

Newsletter TEDH/CEJ/OA

N.º 05/2020

SUMÁRIO

ARTIGOS 1.º E 6.º § 1 DA CONVENÇÃO

Jurisdição dos Estados e direito a um processo equitativo

[M.N. e outros c. Bélgica](#) [GC] - queixa n.º 3599/18: Recusa de vistos solicitados a partir de uma embaixada num Estado não membro com base no risco de maus tratos e não execução de uma decisão judicial relativa a recusa de vistos pela administração.

ARTIGOS 1.º, 2.º § 1 E 14 DA CONVENÇÃO

Direito à vida

[Makuchyan e Minasyan c. Azerbaijão e Hungria](#) [Secção IV] - queixa n.º 17247/13: As autoridades do Azerbaijão renunciam sem qualquer justificação, a executar a condenação a uma pena de prisão decretada na Hungria, por crime de ódio motivado pela origem étnica contra um dos seus agentes.

ARTIGO 7.º DA CONVENÇÃO

Princípio da legalidade

[Parecer consultivo solicitado pelo Tribunal Constitucional arménio](#) [CG] - Pedido n.º P16-2019-001: Parecer consultivo

sobre a utilização da técnica da «legislação por referência» na definição de um crime e critérios de comparação entre o direito penal em vigor à data dos factos e o direito penal alterado.

ARTIGO 9.º § 1 DA CONVENÇÃO

Liberdade de religião

[Korostelev c. Rússia](#) [Secção III] - queixa n.º 29290/10:

Advertência aplicada a um detido muçulmano que realizou ritos religiosos durante a noite, em violação do regulamento penitenciário.

ARTIGO 1.º E 6.º § 1 DA CONVENÇÃO

JURISDIÇÃO DOS ESTADOS E DIREITO A UM PROCESSO EQUITATIVO

M.N. e outros c. Bélgica

Queixa n.º 3599/18

Decisão 5.5.2020 [GC]

Recusa de vistos solicitados a partir de uma embaixada num Estado não membro com base no risco de maus tratos e não execução de uma decisão judicial relativa a recusa de vistos pela administração: ausência de jurisdição e não aplicação.

1 – Factos

Os requerentes, cidadãos sírios residentes em Aleppo, cidade onde, à época, decorriam conflitos armados devastadores, deslocaram-se ao Líbano, onde, em agosto de 2016, solicitaram ao consulado belga em Beirute vistos de curta duração ditos «humanitários» (artigo 25.º do Código Comunitário de Vistos), indicando que pretendiam requerer asilo, uma vez chegados à Bélgica. O pedido foi transmitido ao Serviço de Estrangeiros («o Serviço»), que considerou que a situação em causa não estava abrangida pelo âmbito de aplicação da norma invocada.

Os requerentes interpuseram uma série de recursos de extrema urgência perante a justiça administrativa belga, invocando que essa rejeição os expunha a riscos contrários ao artigo 3.º da Convenção. Neste contexto, o Serviço reiterou por duas vezes a sua decisão. Em 20 de outubro de 2016 o Conselho do Contencioso de Estrangeiros (CCE) solicitou às autoridades belgas que emitissem, no prazo de 48 horas, os vistos solicitados.

Uma vez que as autoridades não tencionavam alterar a sua decisão de rejeição, os requerentes recorreram com sucesso à justiça civil: em 7 de dezembro de 2016, considerando a

rejeição persistente como uma «via de facto», o Tribunal de Recurso de Bruxelas ordenou a execução imediata da decisão do CCE, sujeito a uma sanção pecuniária compulsória de 1000 euros por cada dia de atraso. Esta decisão é objeto de um recurso de cassação do Estado, ainda pendente.

Entretanto, o CCE questionou o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) através de um reenvio prejudicial num processo semelhante: o TJUE considerou que a disposição invocada do direito da União não estava vocacionada para se aplicar no caso em apreço. Por conseguinte, o processo dependia exclusivamente do direito nacional (TJUE, X e X c. Estado belga, C-638/16 PPU, 7 de março de 2017, Nota informativa 205).

Em junho de 2017, o Tribunal de Recurso de Bruxelas verificou que as decisões de 20 de outubro de 2016 e de 7 de dezembro de 2016 acima referidas já não eram úteis, uma vez que a primeira decisão do Serviço de rejeição da emissão de vistos se tornara definitiva, não tendo sido objeto de um recurso de anulação, antes de ter sido proferida a sanção pecuniária compulsória contra o Estado belga.

2 – Direito

Artigo 1.º (relativamente às alegadas violações fundadas nos artigos 3.º e 13.º):

Especificando que esta conclusão não obsta aos esforços empreendidos pelos Estados-Membros para facilitar o acesso aos procedimentos em matéria de asilo através das suas embaixadas ou representações consulares (ver *N.D. e N.T. c. Espanha* [GC], n.ºs 8675/15 e 8697/15, 13 de fevereiro de 2020, Nota informativa 237), o Tribunal considera que os

requerentes não estavam sujeitos à jurisdição da Bélgica relativamente aos factos por eles denunciados no âmbito do artigo 3.º da Convenção; nem, conseqüentemente, do artigo 13.º, pelas seguintes razões:

a) *A ausência de vínculo jurisdicional «territorial»* - As decisões impugnadas foram tomadas pela administração central na Bélgica, em resposta a pedidos de visto que os requerentes tinham entregue nos serviços consulares da embaixada belga no Líbano. Estas decisões de rejeição foram posteriormente tramitadas pelos serviços consulares da embaixada, que informaram os requerentes. É certo que, ao decidir sobre estes pedidos, as autoridades belgas tomaram decisões relativas às condições de entrada no território belga e exerceram, por esse facto, uma prerrogativa de poder público. Contudo, esta verificação não é suficiente para colocar os requerentes sob a jurisdição «territorial» da Bélgica, na aceção do artigo 1.º da Convenção. O facto de uma decisão poder ter um impacto na situação de pessoas residentes no estrangeiro também não é suscetível de estabelecer a jurisdição do Estado em causa fora do seu território (*Banković e outros c. Bélgica e outros* [GC] (dez.), n.º 52207/99, 12 de dezembro de 2001).

b) *A ausência de circunstâncias excecionais suscetíveis de criar um vínculo jurisdicional «extraterritorial»* - Trata-se, antes de mais, de uma questão de facto que exige esclarecer a natureza do vínculo entre os requerentes e o Estado demandado e determinar se este exerceu efetivamente a sua autoridade ou o seu controlo sobre eles. Pouco importa, a este respeito, que os agentes diplomáticos tenham tido, como no caso em apreço, apenas um papel de «caixa de correio»; ou saber a quem, da administração belga no território nacional ou dos agentes diplomáticos no estrangeiro, devem ser atribuídas as decisões.

Os requerentes não invocaram : i) qualquer presença anterior no território nacional da Bélgica; ii) qualquer vida familiar ou privada preexistente com este país; iii) qualquer forma de controlo que as autoridades belgas pudessem exercer em território sírio ou libanês.

Também não parecem pertinentes os precedentes jurisprudenciais em que se apoiam.

Em primeiro lugar, os requerentes não apresentam nenhum dos vínculos que caracterizavam os processos examinados pela Comissão Europeia dos Direitos Humanos relativos aos atos ou omissões dos agentes diplomáticos. Não são cidadãos belgas que solicitam a proteção da sua embaixada. Além disso, os agentes diplomáticos não exerceram, em momento algum, um controlo de facto sobre eles: os requerentes escolheram livremente apresentar-se na embaixada da Bélgica e apresentar os seus pedidos de visto, como, aliás, poderiam ter feito, dirigindo-se à embaixada de qualquer outro Estado; em seguida, puderam sair livremente da embaixada belga sem impedimentos. Quanto ao controlo administrativo que o Estado exerce sobre as instalações das suas embaixadas, este critério não basta para fazer depender da jurisdição da Bélgica qualquer pessoa que entre nessas instalações.

Em segundo lugar, o caso em apreço é fundamentalmente diferente dos numerosos processos de extradição ou de afastamento, nos quais os interessados se encontram por hipótese no território, ou na fronteira, do Estado em causa e, por conseguinte, manifestamente sob a sua jurisdição.

Em terceiro lugar, não há qualquer apoio, na jurisprudência, para a tese segundo a qual o facto de ter dado início a um processo a nível nacional constitui uma circunstância excecional suficiente para desencadear, unilateralmente, um vínculo jurisdicional extraterritorial. Assim, na decisão *Marković e outros c. Itália* [GC] (n.º 1398/03, 14 de dezembro de 2006, nota informativa 92), sobre um processo de responsabilidade civil apresentado pelos requerentes nos tribunais italianos com fundamento no direito nacional, em razão da morte dos seus familiares na sequência de ataques aéreos conduzidos pela aliança da NATO contra a República Federativa da Jugoslávia, o Tribunal concluiu pela ausência de «jurisdição» relativamente a todas as queixas materiais (isto é, para além das que se referem ao artigo 6.º). E na decisão *Güzelyurtlu e outros c. Chipre e Turquia* [GC] (n.º 36925/07, 29 de janeiro de 2019, Nota informativa 225), o processo que estabelece a jurisdição da Turquia relativamente a mortes ocorridas fora do seu território era um processo penal, desencadeado por iniciativa das autoridades turcas (que controla a «República Turca de Chipre do Norte»), que se inscrevia no âmbito das obrigações processuais decorrentes do artigo 2.º. Ora, esta situação é muito diferente de um processo desencadeado por iniciativa de particulares sem qualquer ligação ao Estado em causa, um processo por eles iniciado de livre vontade e sem que a escolha desse Estado se imponha a título de qualquer obrigação convencional.

Pelo contrário, na decisão *Abdul Wahab Khan c. Reino Unido* (n.º 11987/11, 28 de janeiro de 2014, Nota de informação 171), o Tribunal declarou claramente que o simples facto de um requerente ter tentado uma ação num Estado-Membro com o qual não tinha qualquer vínculo não seria suficiente para determinar a competência desse Estado: considerar o contrário equivaleria a consagrar uma aplicação quase universal da Convenção, com base nas escolhas unilaterais de qualquer indivíduo, independentemente do lugar do mundo em que se encontrem, e, por conseguinte, criar uma obrigação ilimitada para os Estados-Membros de permitir a entrada de qualquer pessoa que possa estar em risco de maus-tratos contrários à Convenção fora da sua jurisdição. Ora, o mesmo sucederia se pelo simples facto de um Estado-Membro se pronunciar sobre um pedido em matéria de imigração, isso fosse considerado suficiente para fazer depender o requerente da sua «jurisdição». Isso implicaria que o requerente poderia criar um vínculo jurisdicional ao apresentar um pedido onde quer que se encontrasse, dando assim origem, se for caso disso, a uma obrigação nos termos do artigo 3.º que de outro modo não existiria.

Uma tal extensão do âmbito de aplicação da Convenção teria, além disso, o efeito de anular o princípio bem estabelecido no direito internacional segundo o qual os Estados-Membros têm - sem prejuízo dos seus compromissos convencionais - o direito de controlar a entrada, a permanência e o afastamento dos não nacionais (ver também decisão do TJUE acima referido).

Conclusão: inadmissível (incompatibilidade *ratione loci*).

Artigo 6.º § 1:

A queixa dos requerentes dizia respeito ao direito de execução de uma decisão judicial - especificamente, a decisão do tribunal de recurso que ordena a execução da decisão da CCE que, por sua vez, ordenou às autoridades a emissão dos vistos solicitados.

Não é necessário o Tribunal pronunciar-se sobre a "jurisdição" do Estado demandado, uma vez que o artigo 6.º era, de qualquer modo, inaplicável ao caso em apreço. O processo impugnado não se referia a "direitos e obrigações civis", pelas seguintes razões.

Segundo a legislação belga, a competência da administração para conceder ou recusar os vistos de curta duração, nos termos do artigo 25.º do Código Comunitário de Vistos, revestia um caráter discricionário. No entanto, os requerentes puderam recorrer a um tribunal (o CCE), que suspendeu a execução das decisões da administração e tinha competência para as anular. Em tal situação, embora o artigo 6.º § 1 da Convenção pudesse ser aplicável, era na condição de a vantagem ou privilégio, uma vez concedido, dar origem a um direito civil (ver *Regner c. República Checa* [GC], n.º 35289/11, 19 de setembro de 2017, nota informativa 210). Ora, tal não teria sido o caso no que se refere à entrada em território belga que teria resultado da emissão dos vistos. Com efeito, é jurisprudência constante, para todas as decisões relativas à imigração, à entrada, à permanência ou ao afastamento dos estrangeiros, que estas matérias estão fora do âmbito do artigo 6.º.

É certo que, na ação subsequente relativa à recusa do Estado de executar uma decisão jurisdicional em matéria administrativa, o Tribunal de Recurso, para estabelecer a sua competência à luz do direito interno, considerou que o litígio apresentado tinha caráter «civil». No entanto, essa ação era apenas o prolongamento da impugnação do mérito das decisões das autoridades de recusa de emissão de vistos; o mesmo sucedeu com o processo posterior destinado a assegurar a execução da decisão proferida, por sua vez, pelo tribunal civil. O processo subjacente não se tornou "civil" apenas porque a sua execução foi pedida perante os tribunais e eles deram origem a uma decisão judicial (ver *Panjeheighalehei c. Dinamarca* (dec), n.º 11230/07, 13 de outubro de 2009, Nota de Informação 123). Neste contexto, é irrelevante que os tribunais belgas não tenham contestado a aplicabilidade do artigo 6.º; com efeito, a Convenção não impede os Estados-Membros de concedere uma proteção judicial mais ampla no que respeita aos direitos e liberdades por ela garantidos (artigo 53.º).

Conclusão: inadmissível (incompatibilidade *ratione materiae*).

ARTIGOS 1.º, 2.º § 1 E 14 DA CONVENÇÃO

DIREITO À VIDA

Makuchyan e Minasyan c. Azerbaijão e Hungria

Queixa n.º 17247/13

Decisão 26.5.2020 [Secção IV]

As autoridades do Azerbaijão renunciam, sem justificação, a executar a decisão de condenação a uma pena de prisão,

decretada na Hungria, por crime de ódio motivado pela origem étnica contra um dos seus agentes: violação.

1 – Factos

Durante uma formação da NATO em Budapeste, um oficial azerbaijanês (R.S.) decapitou um oficial arménio (um parente do segundo requerente) e ameaçou matar outro soldado arménio (o primeiro requerente), tentando arrombar a porta do seu quarto com um machado. O R.S. foi condenado a prisão perpétua na Hungria. O preconceito étnico relativamente aos seus crimes foi objeto de uma investigação aprofundada por parte dos tribunais húngaros. Depois de cumprir oito anos de pena na Hungria, R.S. foi transferido para o Azerbaijão, ao abrigo da *Convenção Relativa à Transferência de Pessoas Condenadas*, a fim de cumprir o resto da pena no seu país de origem. No entanto, quando regressou, foi imediatamente libertado, perdoado e promovido numa cerimónia pública, tendo recebido os salários em atraso pelo período que passou na prisão, bem como o usufruto de um apartamento em Baku. Vários altos responsáveis do Azerbaijão comentaram a situação e aprovaram a conduta de R.S. e o seu perdão.

2 – Direito :

Artigo 1.º (competência territorial do Azerbaijão)

A execução de uma sentença proferida no contexto do direito à vida deve ser considerada parte integrante da obrigação processual do Estado, nos termos do artigo 2.º. Independentemente do lugar onde os crimes foram praticados, na medida em que o Azerbaijão aceitou e assumiu, nos termos da *Convenção de Transferência*, a obrigação de prosseguir a execução da pena de prisão de R.S., estava obrigado a fazê-lo, em conformidade com as suas obrigações processuais, nos termos do artigo 2.º da Convenção. Em suma, existem «particularidades» que estabelecem um vínculo jurisdicional do Azerbaijão relativamente à obrigação processual prevista pelo artigo 2.º

Artigo 2.º

a) Aplicabilidade em relação ao primeiro requerente

Embora o primeiro requerente não tenha invocado ter sido vítima de qualquer dano corporal, os tribunais húngaros condenaram R.S. pela «tentativa de homicídio». A sua vida foi, portanto, exposta a um risco grave e iminente. Por conseguinte, o artigo 2.º é aplicável.

b) Obrigações substantivas do Azerbaijão nos termos do artigo 2.º da Convenção

O Tribunal atribui uma importância crucial ao facto de R.S., apesar de ser membro do exército azerbaijanês na altura dos factos, não ter atuado no exercício das suas funções oficiais, nem por ordem dos seus superiores. Pelo contrário, a prática destes crimes resultou da sua decisão pessoal de matar porque as vítimas arménias teriam rido dele e tê-lo iam provocado.

A norma em vigor no direito internacional, que decorre do artigo 11.º do Projeto da Comissão de Direito Internacional (CDI) das Nações Unidas sobre a Responsabilidade

internacional dos Estados (o «Projeto da CDI») estabelece um limiar muito elevado para a responsabilidade estatal por um ato que, de outra forma, não seria imputável a um Estado, no momento em que foi cometido. No caso em apreço, para estabelecer de forma inequívoca que não houve violação pelo Azerbaijão do artigo 2.º da Convenção na sua vertente substantiva, deve ser demonstrado de forma convincente que, pelas suas ações, as autoridades do Azerbaijão não só «aprovaram» e «confirmaram» sem reserva o comportamento litigioso, como também «reconheceram» e «adotaram» de forma clara e inequívoca essa conduta «como sua», sendo o «reconhecimento» e «a adoção» condições cumulativas.

Tendo em conta as ações do Governo do Azerbaijão no seu conjunto, incluindo as decisões de perdoar e promover R.S., de lhe pagar salários em atraso e de conceder o usufruto de um apartamento, deve considerar-se, sem qualquer dúvida, que o Azerbaijão «aprovou» e «confirmou» os atos criminosos de R.S. No entanto, após ter examinado mais minuciosamente a natureza e o alcance das medidas controvertidas no seu contexto global, o Tribunal concluiu que não se demonstrou, de forma convincente, que o Estado do Azerbaijão «de forma clara e inequívoca» «reconheceu» e «adotou» os atos deploráveis de R.S. como «seus», assumindo assim direta e categoricamente a responsabilidade pelo homicídio de uma vítima e pela tentativa de homicídio da outra. O Tribunal salientou que esta apreciação se baseou nas normas muito rigorosas do direito internacional em vigor.

No essencial, as medidas controvertidas poderiam ser interpretadas como tendo por objetivo tratar publicamente, reconhecer e corrigir a situação pessoal, profissional e financeira desfavorável de R.S., na qual as autoridades do Azerbaijão viram, injustificadamente na opinião do Tribunal, a consequência dos alegados dos vícios do processo penal na Hungria.

Por último, nos casos em que foram cometidos crimes por agentes da polícia que atuam fora das suas funções oficiais, os Estados-Membros do Conselho da Europa devem assegurar um elevado nível de competência dos profissionais das forças de segurança e assegurar que estes satisfaçam os critérios que lhes são impostos. Normas semelhantes podem aplicar-se aos membros das forças armadas. Porém, tendo em conta as circunstâncias específicas do caso em apreço, o Tribunal não está convencido de que os atos privados de R.S. poderiam ter sido previstos pelos seus superiores ou que devem ser imputáveis ao Estado azerbaijanês no seu conjunto, com base apenas no facto de este indivíduo ser seu agente. De facto, os atos litigiosos foram tão flagrantemente abusivos e afastados do estatuto oficial de militar de R.S. que o seu comportamento criminoso gravíssimo não pode implicar a responsabilidade internacional material do Estado. Além disso, nada indica que na altura em que R.S. foi enviado em missão, o procedimento seguido no Azerbaijão para recrutar membros das forças armadas e assegurar que estes cumprissem as regras profissionais, incluindo a sua aptidão mental para o serviço, era inadequado.

Conclusão: não violação (seis votos contra um).

c) Obrigações processuais do Azerbaijão nos termos do artigo 2.º da Convenção

Uma vez que o Azerbaijão assumiu a responsabilidade pela execução da pena de prisão de R.S. - ou seja, no momento da sua transferência - foi chamado a dar uma resposta adequada a um crime muito grave fundado num preconceito étnico. Tendo em conta a situação política extremamente tensa entre os dois países, as autoridades deveriam ter sido mais cuidadosas, sabendo que as vítimas dos crimes em causa eram de origem arménia.

Nenhum dos argumentos apresentados pelo Governo do Azerbaijão a favor da libertação imediata de R.S. convenceu o Tribunal. Em primeiro lugar, R.S. beneficiou de um processo penal na Hungria em duas intâncias, que proferiram decisões bem fundamentadas. Aliás, R.S., não apresentou ao Tribunal uma queixa contra a Hungria no âmbito do artigo 6.º. Em qualquer caso, não existem provas suficientes de que uma eventual omissão processual não tenha sido posteriormente compensada por garantias processuais ou de que essa omissão tenha tornado o procedimento completo injusto.

Em segundo lugar, a história pessoal e os problemas mentais de R.S. não são suficientes para justificar a não execução pelas autoridades do Azerbaijão da sanção imposta por um crime de ódio grave cometido no estrangeiro. As capacidades mentais de R.S. foram objeto de uma avaliação aprofundada durante o seu processo na Hungria. Além disso, a sua promoção a um nível militar superior indica claramente que não sofria de perturbações mentais graves.

Em suma, R.S. foi tratado como um inocente ou como uma pessoa condenada erradamente, tendo-lhe sido conferidos vários benefícios (salários em atraso, apartamento, promoção), que não tinham qualquer base jurídica no direito interno. Tendo em conta o que precede, os atos do Azerbaijão concederam a R.S. a impunidade pelos crimes cometidos contra as vítimas arménias, o que não era compatível com a obrigação do Azerbaijão, nos termos do artigo 2.º, de dissuadir efetivamente a prática de crimes contra a vida de outrem.

Conclusão: violação (unanimidade).

d) Obrigações processuais da Hungria nos termos do artigo 2.º da Convenção

O Tribunal examinou se, e em que medida, um Estado que procede a uma transferência pode ser responsável pela proteção dos direitos das vítimas de um crime assim como dos seus parentes. As autoridades húngaras seguiram integralmente o procedimento previsto na *Convenção de Transferência*. Pediram às autoridades do Azerbaijão que especificassem o procedimento a seguir em caso de regresso de R.S. ao seu país de origem. Embora a resposta das autoridades azerbaijanenses tenha sido incompleta e formulada em termos gerais, o que poderia ter suscitado suspeitas quanto ao modo de execução da pena de prisão a que R.S. foi condenado e incitado as autoridades húngaras a tomar outras medidas, não foram apresentadas provas concretas perante o Tribunal para demonstrar que as autoridades húngaras sabiam ou deveriam ter sabido que

R.S. seria libertado quando regressasse ao Azerbaijão. Tendo em conta a duração da pena já cumprida por R.S. numa prisão húngara, o Tribunal não vê, o que mais poderiam ter feito os órgãos húngaros competentes, para respeitar o procedimento e o espírito da *Convenção de Transferência* do que partir do princípio de que outro Estado-Membro do Conselho da Europa atuaria de boa fé. Por conseguinte, as autoridades húngaras não violaram as suas obrigações processuais.

Conclusão: não violação (seis votos contra um).

Artigo 14.º conjugado com o artigo 2.º (Azerbaijão)

A tarefa do Tribunal consistiu em determinar se a origem étnica arménia das vítimas de R.S. e a natureza dos seus crimes desempenharam um papel nas medidas tomadas pelas autoridades azerbaijanesas após o seu regresso ao Azerbaijão. O Governo não indicou qualquer base jurídica interna para as vantagens acima referidas que foram concedidas a R.S., as quais foram consideradas, como se pode compreender, como recompensas pelas suas ações. Também não citou exemplos de outros assassinos condenados que obtiveram vantagens análogas à sua libertação após um perdão presidencial. Além disso, é lamentável que vários altos funcionários do Azerbaijão tenham feito declarações, glorificando R.S. como patriota e herói e expressando, em particular, apoio ao facto dos seus crimes terem sido dirigidos contra soldados arménios. Numa página internet criada especificamente para esse efeito, no site do Presidente do Azerbaijão, muitos agradeceram ao presidente por ter perdoado R.S. porque caucionavam o facto de ele ter assassinado uma vítima arménia. Embora o próprio presidente nunca tenha publicado nada nesta página, o simples fato de ela existir, implica que o perdão poderia ser visto como uma etapa importante no processo de legitimação e glorificação dos atos de R.S.

Por conseguinte, os requerentes apresentaram conclusões suficientemente sólidas, claras e concordantes para apresentarem elementos de prova *prima facie* convincentes de que as medidas tomadas pelas autoridades do Azerbaijão contra o R.S., conduzindo à sua impunidade virtual e conjugadas com a glorificação do seu crime de ódio extremamente cruel, tinham uma relação com a origem étnica arménia das suas vítimas e eram, portanto, motivadas por considerações raciais. O Governo do Azerbaijão tentou justificar os seus atos invocando as mesmas razões que foram rejeitadas pelo Tribunal como não convincentes no contexto da acusação dos requerentes no âmbito da vertente processual do artigo 2.º (supra). Por conseguinte, o Governo não refutou a alegação de discriminação feita pelos requerentes.

Conclusão: violação (seis votos contra um).

Além disso, o Tribunal considera, por unanimidade, que nem o Azerbaijão nem a Hungria violaram o artigo 38.º da *Convenção*.

Artigo 46.º: nenhuma indicação de medidas gerais ou individuais em relação ao Azerbaijão.

Artigo 41.º: Não há pedido de indemnização.

(Ver relativamente ao artigo 2.º: *Makaratzis c. Grécia* [GC], n.º 50385/99, 20 de dezembro de 2004, Nota informativa 70; *Gray c. Alemanha*, n.º 49278/09, 22 de maio de 2014, Nota informativa 174; *Marguš c. Croácia* [GC], n.º 4455/10, 27 de maio de 2014, Nota informativa 174; *Zoltai c. Hungria e Irlanda* (Dec.), 61946/12, 29 de setembro de 2015, Nota informativa 189; *Kitanovska Stanojkovic e outros c. Antiga República Jugoslava da Macedónia*, n.º 2319/14, 13 de outubro de 2016, Nota informativa 200; *Güzelyurtlu e outros c. Chipre e Turquia* [GC], n.º 36925/07, 29 de janeiro de 2019, Nota informativa 225. Ver também o artigo 14.º em conjugação com o aspeto processual do artigo 2.º: *Natchova e outros c. Bulgária* [GC], n.ºs 43577/98 e 43579/98, 6 de julho de 2005, Nota informativa 77; *Anguelova e Iliev c. Bulgária*, n.º 55523/00, 26 de julho de 2007, Nota informativa 99)

ARTIGO 7.º DA CONVENÇÃO

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Parecer consultivo solicitado pelo Tribunal Constitucional arménio

Pedido n.º P16-2019-001

Decisão 29.5.2020 [CG]

Parecer consultivo sobre a utilização da técnica da «legislação por referência» na definição de crime e critérios de comparação entre o direito penal em vigor à data dos factos e o direito penal alterado.

Contexto – Em 2018, o antigo Presidente da Arménia, R. Kocharyan, foi acusado de subversão da ordem constitucional essencialmente por ter declarado o estado de emergência e por ter usado as forças armadas para reprimir os protestos pós-eleitorais em Fevereiro-Março de 2008. Na altura dos factos, os atos que visavam o derrube violento da ordem constitucional eram puníveis nos termos do artigo 300.º da antiga versão do Código Penal (CP) como parte do crime de «usurpação do poder». Em 2009, o CP foi alterado e a definição das infrações de «usurpação do poder» (artigo 300.º) e «derrube da ordem constitucional» (artigo 300.º, 1.º) foi modificada,, mas a pena aplicada permaneceu a mesma. O Sr. Kocharyan foi acusado, com base no artigo 300.º-1.º do CP de 2009, que definia a infração como a "eliminação de facto de qualquer uma das normas prescritas pelos artigos 1.º a 5.º e o n.º 1 do artigo 6.º da Constituição, ao pôr termo à validade dessa norma no sistema jurídico". A versão anterior era mais ampla na medida em que qualquer ação destinada a derrubar a ordem constitucional era punível, enquanto na versão de 2009, apenas a eliminação de facto de determinados princípios fundamentais da Constituição é punível. Noutros aspetos, o artigo 300.º do antigo CP era mais restrito, uma vez que continha um elemento de violência que desapareceu do artigo 300.º-1.º do CP de 2009.

Parecer

Considerações preliminares

Em primeiro lugar, as perguntas apresentadas eram, pelo menos em parte, amplas e muito gerais. No entanto, o Tribunal tinha competência para as reformular e juntar algumas delas, tendo em conta as circunstâncias específicas de facto e de direito em causa no processo interno. Além disso, embora o Colégio tivesse aceite o pedido de parecer consultivo no seu conjunto, tal não podia privar a Grande

Câmara da possibilidade de utilizar todos os poderes conferidos, incluindo o poder de interpretar a competência do Tribunal. A decisão do Colégio também não podia impedir a Grande Câmara de avaliar, com base no pedido inicial, as observações recebidas e todos os outros elementos à sua disposição, se cada uma das questões apresentadas cumprir os requisitos do artigo 1.º do Protocolo n.º 16.

Em segundo lugar, o processo pendente no Tribunal Constitucional era, pela sua natureza, prejudicial. Embora isso não constitua um obstáculo ao tratamento do presente pedido, não deixa de delimitar o âmbito da abordagem do Tribunal, em especial quando, como no presente caso, o processo principal se encontra numa fase muito precoce e os factos relevantes ainda não foram objeto de qualquer decisão judicial. Em conformidade com o princípio da subsidiariedade, o parecer consultivo do Tribunal basear-se-ia nos factos fornecidos pelo Tribunal Constitucional e informaria qual a interpretação que o Tribunal faz das disposições internas relevantes para o processo que lhe é submetido, à luz dos requisitos decorrentes do artigo 7.º da Convenção. Caberia, em seguida, ao tribunal de primeira instância aplicar a resposta dada pelo Tribunal Constitucional aos factos concretos do caso.

A primeira e a segunda perguntas

«Os conceitos de «direito» nos termos do artigo 7.º da Convenção e de «lei» referido noutros artigos da Convenção, por exemplo, nos artigos 8.º a 11.º, implicam as mesmas condições qualitativas (precisão, acessibilidade, previsibilidade e estabilidade)?»

No caso contrário, quais são as regras que permitem efetuar uma diferenciação?»

O Tribunal não detetou qualquer ligação direta entre essas questões e os processos internos pendentes. A resposta do Tribunal seria de natureza abstrata e geral, ultrapassando assim o âmbito de um parecer consultivo previsto no Protocolo n.º 16. Por conseguinte, essas questões não cumpriam os requisitos do artigo 1.º do Protocolo n.º 16 e não podiam ser reformuladas de modo a permitir ao Tribunal desempenhar eficazmente a sua função consultiva e em conformidade com o seu objetivo. Por conseguinte, não pôde responder a essas perguntas.

A terceira questão

«O direito penal que, na definição de infração, se refere a certas disposições de um ato jurídico com força jurídica suprema e um nível de abstração mais elevado preenche as condições de precisão, acessibilidade, previsibilidade e estabilidade?»

Esta pergunta referia-se ao facto de o Sr. Kocharyan ter sido acusado de um crime, que foi definida pela utilização da técnica da "legislação por referência" (a técnica segundo a qual as disposições substantivas do direito penal, ao estabelecerem os elementos constitutivos das infrações penais, fazem referência a disposições legais fora do direito penal). No caso do artigo 300.º-1.º do CP de 2009, essa técnica legislativa tinha sido usada para se referir aos artigos

1.º a 5.º e 6.º da Constituição Arménia, que tinham força jurídica suprema e foram formuladas com um nível mais elevado de abstração do que as disposições do CP. O Tribunal Constitucional pergunta, no essencial, se esta técnica é compatível com o artigo 7.º da Convenção e, sobretudo, com as exigências de clareza e previsibilidade que daí decorrem.

O Tribunal ainda não se pronunciou explicitamente sobre a questão de saber se a utilização da referida técnica é compatível com o artigo 7.º. No entanto, tal como decorre dos exemplos de jurisprudência que o Tribunal cita (*Kuolelis e outros c. Lituânia*, *Haarde c. Islândia*), nas quais o direito penal em causa continha referências a outras áreas do direito, nomeadamente a Constituição, o Tribunal admitiu implicitamente o recurso a essa técnica e examinou se, lidos conjuntamente, a lei penal que se referia a uma disposição da Constituição e a disposição constitucional a que se fazia referência, eram suficientemente claras e previsíveis na sua aplicação. Tendo em conta o seu elevado nível de abstração, as disposições constitucionais são frequentemente completadas por atos de um nível inferior na hierarquia das normas, por costumes constitucionais não codificados e pela jurisprudência. O Tribunal não viu qualquer razão para se afastar da conclusão que consta da decisão *Haarde c. Islândia*, em que considerou que o artigo 7.º da Convenção não excluía que a prova da existência de uma prática constitucional possa contribuir para a análise global, pelo juiz nacional, da previsibilidade de uma infração baseada numa disposição de natureza constitucional. Além disso, ambos os casos, em que o Tribunal concluiu pela não violação do artigo 7.º, parecem indicar que pode ser exigida uma prudência especial aos responsáveis políticos profissionais ou aos titulares de altas funções na avaliação da questão de saber se um determinado comportamento pode, ou não, implicar responsabilidade penal.

Por conseguinte, o Tribunal considerou que a utilização da técnica da «legislação por referência» para incriminar atos ou omissões não era, por si só, incompatível com os requisitos do artigo 7.º. No entanto, a fim de dar cumprimento a essa disposição, o direito penal que defina uma infração recorrendo a essa técnica deve ser suficientemente preciso, acessível e previsível na sua aplicação. Dado que a disposição referenciada passou a fazer parte da definição da infração, as duas normas (a referência e a referenciada) lidas conjuntamente devam permitir às pessoas interessadas prever, se necessário com a ajuda de aconselhamento jurídico adequado, que comportamento pode implicar a sua responsabilidade penal. Este requisito aplica-se igualmente a situações em que a disposição referenciada tem um grau hierárquico mais elevado na ordem jurídica em causa ou um nível de abstração mais elevado do que a disposição de referência.

A forma mais eficaz de garantir a clareza e a previsibilidade de uma incriminação concebida com base neste modelo consiste em garantir que a referência seja explícita e que a norma referenciada defina os elementos constitutivos da infração. Além disso, as disposições referenciadas não devem alargar o alcance da incriminação tal como é definida pela norma de referência. Em qualquer caso, compete ao órgão jurisdicional nacional que aplica simultaneamente a

disposição da referência e a disposição referenciada, apreciar se a instauração de uma responsabilidade penal era previsível nas circunstâncias do caso em consideração.

A quarta questão

«À luz do princípio da não retroatividade do direito penal (Artigo 7.º § 1 da Convenção), que critérios são estabelecidos para comparar o direito penal em vigor no momento da prática do crime e o direito penal alterado, a fim de identificar as suas semelhanças ou diferenças contextuais (essenciais)?»

Tendo em conta o contexto em que o Tribunal Constitucional colocou a sua questão (a alteração de 2009 da definição da infração de subversão da ordem constitucional), a jurisprudência do Tribunal relativa à requalificação dos factos constantes da acusação quando há sucessão de leis penais no tempo é particularmente interessante (*G. c. França, Ould Dah c. França, Berardi e Mularoni c. São Marino, Rohlena c. República Checa* [GC]). Em tais situações, o Tribunal procurou determinar se os factos em questão já eram puníveis, ao abrigo das disposições em vigor, à data em que foram praticados. Além disso, considerou que a pena aplicada não podia exceder os limites fixados pela disposição em vigor à data da prática do ilícito penal.

A jurisprudência do Tribunal não oferece uma série exaustiva de critérios a aplicar para comparar o direito penal que estava em vigor à data em que o ilícito penal foi praticado. No entanto, foi possível concluir que tal comparação tinha de ser efetuada pelo tribunal competente, não comparando as definições ou qualificações formais da infração *in abstracto*, mas *in concreto*, tendo em conta as circunstâncias específicas do caso. A decisão *Maktouf e Damjanović c. Bósnia e Herzegovina* [GC] foi particularmente clara no que toca à aplicação do método de comparação *in concreto* no que diz respeito a penas. Embora o princípio da concretização tenha sido desenvolvido em casos relacionados com a alteração das penas aplicáveis, o Tribunal considera que deveria igualmente aplicar-se aos casos que impliquem uma comparação entre a definição da infração à data em que foi praticada e a sua definição resultante de uma alteração subsequente.

Tal como salientado pelo Tribunal Constitucional, a definição da infração de subversão da ordem constitucional no artigo 300.º-1.º do CP de 2009 é simultaneamente mais ampla e mais estreita do que a prevista na disposição que estava em vigor à data dos factos alegados. Tendo em conta as considerações acima expostas, o Tribunal considera que não se deve responder *in abstracto* mas *in concreto*, à luz das circunstâncias específicas do processo, à questão de saber se a aplicação da disposição de 2009 prejudicaria o princípio da não-retroatividade consagrada no artigo 7.º da Convenção. Cabe aos tribunais nacionais comparar os efeitos jurídicos da eventual aplicação de ambas as disposições em questão. Caso verifiquem que não se encontravam preenchidos todos os elementos típicos do crime e as outras condições para a instauração da responsabilidade penal, tal como definidas pela disposição em vigor à data dos factos, ou que a aplicação da disposição de 2009 traria consequências mais graves para os acusados

do que a aplicação da disposição anterior, a disposição mais recente, não podendo ser considerada mais favorável, não pode ser aplicável no presente caso.

Em suma, a fim de determinar se, para efeitos do artigo 7.º, uma lei adotada após a alegada prática de um crime era mais ou menos favorável para o acusado do que a que estava em vigor à data dos factos alegados, devem ter em conta as circunstâncias específicas do caso em consideração (princípio da concretização). Se a lei subsequente for mais severa do que a lei que estava em vigor à data da alegada infração, não deve ser aplicada.

ARTIGO 9.º §1 DA CONVENÇÃO

LIBERDADE DE RELIGIÃO

Korostelev c. Rússia

Queixa n.º 29290/10

Decisão 12.5.2020 [Seção III]

Advertência aplicada a um detido muçulmano que realizou ritos religiosos durante a noite, em violação do regulamento penitenciário: violação

1 – Facto

O requerente, muçulmano praticante, foi alvo de advertência por ter rezado duas vezes («Salah») durante a noite na prisão onde estava detido, enquanto era exigido um «sono ininterrupto» a todos os detidos.

2 – Direito - Artigo 9.º:

O requerente recebeu uma advertência por ter violado as regras que fixam o horário no interior da prisão e por ter ignorado as ordens dos guardas prisionais que o haviam intimado a regressar à sua cama. A imposição de uma pena disciplinar ao requerente, mesmo sob uma forma ligeira, como uma advertência, analisa-se numa interferência no seu direito à liberdade de religião, pelo que a questão está em saber se essa interferência era justificada e necessária numa sociedade democrática.

Afigura-se que a única razão para a pena aplicada ao requerente era a incompatibilidade formal dos seus atos com as regras que fixam o horário no interior da prisão e a vontade das autoridades de obter o respeito total e incondicional dessas regras por cada prisioneiro. Embora reconhecendo a importância da disciplina prisional, o Tribunal não pode aceitar uma abordagem tão formalista, que desrespeita a situação individual do requerente e não tem em conta a obrigação de assegurar um justo equilíbrio entre interesses públicos e privados concorrentes.

Era particularmente importante para o requerente cumprir o seu dever de oração à hora prescrita pela sua religião. Este dever deve ser cumprido todos os dias, nomeadamente durante o Ramadão. Nada indica que o respeito do requerente do seu dever de oração durante a noite tenha ameaçado a ordem e a segurança dentro da prisão. O requerente não utilizou objetos perigosos nem procurou rezar junto de um grande grupo com outros detidos. Além disso, os ritos religiosos realizados pelo requerente não perturbaram os detidos nem os guardas prisionais, pois realizou o Salah durante o isolamento, sem qualquer ruído

ou fator perturbador. Por último, não parece que a realização do Salah tenha exaurido o requerente ou que este possa ter prejudicado a sua saúde ou a sua capacidade de participar num processo penal.

As regras que fixavam o tempo na prisão não previam explicitamente «tempo de oração» ou «tempo pessoal» que pudesse ser deixado ao critério dos detidos, como recomendam as regras penitenciárias europeias. Nas circunstâncias do caso em apreço, não foi exigido qualquer acordo especial por parte das autoridades para respeitar o desejo do requerente de fazer as suas orações.

Por último, uma vez que a advertência constitui uma forma de pena disciplinar, não só reduziu as hipóteses de libertação antecipada, de atenuação do regime penitenciário ou de obtenção de uma recompensa para o requerente, como também teve um efeito dissuasor sobre os outros detidos. A proporcionalidade desta pena não foi corretamente apreciada pelos órgãos jurisdicionais internos. Eles limitaram-se a averiguar se o comportamento do requerente tinha ou não violado as regras que fixam o horário no interior da prisão. Não especificaram o objetivo legítimo da ingerência controvertida na liberdade de religião do requerente nem procederam a uma ponderação.

Tendo em conta o que precede, a ingerência na liberdade de religião do requerente não pode ser considerada necessária numa sociedade democrática.

Conclusão: violação (unanimidade).

Artigo 41.º: 2.600 EUR por danos morais.

(Ver *Jakóbski c. Polónia*, n.º 18429/06, 7 de dezembro de 2010, Nota informativa 136; ver também *a contrario*, X. c. *Áustria*, n.º 1753/63, decisão da Comissão de 15 de fevereiro de 1965, e *Kovaļkovs c. Letónia* (Dec.), n.º 35021/05, 31 de janeiro de 2012)

O CONTEÚDO DESTA NEWSLETTER NÃO VINCULA O TRIBUNAL

ELABORAÇÃO:

ANA MARIA GUERRA MARTINS

JUIZA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS HUMANOS (TEDH)

ANA MARIA DUARTE

JURISTA DO TEDH

INÉS SAMPAIO SAINT-JOLY

UNIVERSIDADE PARIS ASSAS

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS (CEJ)

EDGAR TABORDA LOPES

JUIZ DESEMBARGADOR

ANA CAÇAPO

GRAFISMO – FORMAÇÃO CEJ