconhecem certos direitos e liberdades além dos que já figuram na Convenção e no Protocolo adicional à Convenção. Estrasburgo, 16 set. 1963.

EUROPE'S most fortified border is in Africa. Direção de Johnny Harris. Produção de Christina Thornell. Roteiro: Ellen Rolfes. Washington: Vox Media, 2-17. (11 min.), P&B. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=LY_Yiu2U2Ts. Acesso em: 20 jan. 2022.

PICHL, Maximilian; SCHMALZ, Dana. *"Unlawful" may not mean rightless.*: The shocking TEDH Grand Chamber judgment in case N.D. and N.T. 2020. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/unlawful-may-not-mean-rightless/>. Acesso em: 30 abr. 2021.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). *N.D. and N.T v. Spain, Application Nos. 8675/15 and 8697/15*, Julgamento Tribunal Pleno, 13 fev. 2020.

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS (TEDH). *N.D. and N.T v. Spain, Application Nos. 8675/15 and 8697/15*, Julgamento Terceira Seção, 03 out. 2017.

