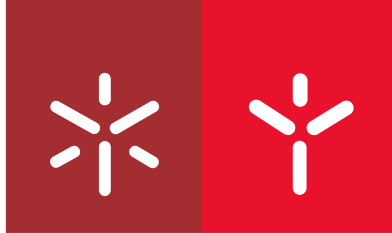




**Universidade do Minho**  
Escola de Direito

Ana Isabel Soares Quintas

**O Equilíbrio entre o Princípio do  
Non-Refoulement e as Cláusulas de  
Exclusão do Estatuto de Refugiado:  
análise jurisprudencial**



**Universidade do Minho**  
Escola de Direito

Ana Isabel Soares Quintas

**O Equilíbrio entre o Princípio do  
Non-Refoulement e as Cláusulas de  
Exclusão do Estatuto de Refugiado:  
análise jurisprudencial**

Dissertação de Mestrado  
Mestrado em Direitos Humanos

Trabalho realizado sob a orientação da  
**Professora Doutora Andreia Sofia Pinto de Oliveira**

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA DISSERTAÇÃO APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE;

Universidade do Minho, \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

## **Agradecimentos**

À minha Mãe e ao meu Pai por serem o rochedo que me sustentem.

À minha Irmã por ser a minha fonte de alegria.

Aos meus Avós pelo apoio incondicional.

À minha Orientadora por acreditar em mim e neste projeto.

A Mim própria pela força e disciplina.

Às minhas Amigas e Amigos por me terem acompanhado neste árduo caminho.



## **O Equilíbrio entre o Princípio do Non-Refoulement e as Cláusulas de Exclusão do Estatuto de Refugiado - Análise Jurisprudencial**

A presente dissertação de Mestrado relativa ao tema dos Refugiados apresenta-se como uma demonstração da minha preocupação para com um dos mais atuais problemas do direito internacional.

Consagrado pela Convenção de Genebra de 1951 relativa ao estatuto dos refugiados, o Princípio do Non-Refoulement inicia a sua tarefa fundamental de proteção deste grupo de indivíduos, através da proibição da sua expulsão para um Estado onde possam vir a sofrer ameaças contra a sua vida ou liberdade em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas, tendo-se traduzido em verdadeiro *ius cogens*, a que os Estados estão obrigados independentemente da ratificação ou não da Convenção mencionada. Conjuntamente com este Princípio, a Convenção de Genebra de 1951 estabeleceu as Cláusulas de Exclusão do estatuto de refugiado, de modo a que, todos aqueles que praticaram atos criminosos, sejam considerados indignos desta proteção.

Como se pôde verificar pouco depois da entrada em vigor desta Convenção, estes dois institutos chocavam entre si, através da aplicação contrária de um face ao outro, já que parece impor-se aos Estados a obrigação de aceitar tais requerentes de asilo, apesar da exclusão, quando estes alegam e provam que poderão vir a sofrer violações à sua integridade física, vida ou liberdade com a sua expulsão do Estado de asilo.

Desta forma, é intuito desta dissertação responder a esta questão e demonstrar que um equilíbrio entre estes institutos é possível, mesmo com os atuais limites criados com o Terrorismo e novas condutas criminosas, demonstrando-se a necessidade de uma nova inspiração interpretativa das normas da Convenção de Genebra de 1951, ultrapassando-se os limites históricos e políticos da sua criação.

Para uma efetiva solução desta querela, a análise das diferentes ordens jurídicas atuais e sua jurisprudência impõe-se, adivinhando-se as novas interpretações do Princípio do Non-Refoulement e das Cláusulas de Exclusão.



## **The Balance between the Non-Refoulement Principle and the Exclusion Clauses of the Refugee Status - Jurisprudential Analysis**

This Master thesis is related to the main theme of Refugees and is presented as a demonstration of my personal concern for one of the most current issues of the international law.

Established in the 1951 Geneva Convention relating to the Status of Refugees, the Principle of Non-Refoulement starts its fundamental task of protecting this vital group of individuals, by prohibiting the expulsion to a country where they may suffer threats against life or freedom in virtue of their race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion, by which the States are obligated regardless of the ratification or not of the mentioned Convention. In junction with this Principle, the 1951 Geneva Convention established the Exclusion Clauses of refugee status, so that all those who committed criminal acts are deemed unworthy of such protection.

As could be verified shortly after the entry into force of this Convention, these two institutes clashed with each other through their contrary application, since it seems to impose upon States the obligation to accept such asylum seekers, despite the exclusion, when they claim and prove that they are likely to suffer treatment contrary to the Principle of Non-Refoulement with their expulsion from the asylum state.

Thus, this thesis aims to answer this question and confirm that a balance between these institutes is possible even with the current limits created with Terrorism and the new criminal conducts, demonstrating the need for a new interpretive inspiration of the 1951 Geneva Convention standards, exceeding the limits of its historical and political establishment.

For an effective solution of this dispute, the analysis of the different legal systems and the current case law is imposed, decoding the new interpretations of the Principle of Non-Refoulement and the Exclusion Clauses of the refugee status.





**Índice**

<b>Resumo.....</b>	<b>v</b>
<b>Abstract.....</b>	<b>vii</b>
<b>Índice.....</b>	<b>ix</b>
<b>Lista Abreviaturas e Siglas.....</b>	<b>xiii</b>
<b>Notas Introdutórias.....</b>	<b>1</b>
<b>PARTE I – Enquadramento Internacional, Europeu e Português do Princípio do Non-Refoulement e das Cláusulas de Exclusão: Fontes e Análise Jurisprudencial.....</b>	<b>7</b>
<b>Capítulo I) O Princípio do Non-Refoulement e as Cláusulas de Exclusão na Organização das Nações Unidas.....</b>	<b>8</b>
<b>Subcapítulo 1) A Convenção das Nações Unidas relativa aos Estatuto dos Refugiados (Convenção de Genebra de 1951).....</b>	<b>8</b>
<b>Subcapítulo 2) As Recomendações do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados – O Comité Executivo.....</b>	<b>17</b>
<b>Subcapítulo 3) A Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes.....</b>	<b>21</b>
<b>Capítulo II) O Princípio do Non-Refoulement e as Cláusulas de Exclusão no Conselho da Europa.....</b>	<b>26</b>
<b>Subcapítulo 1) A Convenção Europeia dos Direitos do Homem.....</b>	<b>26</b>
<b>Subcapítulo 2) As Recomendações do Comité de Ministros do Conselho da Europa.....</b>	<b>28</b>

<b>Subcapítulo 3)</b> A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.....	<b>32</b>
---	-----------

<b>Capítulo III)</b> O Princípio do Non-Refoulement e as Cláusulas de Exclusão na União Europeia.....	<b>47</b>
---	-----------

<b>Subcapítulo 1)</b> A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a Diretiva 2004/83/CE de 29 de Abril.....	<b>47</b>
---	-----------

<b>Subcapítulo 2)</b> A Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.....	<b>64</b>
--	-----------

<b>Capítulo IV)</b> O Princípio do Non-Refoulement e as Cláusulas de Exclusão em Portugal.....	<b>87</b>
--	-----------

<b>Subcapítulo 1)</b> A Constituição da República Portuguesa e a Lei n.º 27/2008 de 30 de Junho.....	<b>87</b>
--	-----------

<b>Subcapítulo 2)</b> A Jurisprudência dos Tribunais Administrativos Portugueses.....	<b>97</b>
---	-----------

<b>Capítulo V)</b> Notas Conclusórias.....	<b>113</b>
--	------------

<b>PARTE II – O Sentido e Alcance do Princípio do Non-Refoulement e das Cláusulas de Exclusão: Aplicação normativa e sua Compatibilização.....</b>	<b>121</b>
--	------------

<b>Capítulo I)</b> O Princípio do Non-Refoulement.....	<b>123</b>
--	------------

<b>Subcapítulo 1)</b> Âmbito Pessoal do Princípio do Non-Refoulement.....	<b>123</b>
---	------------

<b>Subcapítulo 2)</b> Âmbito Territorial do Princípio do Non-Refoulement.....	<b>127</b>
---	------------

<b>Subcapítulo 3)</b> O Refoulement Indireto.....	<b>129</b>
<b>Subcapítulo 4)</b> As Exceções ao Princípio do Non-Refoulement.....	<b>133</b>
<b>Capítulo II)</b> As Cláusulas de Exclusão.....	<b>136</b>
<b>Subcapítulo 1)</b> O Objetivo das Cláusulas de Exclusão.....	<b>136</b>
<b>Subcapítulo 2)</b> Crimes contra a paz, crime de guerra e crime contra a Humanidade (Art. 1.º-F, a)).....	<b>137</b>
<b>Subcapítulo 3)</b> Crime grave de direito comum (Art. 1.º-F, b)).....	<b>140</b>
<b>Subcapítulo 4)</b> Atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas (Art. 1.º-F, c)).....	<b>143</b>
<b>Capítulo III)</b> A Questão do Equilíbrio entre o Princípio do Non-Refoulement e as Cláusulas de Exclusão: Desequilíbrio, Equilíbrio e Pós-Equilíbrio.....	<b>148</b>
<b>Subcapítulo 1)</b> Enquadramento Temático.....	<b>148</b>
<b>Subcapítulo 2)</b> O Princípio do Non-Refoulement e a sua Aplicação aos Autores de Crimes de Guerra, contra a Paz e a Humanidade e os Atos contrários aos Objetivos e Princípios das Nações Unidas.....	<b>150</b>
<b>Subcapítulo 3)</b> O Princípio do Non-Refoulement e a sua Aplicação aos Autores de Crimes Graves de Direito Comum.....	<b>155</b>
<b>Ponto 3.1)</b> A distinção entre os arts. 1.º - F, alínea b) e 33.º, n.º 2 da Convenção de Genebra de 1951.....	<b>156</b>
<b>Ponto 3.2)</b> O Equilíbrio propriamente dito.....	<b>161</b>
<b>3.2.1)</b> Hipóteses de concretização do Equilíbrio	
<b>3.2.1.1)</b> Caso A.....	<b>163</b>

<b>3.2.1.2) Caso B.....</b>	<b>169</b>
<b>Subcapítulo 4) O Pós-equilíbrio.....</b>	<b>171</b>
<b>Ponto 4.1) O Destino do Indivíduo.....</b>	<b>172</b>
<b>Ponto 4.2) O Estatuto a conceder.....</b>	<b>175</b>
<b>4.2.1) Concessão Provisória de Proteção.....</b>	<b>175</b>
<b>4.2.2) O Estatuto C.....</b>	<b>178</b>
<b>PARTE iii – Conclusões Finais.....</b>	<b>185</b>
<b>PARTE IV – Bibliografia Citada.....</b>	<b>194</b>
<b>PARTE V – Índice de Jurisprudência Consultada.....</b>	<b>205</b>

**Lista Abreviaturas e Siglas**

ACNUR = Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (em inglês, UNHCR)

CAT = Convenção contra a Tortura ou outras Penas e Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (do inglês, Convention Against Torture)

CDFUE = Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CE = Conselho Europeu

CEDH = Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEE = Comunidade Económica Europeia

Cf. = Confrontar

CoE = Conselho da Europa

CPR = Conselho Português para os Refugiados

CRP = Constituição da República Portuguesa

DLG = Direitos, Liberdades e Garantias

ECRE = European Council on Refugees and Exiles (Conselho Europeu para os Refugiados e Exilados)

ExCom = Comité Executivo

Id. = Idem

LA = Lei do Asilo

MAI = Ministério da Administração Interna

MOU = Memorandum of Understanding

ONU = Organização das Nações Unidas

Pág. (s) = Página(s)

PE = Parlamento Europeu

SEF = Serviço de Estrangeiros e Fronteiras

TCASul = Tribunal Central Administrativo Sul

TEDH = Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TFA = Tribunal Federal Administrativo Alemão

TIJ = Tribunal Internacional de Justiça

TJUE = Tribunal de Justiça da União Europeia

TPI = Tribunal Penal Internacional

UE = União Europeia

## NOTAS INTRODUTÓRIAS

*“The surrogate protection of human rights required by refugee law is too valuable a tool not to be widely understood, and conscientiously implemented”<sup>1</sup>*

*(Hathaway)*

O direito internacional dos refugiados apresenta-se-nos, atualmente, como um dos principais objetivos da comunidade internacional para uma efetiva aplicação dos direitos humanos. Na realidade, como bem refere o autor Guy S. Goodwin-Gill, o discurso das últimas décadas tem-se direcionado para uma ideia de que os refugiados devem ser protegidos pela comunidade internacional<sup>2</sup>, pelo que vários são, hoje, os instrumentos internacionais, regionais e nacionais que protegem (melhor, pretendem proteger) este grupo de pessoas. De facto, os direitos dos refugiados é o mecanismo mais efetivo e autónomo para aqueles que, simplesmente, não podem permanecer em segurança nos seus próprios países<sup>3</sup>.

Neste sentido, salienta-se, *prima facie*, a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto de Refugiado, igualmente conhecida por Convenção de Genebra de 1951, como o primeiro grande passo evolutivo no desenvolvimento de *standards* gerais para proteção dos refugiados, ao nível do Direito dos Tratados.

Desse modo, o direito dos refugiados é informado pelo objeto amplo do propósito da Convenção de Genebra de 1951 e pelo seu Protocolo de Nova Iorque de 1967, pelo que é no campo de atuação da Convenção de Genebra de 1951, que o Princípio do Non-Refoulement e as Cláusulas de Exclusão foram e ainda são definidos, bem como ajudam a definir uma série de instrumentos internacionais relativos aos refugiados, tanto a nível universal como ao nível regional.

É neste sentido que a Convenção relativa ao Estatuto de Refugiado de 1951, no seu artigo 1.º-A, n.º 2, define refugiado como a pessoa que:

---

1 James C. Hathaway, in *The rights of refugee under international law*. Cambridge University Press, 2005, pag. 14.

2 Guy S. Goodwin-Gill in *The international protection of refugees: what future?* IJRL, 2000, pag. 1.

3 Cf. nota 1, pag. 14.



“Receando com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar”.

Ora, estes são os requisitos básicos que determinado indivíduo deverá preencher para lhe ser atribuído o estatuto de refugiado. Para Goodwin-Gill, o refugiado no direito internacional tanto pode ser o indivíduo com receio fundado de perseguição como aqueles que por válidas razões não podem retornar aos seus países de origem<sup>4</sup>; por seu lado, Fortin, define refugiado como aquela pessoa, que estando fora do seu país de origem e que tem um fundado receio de perseguição, esse Estado é incapaz ou não quer proteger dessa perseguição, ou seja, são pessoas desprotegidas da própria proteção nacional<sup>5</sup>.

Para além da estatuição formal dos critérios relativos à concessão deste estatuto, foram também incluídos na Convenção de Genebra os artigos 1.º-F e 33.º, respetivamente a consagração das Cláusulas de Exclusão e o Princípio do Non-Refoulement, dispondo respetivamente que:

“As disposições desta Convenção não serão aplicáveis às pessoas acerca das quais existam razões ponderosas para pensar: a) que cometeram um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a Humanidade (...); b) que cometeram um crime grave de direito comum fora do país que deu guarida, antes de neste serem aceites como refugiados; c) que praticaram atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas”.

## E

“1. Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, para as fronteiras dos territórios onde a sua vida, ou a sua liberdade sejam ameaçados em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas;

2. Contudo, o benefício da presente disposição não poderá ser invocado por um refugiado que haja razões sérias para considerar perigo para a segurança nacional do país onde se encontra,

---

4 Ver supra nota 2.

5 Antonio Fortin in *The meaning of protection under the Refugee Definition*, I.J.R.L., Vol. 12, n.º 4, 2000, pag. 548.

ou que, tendo sido objeto de uma condenação definitiva por um crime ou delito particularmente grave, constitua ameaça para a comunidade do dito país.”

Com estes artigos, os Estados procuravam a confirmação de princípios de direito internacional gerais, que deveriam ser interpretados de boa-fé, nos termos e com o sentido comum atribuível aos termos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de acordo com o seu contexto e à luz de seu objeto e finalidade; ora, no caso da Convenção de Genebra de 1951, essa interpretação significa a finalidade de se estender a proteção à comunidade internacional dos refugiados e garantir aos refugiados o exercício mais amplo possível dos seus direitos e liberdades fundamentais.

Como tal, o âmbito do Princípio do Non-Refoulement, na aceção do artigo 33.º da Convenção de Genebra, tem sido desenvolvido desde 1951 e agora apresenta-se como argumento e norma imperativa do direito internacional. Além disso, o próprio entendimento dos direitos humanos também tem progredido, e o *non-refoulement* é hoje entendido como uma forma de proteção dos direitos humanos para um tipo específico de pessoa, o refugiado.

Por seu lado, as Cláusulas de Exclusão têm uma lógica inerente correlacionada com todos os atos que, pela sua gravidade, tornam o seu autor indigno de proteção internacional. Como tal, o seu principal propósito é, em primeira linha, privar os autores de graves crimes de direito comum, entre outros, dessa proteção, salvaguardando o país de acolhimento da aceitação de criminosos que se apresentam como um perigo para a segurança do país.

Assim, o Princípio do Non-Refoulement no direito internacional dos refugiados surge, diante da insegurança humanitária que ameaça a vida dos refugiados, pelo que o seu desenvolvimento e conteúdo é indispensável à ideia de proteção internacional dos refugiados, enquanto que as Cláusulas de Exclusão visam proteger a dignidade do sistema de asilo de uma utilização abusiva e contrária ao seu intuito protetor.

Como tal, as Cláusulas de Exclusão e o seu efetivo e pleno equilíbrio com este Princípio apresentam-se como as pedras angulares da proteção dos direitos humanos a este grupo de indivíduos, tornando o objeto do presente estudo num dos campos de intervenção doutrinal, ao nível do direito internacional humanitário, mais atual do momento, não só devido às decisões da

jurisprudência comunitária e europeia nestes domínios, mas de igual modo face à relevância e facilidade com que estas questões se colocam.

Na realidade, a estatuição sem mais dos institutos referidos, pela Convenção de Genebra, deixou aberta uma real porta de discricionariedade para as autoridades administrativas dos Estados que, por via das Cláusulas de Exclusão, negam o estatuto de refugiado ou outro tipo de proteção a efetivos requerentes de asilo, em virtude de interesses políticos e económicos ao revés de oferecerem a proteção concedida pelo Princípio do Non-Refoulement. Como tal, desde logo, uma evidente aplicação de ambos os institutos, nomeadamente uma delimitação clara dos seus escopos de proteção impõe-se o quanto antes.

Assim, a questão que se coloca é como deve ser regulado este equilíbrio entre o Princípio de Non-Refoulement e as Cláusulas de Exclusão no seio da soberania dos Estados; como devem ser estes princípios consagrados face à legislação interna de asilo e proteção subsidiária; deverá ter-se em consideração outras interpretações mais ou menos amplas das Cláusulas de Exclusão e das próprias exceções ao Princípio do Non-Refoulement; deve ser configurada uma nova configuração de proteção internacional para estes casos fraturantes ou esta hipótese nem deve ser relevada para tais efeitos?

Ou seja, a contenda que se debate neste momento é, de como estes institutos podem ser perspetivados conjuntamente, como deve ser feito o balanço dos interesses protegidos por cada um deles, bem como quais as situações mais críticas ao nível da prática administrativa e jurisdicional; porém, deve ser extravasado este raciocínio e questionar-se qual o caminho a seguir quando o equilíbrio não é possível, ou seja, quando ambos os institutos se contrariam reciprocamente ou quando somente um deles poderá ser aplicado e, como tal, qual o estatuto (se é que existe) a conceder ao requerente/refugiado.

Ademais, a presente dissertação vai mais longe, questionando não só as atuais interpretações e aplicações dos institutos supra mencionados, mas igualmente colocando várias hipóteses fraturantes e como resolvê-las – não só à medida de cada um destes institutos – mas,

igualmente tendo em conta as exceções ao Princípio do Non-Refoulement, de modo que seja encontrada uma forma equilibrada de aplicação dos artigos em causa.

Ao nível do ordenamento jurídico português, vários problemas se colocam, quer sobre a própria letra da norma relativa às Cláusulas de Exclusão, bem como à própria configuração do sistema de asilo português.

Deste modo, estas são as considerações fulcrais que a presente dissertação pretende resolver ou, pelo menos, trazer mais alguma luz sobre a querela em causa, através dos entendimentos doutrinal e jurisprudencial destes considerandos e desse modo, contribuir para uma melhor gestão e resolução dos conflitos existentes.

\*

A presente dissertação parte da consagração da Convenção de Genebra de 1951 enquanto instrumento internacional consolidado na ordem jurídica universal e como pedra angular e informadora dos variados sistemas de asilo ao nível europeu e nacional e através da qual são conhecidas as novas leituras dadas ao asilo e ao seu âmbito de proteção.

Na realidade, o objeto deste estudo é *a priori* à questão do sistema de asilo e sua aplicação e assenta na análise das próprias Cláusulas que excluem a concessão do estatuto do refugiado, em consonância com um dos princípios mais importantes dos requerentes de proteção, o Princípio do Non-Refoulement. Nestes termos, não será examinada a evolução do sistema de asilo ou do estatuto de refugiado, pelo que, somente será estudada a evolução, aplicação e querela destes dois institutos em particular.

Ademais, também não vai aqui ser considerada, em especial, a figura da extradição, mas principalmente, a figura da expulsão<sup>6</sup>. Na realidade, convém deixar já demarcada esta diferença, e para tal, utilizando os ensinamentos dos professores Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>7</sup>, mencione-se

---

6 Se bem que, por vezes, no que concerne à aplicação das Cláusulas de Exclusão e no estudo da jurisprudência esta questão da extradição seja chamada à colação e, aí, devidamente, enquadrada.

7 In *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2007, pág. 530.

que extradição é a transferência de um indivíduo que se encontra no território de um Estado para as autoridades de outro Estado, a solicitação deste, por aí se encontrar acusado ou condenado pela prática de um crime, sendo entregue às autoridades deste Estado; por seu lado, no que diz respeito à expulsão, esta é uma ordem de saída do território de um Estado, que a determina autonomamente e sem a intervenção de um Estado terceiro.

Ora, desse modo, a presente dissertação inicia-se por uma breve resenha histórica acerca das origens e desenvolvimento destes institutos no seio dos principais regimes jurídicos existentes, ou seja, ao nível da Organização das Nações Unidas, do Conselho da Europa, da União Europeia e no seio da legislação nacional; após esta breve referência histórica, será feita uma análise da jurisprudência europeia e nacional que envolveu casos concretos de aplicação destes institutos em simultâneo, sendo necessário, o estudo destas decisões e tendências jurisprudenciais para demonstrar como, casuisticamente, esta questão está sendo interpretada e resolvida, bem como para demonstrar que outras soluções são possíveis e que conseguem harmonizar todos os interesses envolvidos. Seguidamente, será feita uma apresentação do sentido e fundamento do Princípio do Non-Refoulement e das Cláusulas de Exclusão, para que, após a apreciação e análise do seu conteúdo e âmbito de aplicação, se mostre de mais fácil perceção a absorção o cerne deste trabalho, isto é, a questão do equilíbrio estes dois institutos jurídicos. Por fim, é de explicar como este Equilíbrio pode e deve ser alcançado, bem qual o Estatuto a conceder ao requerente/refugiado quando o Estado decide protegê-lo, apesar da sua exclusão enquanto refugiado.

Deste modo, o que se pretende é demonstrar como estes dois instrumentos se conjugam para a proteção deste grupo de indivíduos, tornando o objeto do presente estudo num dos campos de intervenção doutrinal, ao nível do direito internacional humanitário, mais atual do momento, não só devido às decisões da jurisprudência comunitária e europeia nestes sentidos, mas de igual modo face à relevância e facilidade com que estas questões se colocam.

## **PARTE I – Enquadramento Internacional, Europeu e Português do Princípio do Non-Refoulement e das Cláusulas de Exclusão: Fontes e Análise Jurisprudencial**

Nesta Parte I pretende-se evidenciar a evolução histórica dos dois institutos internacionais em causa, nos variados círculos jurídicos existentes, seguindo a sua linha cronológica de criação, ou seja, iniciando-se pela organização internacional, posteriormente, as duas organizações europeias e, por fim, o sistema nacional português, seguindo-se a devida análise jurisprudencial dos diversos Tribunais que constituem parte destas Organizações e sistemas.

Na realidade, a interpretação básica da Convenção de Genebra relativa ao Estatuto de Refugiados de 1951 é, ainda hoje, o fundamento jurídico da normativa europeia e nacional, pelo que se impõe o conhecimento das suas normas e, essencialmente, as origens primárias destes institutos. De facto, só através deste conhecimento poderemos continuar com o estudo do Princípio do Non-Refoulement e das Cláusulas de Exclusão dentro das ordens jurídicas europeias, o Conselho da Europa – enquanto mentor dos Direitos do Homem na Europa – e a União Europeia – qual nova ordem legislativa para todos os seus Estados-Membros. Por fim, a análise do nascimento e evolução destes institutos em Portugal impõe-se por razões óbvias.

Ademais, com a esperança de que a conexão entre o Princípio do Non-Refoulement e as Cláusulas de Exclusão se torne mais límpida aos olhos do leitor, a será feita uma análise jurisprudencial aos três níveis de decisão existentes na Europa: o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante, TEDH), o Tribunal de Justiça da União Europeia (de agora em diante, TJUE) e ao nível nacional, o Tribunal Central Administrativo Sul (de seguida, TCASul).

## **Capítulo I) O Princípio do Non-Refoulement e as Cláusulas de Exclusão na Organização das Nações Unidas**

Como exposto supra, o grande movimento organizatório internacional do século XX foi a Organização das Nações Unidas (doravante designada por ONU), porém, neste ponto não será dada relevância aqui à estrutura organizativa, em si mesma, da ONU, mas a uma das suas áreas de intervenção, a um dos seus organismos, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR).

Após uma breve introdução a este organismo, às suas funções e competências, seguir-se-á para uma análise do texto mais relevante deste estudo: a Convenção de Genebra de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados<sup>8</sup>, doravante designada, somente, por Convenção de Genebra de 1951. Na realidade, não será feita uma análise a todo o seu conteúdo, mas principalmente à letra e ao espírito dos seus artigos 1.º-F e 33.º, isto é, às suas Cláusulas de Exclusão e Princípio do Non-Refoulement, respetivamente.

### **Subcapítulo 1) A Convenção das Nações Unidas de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados (Convenção de Genebra de 1951)**

Ora, em 1951, com a função de garantir a proteção internacional dos refugiados, é criado, no âmbito do Secretariado da Organização das Nações Unidas (ONU), o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR): instituição apolítica, humanitária e social<sup>9</sup>.

Ao ACNUR está confiada a monitorização, proteção e desenvolvimento de políticas relacionadas com os refugiados. Na realidade, são refugiados para o ACNUR todas as pessoas que estão fora do seu país de origem por razões de perseguição, conflitos armados, violência generalizada ou outras circunstâncias que geram distúrbios na ordem pública e, como tal,

---

<sup>8</sup> Uma nota somente para referir que a Convenção foi adotada em Julho de 1951 e entrou em vigor em Abril de 1954. Nesta data, tendo em conta o pós II Guerra Mundial e a própria criação da Organização das Nações Unidas, o âmbito de aplicação da Convenção era limitado aos acontecimentos ocorridos antes de 1 de Janeiro de 1951 e por resultado desses acontecimentos; porém, em 1967, com o Protocolo de Nova Iorque este âmbito foi alargado para um nível mundial, passando a omitir-se este limite temporal.

<sup>9</sup> Na realidade, a Assembleia Geral deliberou o Estatuto do ACNUR em 14.12.1950, mas este considerou-se criado a 01.01.1951.

necessitam de proteção internacional. Nesta medida, existe uma extensão da competência do ACNUR, para além do conceito de refugiado nos termos da Convenção de Genebra e do Protocolo de 1967<sup>10</sup>.

O ACNUR<sup>11</sup> apresenta-se, assim, como uma agência criada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, a quem foram confiadas funções específicas, de acordo com o seu Estatuto. Neste sentido, são de mencionar as competências do Alto-comissário, no sentido de promover e vigiar a aplicação de convenções internacionais relativas à proteção dos refugiados, bem como, o seu poder (e dever!) de celebrar acordos com as entidades governamentais dos variados países, com vista a melhorar a situação dos refugiados<sup>12</sup>.

Como tal, o ACNUR está habilitado de supervisionar o respeito pelos Tratados internacionais e estabelecer vínculos e acordos entre Estados no que diz respeito ao repatriamento voluntário ou medidas para lidar com situações de afluxo massivo de pessoas, por exemplo<sup>13</sup>.

Assim, foi no seio deste organismo e com um intuito humanitário que foi estruturada a Convenção de Genebra de 1951<sup>14</sup>, que veio estabelecer um regime de direitos e responsabilidades no âmbito do direito dos refugiados, que só se afirmam com a consagração do estatuto de refugiado através do exercício da jurisdição dos Estados.

De facto, como faz referência o preâmbulo desta Convenção<sup>15</sup>, é tendo em consideração a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que se consagrou a

---

10 Neste sentido, e para um desenvolvimento mais aprofundado desta questão, seguir Turk, Volker in *Refugee Rights and Realities – The role of the UNHCR in the development of international refugee law*, artigo de *Refugee: rights and realities – evolving international concepts and regimes*, Edição de Frances Nicholson e Patrick Twomey, Cambridge University Press, 1999, pag. 156.

11 Denote-se que, no seio do ACNUR é, também, importante a referência às iniciativas da Agenda para a Proteção e Convenção +, enquanto mecanismos que pretendem reforçar o regime de proteção internacional dos refugiados. Para um desenvolvimento do âmbito destas iniciativas ver Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu COM/2003/0315 – Em direção a sistemas de asilo mais acessíveis, equitativos e organizados.

12 Art. 8.º do Estatuto do ACNUR.

13 Para estes e outros desenvolvimentos, ver nota 10.

14 Um pequeno ponto para referir que a Convenção agora em estudo é resultado do trabalho de um Comité Ad Hoc sobre Apatridia e Problemas relacionados, a pedido do ECOSOC, em 1949.

15 Mencione-se que, como vai ser demonstrado nos capítulos seguintes, a Convenção de Genebra de 1951 é o Tratado pilar dos variados sistemas governamentais existentes, sendo uma base de interpretação e de aplicação dos diversos mecanismos referentes aos refugiados. Neste sentido seguir,



mencionada Convenção, desde logo, demonstrando o seu objetivo de definir, clara e eficazmente, os direitos do Homem, *vide*, dos refugiados. Foi, também, o intuito desta Convenção dar um especial carácter social e humanitário ao problema dos refugiados e, desse modo, evitando tensões entre os Estados participantes nestas questões.

Deste modo, é de relevar que a própria Convenção de Genebra de 1951 considera como fundamentais os artigos dos dois Tratados Internacionais mais basilares da História, nomeadamente o art. 1.º da Carta das Nações Unidas, seus princípios e objetivos e o artigo 14.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, quanto ao direito de asilo. Na realidade, estes dois instrumentos são a base informadora de todo o sistema legislativo que se constitui com a Organização das Nações Unidas e, como tal, igualmente informadores do sistema jurídico desenvolvido em torno da Convenção de Genebra de 1951.

Ora, como refere Guy Goodwin-Gill<sup>16</sup>, a Convenção de Genebra de 1951 e o seu Protocolo de 1967 mantém-se como o instrumento internacional primário no que concerne aos refugiados e sua proteção; porém, a relevância destes dois instrumentos internacionais tem sido posta em causa<sup>17</sup>, já que é referido por vários autores que a Convenção peca pela falta de procedimentos e regras, deixando para o Estado uma margem de apreciação e decisão, ainda ampla<sup>18</sup>, visto que esta se configura, na sua generalidade, como uma verdadeira Carta de princípios.

Na realidade, a sua relevância é indiscutível, tanto mais que, em última análise, sempre funcionará como fonte de interpretação, de análise e de integração de lacunas, pois que, contém as definições e as garantias mais básicas que, em qualquer dos casos, devem sempre ser defendidas<sup>19</sup>.

Na realidade, é extensamente pronunciada a importância da Convenção de Genebra de 1951, sendo vários os organismos internacionais e nacionais que relevam as suas normas. Neste

---

Kay Hailbronner in *EU Immigration and Asylum law – International legal Framework of European immigration and asylum law*, Munchen:Beck, 2010, pág. 11 e ss.

16 In *The Introduction of The Refugee in International Law*, Second Edition, Clarendon Press, Oxford, 1996, pág. 7.

17 Desde logo, em 2003, quando o Reino Unido abertamente questionou a sua relevância na Europa, para a manutenção do asilo.

18 Esta crítica é desenvolvida por Kay Hailbronner em *EU Immigration and Asylum Law – International legal framework of European immigration and asylum law*, Munchen:Beck, 2010, pág. 13.

19 Este entendimento pode ser, igualmente, encontrado, em Colin Harvey in *The Right to seek asylum in the European Union*, E.H.R.L.R., Issue 1, Sweet & Maxwell Ltd, 2004, pág. 18.

sentido, a ‘House of Lords’<sup>20</sup> considerou que o objetivo primordial da Convenção é trocar a fonte de proteção do indivíduo, isto é, se o requerente de asilo não consegue beneficiar de uma proteção do seu próprio país, esta passa a estar a cargo da comunidade internacional<sup>21</sup>. Como tal, demonstra-se de particular relevância a observação de Hathaway, no que concerne à relevância da Convenção de Genebra no direito internacional humanitário dos refugiados, que expõe, de um modo relativamente simples, esta questão<sup>22</sup>:

“O direito dos refugiados é um ramo paliativo dos direitos humanos. O seu objetivo específico é assegurar àqueles cujos direitos básicos não foram protegidos no seu próprio país que, se habilitados a conseguirem um direito de asilo, possam invocar direitos de proteção subsidiária em qualquer Estado parte da Convenção de Genebra. (...) Não é mais do que o meio necessário a um fim humanitário, a preservação da dignidade humana de um migrante involuntário quando o seu país de origem não pode, ou não quer, arcar com essa responsabilidade”<sup>23</sup>.

Neste sentido, pode-se concluir que o âmago desta Convenção é, nada mais, nada menos, que permitir um equilíbrio, um balanço, entre as necessidades dos refugiados, respeitando as preocupações – legítimas – dos Estados<sup>24</sup>.

Partindo agora para uma análise específica dos artigos aqui em estudo, no que concerne às Cláusulas de Exclusão, estas estão inseridas no art. 1.º-F da Convenção de Genebra de 1951, como já exposto na Introdução deste estudo.

Ora, a sua origem remonta ao despertar da Segunda Guerra Mundial e com os movimentos de pessoas refugiadas pelo mundo, foi considerado facto unânime pelos autores da Convenção que,

---

20 Parte constituinte do Parlamento do Reino Unido, mandatado para a feitura de leis e fiscalização dos atos do Governo.

21 Para estas e mais observações da House of Lords quanto à relevância da Convenção em causa seguir: James C . Hathaway in *The Rights of Refugees under International Law*, Introduction, Cambridge University Press, 2005, pág. 4 e, ainda, Paul Weis in *The Refugee Convention of 1951: The travaux préparatoires analysed*, Cambridge University Press, XIX, 1995, pág. XIII, onde é referido que a proteção internacional dos refugiados é acionada com base na falha ou perda da proteção do Estado de origem.

22 James C . Hathaway in *The Rights of Refugees under International Law*, Introduction, Cambridge University Press, 2005, pág. 2. Do original, *Refugee law is a remedial or palliative branch of human rights. Its specific purpose is to ensure that those whose basic rights are not protected in their own country are, if able to reach an asylum state, entitled to invoke rights of substitute protection in any state party to the Refugee Convention. (...) It is no more than a necessary means to a human rights end, that being the preservation of human dignity of an involuntary migrant when his or her country of origin cannot or will not meet that responsibility.*

23 Cf. nota 18, pág. 5.

24 Cf. nota 18, pág. 11.

face aos crimes cometidos, certas pessoas deveriam ser excluídas da proteção e dos benefícios que o estatuto de refugiado concede, considerando-as não merecedoras deste título. Ao mesmo tempo, criava-se um mecanismo que fazia com que os perpetradores dos crimes expostos no artigo em questão, não escapassem à justiça, alegando a proteção conferida pela Convenção.

Na realidade, é este o facto, igualmente, explicado pelo Manual de Procedimentos e Critérios a aplicar para determinar o Estatuto de Refugiado<sup>25</sup>, no qual se refere que “foi, imediatamente, após a Segunda Guerra Mundial que, pela primeira vez, foram elaboradas disposições especiais para excluir do grande grupo de refugiados então assistidos, certas pessoas consideradas não merecedoras de proteção internacional”. Neste sentido, continua o Manual referindo que, “os Estados acordaram em que os criminosos de guerra não deveriam ser protegidos”, tendo existido, do mesmo modo, “a vontade por parte dos Estados de negar a admissão nos seus territórios a criminosos que constituíssem perigo para a segurança e a ordem pública”.

Contudo, somente nos anos 90, se deu a devida importância ao constante deste artigo. Como refere Peter van Krieken<sup>26</sup>, com o passar dos anos, foi aumentando o conhecimento do conteúdo e extensão do direito de asilo, pelo que, com as atrocidades cometidas durante as guerras da Ex-Jugoslávia, foi dada a devida atenção ao âmbito de aplicação das Cláusulas de Exclusão, não somente no sentido de quem não poderia ser considerado refugiado, mas como também, face às questões futuras de extradição. Como tal, as autoridades nacionais foram dando, progressivamente, mais importância a estas Cláusulas, pois o passado do requerente de asilo era, neste momento, deveras importante para determinar se teria, ou não, cometido algum crime grave de direito comum, por exemplo.

É de mencionar, ainda, que as Cláusulas de Exclusão estão vinculadas a um princípio de taxatividade ou tipicidade, isto é, estão já exaustivamente enumeradas na Convenção de Genebra de 1951, pelo que não se podem convencionar quaisquer outras, quer a nível internacional, como a nível estadual.

---

25 Adotado em 1979 e regularmente revisto e atualizado, este Manual foi solicitado pelo ExCom, na sua XXVIII sessão ao ACNUR, de modo a que “considerasse a possibilidade de publicar – para orientação de todos os Governos – um manual referente aos procedimentos e critérios a aplicar para a determinação do Estatuto de Refugiado”, conforme se pode ler no Prefácio a este mesmo Manual.

26 In *Refugee Law in Context: The Exclusion Clause*, Asser Press, 1999, pag. 3.

Deste modo, a sua aplicação está circunscrita àqueles termos e âmbito, tornando-as uma medida de *ultima ratio*, devendo ser interpretadas restritivamente<sup>27</sup>, como explicitado pela Nota do ACNUR<sup>28</sup> a estas cláusulas:

“O uso destas cláusulas é, por isso, uma medida extrema. As cláusulas de exclusão devem ser interpretadas dentro de limites muito restritivos e de tal modo que não destrua por completo a integridade da proteção internacional”<sup>29</sup>.

Como tal, o principal objetivo das Cláusulas de Exclusão é, de acordo com as conclusões adotadas no Encontro Mundial de Especialistas organizado pelo ACNUR, “negar a proteção enquanto refugiado a determinados indivíduos, deixando a aplicação da lei para outro tipo de processos legais”<sup>30</sup>. Como tal, considerou-se, no Encontro Mundial de Especialistas mencionado, que – no mesmo sentido já, anteriormente, mencionado de Hathaway – o Direito dos Refugiados, expresso juridicamente pela primeira vez nesta Convenção, é providenciar princípios e mecanismos que façam a ponte entre a necessidade de punir e a necessidade de proteger<sup>31</sup>.

Ademais, refere ainda Geoff Gilbert<sup>32</sup> que, nos trabalhos preparativos da Convenção de Genebra, no que se refere às Cláusulas de Exclusão, a sua estatuição pretendeu atingir dois objetivos: o primeiro no sentido de proteger a instituição do asilo de abusos, proibindo, assim, a sua concessão a requerentes não merecedores desta proteção. Na realidade, esta é a ideia defendida pelo próprio ACNUR, exposta num dos seus documentos sobre esta matéria<sup>33</sup>:

---

27 Como bem menciona Geoff Gilbert in *Current Issues in the application of the exclusion clauses*, paper commissioned by UNHCR, Lisboa, 2001, a aplicação deste artigo é uma limitação à intenção humanitária, devendo, somente, respeitar a atos anteriores ao pedido de asilo. Estas considerações serão melhor estudadas no capítulo 2, da Parte II.

28 In *Note on the Exclusion Clauses* EC/47/SC/CRP.29, Standing Committee, 30 May 1997.

29 Do original: *Use of these exclusion clauses is, therefore, an extreme measure. Exclusion clauses must be interpreted within narrow limits and in a manner which does not undermine the integrity of international protection.*

30 Ou seja, *to deny refugee protection to certain individuals while leaving law enforcement to other legal processes.* Esta e outras considerações in Lisbon Expert Roundtable, Global Consultations on International Protection, Organised by UNHCR, Maio 2001 – *Summary Conclusions: Exclusion from Refugee Status*, bem como em *Note on the Exclusion Clauses*, EC/47/SC/CRP.29, Standing Committee, 30 May 1997.

31Lisbon Expert Roundtable, Global Consultations on International Protection, Organised by UNHCR, Maio 2001 – *Summary Conclusions: Exclusion from Refugee Status*.

32 In *Current issues in the application of exclusion clauses*, paper commissioned by UNHCR for the Global Consultations on International Protection, Lisboa, 2001, pág. 428.

33 Tradução do original: *The idea of an individual "not deserving" protection as a refugee is related to the intrinsic links between ideas of humanity, equity, and the concept of refuge.*

“A ideia de um ‘não merecimento’ individual de proteção enquanto refugiado está relacionada com os laços intrínsecos entre as ideias de humanidade, igualdade e o conceito de refugiado”<sup>34</sup>.

Continuando, o segundo objetivo que os trabalhos preparatórios demonstram é o assegurar que aqueles que cometeram graves crimes, no sentido exposto no artigo em causa, não escapassem à sua perseguição e condenação.

Para terminar, denota-se que, como o autor Geoff Gilbert explica, a interpretação deste artigo deverá ter em conta os desenvolvimentos dos direitos humanos, desde 1951, e do próprio direito internacional criminal.

No âmbito do Princípio do Non-Refoulement, nos termos do artigo 33.º da Convenção de 1951, a sua base constitui-se por princípios de direito internacional dos direitos humanos, e cuja evolução do seu campo deve, necessariamente, alimentar a própria interpretação da Convenção de Genebra de 1951. Como tal, a decisão do direito internacional dos direitos humanos acerca da proteção necessária ao artigo 33.º, deve considerar uma reconsideração da definição restritiva dada a este Princípio ao abrigo da Convenção, no sentido de que, internacionalmente, os direitos humanos deverão proteger o requerente, mesmo onde o estatuto de refugiado lhe é negado.

Neste sentido, é de relevar a expressão tantas vezes utilizada pelos vários autores nesta matéria que resume a importância deste instituto: “O Princípio do Non-Refoulement é a pedra angular da proteção dos refugiados<sup>35</sup>”, desde logo, demonstrando a relevância que este Princípio tem no direito internacional dos refugiados e o porquê de ser considerado verdadeiro direito consuetudinário internacional, um real *ius cogens*. De facto, muitos são os autores que se debruçam sobre este Princípio, sendo que todos defendem que este é o fundamento do moderno direito internacional dos refugiados, tendo criado o *Refugee Law*, ou seja, o direito especificamente relativo dos refugiados<sup>36</sup>.

---

34 *Note on the Exclusion Clauses*, EC/47/SC/CRP.29, Standing Committee, 30 May 1997.

35 *The principle of non-refoulement is the cornerstone of refugee protection*.

36 Posições defendidas por Colin Harvey e Helene Lambert. Denote-se, todavia, que o Princípio do Non-Refoulement apesar de ter sido uma grande vitória ao nível da proteção dos refugiados, este ficou aquém dos intuitos dos autores da Convenção de Genebra, pois que, acaba por não existir uma verdadeira consagração do direito de asilo e do dever de prestar asilo pelos Estados. É, neste sentido, que os alemães apelidam o Princípio do Non-Refoulement de ‘pequeno asilo’.

De facto, a razão de ser deste Princípio correlaciona-se com o medo de perseguição expresso na definição de refugiado pelo art. 1.º - A da Convenção de Genebra e, como tal, é a ameaça à vida ou à integridade física que sustêm, *ab initio*, este Princípio.

Aliás, este instituto é, igualmente, plasmado nas diversas Convenções<sup>37</sup> e Tratados Internacionais<sup>38</sup> que se seguiram à Convenção de Genebra de 1951, sendo de destacar – ao nível internacional, pois aos níveis regional e estadual serão analisados nos próximos capítulos – a Convenção contra a Tortura, a qual no seu art. 3.º dispõe a proibição de expulsar ou repelir para países em que existem um risco substancial de serem submetidas a tortura ou tratamento desumano e degradante.

Assim, fica demonstrada a inclusão deste Princípio no direito internacional, aparte dos direitos dos refugiados, ilustrando a sua extrema relevância no panorama dos direitos humanos<sup>39</sup>.

Neste mesmo sentido, esta disposição pode ser encontrada no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1976, no qual o seu art. 7.º expõe a proibição de tortura e tratamento e punição desumana ou degradante<sup>40</sup>. De facto, o Comité dos Direitos Humanos, que vigia a aplicação deste pacto, nos seus Comentários Gerais já admitiu a introdução do Princípio do Non-Refoulement nesta cláusula do Pacto, no caso de os Estados exporem o indivíduo a um tratamento

---

37 De denotar, em especial, a Declaração das Nações Unidas sobre o Asilo Territorial de 1967, na qual se faz menção quer a este Princípio do Non-Refoulement, como às suas exceções. Ademais, é de relevar o facto desta Declaração, no seu art. 1.º, n.º 2 referir que “Nenhuma pessoa sobre a qual existam motivos fundados para considerar que tenha cometido um crime contra a paz, um crime de guerra ou um crime contra a Humanidade, como definido nos instrumentos internacionais que contém disposições relativas a esses crimes, pode invocar o direito de procurar e de beneficiar de asilo”, o que, desde logo, evidencia o sentido das Cláusulas de Exclusão.

38 Não serão aqui expostas em detalhe, mas este princípio é, igualmente, exposto nos Princípios Asia-Africa sobre refugiados, na Declaração de Asilo Territorial da UNGA, na Convenção da OAU para os Refugiados, na Convenção Americana de Direitos Humanos, na Declaração de Cartagena, e ainda em Tratados e Convenções relativos à extradição.

39 Esta relação entre as Convenções referidas é desenvolvida por Paul Weis, in *The Refugee Convention of 1951: The travaux preparatoires analysed*, Cambridge University Press, XIX, 1995, pag. xviii.

40 Este artigo, desde logo, parece ter um âmbito de aplicação mais alargado que aquele da Convenção contra a Tortura, desde logo, incorporando o tratamento cruel e desumano como provisão inderrogável. Neste sentido e para um estudo mais atentados deste Pacto e da Convenção contra a Tortura ver, Aoife Duffy, in *Expulsion to face Torture? Non-refoulement in International Law*, I.J.R.L., 2008, pág. 381-382.

desumano e cruel e ameaça de tortura devido ao seu retorno a outro país, via extradição ou expulsão<sup>41</sup>.

Resumindo, como bem explicam Sir Elihu Lauterpacht e Mr. Daniel Bethlehem<sup>42</sup>:

“Existem, além destes, outros contextos nos quais o conceito de *non-refoulement* é relevante, nomeadamente na maior parte do direito relativo aos direitos humanos relativo à proibição da tortura, punição e do tratamento cruel, desumano ou degradante”<sup>43</sup>.

De facto, os trabalhos preparatórios deste artigo demonstram que este não foi estabelecido no sentido de garantir um verdadeiro direito de asilo, pois o Estado não está obrigado a garantir asilo ao refugiado/requerente, podendo até expulsá-lo para outro país que esteja disposto a aceitá-lo. O que este artigo importa é, somente, a obrigação negativa para o Estado de não expelir o requerente para um país onde exista o receio de ser perseguido.

No que concerne ao n.º 2 do artigo 33.º da Convenção de Genebra, os trabalhos preparatórios demonstram que este constitui uma exceção ao exposto no n.º 1, pelo que se devem ter em conta dois fatores: por um lado, como todas as exceções, deve ser interpretado restritivamente e, por outro lado, somente poderá ser aplicado quando as questões de segurança nacional e ordem pública superam, de forma real, as preocupações subjacentes à expulsão.<sup>44</sup>

Deste modo, desde já, se pode concluir que o art. 33.º, no seu n.º 2, tem em si, a mesma base jurídica e o mesmo objetivo que as Cláusulas de Exclusão, ou seja, a negação de uma proteção àqueles que não se demonstram merecedores de tal.

Ora, face às exposições supra, termina-se mencionando que o Princípio do Non-Refoulement é a primária e a essencial proteção atribuída aos refugiados, não somente, devido ao facto de este ser inderrogável e (poder!) ter natureza de *ius cogens*, mas ainda, porque é um

---

41 Comentário Geral n.º 20, 1994.

42 Tradução do original: “*There are, in addition, other contexts in which the concept of non-refoulement is relevant, notably in the more general law relating to human rights concerning the prohibition of torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*”.

43 Em *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement, Opinion* para UNHCR, Junho, 2001, pág. 1.

44 Esta questão é estudada, mais aprofundadamente, por Paul Weis in *The Refugee Convention of 1951: The travaux preparatoires analysed*, Cambridge University Press, XIX, 1995, pág. 342-343.

princípio com natureza universal, isto é, é recortado da mais diversa legislação internacional, independentemente da sua aplicação ser ou não relacionada com refugiados. Como tal, o Princípio do Non-Refoulement apresenta-se como a verdadeira pedra de toque do direito internacional dos refugiados.

Todavia, como vimos, este Princípio deve sofrer exceções, tal como exposto no seu n.º 2, considerando-se este ponto, como uma outra cláusula de exclusão, juntamente com as cláusulas expostos no art. 1.º-F da Convenção de Genebra. Assim, poderão existir casos em que esta proteção não seja suficiente para demover a aplicação das cláusulas de exclusão. Ou será?

Ora, é mesmo esta a questão se será analisada nas próximas partes desta Dissertação, quer através da análise jurisprudencial, quer através de uma análise específica e pormenorizada da aplicação e interpretação de cada um destes institutos.

## **Subcapítulo 2) As Recomendações do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados - O Comité Executivo**

Como referido anteriormente, é de mencionar a relevância que as Recomendações e Conclusões do Comité Executivo do Alto Comissariado têm na definição e interpretação do instituto do asilo, mas também do Princípio do Non-Refoulement e das Cláusulas de Exclusão.

Na realidade, apesar de o Comité Executivo<sup>45</sup> ter, apenas, uma função consultiva - face aos pedidos de apreciação do ACNUR - as suas conclusões anuais sobre proteção internacional e as suas Recomendações têm um importante efeito enquanto standards de interpretação e orientação das políticas do ACNUR e, em última análise, da ONU. Deste modo, o que as Recomendações e Conclusões do ExCom (como é assim, normalmente, designado) pretendem atingir é um consenso

---

45 O Comité Executivo do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ExCom) é um órgão subsidiário da Assembleia Geral das Nações Unidas, tendo sido criado em 1958 pelo Conselho Económico e Social (ECOSOC) por meio de uma solicitação da Assembleia Geral, em particular na Resolução 1166 (XII) de 1957, na qual a Assembleia delibera a criação deste Comité Executivo. Deste modo, o ExCom apresenta como funções principais, a assessoria ao Alto Comissariado no exercício de suas funções e a revisão, anual, dos fundos à disposição do Alto Comissariado e dos programas propostos ou que já estão em execução, bem como recomenda ao Alto-comissário a assistência específica para ajudar na resolução de problemas relacionados com refugiados. Estas e mais informações estão disponíveis em: <http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/o-comite-executivo-excom/org>



da comunidade internacional em matérias específicas de proteção<sup>46</sup>. Como tal, o ExCom é o único agente existente e especializado, ao nível global, no desenvolvimento de standards de proteção internacionais, no que concerne aos refugiados.

Assim, é neste sentido que o ExCom adota as Conclusões que serão, de seguida, expostas, não somente em relação aos institutos aqui em observação, mas igualmente em relação às diversas matérias relacionadas com o Asilo.

Contudo, as Recomendações e Conclusões exaradas pelo ExCom não estão isentas de crítica. Na realidade, estas não constituem uma fonte de autoridade de interpretação, pelo que a sua natureza de mera recomendação e *soft law* faz com que seja entregue aos Estados uma larga margem de manobra e decisão<sup>47</sup>.

Ora, as variadas Conclusões foram sendo emitidas ao longo dos vários anos de desenvolvimento da organização em causa, do ACNUR e, na maioria dos casos, enquanto respostas aos variados problemas que se iam colocando na esfera dos problemas da sociedade internacional.

Em termos cronológicos, a primeira – para o tema aqui em apreço – Conclusão<sup>48</sup> relevante data de 1977 - a Conclusão n.º 5 (XXVIII<sup>49</sup>), referente ao asilo em geral. É mencionado na identificada Conclusão, pelo Comité Executivo, que apesar de os países aplicarem políticas de asilo liberais (à data, lembra-se), ainda assim, muitos eram os casos em que os requerentes de refúgio não encontravam um país que lhe concedesse esse direito, pelo que, muitos problemas ao nível dos direitos humanos estavam em causa. Neste sentido, o ExCom:

---

46 Neste sentido, Turk, Volker in *Refugee Rights and Realities - The role of UNHCR in the development of international refugee law*, artigo de *Refugee: rights and realities – evolving international concepts and regimes*, Edição de Frances Nicholson e Patrick Twomey, Cambridge University Press, 1999, pág. 160.

47 Neste sentido, cf. nota 46, pág. 165-166.

48 As Conclusões podem ser encontradas em:

[http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2\[mode\]=1&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2\[fclick\]=%2C107%2C114&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2\[folder\]=115](http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx_danpdocumentdirs_pi2[mode]=1&tx_danpdocumentdirs_pi2[fclick]=%2C107%2C114&tx_danpdocumentdirs_pi2[folder]=115).

49 A numeração romana diz respeito à sessão em que se elaborou a Conclusão, ou seja, por exemplo na Conclusão identificada, terá sido na 28.ª sessão do ExCom.

“Solicitou ao Alto-comissário que chame a atenção dos Governos para os vários instrumentos internacionais existentes, em matéria de asilo, e reiterou a importância fundamental destes instrumentos sob o ponto de vista humanitário; (...)

Apelou aos Governos, no espírito da solidariedade internacional, para cooperarem com o Alto-comissário no exercício das suas funções – especialmente no que se refere ao asilo.”

Ora, como pode ser observado pelo anterior exposto, foi relevado pelo ExCom a importância que os instrumentos internacionais têm enquanto Tratados de Direito que devem ser cumpridos pelos Estados, tendo apelado por um Direito a asilo e ao reconhecimento do estatuto de refugiado, de modo que os Estados, efetivamente, cumprissem as obrigações internacionais a que se submeteram.

Seguidamente, a Conclusão n.º 6 (XXVIII), igualmente datada de 1977, relaciona-se, diretamente, com o Princípio do Non-Refoulement, na qual o ExCom demonstrou o quanto este é essencial para um regime de direito eficaz face aos problemas dos refugiados, enquanto princípio de direito humanitário primordial. Contudo, relevou, também, que a sua prática e efetiva aplicação tem sido descurada pelos vários Estados, de acordo com os relatórios do Alto-comissário, pelo que:

“Reafirma a importância fundamental da observância do princípio de non-refoulement - tanto nas fronteiras como no interior do território de um Estado – a pessoas que podem estar sujeitas a perseguição se reenviadas para o seu país de origem, quer tenham sido ou não formalmente reconhecidas como refugiados”.

Deste modo, desde logo o ExCom e o Alto-comissário demonstraram a sua posição no que concerne à importância deste instituto na ordem jurídica internacional, isto é, como verdadeiro princípio humanitário, que todos os Estados devem cumprir, sendo uma das primeiras matérias<sup>50</sup> que o ExCom se pronunciou, no início da sua vigência.

Neste seguimento, a Conclusão n.º 7 (XXVIII), de 1977, refere-se ao carácter da Expulsão. Na realidade, face ao problemas que a expulsão de um refugiado poderia acarretar para si e para a

---

<sup>50</sup> Na realidade, a segunda, tendo sido a primeira, o direito de asilo referido e, as anteriores Conclusões, disseram respeito à constituição, funções e regras do próprio ExCom.

sua família, bem como, a possível violação dos instrumentos internacionais pelo Estado a que se tinha vinculado, pelo que recomenda o Comité que, estes devam ser tratados, de acordo com um princípio de equiparação, aos nacionais do Estado, bem como:

‘Somente tomassem medidas de expulsão contra um refugiado em casos efetivamente excepcionais e com a devida consideração de todas as suas circunstâncias, incluindo a possibilidade de o refugiado puder ser admitido num país que não o seu país de origem.’

Aliás, denote-se que as Conclusões até agora mencionadas foram todas exaradas na mesma sessão do ExCom, sessão XXVIII, e datadas de 1977, o que, desde logo, demonstra como o ExCom providenciou por, antes de entrar por outras questões de sua competência, em primeiro, definir o sentido de aplicação das cláusulas gerais sobre asilo e outros, sempre lembrando a importância do Princípio do Non-Refoulement, qual princípio basilar do sistema jurídico de direitos dos refugiados.

Por fim, mencione-se a Conclusão n.º 82 (XLVIII), de 1997, relacionada com a salvaguarda do asilo e na qual se expõe a importância que uma aplicação cuidadosa das Cláusulas de Exclusão deve ter na apreciação de um pedido de asilo:

‘A necessidade de aplicar, escrupulosamente as cláusulas de exclusão estipuladas no Artigo 1.º-F da Convenção de Genebra de 1951 e outros instrumentos internacionais relevantes, para assegurar que a integridade da instituição do asilo não seja abusada, pela extensão da proteção àqueles que não a merecem’.

Desta forma, face às inúmeras Conclusões que aqui foram explicitadas, pode-se concluir que o trabalho desenvolvido entre o Alto Comissariado, os Relatórios do ACNUR e as Conclusões do ExCom, apresenta-se como verdadeiro *soft law*, que os Estados devem tentar cumprir, sendo que, caso contrário, poderão violar os Tratados Internacionais a que estão vinculados e as inerentes obrigações a que voluntariamente se submeteram e desse modo, acarretar responsabilidades pela sua atuação<sup>51</sup>.

---

51 Na realidade, uma das maiores críticas feitas ao Direito Internacional dos Tratados é, sem dúvida, o seu efetivo cumprimento pelos Estados e quais as consequências que a sua violação acarreta para os Estados Contratantes.

Neste sentido, ressalve-se o facto de que o ExCom, enquanto órgão subsidiário da Assembleia Geral das Nações Unidas, tem, ainda, como competência a revisão dos programas do ACNUR, pelo que a sua função supervisora e de assessoria ao Alto-comissário, permitem a adoção destas Conclusões, enquanto verdadeiros instrumentos de trabalho, quer para a Assembleia Geral das Nações Unidas como para os Estados Contratantes da Convenção de Genebra.

Em boa verdade, estas conclusões deveriam servir com base de interpretação dos artigos da referida Convenção, bem como, mecanismos de integração de lacunas, quer ao nível nacional, como internacional e, ainda, enquanto instrumentos de suporte para as decisões jurisprudenciais.

Ademais, a forma como o ExCom expõe o problema da aplicação das Cláusulas de Exclusão e a importância que releve do Princípio do Non-Refoulement, demonstra a posição que este toma em relação à questão do equilíbrio entre os institutos aqui em causa, pois que, enquanto *soft law* estas recomendações e conclusões podem (e devem) ser utilizadas pelos órgãos jurisdicionais, implicando a decisão que possa ser tomada.

### **Subcapítulo 3) A Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes**

Adotada em 10 de Dezembro de 1984<sup>52</sup>, a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes (doravante, CAT) teve como fundamento de criação, a aplicação mais eficaz da proibição destas práticas de tortura cometidas pelos Estados e seus agentes, através da qual, o Comité<sup>53</sup> por si criado, pudesse verificar o cumprimento das suas disposições.

Esta Convenção apresenta no seu art. 1.º um conceito bastante definido de Tortura, o que permite incluir vários tipos de condutas, estando diretamente correlacionado com o âmbito do art. 3.º da CAT, ou seja, o Princípio do Non-Refoulement. Este artigos estipulam, respetivamente, que:

“Artigo 1.º: Para os fins da presente Convenção, o termo «tortura» significa qualquer ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a

---

52 Para mais informações seguir: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dhaj-conv-contra-tortura.html>.

53 Criado nos termos do art. 17.º da CAT. Para mais informações acerca deste Comité ver: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-proteccao-dh/orgaos-onu-contra-tortura.html>

uma pessoa com os fins de, nomeadamente, obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissões, a punir por um ato que ela ou uma terceira pessoa cometeu ou se suspeita que tenha cometido, intimidar ou pressionar essa ou uma terceira pessoa, ou por qualquer outro motivo baseado numa forma de discriminação, desde que essa dor ou esses sofrimentos sejam infligidos por um agente público ou qualquer outra pessoa agindo a título oficial, a sua instigação ou com o seu consentimento expresso ou tácito. Este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legítimas, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionados.”

## E

“Artigo 3.º: Nenhum Estado parte expulsará, entregará ou extraditará uma pessoa para um outro Estado quando existam motivos sérios para crer que possa ser submetida a tortura.”

Neste sentido, o conceito de tortura exposto no art. 3.º desta Convenção – enquanto expressão do Princípio do Non-Refoulement derivado da Convenção de Genebra de 1951 – deve ser interpretado nos termos daquele art. 1.º o que, desde logo, evidencia um escopo de aplicação muito mais alargado que aquele da Convenção de Genebra de 1951.

Uma das maiores inovações da CAT é, sem dúvida, o disposto no seu art. 2.º pois que se estabelece uma proibição absoluta da prática de qualquer tipo de tortura, tornando esta norma inderrogável e parte do núcleo essencial de direitos que nunca podem ser afastados ou suspensos pelos Estados:

“Artigo 2.º: 1. Os Estados partes tomarão as medidas legislativas, administrativas, judiciais ou quaisquer outras que se afigurem eficazes para impedir que atos de tortura sejam cometidos em qualquer território sob a sua jurisdição. 2. Nenhuma circunstância excecional, qualquer que seja, quer se trate de estado de guerra ou de ameaça de guerra, de instabilidade política interna ou de outro estado de exceção, poderá ser invocada para justificar a tortura. 3. Nenhuma ordem de um superior ou de uma autoridade pública poderá ser invocada para justificar a tortura.”

Neste sentido, por sua vez, o art. 3.º da CAT garante uma proteção absoluta e inderrogável, não estando sujeito a qualquer exclusão ou limitação, bem como não se reporta somente a expulsão, *refoulement* ou extradição, mas igualmente a qualquer tipo de partida obrigatória do

Estado onde se encontra o indivíduo - estrangeiro, requerente de asilo ou nacionais<sup>54</sup> - ou seja, ao invés do disposto no art. 33.º da Convenção de Genebra de 1951, o art. 3.º da CAT aplica-se a qualquer pessoa, independentemente do seu estatuto, a qualquer ato de envio obrigatório para o exterior por um Estado e sem qualquer cláusula limitativa da sua proteção.

Desta forma, mesmo os mais perigosos criminosos encontram proteção com base neste art. 3.º da CAT; todavia, entendo que esta proteção não é tão absoluta quanto o artigo e a jurisprudência do Comité contra a Tortura parecem querer passar pois que, com base em razões fundadas de segurança nacional mesmo sem providenciar as garantias mínimas concedidas pelo art. 13.º da CAT, pode de facto expulsar o indivíduo, tendo sempre, obviamente, de assegurar que o faz para um Estado onde não corra o risco de ser torturado<sup>55</sup>.

Como exposto anteriormente, da Convenção foi criado o Comité contra a Tortura, cujas principais funções centram-se em examinar os relatórios apresentados pelos Estados, instaurar inquéritos confidenciais e apreciar as queixas apresentadas contra Estados partes, quer por outros Estados partes, quer por particulares<sup>56</sup>. Neste sentido, o Comité tem já uma vasta jurisprudência sobre a aplicação do Princípio do Non-Refoulement, muito por via das queixas dos particulares contra atos de expulsão e extradição dos Estados<sup>57</sup>.

Desse modo, o Comité já confirmou em diversos casos a natureza absoluta do art. 3.º da CAT e defendeu a sua imperatividade ao nível do direito internacional<sup>58</sup>. Ademais, o Comité defende que o âmbito de aplicação do Princípio do Non-Refoulement, tal como está exposto na CAT, é muito mais alargado que aquele da Convenção de Genebra de 1951, pois que não se aplica somente a requerentes de asilo e refugiados, mas a qualquer pessoa, independentemente do seu estatuto.

---

54 Raciocínio exposto por Manfred Nowak e Elizabeth MacArthur in *The UN Convention Against Torture – A Commentary*, Oxford Commentaries on International Law, Oxford University Press, 2008, pag. 129 e 197.

55 Neste sentido, Manfred Nowak in ver supra nota 54, pag. 197.

56 Para mais informações acerca das funções, funcionamento e composição deste Comité seguir: <http://www.gddc.pt/direitos-humanos/onu-protecao-dh/orgaos-onu-ctra-tortura-content.html#18> e <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/>.

57 Apesar desta jurisprudência, não se considera relevante a sua apresentação particularizada, mas somente a apresentação de linhas de entendimento do Comité quanto a este Princípio. As queixas e decisões correspondentes podem ser encontradas em: <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cat/jurisprudence.htm>.

58 Idem nota 54, pag. 147.

Uma outra importante decisão do Comité diz respeito ao âmbito do art. 3.º da CAT pois que, para o Comité, o Princípio do Non-Refoulement só se reporta a casos de tortura, conforme está exposto no art. 1.º da CAT, e não se estende ao tratamento cruel, desumano ou degradante, definido pelo art. 16.º da mencionada Convenção<sup>59</sup>, já que somente estes atos de tortura são de tal forma graves e hediondos que justificam a natureza absoluta e inderrogável deste Princípio.

Ademais, o Comité explica que as autoridades nacionais, para verificar o risco de tortura possível para o indivíduo, devem ter em conta não só a situação generalizada do Estado, nomeadamente um padrão consistente de graves, flagrantes ou sistemáticas violações dos direitos humanos, bem como a situação particular do indivíduo. Esta averiguação é necessária, defende o Comité, para estabelecer se o indivíduo sofrerá um risco pessoal, particular de ser sujeito a tortura, pelo que não é mera existência de um padrão consistente de graves, flagrantes ou sistemáticas violações de direitos humanos que comprovará a existência de um risco de tortura, mas somente provas de que este risco será individualizado; ao contrário, a inexistência deste padrão de violações dos direitos humanos também não é suficiente para assegurar que o indivíduo não será sujeito a tortura quando voltar a esse Estado<sup>60</sup>.

Por fim, uma nota para relevar o entendimento do Comité, nomeadamente no caso de ser possível trazer à colação os crimes contidos no art. 1.º - F da Convenção de Genebra de 1951, ou seja, pelo facto de o indivíduo ter praticado algum crime. Nestes casos, o Comité explicou que o art. 3.º da CAT deve ser lido em conjugação com o art. 7.º da mesma Convenção, nomeadamente quanto à implicação para os Estados de adotarem todas as medidas penais para julgar aqueles suspeitos de terem cometido atos de tortura, bem como, de acordo com o Princípio da Jurisdição Universal, julgar aqueles que não podem ser extraditados para um Estado no qual poderão sofrer risco de tortura<sup>61</sup> - sendo certo que, na Convenção de Genebra de 1951 não existe qualquer especificação desta obrigação do Estado.

Ora, face ao exposto, igualmente é de relevar a importância que este artigo trouxe para a comunidade internacional, em especial, no âmbito da proteção dos direitos humanos, visto que,

---

59 Supra nota 54, pag. 165 e 200.

60 Neste sentido, seguir a decisão do Comité no caso Mutombo vs. Suíça apud supra nota 54, pag. 207.

61 Ibidem nota 54, pag. 149.

desta forma, outras situações, outros indivíduos podem estar protegidos ao abrigo do Princípio do Non-Refoulement, para além daqueles da Convenção de Genebra de 1951.

Acresce que, não só um novo âmbito de aplicação do Princípio do Non-Refoulement foi conseguido, bem como os requerentes de asilo e refugiados têm mais uma forma de garantirem que os seus direitos são assegurados, não só com a chamada à colação desta Convenção, bem como face à proteção que pode ser conseguida com o recurso ao Comité contra a Tortura, através da via de queixas individuais contra um Estado.



## **Capítulo II) O Princípio do Non-Refoulement e as Cláusulas de Exclusão no Conselho da Europa**

Neste capítulo irá apresentar-se como estes dois institutos internacionais, as Cláusulas de Exclusão e o Princípio do Non-Refoulement foram sendo desenvolvidos e integrados no seio do Conselho da Europa, em especial o âmbito da Convenção Europeia dos Direitos do Homem; ademais, este capítulo tem ainda o objetivo de expor as decisões jurisprudenciais que evidenciam a questão trazida à colação neste ensaio.

### **Subcapítulo 1) A Convenção Europeia dos Direitos do Homem**

Sob a égide do Conselho da Europa foi assinada, em 1950, a Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, para proteção e defesa destes direitos e respetivo controlo judicial pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem<sup>62</sup>. Como se irá demonstrar, posteriormente, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem não contém qualquer disposição sobre refugiados ou asilo, pelo que não versa, expressamente, sobre os institutos aqui em análise, não sendo, no entanto, esse aspeto diminuidor da aplicação e análise destes institutos no seio do Conselho da Europa.

Em boa verdade, a CEDH não contém qualquer cláusula específica relacionada com o direito de asilo, os refugiados ou outro tema conexo. De facto, esta realidade, só pode ser observada na letra de algumas normas dos seus Protocolos Adicionais; porém também estas não dizem respeito, em concreto, à situação dos refugiados, mas vêm garantir uma proteção mínima ao estatuto de estrangeiro – que nem sempre, equivale em plenitude com o estatuto conferido a um requerente de asilo.

Deste modo, estes instrumentos foram desenvolvidos no seio da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (doravante, TEDH), pelo que se provará ser da mais extrema importância as suas decisões; na realidade, estes institutos não derivam de nenhum Tratado específico firmado entre os Estados Contratantes da Convenção Europeia dos Direitos do Homem –

---

<sup>62</sup> No mesmo sentido, Teresa Cierco in *A instituição de asilo na União Europeia*, Almedina, 2010, pag. 67.

igualmente reconhecida pelo acrónimo, CEDH – mas, sim, da vasta jurisprudência emanada por aquele Tribunal<sup>63</sup>.

Na realidade, foram sendo exaradas, pelo Comité de Ministros, Recomendações no sentido de incluir no âmbito da CEDH, através de Protocolo Adicional, o direito de asilo, tendo essa pretensão sido, desde logo, demonstrada em 1961 pela Assembleia Consultiva do Conselho da Europa com a Recomendação 293<sup>64</sup>.

A Recomendação 293 iniciou o percurso de muitas mais Recomendações, bem como Resoluções do Comité de Ministros, propondo a introdução de um artigo específico sobre o direito de asilo; porém, nunca tal Protocolo Adicional ou outros instrumentos com esse intuito foi admitido e, como tal, nunca este artigo foi introduzido na ordem jurídica do Conselho da Europa.

Deste modo, parecia que com a CEDH uma parte significativa da sociedade civil europeia ficaria fora do âmbito de proteção do Conselho da Europa e destes dois institutos, a CEDH e o seu órgão de salvaguarda e aplicação, o TEDH.

Ora, foi pelo facto de o direito de asilo não estar garantido, enquanto tal, na CEDH e pelo facto de os casos de possíveis expulsões puderem colocar em causa a vida ou integridade física dos requerentes de asilo – trazendo à colação a aplicação simultânea destes instrumentos e a questão do seu equilíbrio – bem como a onda de casos que foram surgindo na Europa – em particular com o pós Guerra Fria – que o TEDH veio, através da sua vasta jurisprudência, considerar que estaria em causa a violação do artigo 3.º da CEDH, artigo que estipula em, geral, uma proibição da tortura e tratamento desumano:

“Artigo 3.º - Proibição da tortura: Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes”.

Como tal, foi com o recorte jurisprudencial do Tribunal Europeu que o art. 3.º da CEDH tem sido interpretado como uma norma que inclui no seu conteúdo a salvaguarda específica do Princípio do Non-Refoulement, ou seja, é o TEDH que com a sua interpretação conseguiu alargar o

---

63 No subcapítulo 3 que se seguirá, será analisada a vasta jurisprudência emanada pelo TEDH e, aí, será feita a devida relevância do seu contributo para a interpretação do art. 3.º da CEDH como Princípio do Non-Refoulement.

64 Esta Recomendação 293 e outras, bem como Resoluções do Comité de Ministros serão estudadas no subcapítulo 2 que se seguirá.

próprio âmbito de responsabilidade dos Estados, passando esta a ser estendida para fora da sua própria jurisdição, quando a decisão interna de afastamento de um requerente de asilo contribuiu para a violação deste artigo.

Deste modo, face aos precedentes considerandos, pode-se concluir esta evolução histórica como, por um lado, única no seio dos organismos internacionais e, por outro lado, deveras protetora, pois, através de uma dedução interpretativa do artigo supra mencionado, atingiu-se um nível de proteção eficaz e desenvolveu-se uma aplicação europeísta do Princípio do Non-Refoulement.

Como foi, igualmente, mencionado apesar de não haver uma manifestação direta às Cláusulas de Exclusão, pode-se inferir das decisões do Tribunal Europeu de que estas são tidas em consideração, mas devem ser secundarizadas e sustidas face à inderrogabilidade que o artigo 3.º da CEDH demonstra.

Assim, no sentido do anteriormente exposto, é de concluir que tendo em conta, por um lado, o sistema efetivado pela Convenção Europeia e, por outro lado, a vasta jurisprudência do Tribunal Europeu, se conseguiu estabelecer uma proteção deveras eficaz aos requerentes de asilo, desde logo, por ter alcançado uma limitação da própria esfera de competência dos Estados-partes para decidirem, sem mais, este tipo de conjunturas e, também, por ter demonstrado que é possível assegurar a devida proteção para além da letra explícita da norma<sup>65</sup>.

## **Subcapítulo 2) As Recomendações do Comité de Ministros do Conselho da Europa**

Neste ponto, evidenciar-se-ão as variadas Recomendações e Resoluções que a Assembleia Consultiva do Conselho da Europa e o Comité de Ministros<sup>66</sup> emanam, não somente em relação aos

---

65 De facto, uma das críticas apontadas à CEDH é, em determinados casos, a falta de convenção de proteção específica a determinados grupos de indivíduos, pelo que o próprio TEDH tem cada vez mais, extraído essa proteção de interpretações menos restritivas e literais dos artigos da Convenção, estendendo o seu nível de aplicação e assim, de *per se*, de proteção.

66 O Comité de Ministros do Conselho da Europa é o organismo decisório, composto pelos Ministros dos Negócios Estrangeiros de todos os Estados Membros. Colabora com a Assembleia Parlamentar enquanto guardião dos valores fundamentais que institui esta organização. Estas e outras informações sobre o Comité de Ministro estão disponíveis em [http://www.coe.int/t/cm/aboutCM\\_en.asp](http://www.coe.int/t/cm/aboutCM_en.asp).

institutos aqui em observação, mas igualmente em relação às diversas matérias relacionadas com Asilo e Tortura<sup>67</sup>.

As várias Recomendações e Resoluções foram sendo emitidas ao longo dos vários anos de desenvolvimento da organização em causa, do Conselho da Europa e, na maioria dos casos, enquanto respostas aos variados problemas que se iam colocando na esfera da sociedade civil da Europa.

Em termos cronológicos, a primeira Recomendação nesta matéria foi emitida em 1961, pela Assembleia Consultiva do Conselho da Europa e marcou, assim, o início de muitas mais Recomendações, bem como Resoluções do Comité de Ministros. Como foi já brevemente mencionado anteriormente, nesta Recomendação de 1961, a Recomendação 293, propôs-se a introdução de um artigo específico sobre o direito de asilo no segundo protocolo adicional à Convenção Europeia, pelo que esta é considerada como a Recomendação “marco” deste desenvolvimento jurisprudencial e governamental no Conselho de Europa quanto à questão do direito de asilo, dos refugiados.

Estatuía, então, a Recomendação que:

“Recomenda ao Comité de Ministros:

1. Instruir o Comité de Especialistas, a quem já está confiada a tarefa de estudar problemas quanto à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, para incluir no Segundo Protocolo Adicional à Convenção, um artigo quanto ao direito de asilo (...)”<sup>68</sup>.

Contudo, como já vimos precedentemente, o Protocolo nunca foi admitido e, como tal, nunca este artigo foi introduzido na ordem jurídica do Conselho da Europa, facto que deu azo a que o

---

<sup>67</sup> As Recomendações e Resoluções aqui referidas podem ser encontradas acedendo aos sítios:

<http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/htm> e <http://www.unhcr.org/refworld/>

<sup>68</sup> Do original: “Recommends to the Committee of Ministers : 1. that it should instruct the Committee of Government Experts which has already been entrusted with the task of studying problems relating to the European Convention on Human Rights to include in the Second Protocol to the Convention an Article on the right of asylum based on the attached draft”.

TEDH, através da sua jurisprudência, recorta-se interpretações mais amplas dos artigos da CEDH, de modo que incluísse no seu âmbito de proteção este grupo de indivíduos.

Em 1965, 4 anos após a Recomendação supra referida, foi proferida uma nova Recomendação, a Recomendação 434, mencionando, em específico, a aplicação do direito de asilo aos refugiados europeus, preceituando o seguinte:

“A Assembleia:

1. Considerando que o direito ao asilo é uma parte integral da herança comum das tradições europeias;
2. Considerando as práticas liberais quanto ao direito de asilo no Estados Membros do Conselho da Europa;
3. Considerando que o art. 3.º da Convenção Europeia para a proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais merece a atenção de todos os Estados Membros do Conselho da Europa, já que este estabelece uma proteção legal e efetiva do direito de asilo e, em último grau, o direito do refugiado a não ser reenviado (...)

Recomenda ao Comité de Ministros:

- i) Que instrua o Comité de Especialistas em Direitos Humanos a continuar e a acelerar o seu trabalho no direito de asilo, com vista à elaboração de um instrumento internacional preparado para dar total reconhecimento da prática de concessão de asilo nos Estados Membros;
- ii) A convidar os membros dos Governos a tomar medidas imediatas, enquanto se aguarda a elaboração deste instrumento:
  - a. A garantir aos refugiados o direito a não serem devolvidos a um país onde estejam em perigo de enfrentar perseguição (reconhecimento do princípio da proibição do retorno – *non-refoulement*)<sup>69</sup>.

---

69 Do original: “The Assembly: 1. Considering that the right of asylum is an integral part of the common heritage of European traditions ; 2. Considering the liberal practice in regard to asylum in the member States of the Council of Europe ; 3. Considering Article 3 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms which, by prohibiting inhuman treatment, binds Contracting Parties not to return refugees to a country where their life or freedom would be threatened ; 4. Considering that this interpretation, sanctioned by several courts in the Contracting States

Ora, como se denota pela leitura da Recomendação 434, esta foi a primeira grande deliberação ao nível dos órgãos do Conselho da Europa chamando a atenção para a questão dos refugiados na Europa e alertando para que os Estados-Contratantes respeitassem o Princípio do Non-Refoulement - retirado da interpretação do art. 3.º da CEDH - relembrando as obrigações internacionais a que estão vinculados, em particular, à Convenção de Genebra de 1951 relativa ao Estatuto de Refugiado e a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Por fim, correlacionada com as anteriores Recomendações, em 1967, o Comité de Ministros preparou e deliberou a Resolução n.º 14, a qual versou sobre a concessão de asilo a pessoas vítimas de perseguição, de modo a que a estes requerentes fosse assegurada a sua admissão na fronteira e não sofressem medidas de expulsão em violação do Princípio do Non-Refoulement, trazendo à colação a questão do equilíbrio entre as medidas de expulsão e a proteção contra *refoulement*.

Como se pode visualizar por estas Recomendações e Resolução acima mencionadas, não só a Jurisprudência do Tribunal Europeu foi decisiva no entendimento do conceito de *Non-Refoulement*, seu âmbito de aplicação e suas características próprias, mas igualmente, estes mecanismos de *Soft Law* tiveram a sua importância nas questões aqui implicadas.

Ademais, como se irá demonstrar de seguida, é ao nível da jurisprudência do TEDH que se encontram os *standards* de interpretação e aplicação do art. 3.º da CEDH, em conjugação com as questões de expulsão e extradição de requerentes de asilo, já que a questão de proteção face a condutas estaduais contrárias ao art. 3.º da CEDH advém da prática de atos de expulsão ou extradição pelos Estados Contratantes.

---

and, above all, by the European Commission of Human Rights, deserves the attention of all the member States of the Council of Europe since it establishes effective legal protection of the right of asylum or, at least, of the right of a refugee not to be returned (...) 11. Recommends the Committee of Ministers : (i) to instruct the Committee of Experts on Human Rights to continue and speed up its work on the right of asylum with a view to the elaboration of an international instrument designed to give full legal recognition to the practice of granting asylum in member States ; (ii) to invite member Governments, pending the conclusion of this instrument, to take immediate steps : - to guarantee refugees the right not to be returned to a country where they would be in danger of persecution (recognition of the principle of prohibition of return (non-refoulement) (...))”

De facto, as decisões do TEDH ao longo dos anos, têm demonstrado uma tendência protecionista do Princípio do Non-Refoulement, nomeadamente com a sua inderrogabilidade, o que, desde logo, demonstra a posição do Tribunal Europeu quanto às Cláusulas de Exclusão e quanto à responsabilidade a ser assacada aos Estados pela expulsão de um requerente de asilo/ refugiado quando existam razões para crer que este irá sofrer tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.

### **Subcapítulo 3) A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**

No seio do Conselho da Europa, cujo escopo de construção se baseou, desde logo, na proteção dos direitos humanos do povo europeu, foi criado o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, cuja vigilância, defesa e proteção dos direitos do Homem tem sido incansável.

Como já referido no subcapítulo correspondente à evolução histórica destes instrumentos, foi este Tribunal que recortou, jurisprudencialmente, da aplicação do art. 3.º da Convenção, o Princípio do Non-Refoulement, que levou à defesa da sua aplicação absoluta e não admissão de qualquer derrogação, nomeadamente, por princípios subjacentes às próprias Cláusulas de Exclusão.

Deste modo, deve ser feita uma averiguação do primeiro caso exposto no TEDH, do qual este extraiu o âmbito de aplicação do Princípio do Non-Refoulement e das Cláusulas de Exclusão no espaço do Conselho da Europa - o *Acórdão Soering* - mas igualmente dos casos que se seguiram, evidenciando-se a variada jurisprudência que foi sendo exarada pelo Tribunal Europeu no que concerne ao âmbito de aplicação deste Princípio em correlação com aquele próprio das Cláusulas de Exclusão.

Ora, o acórdão *Soering* foi o 'leading case' na interpretação expansiva do art. 3.º da CEDH para o Princípio do Non-Refoulement, sendo que com a sua interpretação, o TEDH trouxe um âmbito de aplicação mais alargado e dinâmico ao art. 3.º da CEDH, obrigando a que os Estados-Contratantes fossem responsáveis pelas suas decisões de expulsão e extradição, isto porque, uma das principais garantias e proteções de um refugiado é que este não seja reenviado ou expulso para um país que não o proteja<sup>70</sup>.

---

70 Neste sentido, Harvey Colin in *The right to seek asylum in the European Union*, European Human Rights Law Review, Issue 1, Sweet and Maxwell, 2004, pag. 25 .

Neste sentido, vários doutrinários dizem que o art. 3.º da Convenção tem um efeito extraterritorial, tendo sido esta uma das mais importantes conclusões, naquele que foi considerado o Acórdão primário desta interpretação de *Non-Refoulement*, o *Acórdão Soering*<sup>71</sup>:

“O requerente, do mesmo modo, alegou que o artigo 3.º não somente proíbe os Estados Contratantes de causar punição ou tratamento desumano e degradante dentro da sua jurisdição, mas também, têm a obrigação acessória de não colocar o indivíduo numa posição em que possa sofrer tal tratamento ou punição por outros Estados. Para o requerente, no que diz respeito ao art. 3.º, um indivíduo não pode ser entregue a um Estado externo à proteção da Convenção sem a certeza de que as salvaguardas asseguradas são tão efetivas quanto os *standards* da Convenção”<sup>72</sup>.

Neste momento uma nota para ressaltar que, este alargamento da responsabilidade dos Estados tem de ser analisado *cum grano salis*, pois que, mais está em causa do que a proteção, sem mais, dos requerentes de asilo e outros, ou seja, por um lado, gradualmente, as políticas externas têm aumentado os entraves às concessões de asilo e vistos de residência, ainda que temporários - ou mesmo os graus subsidiários de proteção têm sido aplicados com âmbitos cada vez mais restritos -, os Estados têm permitido o afastamento destas pessoas, descurando não só a sua dignidade humana, bem como a sua vinculação aos mais variados instrumentos internacionais e regionais; porém, e por outro lado, não pode ser daqui desatendida a figura da soberania nacional, do poder de cada Estado em definir as suas próprias políticas migratórias e sancionar, de todo, as suas decisões de expulsão. Daí que, para obstar a eventuais conflitos de jurisdição, o TEDH entende que deve haver um relação de causa-efeito direta entre a decisão de expulsão adotada pelo Estado e a tortura ou tratamento desumano sofrido pelo requerente de asilo.

---

71 *Soering v. Reino Unido*, Ap. 14038/88; Este e os outros acórdãos que serão analisados em seguida podem ser encontrados na HUDOC Database do Tribunal, disponível no sítio: <http://cmiskp.echr.coe.int/tpk197/search.asp?skin=hudoc-en>.

72 Do original: The applicant likewise submitted that Article 3 (art. 3) not only prohibits the Contracting States from causing inhuman or degrading treatment or punishment to occur within their jurisdiction but also embodies an associated obligation not to put a person in a position where he will or may suffer such treatment or punishment at the hands of other States. For the applicant, at least as far as Article 3 (art. 3) is concerned, an individual may not be surrendered out of the protective zone of the Convention without the certainty that the safeguards which he would enjoy are as effective as the Convention standard”.



Continuando, foi com o Acórdão *Soering* que se foi recortando por um lado, o âmbito de aplicação do art. 3.º da CEDH e, por outro lado, a proteção conferida a estes indivíduos<sup>73</sup>, daí derivando que o melhor entendimento da norma em causa é aquele que proíbe a expulsão do requerente de asilo sempre que essa medida o possa colocar numa posição em que possa ser sujeito a qualquer tipo de pena ou tratamento desumano, devendo impedir esse acontecimento.

Neste entendimento, é de relevar que a proteção dada aos refugiados face a esta interpretação é muito maior que aquela conferida pelo artigo 33.º da Convenção de Genebra, pois que esta interpretação exclui o disposto no n.º 2 do referido artigo 33.º, quanto a casos de afastamento do *non-refoulement*<sup>74</sup>.

Ademais, no âmbito do Acórdão *Soering*, referido anteriormente, cabe também ao Tribunal Europeu avaliar, devidamente, as consequências diretas e indiretas, possivelmente previsíveis, da medida adotada, bem como estabelecer o justo equilíbrio entre os interesses em causa, sem nunca olvidar a causa-efeito direto entre a consequência da medida e a medida em si mesma.

Na realidade, este foi dos primeiros acórdãos em que o Tribunal Europeu se debruçou sobre este tipo de questões, pelo que o acórdão *Soering* é, em toda a sua matéria, essencial; contudo, neste ponto somente se irá relevar um dos seus pontos principais na interpretação do artigo em análise, no qual se lê que:

“Ademais, é inerente ao sentido da Convenção a procura por um justo equilíbrio entre os interesses gerais da comunidade e os pedidos de proteção pelos direitos fundamentais do indivíduo (...). A decisão de um Estado Contratante em extraditar um fugitivo pode dar origem a questões no âmbito do art. 3.º e, assim, acarretar a responsabilidade desse Estado face à Convenção, quando provas substanciais demonstrem que essa pessoa, se extraditada, enfrenta um risco real de ser sujeita a tortura, tratamento desumano ou degradante ou punição no Estado que a requereu. O estabelecimento dessa responsabilidade, inevitavelmente, envolve uma avaliação das condições no Estado que requereu a extradição quanto aos standards do art. 3.º da Convenção. No entanto, não

---

73 Estes casos são, igualmente, apreciados no Comentário ao art. 33.º da Convenção de Genebra de 1951, por Paul Weis in *The Refugee Convention of 1951: The travaux préparatoires – analyse and commentary*, University Press, XIX, 1995, pag. 340-341.

74 É o entendimento retirado por Paulo Abreu da Silva Costa in *A proteção de estrangeiros na CEDH face a processos de asilo, expulsão e extradição – A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos dos Homem*, Ordem dos Advogados, 2000, pag. 19.

há dúvidas quanto à adjudicação ou estabelecimento da responsabilidade desse estado, seja através do direito internacional, seja no seio da Convenção, ou outro. Na medida em que qualquer responsabilidade no âmbito da Convenção possa ser assacada, existe sempre responsabilidade do Estado que requereu a extradição pelas ações, enquanto consequência direta de o indivíduo sofrer maus tratos”<sup>75</sup>.

Ora, em suma, no caso *Soering*, o Tribunal considerou que "não seria compatível com os valores subjacentes à Convenção que um Estado Contratante, conscientemente, enviasse um fugitivo para outro Estado onde havia razões substanciais para crer que ele estaria em perigo de ser submetido a tortura, independentemente do hediondo crime supostamente cometido”<sup>76</sup>, o que, desde logo, remete para a aplicação das Cláusulas de Exclusão, no sentido de que, independentemente do crime cometido pelo requerente, este nunca poderia ser reenviado para o país de origem ou outro onde fosse submetido a tortura.

Ora, foi nesse sentido, que se seguiram os acórdãos *Cruz Varas*<sup>77</sup> de 1991 e Acórdão *Vilvarajah*<sup>78</sup> de 1992, respetivamente, nos quais o Tribunal Europeu exarou que:

“No seu acórdão *Soering* de 7 de Julho de 1989, o Tribunal considerou que a decisão de um Estado Contratante em extraditar um fugitivo pode dar origem a um problema nos termos do

---

75 Do original: “Furthermore, inherent in the whole of the Convention is a search for a fair balance between the demands of the general interest of the community and the requirements of the protection of the individual’s fundamental rights (...).the decision by a Contracting State to extradite a fugitive may give rise to an issue under Article 3 (art. 3), and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if extradited, faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the requesting country. The establishment of such responsibility inevitably involves an assessment of conditions in the requesting country against the standards of Article 3 (art. 3) of the Convention. Nonetheless, there is no question of adjudicating on or establishing the responsibility of the receiving country, whether under general international law, under the Convention or otherwise. In so far as any liability under the Convention is or may be incurred, it is liability incurred by the extraditing Contracting State by reason of its having taken action which has as a direct consequence the exposure of an individual to proscribed ill-treatment”.

76 Tradução do original: *It would hardly be compatible with the underlying values of the Convention were a Contracting State knowingly to surrender a fugitive to another State where there were substantial grounds for believing that he would be in danger of being subjected to torture, however heinous the crime allegedly committed.*

77 Cruz Varas e Outros v. Suécia, Ap. 15576/89. Apesar de a sua apelação não ter sido procedente, o Acórdão em causa é de relevar. Em poucas palavras, o pai de uma família foi expulso para o Chile, tendo tentado sustentar a sua expulsão alegando a violação deste artigo, pois tinha sido torturado no passado; contudo, o TEDH concluiu que face à revolução política e à queda do regime autoritário, anteriormente existente, não existia um risco sério e real de o requerente sofrer tratamento desumano ou degradante.

78 Acórdão Vilvarajah e Outros v. Reino Unido, Ap. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 e 13448/87. Em resumo, diz respeito à deportação de 5 nacionais do Sri Lanka, requerentes de asilo, que viram a sua aplicação ser improcedente, pelo facto de o TEDH ter considerado que os seus casos não são diferentes de todas as outras pessoas da comunidade de Tâmil no Sri Lanka que foram deportadas, não havendo factos suficientes para sustentar a sua deportação.

art. 3.º e comprometer a responsabilidade do Estado no âmbito da Convenção, quando existem fundamentos substanciais para crer que a pessoa em causa, se extraditado, corre um risco real de ser submetido a tortura, a tratamento desumano ou degradante no país solicitante<sup>79</sup>”.

E

“No início, o Tribunal observa que os Estados contratantes têm o direito de controlar a entrada, residência e afastamento de estrangeiros. Além disso, deve-se notar que o direito de asilo político não está contido na Convenção ou nos seus Protocolos<sup>80</sup>”.

Nesse seguimento, no acórdão *Chahal* de 15.11.1996<sup>81</sup>, o TEDH deixou bem claro que “a proibição prevista pelo art. 3.º contra os maus-tratos é igualmente absoluta nos casos de expulsão” e que não se deixa “espaço para equilibrar o risco de maus-tratos contra as razões expulsão de modo a determinar se está envolvida a responsabilidade de um Estado nos termos do art. 3.º, mesmo quando esse tratamento for infligido por outro Estado”<sup>82</sup>, declarando que o aumento do padrão recorrente da prova “não é compatível com a natureza absoluta da proteção conferida pelo art. 3.º”.

Ademais, considerou que as garantias dadas pelas autoridades do país de origem, na sua aplicação prática, devem fornecer uma garantia suficiente de que o requerente estaria protegido contra o risco de tratamento proibido pela Convenção, concluindo que questões de segurança

---

79 Tradução do original: *In its Soering judgment of 7 July 1989 the Court held that the decision by a Contracting State to extradite a fugitive may give rise to an issue under Article 3, and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if extradited, faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the requesting country.*

80 Tradução do original no acórdão: *At the outset, the Court observes that Contracting States have the right, as a matter of well-established international law and subject to their treaty obligations including Article 3 (art. 3), to control the entry, residence and expulsion of aliens. Moreover, it must be noted that the right to political asylum is not contained in either the Convention or its Protocols. This is borne out by several recommendations of the Assembly of the Council of Europe on the right of asylum (see Recommendation 293 (1961) and Recommendation 434 (1965), as well as a subsequent resolution and declaration of the Committee of Ministers (see Resolution 67 (14) and Declaration on Territorial Asylum, adopted on 18 November 1977. Igualmente exposto no acórdão N. contra a Finlândia de 30 de Novembro de 2005.*

81 *Chahal v. Reino Unido* (Ap. 22414/93). Em resumo, neste acórdão estava em causa o retorno de um separatista indiano pelo Reino Unido, que, enquanto ativista, já tinha sido preso por seis anos, tendo o TEDH concluído que caso tal acontecesse existia um risco real de o requerente ser submetido a tortura às mãos dos elementos da Polícia de Punjab, sendo a sua aplicação procedente.

82 Traduzido do original: *The prohibition provided by Article 3 against ill-treatment is equally absolute in expulsion cases' and that it does not leave 'any room for balancing the risk of ill-treatment against the reasons for expulsion in determining whether a State's responsibility under Article 3 is engaged.*

nacional não estavam em causa quando pudesse existir alguma eventual violação do art. 3.º da CEDH:

“A ameaça representada por um indivíduo para a segurança nacional do Estado Contratante é um fator a ser pesado quando se consideram as questões nos termos do artigo 3.º. Esta abordagem tem em conta que, nestes casos, existam vários graus de risco de maus-tratos. Quanto maior o risco de maus-tratos, menor peso deve ser dado à ameaça à segurança nacional. Mas onde exista uma dúvida substancial no que diz respeito ao risco de maus-tratos, a ameaça à segurança nacional pode pesar na balança, entre a proteção dos direitos do indivíduo e os interesses gerais da comunidade. A Comissão (...) expressou a opinião de que as garantias dadas pelo artigo 3.º são de carácter absoluto, não admitindo qualquer exceção<sup>83</sup>”.

Ora, é ainda de relevar, neste ponto, a importância dos Acórdãos *Ahmed*<sup>84</sup> de 1996 e de *Vilvarajah* de 1991, tendo o Tribunal, novamente, assentado a inderrogabilidade absoluta do artigo em questão. No primeiro, o TEDH concluiu que, independentemente de, face à lei nacional, o requerente de asilo puder ficar excluído desta proteção, no caso por ter cometido um crime grave de direito comum e, por isso, ter sido punido criminalmente e ter perdido o seu estatuto de refugiado, não pode este ser expulso para o seu país de origem ou um país terceiro, no qual possa vir a sofrer tortura ou tratamento desumano e degradante:

“O referido princípio é igualmente válido quando as questões previstas no art. 3.º surgem em casos de expulsão. Por conseguinte, as atividades do indivíduo em questão, por mais indesejáveis ou perigosas, não podem ser uma consideração importante. A proteção

---

83 Do original: *The threat posed by an individual to the national security of the Contracting State was a factor to be weighed in the balance when considering the issues under Article 3 (art. 3). This approach took into account that in these cases there are varying degrees of risk of ill-treatment. The greater the risk of ill-treatment, the less weight should be accorded to the threat to national security. But where there existed a substantial doubt with regard to the risk of ill-treatment, the threat to national security could weigh heavily in the balance to be struck between protecting the rights of the individual and the general interests of the community. This was the case here: it was at least open to substantial doubt whether the alleged risk of ill-treatment would materialize; consequently, the fact that Mr. Chahal constituted a serious threat to the security of the United Kingdom justified his deportation. The applicant denied that he represented any threat to the national security of the United Kingdom, and contended that, in any case, national security considerations could not justify exposing an individual to the risk of ill-treatment abroad any more than they could justify administering torture to him directly. The Commission, with whom the interveners agreed, rejected the Government's arguments and expressed the opinion that the guarantees afforded by Article 3 were absolute in character, admitting of no exception.*

84 Acórdão *Ahmed v. Áustria*, Ap. 25964/94. Em suma, este somali requereu asilo na Áustria dizendo que não podia ser retornado para o seu país de origem face às suas atividades contra o regime imposto. O Tribunal Europeu concluiu que no caso em concreto, existia violação do art. 3.º da Convenção.

conferida pelo art. 3.º é, portanto, mais ampla do que a prevista pelo artigo 33.º da Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados (...); Apesar de o requerente ter perdido o estatuto de refugiado, dois anos depois, tal deveu-se apenas à sua condenação criminal e as consequências da expulsão para o requerente não foram tidas em conta<sup>85</sup>”.

Neste espírito, no mesmo acórdão *Ahmed*, o Tribunal continuou defendendo que “o art. 3.º consagra um dos mais fundamentais valores das sociedades democráticas, proibindo em termos absolutos a tortura ou o tratamento ou a punição desumana e degradante, independentemente da conduta das vítimas. (...) O artigo 3.º não deixa qualquer espaço para exceções e derrogações, mesmo no caso de ameaça à segurança pública da Nação”<sup>86</sup>.

Por seu lado, no segundo Acórdão referido, o Tribunal Europeu declara que devem estar em observação todos os factos e circunstâncias que possam, com substancial coesão e materialidade, demonstrar que existe um efetivo risco de sofrer maus tratos, sendo que a mera possibilidade não é suficiente; ademais, a própria situação do país para o qual os requerentes serão expulsos, deve ser, igualmente, base de decisão:

“Os maus-tratos devem atingir um nível mínimo de gravidade, para cair no âmbito do art. 3.º. A avaliação deste mínimo é relativo e depende de todas as circunstâncias de cada caso. (...) As provas perante o Tribunal de Justiça sobre os requerentes, bem como a situação geral, não estabelece que a sua posição pessoal era pior do que a generalidade dos outros membros da comunidade tâmil ou outros jovens tãmeis do sexo masculino que estavam retornando ao seu país. Uma vez que a situação era ainda incerta, existia a possibilidade de que eles poderiam ser presos e mal tratados como parece ter ocorrido anteriormente, nos casos

---

85 Tradução: *The above principle is equally valid when issues under Article 3 (art. 3) arise in expulsion cases. Accordingly, the activities of the individual in question, however undesirable or dangerous cannot be a material consideration. The protection afforded by Article 3 (art. 3) is thus wider than that provided by Article 33 of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees. (...) Although the applicant lost his refugee status two years later, this was solely due to his criminal conviction; the consequences of expulsion for the applicant were not taken into account*

86 Do original: *The Court further reiterates that article 3, which enshrines one of the fundamental values of democratic societies, prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective the victims conduct. (...) Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under article 15 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation.*

conhecidos de alguns dos requerentes. A mera possibilidade de maus-tratos, no entanto, em tais circunstâncias, não é em si suficiente para dar origem a uma violação do art. 3.<sup>o</sup><sup>87</sup>

Deste modo, o TEDH explicou que este tipo de interpretação, para ser aplicada ao caso em concreto, é necessário que se verifiquem dois critérios cumulativos, sendo eles, a demonstração de motivos sérios, por um lado, motivos esses de que existe um risco real de o requerente ser submetido a tortura ou tratamento desumano e degradante, por outro.

Como tal, o TEDH deve ter em conta não só as informações que conhece ou deveria conhecer à data do processo de decisão da medida de expulsão em causa, como também lhe é permitido conhecer todas as informações subsequentes, que podem confirmar ou revogar a decisão tomada pelo Estado-Contratante – tendo sido, assim, que concluiu o TEDH no Acórdão *Cruz Varas* de 1991.

Concluiu, ainda, o Tribunal nesse mesmo Acórdão que se deve ter em conta a dificuldade que os requerentes de asilo demonstram em fazer prova não só dos dois supra indicados critérios de aplicação da norma, bem como de muitas informações prestadas, por vezes ao nível mais elementar, além da típica desconfiança quanto às autoridades públicas e ao modo como, por vezes inexperientemente, lidam com este tipo de casos; e, ainda, se deve ter em conta todo o comportamento que o interessado demonstra em todo o processo:

“A existência de risco deve ser avaliada, principalmente, com referência a esses factos que foram conhecidos ou deveriam ter sido conhecidos pelo Estado Contratante no momento da expulsão; no entanto, o Tribunal não está impedido de ter em conta as informações que são reveladas após a expulsão. Isto pode ter valor para confirmar ou refutar a apreciação que foi feita pela Parte Contratante ou o fundado medo de um requerente<sup>88</sup>”.

---

87 Tradução: *Ill-treatment must attain a minimum level of severity if it is to fall within the scope of Article 3 (art. 3). The assessment of this minimum is, in the nature of things, relative; it depends on all the circumstances of the case. (...)The evidence before the Court concerning the background of the applicants, as well as the general situation, does not establish that their personal position was any worse than the generality of other members of the Tamil community or other young male Tamils who were returning to their country. Since the situation was still unsettled there existed the possibility that they might be detained and ill-treated as appears to have occurred previously in the cases of some of the applicants. A mere possibility of ill-treatment, however, in such circumstances, is not in itself sufficient to give rise to a breach of Article 3.*

88 Traduzido do original no acórdão: *The existence of the risk must be assessed primarily with reference to those facts which were known or ought to have been known to the Contracting State at the time of the expulsion; the Court is not precluded, however, from having regard to information which*

Ademais, considerou ainda o TEDH que os Estados devem ser condenados e responsabilizados caso não cumpram as medidas provisórias indicadas pelo Tribunal e, assim, não suspendam a extradição ou afastamento de estrangeiros, sendo que quaisquer atos ou omissões são censuráveis caso prejudiquem, irreparavelmente, a decisão final do Tribunal e ponham, efetivamente, em causa a integridades dos sujeitos.

Refira-se, por fim, que deve ser refletida a noção de tratamento desumano e degradante não somente de acordo com o sentido da CEDH, mas de igual modo no sentido do art. 4.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE.

Correlacionado com esta aceção de o requerente puder ou não sofrer tortura aquando do seu reenvio para o seu país de origem, está a questão das garantias diplomáticas. De facto, o TEDH é bastante retraído no que concerne a aceitar estas garantias dadas pelo Governo do país de origem, tal como o espelhou no caso *Isakov contra a Rússia*<sup>89</sup>: “O Tribunal tem já advertido contra a confiança nas garantias diplomáticas face a tortura num Estado onde a tortura é endémica ou persistente”<sup>90</sup>.

Nos mesmos termos, no acórdão *Saadi contra Itália*<sup>91</sup>, o TEDH também explicou que “o risco proposto pelo art. 3.º não pode ser excluído com base noutra material disponível para o Tribunal”, se esse risco estiver presente com um certo grau de rigor e com base nos critérios utilizados pelo Tribunal<sup>92</sup>.

Porém, como se poderá verificar com a mais recente jurisprudência, existem casos em que a concertação política e diplomática dos países envolvidos, pode levar à aceitação de garantias governamentais – é o caso atual de *Qatada* contra o Reino Unido de 17 de Janeiro de 2012.

---

*comes to light subsequent to the expulsion. This may be of value in confirming or refuting the appreciation that has been made by the Contracting Party or the well-foundedness or otherwise of an applicant's fears.*

89 Acórdão de 08 de Julho de 2010, no qual estava em causa a extradição do requerente da Rússia para o Uzbequistão.

90 Do original: *Secondly, the Court has already cautioned against reliance on diplomatic assurances against torture from a State where torture is endemic or persistent.* No mesmo sentido, seguir o caso de *Sultanov v. Rússia* de 4 de Novembro de 2010.

91 Acórdão de 28 de Fevereiro de 2008.

92 Isto porque, no caso, estava em causa um relatório da Cruz Vermelha Internacional, a qual tinha visitado as prisões da Tunísia, em completa confidencialidade, não tendo exposto qualquer conduta que demonstrasse a presença de tortura, mas também não a desmentiu. Daí que, o Tribunal não considerasse relevante este relatório, tendo defendido que o Tribunal não precisa de ter em conta todo o material que está à sua disposição, mas relevando aquele que acha fundamental para a aceção dos riscos.

Neste acórdão, o TEDH veio negar a violação do art. 3.º da CEDH e relevar as várias garantias diplomáticas disponibilizadas, pelo que é de elevada relevância a perceção deste acórdão, de modo a denotar as diferenças de interpretação deste artigo em face do demais exposto quanto aos anteriores acórdãos.

No que às garantias diplomáticas diz respeito, neste Acórdão o Tribunal Europeu faz uma longa exposição dos critérios a que as garantias diplomáticas estão vinculadas, desde logo, explicando que “na aceção da aplicação prática das garantias e na determinação de que relevância lhes dar, a questão preliminar a colocar-se é se a situação geral dos direitos humanos no Estado-recetor exclui, automaticamente, a aceitação de quaisquer garantias (...), pelo que, o Tribunal deve visualizar, em primeiro, a qualidade das garantias e, em segundo, se à luz das práticas do Estado-recetor elas podem ser confiáveis”<sup>93</sup>.

Ora, *in casu*, estava em causa mais do que garantias diplomáticas, mas aquilo a que se chamou de ‘Memorandum of Understanding’ entre a Jordânia e o Reino Unido, descrevendo todos os esforços feitos por estes Estados para que a extradição de Qatada fosse possível e este não sofresse qualquer tipo de tortura, punição ou tratamento desumano e degradante<sup>94</sup>.

Independentemente das questões políticas que aqui se visualizam, o certo é que o TEDH deu superior relevância a este ‘Memorandum’ do que aos relatórios das Nações Unidas e de outros organismos e organizações internacionais fiáveis, quanto à aplicação dispersada da tortura na Jordânia:

“O Tribunal não considera que a situação generalizada dos direitos humanos na Jordânia exclua a aceitação de todas e quaisquer garantias do governo jordano. Em vez disso, o Tribunal considera que o Reino Unido e a Jordânia fizeram genuínos esforços para obter e providenciar uma transparente e detalhada garantia de que o requerente não vai ser mal tratado quando retornado à Jordânia. O produto desses esforços, o ‘Memorandum of Understanding’, é superior em detalhe e

---

93 Tradução do original: *In assessing the practical application of assurances and determining what weight is to be given to them, the preliminary question is whether the general human rights situation in the receiving state excludes accepting assurances whatsoever (...) the Court will assess first, the quality of assurances given and, second, whether, in light of the receiving State's practices they can be relied upon.*

94 Desde logo, porque estava em causa um caso de um terrorista internacional e que toda a comunidade internacional estava a observar.



formalidade que quaisquer outras garantias providenciadas”<sup>95</sup> neste e em outros casos deste Tribunal.

O certo é que, em 15.05.2012 foi decidido pelo TEDH um outro caso de extradição de um suspeito de atividades terroristas, tendo as garantias diplomáticas sido excluídas, ainda que providenciadas de forma detalhada e por um agente de autoridade. É o caso de *Labsi* contra a Eslováquia<sup>96</sup>, no qual o Tribunal entendeu que as garantias dadas pelo Estado recetor são um fator relevante que o TEDH tem de considerar, sendo que a consideração a dar a essas garantias depende das circunstâncias que prevalecem no momento da verificação da situação do requerente, bem como na qualidade dessas garantias face às práticas do Estado recetor.

Para tal, o TEDH no acórdão *Labsi* indica vários fatores determinantes como: se são específicas ou gerais; quem transmitiu e assegurou as garantias; se podem ser verificadas por mecanismos de diplomacia e monitorização; se existe um sistema efetivo de proteção contra a tortura, nomeadamente que o Estado esteja disposto a investigar as alegações de tortura e punir os seus responsáveis; e se essas garantias foram examinadas pelos tribunais do Estado que irá extraditar o requerente.

Neste sentido, no caso agora em apreço, o TEDH lembrou que já anteriormente o Supremo Tribunal da Eslováquia tinha afirmado que não era permissível a expulsão do requerente em virtude de existir um sério risco de este ser exposto a tratamento contrário ao art. 3.º da CEDH; além do mais, quanto às práticas da Argélia, foram particularmente relevantes para o Tribunal o elevado número de documentos de organizações internacionais que realçavam o risco de tortura dos suspeitos de terrorismo. O TEDH citou ainda os acórdãos *Daoudi* contra França e *H.R.* contra França, nos quais tinha já constatado este receio de tortura por partes dos respetivos requerentes.

---

95 Do original: *The Court does not consider that the general human rights situation in Jordan excludes accepting any assurances whatsoever from the Jordanian Government. Instead, the Court considers the United Kingdom and Jordanian Governments have made genuine efforts to obtain and provide transparent and detailed assurances to ensure that the applicant will not be ill-treated upon return to Jordan. The product of those efforts, the MOU, is superior in both detail and formality to any other assurances provided (...)*”.

96 Application n.º 33809/08, no qual o requerente argelino foi extraditado para a Argélia pelas autoridades eslovacas o considerarem um perigo para a segurança do Estado. O certo é que, o Supremo Tribunal eslovaco considerou inadmissível a sua extradição para a Argélia em virtude de haver um sério risco de vir a sofrer tratamento contrário ao art. 3.º da Convenção, tendo-o protegido e mantido sobre vigilância. Todavia, o requerente fugiu do centro de acolhimento para requerentes de asilo para a Áustria que o retornou para a Eslováquia e, perante tal comportamento, as autoridades administrativas eslovacas decidem cumprir o pedido de extradição da Argélia.

Ademais, o Governo da Argélia não respondeu aos pedidos do Ministro da Administração Interna da Eslováquia em estabelecer contacto com o requerente ou em enviar um oficial para o visitar, pelo que não podiam ser verificadas as garantias através de mecanismos diplomáticos ou de monitorização.

Como tal, no acórdão *Labsi*, o Tribunal Europeu conclui que no momento da extradição existiam fundadas razões para assegurar o receio de tratamento cruel para com o requerente, bem como considerou o argumento deduzido pelo Estado da Eslováquia em como a expulsão do requerente estaria justificada face ao facto de ter sido considerado um risco para a segurança do país não poder ser aceite, pois que a proteção concedida pelo art. 3.º da Convenção é absoluta.

De facto, é preciso trazer à colação uma questão deveras importante, que pode ser aplicada aos três níveis de decisão jurisdicional: a subjetividade decisiva, ou seja, as decisões estão pendentes da subjetividade própria do julgador.

Na realidade, apesar dos critérios objetivos e legais a que o julgador está vinculado, muito das decisões sobressai das próprias convicções pessoais do juiz, do seu espírito liberal ou conservador, das tendências evolutivas que pretenda, da própria margem de apreciação dada aos Estados-Contratantes quanto a estas questões – o certo é que as decisões do TEDH são declaradas por um coletivo de Juízes que, tendencialmente, está imune ao pendor subjetivo; mesmo assim, este coletivo poderá não estar imune a uma interpretação mais ou menos liberal e, essencialmente, ao pendor político das questões.

Em boa verdade, as decisões do TEDH seguem a chamada doutrina do Consenso Europeu e da Interpretação Evolutiva, isto é, o TEDH debate-se entre um ativismo processual através de uma interpretação evolutiva dos artigos da Convenção (desde logo, porque se considera que a CEDH é um instrumento vivo, ou seja, acompanha as evoluções da sociedade) e, por outro lado, com uma autocontenção jurisprudencial, face à margem de apreciação dos Estados-Contratantes – quer isto dizer que, o Tribunal Europeu só interpreta evolutivamente se houver um consenso europeu nessa matéria, havendo uma margem de apreciação dos Estados reduzida; caso contrário, se não existir consenso, o Tribunal concede uma ampla margem de apreciação aos Estados, não realizando a chamada interpretação evolutiva.

Ora, foi o que aconteceu no caso *Qatada* contra o Reino Unido, em que o TEDH distanciou-se da sua jurisprudência já assente e concedeu ampla margem de apreciação aos Estados envolvidos, desde logo, porque este é um caso, antes de mais, de natureza política e diplomática, o que influenciou em muito a decisão do Tribunal em conceder tamanha acreditação no referido ‘Memorandum of Understanding’ – ao invés daquilo que aconteceu com o caso *Labsi*, desde logo, porque no caso *Qatada* não foram relevantes os documentos internacionais expostos pelas variadas organizações internacionais, comprovando a existência da prática da tortura na Jordânia.

Assim, foi com base neste ‘Memorandum os Understanding’ e nas garantias providenciadas pelo Governo da Jordânia, que o Tribunal considerou que *Qatada* não seria sujeito a tortura ou outro tratamento que pusesse em causa a sua vida ou integridade física, lembrando as relações bilaterais entre os países envolvidos e concluindo que não existe qualquer risco sério de o seu reenvio para a Jordânia acarretar a violação deste art. 3.º da CEDH<sup>97</sup>.

Em boa verdade, parece-me que existe uma contradição na decisão do TEDH no caso *Qatada*, nomeadamente entre o que foi admitido com o ‘Memorandum of Understanding’ e os argumentos para a consideração de ter havido violação do art. 6.º da Convenção. De facto, o requerente Qatada acabou por não ser reenviado para a Jordânia, pois considerou-se que não lhe iriam ser aplicadas todas as garantias processuais penais e que as provas utilizadas contra ele foram obtidas com tortura sobre terceiros. Desse modo, mesmo que o ‘Memorandum of Understanding’ assegura-se que o requerente em causa não iria ser submetido a tortura, nunca este poderia ser aceite pelo TEDH tendo em conta as práticas comprovadas pelos referidos documentos de organizações internacionais, bem como pelo facto de se reconhecer que a tortura existe para extração de prova e confissão e que poderiam ser utilizadas contra o requerente.

Desta forma, não foi coerente o Tribunal em ter aceite o ‘Memorandum of Understanding’, apesar do entendimento de proteção absoluta do art. 3.º na margem de apreciação da existência de um sério risco de tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante, que se comprovou com a violação do art. 6.º. Se bem que nem sempre a violação do art. 6.º tenha que comportar a violação

---

97 Por fim, o requerente não pôde ser reenviado para a Jordânia com base na violação do art. 6.º da CEDH, isto é, a denegação de justiça, pois este poderia ser julgado sem estar presente, não lhe sendo aplicadas as garantias básicas do processo penal., bem como as provas contra si utilizadas foram obtidas sob a tortura de terceiros pessoas, fazendo com que sejam provas nulas.

do art.º 3.º, ambos da CEDH, o certo é que neste caso parece não haver uma coerência sistemática de aplicação destes artigos ao caso concreto.

Assim, como exposto anteriormente, este é um caso exemplo de como os países contratantes, politicamente, podem, em determinado nível, controlar as decisões do TEDH, influenciando e desequilibrando a sua jurisprudência já estabelecida – nos casos, quanto ao valor das garantias diplomáticas providenciadas pelos Governos e como isso afeta a perceção deste artigo 3.º da Convenção.

Em qualquer dos casos, caso não fosse este ‘Memorandum’ e o Tribunal tivesse em consideração os relatórios apresentados pelas organizações internacionais, era certo que se verificaria uma violação do art. 3.º da CEDH, desde logo, porque existiria um risco sério de o requerente ser sujeito a tortura e outros tratamentos semelhantes, evidenciando o Tribunal novamente, o carácter absoluto deste artigo, independentemente da sua qualidade de terrorista e de ser possível a aplicação de uma Cláusula de Exclusão.

Ora, este entendimento do TEDH demonstra como, efetivamente, o âmbito de aplicação e proteção concedido pelo art. 3.º da CEDH é vasto, indo para além das fronteiras estabelecidas pela Convenção de Genebra, nomeadamente, através das Cláusulas de Exclusão.

De facto, não existem cláusulas de exclusão na CEDH e, portanto, cada indivíduo dentro da jurisdição da CEDH goza dos direitos e liberdades definidos no título I da CEDH, havendo uma diferença gritante face à Convenção de Genebra de 1951, que não só estabeleceu limitações ao Princípio do Non-Refoulement no artigo 33.º, mas também limitou o seu âmbito de aplicação pessoal pelas Cláusulas de Exclusão do artigo 1.º-F.

Como tal, a CEDH parece ter um âmbito de aplicação mais extenso que a Convenção de Genebra de 1951 pois, desde logo, a CEDH reporta-se ao Homem, em geral, e a todo e qualquer caso que possa ser configurado de violar o seu art. 3.º e não, somente, aos refugiados, em especial, como acontece na Convenção de Genebra de 1951. Ademais, a CEDH importa não apenas direitos e reações positivas para os Estados, podendo ainda sancionar pelas inobservações e omissões desses mesmos Estados. Neste mesmo sentido, a CEDH visa aplicar-se a todas as decisões que ponham em causa os direitos individuais nela consagrados, sem ter sido essa questão previamente observada por um tribunal – na realidade, é o que acontece quando um requerente de asilo requer

esse benefício e vê-se perante a possibilidade de ser expulso, já que, na maioria dos casos, estas decisões são, meramente, administrativas.

Contudo, apesar de o art. 3.º incluir muito mais que o conceito restrito de refugiado da Convenção de Genebra de 1951 – como os refugiados estritamente políticos, por exemplo – este diz respeito a situações mais restritivas que aquelas do art. 33.º da Convenção de Genebra<sup>98</sup>. De facto, esta questão é, nos seus termos redundantes, pois que, em todo o caso, estes dois artigos complementam-se e auxiliam-se nas suas interpretações para, *a final*, se conseguir proporcionar a melhor proteção possível ao requerente de asilo e refugiado.

Deste modo, com a anterior apresentação jurisprudencial ficou presente como o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem interpreta o art. 3.º da Convenção, denunciando a proteção que pretende, na realidade, conceder, o seu amplo âmbito de aplicação, a sua inderrogabilidade.

Assim, o TEDH apresenta-se como a verdadeira frente protecionista europeia, garantindo o seu lugar como baluarte da proteção dos direitos humanos na Europa, não somente devido à interpretação que recorta de cada um dos artigos da Convenção, como também face à preocupação que demonstra em adaptar este Tratado às evoluções próprias da sociedade europeia, desde logo, porque a Convenção Europeia – tal como a Convenção de Genebra de 1951 – são instrumentos vivos e cujo catálogo de direitos está em constante mutação interpretativa.

Ora, é na realidade esta interpretação evolutiva que se evidencia com os acórdãos analisados e com a mais recente jurisprudência do TEDH, sendo certo que, face à decisão no acórdão *Qatada*, deve-se acompanhar de perto a jurisprudência deste Tribunal, nomeadamente, quanto a esta questão das Cláusulas de Exclusão e Princípio do Non-Refoulement.

---

<sup>98</sup> Neste sentido, Nicole Guimezanes: *Le statut juridique des réfugiés* in Revue Internationale de Droit Comparé, Ano 46, n.º 2, Abril/Junho, 1994.

### **Capítulo III) O Princípio do Non-Refoulement e as Cláusulas de Exclusão na União Europeia**

Neste capítulo, debruçar-me-ei sobre a evolução dos institutos em causa no seio daquela que é a organização ao nível europeu, e supra nacional, mais recente – a União Europeia (doravante, UE). De facto, desde já, se pode avançar que não é possível fazer um desenvolvimento específico dos institutos em causa, mas somente do direito de asilo em geral. Como tal, serão de analisar as três (3) diretivas comunitárias que versam sobre esta matéria e a Carta dos Direitos Fundamentais.

Na realidade, nem ao nível da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (de agora em diante, TJUE), nem ao nível da sua legislação, não se pode dizer que exista um recorte jurisprudencial como o do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, termos em que serão analisadas as diretivas em causa, nos pontos mais próximos com o Princípio do Non-Refoulement, as Cláusulas de Exclusão, e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (com o acrónimo, CDFUE), em especial, o seu artigo 19.º, que diz respeito à proteção em caso de afastamento, expulsão e extradição.

#### **Subcapítulo 1) A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a Diretiva 2004/83/CE de 29 de Abril**

De facto, o presente subcapítulo deverá ser iniciado por uma análise ao art. 19.º da CDFUE e suas implicações no sistema da União Europeia, seguindo-se a análise das Diretivas 2003/09/CE respeitante às normas mínimas em matéria de acolhimento dos requerentes de asilo nos Estados-Membros, da Diretiva 2004/83/CE concernente normas mínimas relativas às condições a preencher por nacionais de países terceiros ou apátridas para poderem beneficiar do estatuto de refugiado ou de pessoa que, por outros motivos, necessite de proteção internacional, bem como relativas ao respetivo estatuto e ao conteúdo da proteção concedida e, ainda, da Diretiva 2005/85/CE relativa às normas mínimas aplicáveis ao procedimento de concessão e retirada do estatuto de refugiado nos Estados-Membros.

De seguida, será feita uma pequena resenha ao Regulamento n.º 343/2003/CE que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise

e um pedido de asilo apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro e, por fim, à Decisão 573/2007/CE e PE quanto à criação de um Fundo Europeu para os refugiados.

Antes de mais, somente umas reflexões sobre a evolução do Direito de Asilo e da concessão de estatuto de refugiado no âmbito da União Europeia<sup>99</sup>: desde o Tratado de Roma até 1985 não havia, no seio da então, Comunidade Económica Europeia a visão do asilo e o problema dos refugiados, sendo que a perspetiva de livre circulação de pessoas era meramente económica; nesse sentido, só com o Ato único Europeu de 1985 se iniciou uma mudança de razão e sentido na livre circulação de pessoas, criando-se um espaço sem fronteiras internas.

De facto, um conjunto de situações sociais, políticas e económicas conduziram a uma maior atenção sobre este assunto, tendo sido elas, desde logo, a queda do muro de Berlim e os vários conflitos nas novas repúblicas, que obrigaram a movimentações populacionais e geraram uma preocupação com fluxos migratórios em massa e outros. Como tal, desde os anos 80 que, em primeiro lugar ao nível interno dos Estados-Membros, se foram adotando medidas de restrição e um maior controlo de fronteiras<sup>100</sup>.

Na realidade, foi com o Tratado de Maastricht de 1992 que se veio incluir o direito de asilo como matéria de interesse comum e integrá-lo no terceiro pilar comunitário, levando a uma primeira institucionalização desta questão. Porém, vários limites subsistiram, designadamente ao nível interno de cada país na abordagem deste problema, pelo que aquando da sua revisão, com o Tratado de Amesterdão se consagrou, especificadamente, a matéria de asilo, suas linhas de

---

99 Para mais informação, neste sentido ver Inês Filipa Pires Marinho in *Estudos de Direito Europeu e Internacional dos Direitos Humanos: o direito de asilo na União Europeia*, Almedina, 2005, pág. 211-215; e, ainda, Colin Harvey in *The Right to seek asylum in the European Union*, article, E.H.R.L.R., Issue 1, Sweet & Maxwell, Ltd, 2004, pág. 31-33.

100 Relembre-se, antes de mais, a Convenção de Dublin de 1990 que veio, não só, definir conceitos importantes como pedido de asilo e requerente de asilo, mas como também desenvolveu as primeiras normas de fixação do Estado responsável pela análise do pedido de asilo, e harmonização das normas relativas aos procedimentos de asilo, bem como contribuiu para que os Estados se comprometessem a desenvolver políticas relativas ao asilo. É, neste sentido, que a Convenção de Dublin é considerada a primeira geração de harmonização do processo de asilo. Esta e outras informações verificar: José Noronha Rodrigues in *Políticas de Asilo e de Direito de Asilo na União Europeia*, CEEAplA n.º 14/2006, Centro de Estudos de Economia Aplicada do Atlântico, 2006;

orientação e políticas a adotar, incluído, agora, no primeiro pilar comunitário e cujas medidas tornaram o asilo uma das políticas-chave da União Europeia<sup>101</sup>.

Na realidade, o Tratado de Amesterdão veio como que prestar homenagem à Convenção de Genebra de 1951, estabelecendo os critérios e mecanismos para determinar qual o Estado-Membro responsável pela averiguação da concessão de asilo submetido num Estado-Membro por um nacional de um país terceiro à EU, os *standards* mínimos na receção dos requerentes de asilo no seio da União, para assegurar o respeito pela qualificação dos nacionais de países terceiros como refugiados e, ainda, os *standards* mínimos quanto aos procedimentos dos Estados-Membros para conceder ou recusar o estatuto de refugiado<sup>102</sup>.

De facto, uma das mais importantes conclusões a retirar da revisão efetuada com o Tratado de Amesterdão é, sem dúvida, o facto de que qualquer medida, daí em diante, adotada nesta matéria ser vinculativa para todos os Estados-Membros. Ademais, foi ainda propósito deste Tratado, o estabelecimento de um equilíbrio entre os princípios de segurança e os princípios humanistas que se faziam (e ainda fazem) sentir aquando da verificação da possibilidade de concessão do estatuto de refugiado<sup>103</sup>.

Contudo, desde logo, surgiram necessidades de uniformizar e alcançar uma posição de compromisso entre os Estados-Membros, até então com elevadas divergências de legislações neste ponto. Como tal, a adoção das Diretivas de seguida em análise vieram, na sua essência, encontrar este ponto de compromisso e fazer a harmonização necessária entre as disposições internas dos Estados-Membros, evitando situações de diferente aplicação de critérios essenciais dentro do espaço de liberdade de circulação de pessoas da União Europeia<sup>104</sup>, demonstrando-se, assim, como um ponto-chave no estabelecimento de uma área de “liberdade, segurança e justiça”.

---

101 Para um desenvolvimento mais apurado deste assunto seguir: Juan José Arribas in *Los Estados frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*, Universidad de Burgos, Dykinso, S.L., 2000.

102 Chaloka Beyani in *Human Rights Standards and the Free Movement of People within States*, Oxford University Press, 2000, pag. 126 e ss. Para um desenvolvimento de cada uma destas medidas seguir Inês Filipa Pires Marinho in *O Direito de Asilo na União Europeia: problemas e soluções*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Internacionais, FDUL, 2003, pag. 233 e ss.

103 Inês Filipa Pires Marinho in *O Direito de Asilo na União Europeia: problemas e soluções*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Internacionais, FDUL, 2003, pag. 231.

104 Não se vai aqui fazer referência ao Espaço Schengen visto que este integrou o âmbito da União Europeia com a aprovação do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia.



Ora, todo o desenvolvimento feito a este momento culminou com o agrupamento e integração das matérias relativas a asilo, livre circulação de pessoas, controlo de fronteiras e cooperação judiciária em matéria civil no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia pelo Tratado de Lisboa<sup>105</sup>.

Ademais, com a assinatura do Tratado de Lisboa, os Estados-Membros igualmente assinaram a Carta dos Direitos Fundamentais da UE, passando a que esta adquirisse natureza juridicamente vinculativa<sup>106</sup>, ou seja, tanto a UE, o TJUE como os Estados-Membros na aplicação da legislação da União devem obediência aos princípios e direitos consagrados na Carta, em especial, os artigos 18.º e 19.º - cujo conteúdo é exposto de seguida.

Desta forma, foi a UE caminhando para a criação do chamado Sistema Europeu Comum de Asilo, cujo objetivo essencial é tornar a União Europeia num espaço único de proteção dos refugiados, de modo a ser assegurada uma aplicação integral e uniformizada da Convenção de Genebra de 1951.

A criação deste Sistema Europeu Comum de Asilo organiza-se em várias fases, sendo a primeira a harmonização dos diferentes quadros normativos dos Estados-Membros, assegurando normas mínimas comuns, com o intuito de assegurar uma proteção uniforme no 'espaço de liberdade, segurança e justiça', pelo que foi neste contexto que surgiu a Diretiva 2003/85/CE, tema deste capítulo; neste seguimento, a segunda fase deste sistema consiste na tentativa de alcance de um nível de proteção comum mais elevado e uma maior igualdade na proteção e maior solidariedade, para este grupo, em toda a UE, tendo sido neste momento que se consagrou a Diretiva 2004/83/CE<sup>107</sup>.

Refiram-se, ainda, as conclusões do Conselho Europeu reunido em Tampere, em 15 e 16 de Novembro de 1999, que, desde logo, evidenciou a necessidade de ser implementado no seio da UE um sistema de asilo comum europeu, de modo a tornar mais operacional e viável a proteção aos requerentes de asilo e refugiados. Nesse mesmo Conselho foi declarada a importância de manter, integralmente, a Convenção de Genebra, assegurando os seus deveres, direitos e proteções,

---

105 Para esta e mais informação seguir: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/glossary/free\\_movement\\_persons\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/free_movement_persons_pt.htm).

106 Para esta e outra informação geral ver <http://ec.europa.eu/publications/booklets/others/84/pt.pdf>.

107 Para mais desenvolvimentos ver: Livro Verde sobre o futuro Sistema Europeu Comum de Asilo, apresentado pela Comissão, COM (2007) 301, Bruxelas, 2007, J.O.U.E. e ainda, Pacto Europeu em Imigração e Asilo, Conselho Europeu, Doc. N.º 13189/08 ASIM 68, Bruxelas, 2008, J.O.U.E.;

designadamente, as suas Cláusulas de Exclusão e o Princípio da Não Repulsão (do Non-Refoulement, no original), no seio da União Europeia.

Assim, atualmente, o direito de Asilo está consagrado no art. 18.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE, remetendo os seus termos quer para o estabelecido na Convenção de Genebra relativa ao Estatuto de Refugiado de 1951, o seu Protocolo adicional de 1967, quer para as normas constantes do Tratado que constituiu a Comunidade Europeia, em específico os artigos 14.º e 63.º do Tratado da CE e os artigos 29.º e seguintes do Tratado da UE.

Como tal, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, verifica-se que existem dois artigos referentes às matérias em questão, o art. 18.º que menciona o Direito de Asilo em si mesmo, e o art. 19.º que se refere à proteção em caso de afastamento, expulsão e extradição. Ora, *in casu*, será, exatamente, o último artigo referido que se terá em conta, o qual dispõe que:

“Artigo 19.º – Proteção em caso de afastamento, expulsão e extradição:

1. São proibidas as expulsões coletivas;
2. Ninguém pode ser afastado, expulso ou extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito a pena de morte, a tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes.”

Ora, pela leitura do artigo em causa, verifica-se que é a letra do art. 19.º, no seu n.º 2 que interessa para o estudo agora em causa, pois ele versa, em si mesmo, o Princípio do Non-Refoulement.

O art. 19.º da Carta (doravante, deste modo designada) contém, nos seus dois artigos, obrigações negativas para os Estados-Membros da União Europeia, ou seja, obrigações de *non facere*, sistematizando, em suma, os direitos protegidos já ao nível do Conselho da Europa e, deste modo, comunitarizando-os. Na realidade, o art. 19.º, desde logo, genericamente, revela as três modalidades de proteção a que os estrangeiros/requerentes de asilo têm direito, isto é, são protegidos contra o afastamento, a expulsão e a extradição<sup>108</sup>.

---

108 Para uma informação mais apurada deste artigo e da própria Carta seguir: *EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights: Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Junho, 2006, pag. 178.

Centremo-nos no caso do afastamento e expulsão, pois são estes que relevam para a matéria sujeita a análise: de facto, a União Europeia deve cumprir Tratados Internacionais que os seus Estados-Membros já se encontram vinculados, designadamente a Convenção de Genebra de 1951, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos Desumanos e Degradantes e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Em boa verdade, a proteção agora pretendida vai beber muita da sua *ratio legis* à interpretação do art. 3.º da CEDH no sentido dado com o Acórdão *Soering* e seguintes, como já exposto no capítulo precedente, pois que os casos de afastamento, expulsão ou extradição podem fazer surgir casos de *refoulement* e, por conseguinte, a violação de direitos e a responsabilidade do Estado que procedeu ao afastamento, apesar das circunstâncias de ofensas contra a integridade física ou mesma a vida estarem em evidência<sup>109</sup>.

Ora, é no mesmo sentido que a jurisprudência do TEDH, que deve ser interpretado o Princípio do Non-Refoulement no seio da União Europeia, desde logo, no que concerne ao facto de que, o carácter absoluto do art. 3.º da CEDH não ser excluído da sua aplicação pelo facto de o indivíduo poder ser um risco para a ordem pública, desde que se prove que existe um risco real de as autoridades do país de destino não serem capazes de obviar por uma proteção adequada.

Neste sentido, coloca-se a questão da presente dissertação: como fazer o equilíbrio, a ligação, entre os interesses de ordem pública ao nível da União Europeia, com aqueles de proteção de um requerente de asilo, face à proibição de *refoulement*, pelo que, deverá ter-se em conta qual o espírito com que os Estados-Membros delinearam estes artigos<sup>110</sup>.

---

109 Ademais, refira-se que esta responsabilidade pode encobrir ainda um país terceiro à CEDH (mas, por exemplo, Estado-Membro da UE), se o Estado de destino do afastamento é, por seu lado, Estado Contratante da Convenção.

110 Na realidade, denote-se que existe uma diferença substancial entre a União Europeia e o Conselho da Europa, bem como o próprio sentido das suas decisões, já que, a UE foi criada com um âmbito economicista e integracionista, enquanto que, por seu lado, o Conselho da Europa sempre se definiu com uma índole humanitária. Assim, estes desígnios serão preponderantes no modo como cada Tribunal irá colocar esta questão e resolvê-la.

Refira-se, por fim, que deve ser refletida a noção de tratamento desumano e degradante não somente de acordo com o sentido da CEDH, mas de igual modo no sentido do art. 4.º da Carta dos Direitos Fundamentais da UE.

Para além da proteção concedida ao nível da Carta dos Direitos Fundamentais da UE, igualmente as suas Diretivas têm um papel preponderante, desde logo porque pretendem manter o espírito da Carta e dar concretização às conclusões<sup>111</sup> expostas, pois que a criação deste sistema comum de asilo europeu envolve a adoção de duas fases: em primeiro lugar, um *standard* mínimo comum quanto ao conceito de refugiado e, posteriormente, em segundo lugar, a admissão de medidas comuns ao nível dos procedimentos de concessão do estatuto de refugiado<sup>112</sup>.

Antes de entrar no especial âmbito da Diretiva 2004/83/CE, enquanto Diretiva essencial na matéria em apreço, é de trazer à colação, para conhecimento, as Diretivas 2003/09/CE de 27 de Janeiro e a Diretiva 2005/85/CE de 1 de Dezembro, pois que, apesar de não serem o grande instrumento legislativo comunitário no âmbito dos refugiados, as suas estipulações são, igualmente, relevantes na consideração dos *standards* mínimos de proteção a conceder a este grupo de indivíduos.

No que diz respeito à Diretiva 2003/09/CE de 27 de Janeiro esta propôs-se, principalmente, a assegurar um nível mínimo de segurança e proteção aos requerentes de asilo que apresentem um pedido neste sentido em algum dos Estados-Membros<sup>113</sup>, tendo em conta a proposta de uma política comum de asilo, que incluía um sistema comum europeu de asilo, referindo o seu preâmbulo que

---

111 Como foi referido no texto introdutório, não está a ser analisado aqui o instituto do Asilo, em geral, pelo que as considerações referentes à criação deste Sistema de Asilo Europeu Comum serão escassas e somente relacionadas com os institutos jurídicos em análise na presente dissertação.

112 Ademais, refiram-se os conselhos do Livro Verde relativo a uma política comunitária em matéria de regresso dos residentes em situação ilegal, no sentido em que estipula que: “Estes regressos devem igualmente respeitar as disposições sobre a proteção internacional e os direitos do Homem de que beneficiam estas pessoas, nomeadamente o princípio de não-repulsão, por força da Convenção de Genebra de 1951 relativa ao estatuto dos refugiados e do seu Protocolo de 1967, nomeadamente os artigos 32.º e 33.º. Os refugiados não podem ser legalmente expulsos do território, salvo por razões de segurança nacional ou de ordem pública. Além disso, a CEDH, nomeadamente o seu artigo 3.º, bem como a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem relativa a esta questão devem ser referidas no contexto da proibição da tortura e dos tratamentos desumanos ou degradantes, assim como o artigo 4º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”.

113 Para mais mecanismos jurídicos referentes ao direito de asilo na União Europeia até ao ano de 2004, veja-se Ana Maria Pereira de Lima in *O Direito de Asilo num espaço de livre circulação de pessoas*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-económicas, Faculdade de Direito de Coimbra, 2007.

“faz parte integrante do objetivo da União Europeia de estabelecer progressivamente um espaço de liberdade, de segurança e de justiça aberto às pessoas que, obrigadas pelas circunstâncias, procuram legitimamente proteção na Comunidade”, pelo que “o estabelecimento de normas mínimas em matéria de acolhimento de requerentes de asilo constitui um passo positivo rumo a uma política de asilo europeia”.

De facto, a Diretiva 2003/9/CE foi o primeiro, essencial, mecanismo comunitário (se, ainda, pode ser designado assim, face ao Tratado de Lisboa) que tentou harmonizar, no seio da UE, o acolhimento a prestar aos requerentes de asilo nos vários Estados-Membros, pretendendo-se definir uma prática única e efetiva nesta matéria<sup>114</sup>.

Por seu lado, a Diretiva 2005/85/CE de 1 de Dezembro, que diz respeito às normas mínimas aplicáveis ao procedimento de concessão e retirada do estatuto de refugiado nos Estados-Membros, não veio mais do que estabelecer normas mínimas, deixando aos Estados definir, internamente, outras normas mais favoráveis ou manterem as que têm, desde que sejam, por si só, mais favoráveis que as da Diretiva.

De facto, o objetivo da Diretiva é evitar os pedidos de asilo múltiplos e definir um *standard* mínimo de procedimento, apesar das diferentes legislações entre os diversos Estados-Membros, bem como, de acordo com o texto do seu preâmbulo: “a aproximação das normas relativas aos procedimentos de concessão e retirada do estatuto de refugiado deverá contribuir para limitar os fluxos secundários de requerentes de asilo entre Estados-Membros, nos casos em que tais fluxos sejam devidos a diferenças entre os seus regimes jurídicos”<sup>115</sup>.

---

114 Contudo algumas críticas se lhe apontam, desde logo, pelo facto de ser minimalista e restritiva, visto que se aplica somente aos requerentes de asilo que preencham os requisitos da Convenção de Genebra, fora os casos de proteção temporária ou subsidiária; bem como não implica quase nenhuma modificação do direito nacional, sendo uma harmonização aparente, visto que muito é reenviado para as opções ao nível do direito interno<sup>114</sup>, como é, na realidade, ressalvado no texto do seu preâmbulo: “É da própria natureza das normas mínimas que os Estados-Membros possam aprovar ou manter disposições mais favoráveis destinadas aos nacionais de países terceiros e aos apátridas que solicitam proteção internacional a um Estado-Membro” e, ainda, no artigo 4.º da presente Diretiva. Denote-se, ainda, que face a este escopo alargado de medidas favoráveis no cerne de cada Estado, se questiona a efetividade prática e diária destas medidas, pelo que, deverá ser, sim, ao nível da coordenação e controlo da Comissão Europeia que esta Diretiva, bem com as que se seguem, encontrarão a sua eficácia.

115 Na realidade, esta é uma diretiva, puramente, processualista, submetendo todo o seu conteúdo aos critérios formais e materiais que cada Estado-membro, internamente, deve observar, no seios dos seus órgãos administrativos, na análise dos processo de concessão ou recusa destes

Agora, em especial quanto à Diretiva 2004/83/CE de 29 de Abril<sup>116</sup>, esta diz respeito às normas mínimas relativas às condições a preencher por nacionais de países terceiros ou apátridas para poderem beneficiar do estatuto de refugiado ou de pessoa que, por outros motivos, necessite de proteção internacional, bem como relativas ao respetivo estatuto, e relativas ao conteúdo da proteção concedida.

O seu principal objetivo consiste em, por um lado, “assegurar que todos os Estados-Membros apliquem critérios comuns de identificação de proteção às pessoas que tenham efetivamente necessidade de proteção internacional e, por outro, assegurar que em todos os Estados-Membros exista um nível mínimo de benefícios à disposição daquelas pessoas”.

Neste sentido, importa “estabelecer normas mínimas relativas à configuração e conteúdo do estatuto de refugiado, a fim de auxiliar as instâncias nacionais competentes dos Estados-Membros a aplicar a Convenção de Genebra, sendo necessário introduzir critérios comuns de reconhecimento como refugiados de requerentes de asilo, nos termos do artigo 1.º da Convenção de Genebra”.

Como pôde ser evidenciado pela prévia descrição, a Diretiva 2004/85/CE é o instrumento comunitário que, especialmente, se refere aos dois institutos aqui em causa, o Princípio do Non-Refoulement e as Cláusulas de Exclusão.

O art. 12.º, n.º 2 da Diretiva refere-se às cláusulas de Exclusão do estatuto de refugiado, nos seguintes termos:

“Artigo 12.º - Exclusão:

---

estatutos, subsequentes recursos e acompanhamento final da atribuição do estatuto de refugiado no seio da UE, pelo que o seu escopo não vai ser, nesta sede, comentado.

116 Reformulada pela Diretiva 2011/95/UE do Parlamento e do Conselho, de 13 de Dezembro. Apesar desta reformulação, os artigos aqui em causa não foram alterados, pelo que, por razão de historicidade e evolução do princípio se prefere a análise da diretiva em causa. Contudo, é de esclarecer que a agora diretiva reformuladora tem como objetivo introduzir alterações materiais, por questões de clareza; assim, vindo confirmar os princípios subjacentes à Diretiva de 2004/83/CE, esta pretende um maior nível de aproximação das normas, assegurando que os Estados-Membros apliquem critérios comuns, o que é expostos pela introdução de conceitos comuns de política de asilo, um alargamento da noção de membro de família e uma maior preocupação pelo ‘interesse superior da criança’, entre outros.

2. O nacional de um país terceiro ou o apátrida é excluído da qualidade de refugiado quando existam suspeitas graves de que:

a) Praticou crimes contra a paz, crimes de guerra ou crimes contra a humanidade, nos termos dos instrumentos internacionais que estabelecem disposições relativas a estes crimes;

b) Praticou crime grave de direito comum fora do país de refúgio, antes de ter sido admitido como refugiado, ou seja, na data em que foi emitida uma autorização de residência com base na concessão do estatuto de refugiado; poderão ser classificados como crimes de direito comum graves os atos particularmente cruéis ou desumanos, mesmo que praticados com objetivos alegadamente políticos;

c) Praticou atos contrários aos objetivos e princípios das Nações unidas enunciados no preâmbulo e nos artigos 1.o e 2.o da Carta das Nações unidas.”

De facto, como se pode observar, esta norma interna do organismo da UE, vai buscar todo o seu fundamento, a sua *ratione legis*, à Convenção de Genebra de 1951, remetendo em específico para a sua interpretação, e estabelecendo os mesmos casos de exclusão que da Convenção de Genebra de 1951. Isto é dizer que, as pessoas que cometeram os atos nomeados no art. 12, n.º 2 não são dignas o suficiente para beneficiar da proteção própria do estatuto de refugiado, pois que as suas condutas são, de tal modo, desonrosas que não conseguem atribuir a proteção específica do estatuto em causa.

Ademais, no próprio preâmbulo desta Diretiva, se aponta, em especial para a interpretação e aplicação de exclusão face a atos contrários às normas e princípios das Nações Unidas, mencionando que “os atos contrários aos objetivos e princípios da Organização das Nações unidas estão enunciados no preâmbulo e nos artigos 1.º e 2.º da Carta das Nações unidas, estando incluídos, entre outros, nas resoluções daquela organização relativas às medidas visando eliminar o terrorismo internacional, segundo as quais, «os atos, métodos e práticas terroristas são contrários aos objetivos e princípios das Nações unidas» e «são igualmente contrários aos objetivos e princípios das Nações unidas o financiamento, a planificação e a incitação, com conhecimento de causa, de tais atos terroristas”.

Assim, muito da essência deste artigo foi retirada do art. 1.º - F da Convenção de Genebra relativa ao estatuto de refugiado, pelo que, se denota que a Convenção de Genebra de 1951 é, sem dúvida, o 'Tratado-pilar' de todas as legislações suas supervenientes, pretendendo, sempre, manter o seu escopo fundamental; neste sentido é referido no preâmbulo da presente diretiva que a "Convenção de Genebra e o seu protocolo constituem a pedra angular do regime jurídico internacional relativo à proteção dos refugiados".

Contudo, no âmbito da União Europeia, via da Diretiva em causa, o âmbito de possíveis Cláusulas de Exclusão é alargado, face à introdução do facto de os pressupostos de exclusão serem, igualmente, aplicáveis a outros requerentes de asilo, nos termos constantes do art. 12.º, n.º 3, pois:

“ O n.º 2 aplica-se às pessoas que tenham instigado ou participado de outra forma na prática dos crimes ou atos aí referidos”.

Por outro lado, o âmbito da proteção internacional conferida, quer aos indivíduos com estatuto de refugiado, como àqueles com proteção internacional subsidiária, é evidenciado, no art. 21.º da Diretiva em análise, com o Princípio do Non-Refoulement, nos seguintes termos:

“Artigo 21.º - Proteção contra a repulsão:

1. Os Estados-Membros devem respeitar o princípio da não repulsão, de acordo com as suas obrigações internacionais.
2. Nos casos em que as obrigações internacionais mencionadas no n.º 1 não o proibam, os Estados-Membros podem repelir um refugiado, formalmente reconhecido ou não, quando:
  - a) Haja motivos razoáveis para considerar que representa um perigo para a segurança do Estado-Membro em que se encontra; ou
  - b) Tendo sido condenado por sentença transitada em julgado por crime particularmente grave, represente um perigo para a comunidade desse Estado-Membro”.

Como tal, demonstra-se, pela leitura do artigo em causa, que os Estados-Membros da UE devem manter em vigor e, em primeiro lugar, cumprir as obrigações internacionais a que estão



vinculados, devolvendo este ponto para o art. 33.º da Convenção de Genebra que, de igual modo, deve ser cumprido no seio do espaço de segurança, liberdade e justiça da UE.

Neste sentido, como se demonstra no preâmbulo da Diretiva em análise, “a aplicação da presente diretiva deverá ser objeto de uma avaliação regular, tendo em particular consideração a evolução das obrigações internacionais dos Estados-Membros em matéria de não repulsão”, o que releva a importância da norma em causa.

Contudo, o n.º 2 do art. 21.º abre uma porta de real arbitrariedade para os países que não se considerem vinculados à Convenção de Genebra ou outro instrumento internacional que proíba o *refoulement*, admitindo a repulsão em dois casos. Ora, acontece que, é já assente na Jurisprudência do TEDH que, os casos de segurança nacional e outros, casuisticamente, podem dar azo a que não seja admitida a repulsão, se ficar provada que essa irá provocar ofensas à integridade física do repellido<sup>117</sup>, pelo que, tem que se estar atento à jurisprudência do TJUE nos casos em que estas questões se coloquem<sup>118</sup>.

Ora, é face ao exposto nesta diretiva que as questões de equilíbrio entre o art. 12.º, n.º 2 e o art. 21.º se colocam, sendo que, caberá ao Tribunal de Justiça da União Europeia a delimitação, no caso concreto, dos âmbitos destes artigos, nomeadamente, a sua inderrogabilidade e a aplicação das suas restrições.

É, ainda, de relevar o conteúdo do Regulamento n.º 343/2003/CE de 18 de Fevereiro, que veio estabelecer os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de asilo, apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de país terceiro, pretendeu-se quem com relativa segurança e rapidez, identificar qual o Estado-membro responsável por este pedido – visto que o mesmo requerente pode apresentar mais do que um pedido de asilo em Estados da UE diferentes, evitando-se, deste modo, os pedidos de asilo

---

117 Para um comentário mais detalhado desta questão, ver análise jurisprudencial no capítulo anterior, referente ao Conselho da Europa.

118 Não obstante, não estar diretamente relacionado com o tema agora em discussão é, de relevar, que o principal mérito desta Diretiva ter sido a consagração da proteção internacional subsidiária, nos termos do art. 15.º. Porém, de igual modo, a estes requerentes se aplicam as mesmas Cláusulas de Exclusão, novamente expostas no art. 17.º da indicada Diretiva.

múltiplos – bem como, estabelecer os respetivos prazos para as fases deste procedimento<sup>119</sup>. Como bem refere o seu preâmbulo, o seu objetivo é “conduzir, no longo prazo, a um procedimento comum e a um estatuto uniforme, válido em toda a União, para as pessoas que beneficiam do asilo.”

Uma última chamada de atenção para um outro instrumento comunitário no seio da matéria em discussão, a Decisão n.º 573/2007/CE conjuntamente adotada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, no que concerne à criação de um Fundo Europeu para os Refugiados, a aplicar-se nos anos de 2008 a 2013.

De facto, no sentido das Recomendações da sessão de Tampere, já mencionadas previamente, foi “com o objetivo de estabelecer progressivamente um espaço de liberdade, de segurança e de justiça que o Tratado prevê, por um lado, a adoção de medidas destinadas a garantir a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas de acompanhamento relativas aos controlos nas fronteiras externas, ao asilo e à imigração e, por outro, a adoção de medidas em matéria de asilo, de imigração e de proteção dos direitos dos nacionais de países terceiros”, pelo que a criação deste Fundo visa, no essencial, que “a integração dos refugiados na sociedade do país em que se encontram instalados seja um dos objetivos da Convenção de Genebra, pelo que é necessário que estas pessoas possam partilhar os valores consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Para o efeito, será conveniente apoiar a ação desenvolvida pelos Estados-Membros para promover a sua integração social, económica e cultural, já que esta contribui para a coesão económica e social, cuja manutenção e reforço figuram entre os objetivos fundamentais da Comunidade”.

Ademais, ressalvo ainda uma nota importante em relação ao Sistema Europeu Comum de Asilo anteriormente analisado, em especial a relevante jurisprudência fundada com o Acórdão N. S. e Outros de 21.12.2011<sup>120</sup>, em virtude de conjugar de uma só vez, não só o entendimento deste Sistema, bem como a CDFUE e o Regulamento n.º 343/2003.

---

119 Para uma informação mais detalhada acerca deste Regulamento vide nota supra 9, pág. 132.

120 Nos processos apensados C-411/10 e C-493/10. Disponível em:

Neste acórdão estava em causa a interpretação do artigo 3.º n. 2, do Regulamento n.º 343/2003 do Conselho, de 18 de Fevereiro de 2003, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de asilo apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro, em virtude da sua transferência para a Grécia por aplicação do mencionado Regulamento pelas autoridades, respetivamente, do Reino Unido e Irlandesas.

A parte das questões de fundo em causa nestes acórdãos, nomeadamente o procedimento de transferência dos indivíduos para a Grécia e a apreciação nesse país dos seus pedidos de asilo, o acórdão em causa é relevante pelas considerações que o TJUE faz em relação ao Sistema Europeu Comum de Asilo, desde logo, porque dispõe que este sistema tem por base a aplicação integral e global da Convenção de Genebra de 1951 e a garantia de que nenhuma pessoa será transferida para um país onde corra o risco de ser perseguida de novo – trazendo à colação o conteúdo do Princípio do Non-Refoulement e o art. 19.º da CDFUE.

Ademais, entendeu o TJUE que decorre da análise dos diplomas que estabelecem o sistema europeu comum de asilo que este foi concebido num contexto que permitia supor que o conjunto dos Estados que nele participam, quer sejam Estados-Membros ou Estados terceiros, respeitam os direitos fundamentais, incluindo os direitos que têm o seu fundamento na Convenção de Genebra e no Protocolo de 1967, bem como na CEDH, e que existe entre os Estados-Membros, a este respeito, confiança mútua.

Nestas condições, deveria presumir-se que o tratamento dado aos requerentes de asilo em cada Estado-Membro é conforme com as exigências da Carta, da Convenção de Genebra e da CEDH. Todavia, afirma o TJUE que não se pode excluir que este sistema se depare, na prática, com grandes dificuldades de funcionamento num determinado Estado-Membro, de modo que existe um sério risco de os requerentes de asilo serem, em caso de transferência para esse Estado-Membro, tratados de modo incompatível com os seus direitos fundamentais.

Porém, daqui não se pode concluir que qualquer violação de um direito fundamental pelo Estado-Membro responsável afeta as obrigações de os outros Estados-Membros respeitar as

---

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=117187&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=71565>

disposições do Regulamento n.º 343/2003, da Carta, da Convenção de Genebra de 1951, da CEDH e da confiança mútua entre os Estados-Membros, concluindo o TJUE que, o Estado-Membro em que se encontra o requerente de asilo deve assegurar que a situação de violação dos direitos fundamentais deste requerente não seja agravada por um procedimento de determinação do Estado-Membro responsável excessivamente longo e, se necessário, deve examinar ele próprio o pedido, em conformidade com as modalidades previstas no artigo 3.º, n. 2 do Regulamento n.º 343/2003.

Antes de terminar este capítulo, é também de ressaltar a importância do Acórdão Elgafaji de 17.02.2009<sup>121</sup>, em virtude de ter sido dos primeiros acórdãos no qual se colocou a questão aqui em causa.

Neste acórdão estava em causa a interpretação do artigo 15.º, al. c) <sup>122</sup> da Diretiva 2004/83/CE do Conselho, de 29 de Abril de 2004, que estabelece normas mínimas relativas às condições a preencher por nacionais de países terceiros ou apátridas para poderem beneficiar do estatuto de refugiado ou de pessoa que, por outros motivos, necessite de proteção internacional, bem como relativas ao respetivo estatuto, e relativas ao conteúdo da proteção concedida, face ao indeferimento do pedido de autorização de residência temporária apresentado na Holanda pelos recorrentes.

Alegaram os recorrentes que estariam expostos a um risco sério e real de ameaça às suas vidas e integridade física, em caso de expulsão para o seu país de origem, o Iraque. Em apoio da sua argumentação, invocaram, designadamente, factos relativos à situação pessoal de ambos e juntaram prova destas alegações.

Neste sentido, o tribunal prejudicial questionou ao TJUE se o art. 15.º, al. c), da diretiva mencionada deve ser interpretado no sentido de que esta disposição só oferece proteção numa situação também abrangida pelo artigo 3.º da CEDH, tal como interpretado pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, ou se a primeira disposição oferece uma proteção complementar ou diferente em relação ao artigo 3.º da CEDH; bem como questionou se esse

---

121 No processo C-465/07, disponível em:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76788&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=715658>

122 Com a epígrafe Ofensas Graves, quanto à qualificação para Proteção Subsidiária, esta alínea dispõe que: São ofensas graves ameaça grave e individual contra a vida ou a integridade física de um civil, resultante de violência indiscriminada em situações de conflito armado internacional ou interno.

mesmo art. 15.º, al. c) oferece uma proteção complementar ou diferente em relação ao artigo 3.º da CEDH e quais são, neste caso, os critérios que permitem apreciar se uma pessoa, que afirma poder beneficiar do estatuto de proteção subsidiária, corre um risco real de sofrer uma ameaça grave e individual resultante de violência indiscriminada, na aceção do artigo 15.º, al. c), lido em conjugação com o artigo 2.º, al. e)<sup>123</sup> da mesma diretiva.

A estas questões o TJUE entendeu que o art. 15.º, al. c) da Diretiva 2004/83/CE deve ser interpretado em conjugação com o art. 2.º, al. e) dessa mesma diretiva, no sentido de se entender que a existência de uma ameaça grave e individual contra a vida ou a integridade física do requerente da proteção subsidiária não está subordinada à condição de este fazer prova de que é visado especificamente em razão de elementos próprios da sua situação pessoa, bem como a existência de tal ameaça pode excepcionalmente ser dada como provada quando o grau de violência indiscriminada que caracteriza o conflito armado em curso, apreciado pelas autoridades nacionais competentes que devam pronunciar-se sobre um pedido de proteção subsidiária ou pelos órgãos jurisdicionais de um Estado-Membro chamados a apreciar uma decisão de indeferimento de tal pedido, seja de um nível tão elevado que existem motivos significativos para acreditar que um civil expulso para o país em causa ou, eventualmente, para a região em causa, poderia correr, pelo simples facto de se encontrar no território destes, um risco real de sofrer tal ameaça.

A este raciocínio acrescentou o Tribunal da União que a interpretação do artigo 15.º, al. c), da diretiva, em conjugação com o artigo 2.º, al. e), da mesma, é inteiramente compatível com a CEDH e com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem relativa ao artigo 3.º da CEDH, pelo que devem ser interpretados em conjunto e no mesmo sentido.

Ora, este acórdão é a melhor referência que se pode fazer para introduzir o subcapítulo que se segue, o comentário à jurisprudência do TJUE, em especial o caso B. e D., pois que o escopo deste acórdão Elgafaji é o marco primordial na jurisprudência definidora e informadora do Tribunal da União, bem como demonstra a ponte de entendimento que é feita entre o TJUE e o TEDH, entre a Diretiva e a CEDH.

---

123 Alínea que define os critérios de um indivíduo elegível para proteção subsidiária: o nacional de um país terceiro ou apátrida que não possa ser considerado refugiado, mas em relação ao qual se verificou existirem motivos significativos para acreditar que, caso volte para o seu país de origem ou, no caso de um apátrida, para o país em que tinha a sua residência habitual, correria um risco real de sofrer ofensa grave na aceção do artigo 15.º, e ao qual não se apliquem os n.ºs 1 e 2 do artigo 17.º, e que não possa ou, em virtude dos referidos riscos, não queira pedir a proteção desse país.

Agora, em jeito de conclusão, podemos referir a posição adotada pelo ECRE<sup>124</sup> (European Council on Refugees and Exiles – Conselho Europeu para os Refugiados e Exilados) quanto à proteção a conceder a nacionais de países terceiros, no sentido que refere que o Princípio do Non-Refoulement é a essência da proteção dos refugiados e parte do costume internacional, pelo que a sua manutenção no seio desta organização é um passo essencial para que a proteção deste grupo seja efetiva. Refere ainda, a mesma instituição, que a Europa deve ter uma papel ativo na proteção de refugiados, partilhando a responsabilidade com os países de origem, de trânsito e recetores nesta proteção e no controlo deste problema.

Na realidade, muitas são as restrições que ao nível da União Europeia são implementadas, desde logo, a três situações: derrogações invocadas em circunstâncias excecionais, restrições aos requerentes de asilo que entram ilegalmente num Estado recetor e restrições aos refugiados, legalmente, no Estado recetor. Estas e outras restrições visam, não só, moderar e regular movimentos em massa de refugiados e sua concentração em determinadas zonas, mas implicam ainda questões económicas e de partilha de responsabilidade<sup>125</sup>.

Neste sentido, deve a União Europeia, não só legislar com uma via de harmonização das disposições internas de cada Estado-Membro na concessão e retirada do estatuto de refugiado, bem como acerca das normas mínimas a conceder aos requerentes de asilo, mas sem nunca olvidar, por um lado, o assegurar da proteção necessária a estes indivíduos e, por outro lado, os próprios Estados-Membros, as obrigações internacionais a que estão vinculados, nomeadamente, em especial, os artigos 1.º - F e 33.º da Convenção de Genebra de 1951.

Assim, deve a União Europeia ter em conta como, no caso concreto, deverá fazer a gestão entre os seus próprios objetivos, com aqueles da sua Carta e das obrigações internacionais que os seus Estados-Membros acataram, sem olvidar o facto de que, esta ainda atribuiu aos seus Estados a possibilidade de adotarem medidas mais favoráveis que as da União, pelo que, caberá ao Tribunal de Justiça todo este equilíbrio e gestão.

---

124 Disponível em: <http://www.ecre.org/topics/areas-of-work/protection-in-third-countries.html>.

125 Para um aprofundamento sobre o tema das restrições à livre circulação de pessoas ver Chaloka Beyani in *Human Rights Standards and the Free Movement of People within states – Restrictions on the Movement of Refugees*, Oxford University Press, 2000, pag. 126-127.

## **Subcapítulo 2) A Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia**

Nas próximas linhas será feita uma análise de um acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia nos processos apensados n.ºs C-57/09 e C-101/09<sup>126</sup>, nos quais, sumariamente, estava em causa a aplicação das Cláusulas de Exclusão da Diretiva 2004/83/CE de 29 de Abril.

O objetivo destas análises jurisprudenciais é, em suma, observar a aplicação do direito internacional dos refugiados, no âmbito dos diferentes planos institucionais, bem como, desenvolver os aspetos críticos que se possam apontar a estas decisões<sup>127</sup>. Neste sentido, impunha-se o estudo da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (doravante designado pela sigla TJUE), qual ferramenta essencial no sistema internacional de tomada de decisão e harmonização da interpretação nacional com a legislação da União.

Como tal, a escolha do presente Acórdão deveu-se, essencialmente, ao facto de ser uma decisão que explora, detalhadamente, a questão das Cláusulas de Exclusão com o Princípio do Non-Refoulement, fazendo, não só, o devido enquadramento no seu âmbito de aplicação institucional, isto é, ao nível da Diretiva 2004/83/CE, mas de igual forma ao nível internacional e, como seria de esperar, ao nível nacional – face ao Tribunal de reenvio da questão prejudicial<sup>128</sup>.

### **a) Os Casos:**

No acórdão em questão, está-se perante a apensação de dois casos num acórdão só, face à semelhança entre ambos e ao facto de as respostas às questões prejudiciais, prejudicarem ambos os casos reenviados para o Tribunal de Justiça – com a ressalva, desde já, que as questões prejudiciais primeira e quinta têm uma formulação, ligeiramente, diferente face às circunstâncias específicas de cada caso.

---

126 Decididos em 09.11.2010.

127 Somente para referir que aspetos críticos não devem ser entendidos como, simplesmente, negativos, mas igualmente, positivos.

128 Não será aqui exposta a tramitação de acesso dos Estados-Membros ao TJUE, designadamente, no caso, o papel do reenvio prejudicial. Denote-se, ainda, que o caso B. e D. não é único no Tribunal de Justiça da UE, porém é aquele que demonstra em especial a questão aqui em causa, sendo exemplos desta querela os já citados Acórdãos Elgafaji e o acórdão C-411/10, mas ainda o acórdãos dos processos apensados C-77/11 e C-99/11, no qual estava em causa de saber se era considerado como ato de perseguição o facto de os indivíduos não poderem manifestar a sua religião em público e por esse facto serem considerados refugiados e, assim, beneficiarem da proteção do Non-Refoulement. Este acórdão pode ser encontrado em:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=126364&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=48583>

30

Desse modo, no processo C-57/09, em 2002 B apresentou na Alemanha um pedido de asilo e, como tal, a proteção como refugiado, nomeadamente, a proibição da sua expulsão para a Turquia. Foi alegado por este que, enquanto estudante, foi simpatizante e militante do partido (atual) DHKP/C, tendo apoiado as guerrilhas nas montanhas, durante os conflitos de 1993 a 1995, tendo ainda, sido capturado, torturado e feito prisioneiro.

Somente em 2004, conseguiu fugir para a Alemanha, mas as autoridades alemãs indeferiram o seu pedido de asilo, com base na Cláusula de Exclusão que prevê o cometimento de crimes graves de direito comum. Após, vários recursos, o Tribunal Federal Administrativo, instaurou o respetivo pedido de reenvio prejudicial, dando azo ao caso agora em estudo.

Por seu lado, no processo C-101/09, D, em 2001, pediu asilo na Alemanha, com fundamento de que integrou as fileiras do PKK, nos conflitos nas montanhas, tendo ocupado um alto cargo, no período de 1990 a 1998. Em 1998, foi enviado para o Iraque e em 2000 abandonou o partido em causa, com base em divergências políticas, tendo em 2001, as autoridades alemãs lhe concedido asilo e reconhecido o estatuto de refugiado.

Com a entrada em vigor na ordem jurídica alemã da Lei contra o Terrorismo, foi-lhe revogada a concessão do direito de asilo e o estatuto de refugiado correspondente, dos quais beneficiava, com base no facto de que este tinha praticado crimes graves de direito comum e que os seus atos contrariavam os princípios e objetivos das Nações Unidas. Ora, esta revogação gerou variados graus de recurso, até que o Tribunal Federal Administrativo decidiu reenviar a questão para o Tribunal de Justiça.

Assim, em ambos os casos, a autoridade alemã, que concede ou revoga o direito de asilo, considerou ser de aplicar as anteriores mencionadas cláusulas de exclusão, alegando que não é necessário fazer um raciocínio de proporcionalidade na sua aplicação e que a aplicação das cláusulas de exclusão não implica, igualmente, um perigo para a sociedade. Além do mais considerou que, as cláusulas de exclusão, face à sua exposição no art. 12.º da Diretiva 2004/83/CE, dizem respeito aos princípios que os Estados-Membros não podem derrogar.

Por outro lado, o órgão jurisdicional de reenvio, desde logo, salienta que a ambos os indivíduos preenchem os requisitos positivos para que lhes seja concedido o estatuto de refugiado; todavia,



este estatuto não poderá ser reconhecido se, aos casos, se aplicar uma ou mais cláusulas de exclusão.

Contudo, mesmo com a aplicação de uma cláusula de exclusão, entende esse órgão, que ainda poderia ser concedido o direito de asilo aos recorridos com base no art. 16.º da Lei Fundamental Alemã.

Ora, face a estes considerandos, formulou o Tribunal Federal Administrativo as seguintes questões prejudiciais:

“1. Estamos perante um crime grave de direito comum ou um ato contrário aos objetivos e princípios das Nações Unidas, na aceção do artigo 12.º, n.º 2, alíneas b) e c), da Diretiva 2004/83/CE, quando:

[–] o requerente pertenceu a uma organização indicada na lista das pessoas, grupos e entidades que figura em anexo à Posição Comum [2001/931] e que utiliza métodos terroristas, e o requerente apoiou ativamente a luta armada desta organização? (processo C-57/09)

[–] o estrangeiro pertenceu, durante muitos anos, como combatente e funcionário – durante algum tempo também como membro do órgão de direção – a uma organização (neste caso o PKK) que, na sua luta armada contra o Estado (neste caso a Turquia), tem, repetidamente, utilizado métodos terroristas e que está indicada na lista [das] pessoas, grupos e entidades que figura em anexo à Posição Comum [2001/931], e, desse modo, o estrangeiro apoiou ativamente a sua luta armada numa posição de chefia? (processo C-101/09)

2) Em caso de resposta afirmativa à primeira questão: a exclusão do reconhecimento do estatuto de refugiado, nos termos do artigo 12.º, n.º 2, alíneas b) [ou] c), da Diretiva, está subordinada à condição de a pessoa em causa continua(r) a representar um perigo?

- 3) Em caso de resposta negativa à segunda questão: a exclusão do reconhecimento do estatuto de refugiado, nos termos do artigo 12.º, n.º 2, alíneas b) [ou] c), da Diretiva, está subordinada a um exame da proporcionalidade no caso concreto?
- 4) Em caso de resposta afirmativa à terceira questão:
- a) Ao examinar a proporcionalidade, deve ter-se em conta que a pessoa em causa beneficia de proteção contra a expulsão, ao abrigo do artigo 3.º da (CEDH), ou nos termos das disposições nacionais?
- b) A exclusão é desproporcionada apenas em casos excecionais que apresentam características particulares?
- 5) É compatível com a Diretiva, na aceção do seu artigo 3.º, que:
- [–] o requerente, apesar de existir um motivo de exclusão nos termos do seu artigo 12.º n.º 2, beneficie de um direito de asilo ao abrigo do direito constitucional nacional? (processo C-57/09)
- [–] o estrangeiro, apesar de existir um motivo de exclusão nos termos do seu artigo 12.º, n.º 2, e não obstante a revogação do estatuto de refugiado em aplicação do seu artigo 14.º, n.º 3, beneficie do reconhecimento do direito de asilo ao abrigo do direito constitucional nacional? (processo C-101/09) ”.

Face a estas questões, o TJUE trouxe à colação os mais importantes quadros jurídicos legislativos relevantes para a resolução destes casos, quer ao nível interno da União, como ao nível internacional e nacional vigente.

Assim, no que concerne ao direito internacional, é óbvio que os Juízes do Tribunal de Justiça invocariam a Convenção relativa ao Estatuto de Refugiado, ou seja, a Convenção de Genebra de 1951, em específico o seu art. 1.º – F, isto é, as Cláusulas de Exclusão do Estatuto de Refugiado, na alínea que se refere, em especial, às pessoas sobre as quais existem razões ponderosas para pensar que cometeram um crime grave de direito comum e/ou que praticaram atos contrários aos princípios e objetivos das Nações Unidas, bem como o seu art. 33.º, quer dizer, o Princípio do Non-

Refolement, com a devida referência, deste artigo principialista, para com o art. 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Ademais, foram ainda referenciadas as Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, nomeadamente, as Resoluções 1373 e 1377, ambas do ano de 2001, nas quais se afirma a necessidade de combater, por todos os meios e em consonância com a Carta das Nações Unidas, as ameaças à paz e segurança internacionais e se reitera que os atos de terrorismo são contrários aos fins e princípios das Nações Unidas, da sua Carta, englobando, de igual modo, qualquer ato de apoio ao terrorismo.

Ademais, devem ser aqui considerados os princípios e direitos fundamentais da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e ainda, os artigos da Diretiva em causa n.ºs 12.º sob a epígrafe Exclusão, n.º 21.º que diz respeito ao Princípio do Non-Refolement e o art. 3.º que dispõe que os Estados-Membros têm a liberdade de estabelecer normas mais favoráveis nesta matéria, desde que tais normais não entrem em contradição ou incompatibilidade com aquelas da Diretiva.

Foi igualmente referenciado pelo Tribunal de Justiça, a Posição Comum 2001/931/PESC que foi exarada com vista a dar aplicação no seio da União Europeia, à já referenciada, Resolução 1373 de 2001 do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que veio estabelecer medidas concretas de combate ao terrorismo<sup>129</sup> e ainda a Decisão-Quadro 2002/475/JAI, a qual obriga os Estados-Membros a tomar as medidas necessárias para que considerem determinados atos como infrações terroristas ou como atos suscetíveis de afetar gravemente um país ou uma organização internacional.

Quanto ao direito nacional alemão, é de considerar, antes de mais, como bem fizeram os Exmos. Juizes do TJUE, a Lei Fundamental Alemã, nomeadamente o seu art. 16.º, que dispõe que: “As pessoas que são alvo de perseguições de carácter político beneficiam do direito de asilo”.

---

129 Na letra do seu art. 1.º, o que se entende por pessoas, grupos ou entidades envolvidas em atos de terrorismo, bem como o que são atos de terrorismo. Ademais, esta Posição Comum tem uma lista anexa de pessoas referenciadas como envolvidas em atos terroristas e, na realidade, aquando da sua entrada em vigor, nem o DHKP/C nem o PKK constavam dessa lista. Assim, somente em 2002 o conteúdo desta lista foi atualizado e passou a incluir estes dois grupos.

Ora, face ao anterior exposto, desde logo, o Tribunal observa que a Convenção de Genebra de 1951 é a pedra angular do regime jurídico internacional de proteção dos refugiados, sendo que é esta a base de fundamento da Diretiva e das suas medidas. Neste sentido, observam os Juizes que toda a interpretação das normas desta Diretiva deve ser feita à luz do espírito e da letra desta Convenção e outros tratados pertinentes nesta matéria, e ainda com base na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Entrando, agora, na primeira questão colocada, é de relembrar que esta diz respeito ao facto de saber se estamos na presença de um crime grave de direito comum ou de um ato contrário aos objetivos e princípios das Nações Unidas, na aceção do art. 12.º, n.º 2, alíneas b) ou c) da Diretiva quando os interessados tenha pertencido a uma organização inscrita na lista em anexo à já supra referenciada Posição Comum 2001/931, tendo estado implicado em atos terroristas, apoiado ativamente estas organizações e ocupado, até, um cargo de relevo.

Em relação a esta questão prejudicial, o Tribunal de Justiça iniciou por definir quais os atos cometidos por esta organização que poderiam, de facto, consubstanciar atos de terrorismo, entendendo que são atos de natureza terrorista todos aqueles que afetam pessoas civis, mesmo quando cometidos com intuítos políticos.

Por seu lado, no que diz respeito a atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas, devem ser tidas em contas as já expostas Resoluções 1373 (2001) e 1377 (2001), ambas do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que entendem que os atos de terrorismo internacional são contrários a estes considerandos.

Como tal, deve ser admitida a aplicação do art. 12.º, n.º 2 da Diretiva, de igual modo, a pessoas que, no quadro de participação numa organização que esteja implicada na lista anexa à supra mencionada Posição Comum, tenha estado implicada em atos de terrorismo internacional.

Ademais, pretendeu, ainda, o Tribunal saber em que medida a pertença a este tipo de organizações implica a aplicação das referidas cláusulas de exclusão, mesmo quando a pessoa tenha participado ativamente nos atos dessa organização.

Nesta questão, o TJUE entende que deve ser tida em causa uma interpretação restritiva da letra da norma em causa, pois que esta só se aplica quando haja suspeitas graves de que aquela

pessoa praticou um crime grave de direito comum ou praticou atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas. Desta forma, entende o Tribunal que resulta da letra da norma que os Estados-Membros devem proceder a uma avaliação casuística e individual dos pedidos que se lhe apresentam, só podendo tomar uma decisão definitiva após avaliar os factos precisos de que tem conhecimento, que possam estabelecer a exclusão ou não do estatuto de refugiado.

Como tal, deste entendimento se retiram várias conclusões fulcrais, desde logo, porque mesmo que a organização em causa constasse da lista como grupo terrorista, a mera pertença de uma pessoa a essa organização não tem como consequência automática a exclusão da proteção do estatuto de refugiado. Assim, é defendido pelo Tribunal que não existe uma relação direta entre a Posição Comum e a Diretiva quanto aos objetivos perseguidos por cada uma, pois que não faz sentido excluir uma pessoa do estatuto de refugiado baseando-se, somente, na circunstância de essa pessoa pertencer a uma organização listada.

Neste sentido, as condições em que as organizações aqui em causa foram adicionadas a esta lista não podem ser confundidas – ou sequer comparadas – com a avaliação individual de cada caso e dos factos que devem preceder qualquer decisão de excluir ou não determinado requerente de asilo.

Para além disto, e no que diz respeito agora à Decisão-Quadro, a participação em atividades de uma organização listada também não é condição *sine qua non* para a aplicação das referidas cláusulas de exclusão, já que esta Decisão-Quadro (bem como, a Posição Comum) foi adotada num contexto e com objetivos diferentes daqueles da Diretiva e, correlativamente, da Convenção de Genebra de 1951.

Deste modo, face a todos estes considerandos, releva o Tribunal de Justiça que a exclusão de uma pessoa que pertenceu a uma organização listada como terrorista está obrigada a ser fundamentada com base num exame individual dos factos concretos que permita concluir por suspeitas graves que essa pessoa, no quadro da organização, cometeu os factos constantes do art. 12.º, n.º 2 da Diretiva, ou que neles tenha participado de alguma forma ou a isso instigado, pelo que para ser imputada aplicação das cláusulas de exclusão em apreço, importa que se comprove responsabilidade por esses atos durante o período em que era membro dessa organização, ou seja, uma responsabilidade individual apreciada com base em factos precisos, sendo que, para esse

efeito, as entidades competentes de cada Estado-Membro devem determinar qual o papel do requerente de asilo no seio daquela organização, a sua posição, o conhecimento dos factos e decisões tomadas, pressões e influências a que estivesse exposto, entre outros fatores<sup>130</sup>.

Quanto à segunda questão prejudicial, relembre-se que esta diz respeito ao facto de saber se a exclusão que se pretende aplicar *in casu* está correlacionada com o facto de o requerente continuar a representar um perigo para a sociedade e o Estado-Membro de refúgio.

Desde logo, o Tribunal explica que a assumpção da perigosidade não se faz na lógica do art. 12.º da Diretiva, mas no quadro do seu artigo 14.º, através do qual o Estado-Membro pode revogar o estatuto de refugiado concedido se sentir ameaçada a sua segurança; mas, igualmente, esta questão é chamada à colação nos termos do art. 21.º, n.º 2 da Diretiva (*ex vi* art. 33.º, n.º 2 da Convenção de Genebra de 1951) em que o Estado está autorizado a repelir o requerente/refugiado quando haja motivos sérios de que este representa um perigo para a comunidade.

Ora, para responder a esta segunda questão, o Tribunal de Justiça vai buscar o mesmo fundamento lógico que o exposto na questão prejudicial anterior, ou seja, o art. 12.º, n.º 2 só se aplica se houver fundamentos claros de que o indivíduo praticou os crimes e atos em causa, antes de ser admitido àquele Estado, fazendo com que o art. 12.º, n.º 2 tenha como escopo a punição do requerente pelos seus atos passados, pela não concessão no presente da proteção do estatuto de refugiado.

Desta forma, como o objetivo da norma em causa é punir aqueles que são indignos desta proteção e evitar casos de fuga à responsabilidade penal por atos passados, não faz sentido subordinar a sua aplicação a um potencial perigo atual para a comunidade do Estado-Membro.

No que diz respeito à terceira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pretendeu saber se a aplicação da norma das cláusulas de exclusão em apreço depende de um exame de proporcionalidade do caso concreto.

---

<sup>130</sup> Neste sentido, no caso do requerente de asilo que afirmou ter tido um cargo elevado naquela organização, pode-se presumir uma responsabilidade individual por eventuais atos de terrorismo, mas sempre de acordo com as circunstâncias precisas e concretas, bem como tendo em conta o limite temporal de duração desse cargo.

Neste ponto, os Juizes deste Tribunal entenderam que a exclusão do estatuto de refugiado de um requerente de asilo, com base nas cláusulas em causa e face à gravidade imputada aos factos, deve ser de um grau tal que o requerente não possa legitimamente reclamar a proteção associada ao estatuto de refugiado. Desta forma, uma vez que as autoridades estaduais competentes nesta matéria já fazem um juízo de valor e de ponderação destes atos no quadro da apreciação do pedido no global, tendo em conta todas as circunstâncias subjacentes ao caso concreto e a situação própria do indivíduo, não pode ser obrigada a proceder a um novo critério de proporcionalidade e a uma nova apreciação dos factos para a aplicação, em específico, desta cláusula, caso em que, poderia levar a uma dupla apreciação de proporcionalidade.

Ora, a questão prejudicial n.º 4 estava dependente da resposta dada à terceira questão prejudicial, pois que questionava que, se a resposta anterior fosse no sentido da necessidade de um exame de proporcionalidade, o requerente beneficiava da proteção contra a expulsão, nos termos do art. 3.º da CEDH, bem como se a exclusão se conclui desproporcionada em casos excecionais e particulares.

Assim, não tendo sido dada resposta afirmativa à terceira questão, entendeu o Tribunal não ter que responder à quarta questão prejudicial enviada, já que a questão de análise do art. 3.º da CEDH – artigo que já se mencionou e explicou, ser a fonte de integração do Princípio do Non-Refoulement no seio do Conselho da Europa – advinha da análise da proporcionalidade desta cláusula de exclusão com a proteção contra a repulsão.

Como tal, por fim, no que concerne à quinta questão prejudicial, perguntava-se, sucintamente, se é compatível com o art. 3.º da Diretiva que um Estado-membro reconheça um direito de asilo ao abrigo da sua legislação nacional – no caso, ao nível nacional da Grundgesetz – a uma pessoa que se encontre excluída pelo art. 12.º, n.º 2 da Diretiva.

De facto, o art. 3.º da Diretiva deixa uma margem de manobra aos Estados-Membros de estipularem normas mais favoráveis no seio do seu quadro nacional jurídico, desde que essas normas sejam compatíveis com a Diretiva.

Assim, desde logo, face ao já mencionado objetivo das Cláusulas de Exclusão, deve sempre considerar-se a preservação da credibilidade do sistema de proteção previsto pela Convenção de Genebra, pelo que o art. 3.º impõe que os Estados se abstenham de promover medidas internas

que concedam o estatuto de refugiado quando ela se encontre excluída pelo art. 12.º, n.º 2 da Diretiva 2004/83/CE.

Porém, existe aqui uma *nuance* jurídica interessante, pois que o art. 2.º, alínea g), *in fine* da Diretiva narra que os requerentes de proteção podem requerer essa proteção no quadro de outro tipo de proteção que não esteja previsto no âmbito de aplicação desta Diretiva, ou seja, que os Estados podem prever outro tipo de proteção – extra Diretiva e até extra Convenção de Genebra – que possibilite que o requerente, apesar de excluído por esta norma, permaneça no seu território nacional.

Deste modo, a concessão de proteção a título de refugiado com base em considerações humanitárias e por compaixão, não estão previstas pela Diretiva, não podendo esta proteção ser confundidas, nunca, com aquela derivada da Diretiva.

Nestes termos, desde que as normas nacionais que concedem um direito de asilo a um indivíduo excluído no âmbito da Diretiva se distingam integralmente daquelas normas comunitárias de proteção, não se infringe o disposto no art. 3.º dessa Diretiva, pois que em nada se incompatibiliza com esta.

Como se pode visualizar pelos prévios considerandos, denota-se a corrente de decisão que o Tribunal de Justiça pretende alcançar, pelo que, face aos demais fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça da União Europeia declarou que as respostas às questões prejudiciais indicadas devem interpretar-se no sentido que:

- “1) O artigo 12.º, n.º 2, alíneas b) e c), da Diretiva 2004/83/CE do Conselho, de 29 de Abril de 2004, que estabelece normas mínimas relativas às condições a preencher por nacionais de países terceiros ou apátridas para poderem beneficiar do estatuto de refugiado ou de pessoa que, por outros motivos, necessite de proteção internacional, bem como relativas ao respetivo estatuto, e relativas ao conteúdo da proteção concedida, deve ser interpretado no sentido de que:
  - o facto de uma pessoa ter pertencido a uma organização inscrita na lista que constitui o anexo da Posição Comum 2001/931/PESC do Conselho, de 27 de Dezembro de 2001, relativa à aplicação de medidas específicas de combate ao



terrorismo, em razão da sua implicação em atos de terrorismo e de ter apoiado ativamente a luta armada dessa organização não pode suscitar automaticamente uma suspeita grave de que essa pessoa cometeu um «crime grave de direito comum» ou «atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas»;

- a constatação, em tal contexto, de que existem suspeitas graves de que uma pessoa cometeu um crime dessa natureza ou praticou tais atos está sujeita a uma apreciação casuística de factos precisos a fim de determinar se atos praticados pela organização em causa preenchem os requisitos estabelecidos pelas referidas disposições e se é possível imputar à pessoa em causa uma responsabilidade individual pela prática desses atos, tendo em conta o nível de prova exigido pelo artigo 12.º, n.º 2.
- 2) A exclusão do estatuto de refugiado em aplicação do artigo 12.º, n.º 2, alíneas b) ou c), da Diretiva 2004/83 não está subordinada à condição de a pessoa em causa representar um perigo atual para o Estado-Membro de refúgio.
  - 3) A exclusão do estatuto de refugiado em aplicação do artigo 12.º, n.º 2, alíneas b) ou c), da Diretiva 2004/83 não está subordinada a um exame da proporcionalidade no caso concreto.
  - 4) O artigo 3.º da Diretiva 2004/83 deve ser interpretado no sentido de que os Estados-Membros podem reconhecer um direito de asilo ao abrigo do seu direito nacional a uma pessoa excluída do estatuto de refugiado por força do artigo 12.º, n.º 2, desta Diretiva desde que este outro tipo de proteção não comporte um risco de confusão com o estatuto de refugiado na aceção da mesma Diretiva.”

**b) Do Comentário e da Análise das Conclusões do Advogado-Geral Paolo Mengozzi:**

Como foi referido nas notas iniciais a este subcapítulo, este comentário será acompanhado pelas conclusões<sup>131</sup> do Advogado-Geral Paolo Mengozzi interveniente neste acórdão do TJUE. Neste sentido, desde logo, se pode avançar que muitos são os pontos de coincidência lógica entre as conclusões que aqui vão ser expostas e os comentários que serão feitos a este acórdão.

Primariamente a uma observação mais específica das questões prejudiciais em causa, são de relevar algumas questões, digam-se, prévias. Na realidade, é de ter em consideração que, *ab initio*, estes indivíduos poderiam manter este direito intacto, caso não fosse a legislação da União, ponto que, acredito deveria ter sido ponderado pelo Tribunal de Justiça, pois que, pelo menos num dos casos, está em causa a revogação de um direito anteriormente adquirido, que assim se manteria se não fosse a imposição de transposição da Diretiva e outras medidas legislativas.

Ademais, denote-se que, em toda a fundamentação do Tribunal de Justiça, é realçada a importância da Convenção de Genebra e o facto de esta ser a pedra basilar de qualquer interpretação das normas com ela correspondentes. Como assegura o Advogado-Geral nas suas Conclusões, existe uma coerência de regulamentação da União Europeia com as obrigações internacionais assumidas pelos seus Estados-Membros, pelo que a Diretiva 2004/83/CE utiliza-a como base jurídica, como génese e, desse modo, igualmente utilizada pelo TJUE.

Uma outra observação que deve ser feita para um juízo esclarecido das decisões tomadas pelo TJUE e no sentido das Conclusões do Advogado-Geral, é o facto de que está em causa o direito internacional dos refugiados, direito esse com uma base de conceção, puramente, humanitária. Neste sentido, a aceção humanitária deste direito, deve informar e formar a base de interpretação das normas europeias, funcionando como um fator decisivo para colmatar quaisquer lacunas de aplicação e serve como fundamento de ponderação e decisão.

Como tal, é essencial que a Diretiva em apreço deva ser visualizada à luz, não só da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, mas igualmente, à luz da Declaração Universal dos Direitos do Homem e dos princípios e objetivos do direito internacional humanitário.

Após, estes breves considerandos, inicie-se, então, o comentário propriamente dito e, como tal, quanto à primeira questão prejudicial, decidiu o TJUE, em suma, que o facto de uma pessoa

---

<sup>131</sup> O que é pretendido é analisar este acórdão partindo da mesma base que estas conclusões, concordando com as mesmas, discordando quando necessário, concordando com a metodologia e interpretação do TJUE ou discordando com isso.

estar inscrita como parte de um grupo considerado terrorista, nos termos da Posição Comum 2001/931 não significa, automaticamente, que esse indivíduo praticou crimes graves de direito comum ou atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas, pois que, deve sempre ser feita uma apreciação casuística das circunstâncias do caso e da responsabilidade individual do requerente de asilo por aqueles atos.

Ora, neste ponto, é de considerar os próprios conceitos-chave da norma, isto é, o que são crimes graves de direito comum e o que são atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas, já que, somente com estes conceitos perceptíveis, se conseguirá definir quais os atos praticados por um grupo listado na Posição Comum 2001/931, para que seja considerado terrorista.

Assim, quanto à primeira expressão normativa, devem ser tidas em consideração quer as recomendações do ACNUR quer os trabalhos preparatórios da Convenção de Genebra, pois que, segundo estes, são considerados crimes todos os atos que compreendam um crime excepcionalmente grave, tendo em conta uma apreciação casuística da natureza do ato, das suas circunstâncias, a pena aplicável, entre outros; sendo de direito comum quando a sua principal natureza não é de índole política.

Igualmente considera, deste modo, o Advogado-Geral nas suas Conclusões, acrescentando ainda, que são igualmente crimes graves de direito comum, todos aqueles que, mesmo sem motivação política, sejam particularmente cruéis e desproporcionais.

No que aos atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas diz respeito, é usual considerar-se que esses são todos aqueles constantes dos artigos 1.º e 2.º da Carta das Nações Unidas, ou seja, todos os crimes excepcionalmente graves – ainda que não sejam enunciados como crimes contra a humanidade.

Segundo o ACNUR, esta disposição só deve ser utilizada em situações extremas e perante atos que ataquem “as fundações da própria comunidade internacional e afetem a paz, a segurança e as relações pacíficas entre Estados, assim como graves violações dos direitos humanos”<sup>132</sup>.

---

132 In *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses*, ACNUR, 2003;

Ora, como bem explica o Advogado-Geral, os conceitos de terrorismo e terrorismo internacional são ainda conceitos em definição e interpretação, pelo que, os Estados devem transpor e aplicar no seu ordenamento jurídico, com especial cuidado, as diretivas e resoluções que esmiúçam este assunto. Nesse sentido, defende o Advogado-Geral que, antes da aplicação destas resoluções e decisões na luta contra o terrorismo, não podem os Estados olvidar as suas obrigações internacionais primordiais, tais como a Carta das Nações Unidas e a Convenção de Genebra, em especial o Princípio do Non-Refoulement.

Como tal, ambos estes conceitos devem ser visualizados à luz do espírito da Convenção de Genebra, e à luz das circunstâncias concretas do caso, em especial a natureza e a gravidade do ato, pois que, somente dessa forma, se poderá coadunar a aplicação do artigo no caso concreto com o respeito das obrigações internacionais assumidas pelo Estado, bem como assegurando-se, ao indivíduo a solução mais adequada ao seu caso, no respeito de todos os seus direitos fundamentais.

Ora, estando estes conceitos compreendidos, pode-se responder à questão de saber se, estando o indivíduo inscrito neste tipo de lista, essa situação leva, automaticamente, à sua exclusão do estatuto de refugiado nos termos dos artigos demais expostos.

De facto, não existindo, como foi referenciado anteriormente, qualquer relação entre a Posição Comum referenciada e a Diretiva, não se pode daqui retirar qualquer tipo de presunção *iuris et de iure* da aplicação desta circunstância com a exclusão. Ademais, a aplicação desta exclusão está subordinada a uma apreciação da responsabilidade individual e não da responsabilidade organizacional, o que, por si só, é um entrave a este conhecimento automático de exclusão. Como tal, é de relevar que a mera filiação numa organização não é conclusão da sua participação em todos e quaisquer atos dessa organização, além de que ambos os indivíduos, já abandonaram essas organizações, antes da inclusão da organização nesta lista.

Aliás, no que diz respeito às listas em que estas organizações constam como terroristas, é de questionar os termos em que são constituídas, as circunstâncias que são averiguadas para esta inclusão e os reais motivos subjacentes a este juízo, pois que, em boa verdade, estas são realidades deveras complexas que não podem ser, tão precipitadamente, consideradas.

No que à segunda questão prejudicial diz respeito, o que se extrai dos argumentos expostos pelo Tribunal é que, em suma, se deve ter em conta que os atos perpetrados se reconduzem ao

passado do indivíduo e não ao seu presente, pelo que não faz sentido submeter os requerentes de asilo à averiguação de um eventual perigo atual, pois que, esse não é o escopo da norma, do art. 12.º, n.º 2 da Diretiva 2004/83/CE.

Por seu lado, expõe o Advogado-Geral que, deve ser feita uma interpretação literal e teleológica do supra mencionado artigo, desde logo, face às recomendações do ACNUR quanto à aplicação deste tipo de cláusulas, ou seja, de restritividade.

Ora, uma observação atenta da norma, não só da Diretiva, mas ainda da Convenção de Genebra, em lado algum se vislumbra uma apontamento quanto a uma possível perigosidade atual do requerente, desde logo, porque as cláusulas de exclusão pretende subtrair a proteção do estatuto de refugiado a quem praticou (passado) os factos constantes da norma.

Ademais, denote-se o raciocínio adotado pelo Advogado-Geral que vai mais longe que o próprio Tribunal de Justiça, pois faz, neste ponto, uma correlação com a exceção ao Princípio do Non-Refoulement, designadamente, o exposto no art. 33.º, n.º 2 da Convenção de Genebra. Este vem explicar que, no caso, não se deve confundir a perigosidade no sentido do art. 33.º, n.º 2 da supra referenciada Convenção, com a perigosidade indicada na questão prejudicial, pois a primeira diz respeito à autorização dada aos Estados para derrogar a proteção concedida pelo Princípio mencionado e, a segunda, verifica-se em relação ao facto de saber se a sua inexistência obsta à aplicação de uma cláusula de exclusão.

Considero, ainda, ser relevante denotar-se que, caso não se entendesse por esta aplicação para os atos passados, o que se estaria a admitir era uma condição adicional à qual estaria sujeita a aplicação destas cláusulas de exclusão; condição essa que seria, notavelmente, ilegítima, pois que não está expressamente prevista na norma. Na realidade, esta condição adicional não estaria somente a distorcer a letra e espírito da norma, tendo em conta que perigosidade em causa não se assemelha à perigosidade exposta no art. 33.º, n.º 2 da Convenção de Genebra, mas ainda a restringir desproporcionadamente a aplicação normativa.

Desse modo, tendo em conta que, no que às cláusulas de exclusão concerne, é certo que deve ser sempre efetuada uma interpretação restritiva, literal e cuidadosa; porém, o raciocínio exposto seria, sem dúvida, uma violação destas recomendações, face à sua desproporcionalidade.

Na realidade, nada na norma pressupõe esta 'condição adicional', não se podendo dela inferir tal juízo.

Desta forma, conclui pela defesa do mesmo raciocínio exposto pelo Tribunal de Justiça e pelo Advogado-Geral, já que, caso contrário, seria aplicar esta nova condição, em todas e quaisquer circunstâncias de averiguação de um pedido de asilo, o que deveria ser entendida, acima de tudo, como uma interpretação para além da norma; interpretação essa proibida.

Seguindo-se, agora, para a análise das terceira e quarta questões, o TJUE entendeu na sua decisão que, sumariamente, durante todo o procedimento de averiguação para a eventual concessão do direito de asilo, as autoridades competentes procedem, logo, a uma observação detalhada da gravidade dos atos praticados, da responsabilidade individual do requerente por esses atos, da situação do próprio requerente, estando já a proceder a um exame de proporcionalidade, pelo que, não faz sentido efetuar uma nova averiguação desses factos aquando da aplicação do art. 12.º, n.º 2 da Diretiva. Neste seguimento, entende o TJUE que, sendo esta resposta negativa, não há que analisar a quarta questão, acerca do benefício do requerente da proteção contra a expulsão estatuída no art. 3.º da CEDH.

Ora, neste ponto, são particularmente interessantes as Conclusões do Advogado-Geral, visto que, desde logo, considera que o artigo concernente às Cláusulas de Exclusão – não somente como exposto na Diretiva, como na Convenção de Genebra de 1951 – não autoriza, de forma expressa, o exame de proporcionalidade na sua aplicação, mas também não se lhe opõe!

De facto, para o Advogado-Geral, o princípio da proporcionalidade tem um papel fundamental na proteção dos direitos humanos e na aplicação dos respetivos instrumentos internacionais. Aliás, defende este que, a aplicação destes instrumentos internacionais deve permanecer flexível e adaptável aos desenvolvimentos da comunidade internacional no que aos direitos humanos diz respeito, não devendo ser admitidos elementos estáticos e de rigidez de interpretação, pelo que deve ser admitida uma dupla ponderação, de modo a existir uma plena e eficaz apreciação de todas as circunstâncias do caso – por um lado, do comportamento grave do requerente e, por outro, no momento de comparar esse comportamento com as consequências da exclusão.

Ademais, entende o Advogado do TJUE que devem ser distinguidos dois momentos: por um lado, a ponderação entre a gravidade do comportamento do Requerente e as devidas consequências de exclusão e, por outro lado, a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Começando pelo primeiro momento, está em causa o possível contrabalanço entre a proteção contra *refoulement* e a exclusão do estatuto de refugiado, face quer às obrigações internacionais, como face ao direito nacional. Entende o Advogado-Geral – e bem, na minha opinião – que a exclusão não pode ser decretada no caso do reconhecimento do estatuto de refugiado ser a única hipótese de evitar a expulsão para um país no qual a sua vida ou integridade física poderão estar ameaçadas.

Porém, igualmente considero que esta consideração quanto ao Princípio do Non-Refoulement não será, tão levemente, aceitável e de plena aplicação perante crimes de excepcional gravidade, pois que, caso contrário estar-se-ia perante uma eventual norma despenalizadora.

Quanto ao segundo momento em questão, considera-se que as autoridades competentes nacionais devem fazer uma apreciação casuística da aplicação deste artigo da Diretiva, pois que só assim se consegue fazer jus ao intuito específico das cláusulas de exclusão, proporcional aos seus objetivos.

O certo é que, o Tribunal Federal Administrativo Alemão<sup>133</sup> acabou por considerar no âmbito interno o raciocínio exposto pelo Tribunal de Justiça, nomeadamente que se a condição para exclusão disposta na Diretiva se aplica, a pessoa é necessariamente e sem exceção excluída do estatuto de refugiado, isto porque na avaliação da gravidade dos atos cometidos pelo indivíduo e a responsabilidade individual pelos mesmos, já se teve em conta todas as circunstâncias desses atos e a situação dessa pessoa, pelo que não pode ser adicionada mais uma avaliação de proporcionalidade.

Assim, para terminar quanto a estas duas questões, defendo que deve existir um sentido de proporcionalidade e averiguação deveras elevado no que diz respeito à aplicação das cláusulas de

---

133 Na sua decisão de 07.07.2011 (BVerwG 10 C 26.10) quanto ao pedido de revogação do estatuto de refugiado do requerente D, seguido a este mesmo reenvio, disponível em:

[http://www.bverwg.de/enid/3b6feb99fbefebd0f296c301533354a,0/Information\\_and\\_Decisions\\_\\_EN\\_/Decisions\\_in\\_Asylum\\_and\\_Immigration\\_Law\\_ju.html](http://www.bverwg.de/enid/3b6feb99fbefebd0f296c301533354a,0/Information_and_Decisions__EN_/Decisions_in_Asylum_and_Immigration_Law_ju.html).

exclusão. De facto, muita desta cuidadosa aplicação é derivada do facto de poder ser trazida à colação a proteção concedida pelo Princípio do Non-Refoulement, termos em que, se o estatuto de refugiado for a única possibilidade de evitar a expulsão para um país em que comporte a violação deste princípio, então a exclusão não deve ser admissível<sup>134</sup>.

No que diz respeito em específico à averiguação de um exame de proporcionalidade, nunca a lei pecou por ser rigorosa e objetiva, nem nunca as decisões pecaram por se carrearem para o processo todas as provas disponíveis, no sentido de se obter, *a final*, o juízo de ponderação mais viável e mais próximo da verdade material. Como tal, sendo a norma totalmente omissa quanto ao exame de proporcionalidade na aplicação concreta das cláusulas de exclusão, ambas as interpretações devem ser consideradas, igualmente, válidas; tanto quanto, mesmo ficando este artigo sujeito, com menciona o TJUE, a um duplo juízo de ponderação, em nada esta situação desfavorece a situação do requerente ou os objetivos essenciais desta norma.

Aliás, sendo o princípio da proporcionalidade uma das regras basilares da efetiva concretização dos direitos humanos, este juízo é uma mais-valia para a concreta averiguação da realidade dos factos.

Chegando-se, por fim, à quinta questão prejudicial, o Tribunal defendeu que, face ao exposto no art. 3.º da Diretiva, podem os Estados-Membros conceder asilo a um indivíduo que, *ab initio*, ficaria excluído desse estatuto, no âmbito de aplicação da Diretiva e da Convenção de Genebra de 1951. Porém, esta concessão tem que ser decorrente, em exclusivo, da legislação nacional; legislação essa que não pode infringir nunca o disposto na Diretiva. Dessa forma, somente uma concessão a título de compaixão e por razões humanitárias, que não se confundem com a proteção concedida pela Diretiva da União, seria admissível.

De facto, o que nesta questão deve ser relevado é o facto de a Diretiva pretender estabelecer normas mínimas nesta matéria, cabendo aos Estados-Membros a fixação de normas mais favoráveis, se assim o entenderem e desde que essas medidas sejam compatíveis com as da Diretiva.

---

<sup>134</sup> Com a ressalva já efetuada quanto a crimes particularmente graves, como qualquer tipo de participação em organizações ou grupos que se saiba que perpetraram crimes contra a humanidade, genocídio, entre outros.



Neste sentido, se os Estados-Membros não excluíssem um requerente que preenchesse os requisitos do art. 12.º, n.º 2 da Diretiva estariam não só em contradição com a Diretiva, mas, de igual modo, também com as obrigações internacionais que assumiram.

Porém, nada na Diretiva ou mesmo na Convenção de Genebra de 1951 proíbe que o direito nacional estipule convenção mais favorável quanto à concessão de asilo, sendo que essa situação só possa ser regulada, exclusivamente, pelas normas nacionais, sendo uma discricionariedade própria do Estado-membro.

Contudo, uma ressalva deve ser feita, pois como bem menciona a Conclusão do Advogado-Geral, deve ser sempre preservada a credibilidade do sistema de proteção internacional, pois este ficaria comprometido com a concessão, discricionária pelos Estados deste estatuto.

Assim, deve-se considerar que os Estados têm esta prerrogativa de, ao nível nacional, estabelecer medidas mais favoráveis quanto ao direito de asilo, regulando-as internamente e permitir que tais medidas sejam, facilmente, distinguidas daquelas da Diretiva e da Convenção de Genebra. Como tal, o sistema de asilo consagrado na Lei Fundamental Alemã não poderia ser reconduzido ao mesmo âmbito e escopo daquele da Diretiva pois que, caso assim fosse e a Alemanha decidisse conceder o estatuto de refugiado com base na sua Lei Fundamental ao revés da exclusão própria da Diretiva, estaria a violar essa mesma Diretiva.

Foi o que entendeu o Tribunal Federal Administrativo Alemão aquando da consideração da revogação do estatuto de refugiado do indivíduo D, após o reenvio aqui em apreço, já que considerou que se no seio da Diretiva 2004/83/CE existem razões ponderosas para considerar que existe motivo de exclusão, os reconhecimentos de estatuto de refugiados declarados antes da introdução dos motivos para exclusão desta Diretiva, devem ser revogados, pois que a consideração desses motivos de exclusão são, com a Diretiva, obrigatórios face ao Direito da União Europeia.

O Tribunal Federal Administrativo Alemão (doravante, TFA) constatou que o direito fundamental ao asilo garantido pelo art. 16.º da Grundgesetz alemã não é diretamente abordado na Diretiva agora em apreço; contudo, considerou o TFA que é evidente pelo acórdão do TJUE que a Diretiva 2004/83/CE afeta o direito fundamental ao asilo, face ao exposto no art. 3.º da Diretiva

que preclui um Estado de introduzir ou reter provisões que garantam o estatuto de refugiado a pessoas excluídas pelo art. 12.º, n.º 2 da Diretiva<sup>135</sup>.

De facto, o que o TFA considerou foi que o direito fundamental ao asilo pelo art. 16.º da Lei Fundamental Alemã é um estatuto nacional de proteção equivalente ao estatuto de refugiado dentro do espírito da Diretiva, ou seja, não é um estatuto de natureza diferente face ao estatuto de refugiado e a proteção legal do refugiado é igualmente equivalente no direito nacional alemão e sob o direito da União.

Consequentemente, seria contrário ao estabelecido no art. 3.º da Diretiva se a Alemanha concedesse ou mantivesse um estatuto legal equivalente ao estatuto de refugiado para pessoas que podem ser excluídas desse estatuto pelo art. 12.º, n.º 2 da Diretiva, ou seja, se existem razões para excluir alguém face ao disposto no art. 12.º, n.º 2 da Diretiva, as condições para o reconhecimento do direito de asilo pelo art. 16.º da Lei Fundamental Alemã não podem existir.

Deste modo, o TFA afirmou que o direito fundamental alemão deve ser interpretado de acordo com a Diretiva, quando num caso de conflito, este não possa ser resolvido com a interpretação ou extensão deste direito fundamental face à Diretiva, mas apenas com a prioridade de aplicação do direito da União Europeia.

Em todo o caso, o TFA também defendeu que os efeitos adversos para o indivíduo com consequência da interpretação da lei alemã com o direito da UE são limitados, porque o término do estatuto de refugiado não está associado a uma decisão de deportação para o Estado persecutório, desde logo devido ao facto de o tratamento receado violar o art. 3.º da CEDH de acordo com as obrigações que incumbem aos Estados-Membros no seio do direito internacional.

O certo é que não concordo de todo com o raciocínio do Tribunal Federal Administrativo Alemão e com a aplicação pelo TJUE da Diretiva 2004/83/CE, nomeadamente quanto à interpretação do direito fundamental alemão face à Diretiva em causa. Em boa verdade, defendo

---

135 Neste sentido, ver também as decisões do Tribunal Federal Alemão de 24.02.2011 (BVerw G 10 C 3.10) e 31.03.2011 (BVerw G 10 C 2.10) disponíveis em:

[http://www.bverwg.de/enid/3b6feb99fbefebd0f296c301533354a,0/Information\\_and\\_Decisions\\_\\_EN\\_/Decisions\\_in\\_Aylum\\_and\\_Immigration\\_Law\\_iu.html](http://www.bverwg.de/enid/3b6feb99fbefebd0f296c301533354a,0/Information_and_Decisions__EN_/Decisions_in_Aylum_and_Immigration_Law_iu.html) .

que a prática deveria ser *a contrario*, isto é, deve ser a Diretiva que deve ser interpretada de acordo com as tradições constitucionais dos Estados-Membros.

De facto, é preâmbulo dos princípios que basearam a fundação da União Europeia, dos seus Tratados e aquando da possível Constituição da UE que esta iria absorver as tradições constitucionais dos Estados, de modo a que a soberania e identidade de cada um pudesse perdurar no tempo e auxiliar a construção desta Organização.

De igual modo, sempre foi lema desta instituição e da prática jurisprudencial do TJUE a aplicação do nível de proteção mais elevado, através do qual deveria ser aplicado ao caso concreto a conjugação legal que melhor favorece os legítimos direitos do indivíduo, quer adviesse da União quer do Estado-Membro.

Ora, o que se denota da interpretação do presente caso é uma total denegação destes dois estandartes da União Europeia, através de uma aplicação prioritária e compulsória do direito da União face à proteção específica do direito nacional, o que, desde logo não é um recorte jurisprudencial em virtude da preservação das tradições constitucionais, nem mesmo da aplicação do nível mais elevado de proteção.

Desde logo defendo que, ao nível constitucional os Estados-Membros devem fazer valer o seu direito constitucionalmente consagrado, independentemente de uma contradição ou desaplicação do direito da União, pois que somente desse modo se poderá com eficácia – e não por mera presunção do espírito do Direito da UE – manter as tradições constitucionais dos Estados-Membros e fazer uma aplicação real do princípio do nível de proteção mais elevado.

Acresce que, o TJUE parece ter olvidado o disposto no art. 18.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, quando estatui o direito ao asilo, o que, desde logo, segue o mesmo espírito legal que o art. 16.º da Lei Fundamental Alemã e poderá trazer à colação um problema de interpretação sistemática entre esta Carta e a Diretiva, por equivalência entre a Diretiva e o Direito ao asilo alemão.

Em suma, defendo que não deve ser admitido o primado do Direito da União quando se verifique a cumulação de dois requisitos: por um lado, o direito do indivíduo se funde num direito

constitucional do Estado-Membro; por outro lado, quando a proteção concedida por esse direito seja mais favorável ao indivíduo que o direito da União.

Na realidade, parece-me chocante que o Tribunal Federal Administrativo Alemão tenha admitido que se deve fazer uma interpretação do seu direito constitucional – qual pilar da grande parte das Constituições europeias do séc. XX – com aquele direito da União, defendendo essa interpretação até ao ponto de revogar direitos já reconhecidos e declarados somente pela transposição da Diretiva em causa.

Ora, face a todo este exposto, considero ser de realçar, na generalidade deste acórdão, algumas questões essenciais: de facto, é de particular relevância o facto de o Tribunal de Justiça expor que na apreciação destes casos, a análise deve sempre ser feita casuisticamente, isto é, de acordo com as circunstâncias concretas e específicas do caso e, por outro lado, o facto de este exame ser sempre feito ao nível individual. Na realidade, é com especial interesse que se visualiza que o TJUE defende que, no que às cláusulas de exclusão diz respeito, deve ser feito um exame individual dos factos praticados pelo requerente, ou seja, exteriorizando-o do grupo em que ele se encontrava, *in casu*.

Como tal, é de relevar que este juízo individualizável é uma mais-valia para o próprio requerente, visto que o ónus de prova está minimizado, somente tendo que comprovar que, nas suas circunstâncias concretas, não se lhe podem imputar tais crimes, ao nível individual; ora, é o mesmo que dizer que deve ser feito um juízo de atribuição de responsabilidade a dois níveis: a responsabilidade individual e a responsabilidade coletiva – sendo que para o TJUE é de denotar que, nestas circunstâncias, a responsabilidade individual é aquela a ter em atenção.

Ora, o caso em apreço é uma demonstração da aplicação do Direito da União Europeia pelo TJUE e a sua aplicação na ordem jurídica interna dos Estados-Membros da União Europeia, bem como é possível defender e aplicar jurídica e jurisdicionalmente o Direito de dois ordenamentos jurídicos diferentes e com intuitos legislativos diversos, por um lado a Convenção de Genebra de 1951 e o seu intuito puramente humanitário e, por outro lado, a Diretiva 2004/83/CE com o seu intuito regulatório e processualista do estatuto de refugiado e proteção subsidiária dos requerentes de asilo de Estados terceiros à União Europeia.

Independentemente dos intuitos subjacentes e das críticas que podem ser efetuadas a cada um destes instrumentos legislativos e às próprias organizações internacionais, o certo é que o Tribunal de Justiça da União Europeia tornou-se um marco importante na jurisprudência do direito dos refugiados, tanto ao nível da UE como ao nível internacional, pois que apresenta-se como o árbitro final quanto ao conteúdo e extensão das cláusulas de exclusão.

## **Capítulo IV) O Princípio do Non-Refoulement e as Cláusulas de Exclusão em Portugal**

### **Subcapítulo 1) A Constituição da República Portuguesa e a Lei n.º 27/2008 de 30 de Junho**

Chegados, por fim, ao capítulo referente à evolução do Princípio do Non-Refoulement e das Cláusulas de Exclusão, irei analisar as disposições constitucionais relacionadas com o tema, nomeadamente, o artigo 33.º da Constituição da República Portuguesa nos seus números 6 e 8, e a Lei n.º 27/2008 de 30 de Junho, conhecida como Lei do Asilo.

De facto, Portugal é parte contratante nas diversas Convenções e Acordos que têm vindo a ser mencionados nos capítulos precedentes e, de facto, tanto o direito de asilo como o Princípio do Non-Refoulement se encontram constitucionalmente consagrados no artigo 33.º da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP), respetivamente, nos números 6 e 8 do mencionado artigo, desde 1976; o que, desde já se denota, a importância que o instituto aqui em análise encerra.

Nas linhas que se seguirão, será apresentada uma evolução do direito de asilo em Portugal, em traços gerais e, posteriormente, será efetuado um estudo detalhado do regime definido pela Lei do Asilo, em todos os contornos relativos à questão aqui em análise, bem como será feita a devida consagração e enquadramento constitucional.

A primeira lei do asilo em Portugal data de 1980, com a Lei n.º 38/80 de 1 de Agosto, tendo-se seguido, por outra em 1993. De facto, a Lei n.º 70/93 de 29 de Setembro foi a primeira lei do asilo após a entrada de Portugal na, anteriormente designada, CEE, pelo que as soluções apresentadas por esta Lei foram muito de encontro às já estipuladas soluções de outros países europeus<sup>136</sup>. Contudo, esta lei foi, severamente, criticada e até declarada parcialmente inconstitucional, pois não previa o direito de recurso das decisões de recusa da concessão do estatuto de refugiado. Como tal, em 1998, seguiu-se uma terceira lei, a Lei n.º 15/98 de 26 de Março. Em 2006, esta lei foi completada pelo texto da Lei n.º 20/2006 de 23 de Junho que veio, por si mesma, transpor a já mencionada Diretiva 2003/9/CE do Conselho de 27 de Janeiro,

---

<sup>136</sup> Para um desenvolvimento mais detalhado do progresso e evolução do asilo em Portugal ver: Andreia Sofia Pinto Oliveira in *O novo direito de asilo português – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sêrvulo Correia*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2010, pag. 171-174.

concernente às normas mínimas em matéria de acolhimento de requerentes de asilo nos Estados-Membros da União Europeia. Denote-se que, ainda no ano de 2006, o Decreto-lei n.º 222/2006 de 10 de Novembro, estipulou definir a estrutura orgânica para a execução do Fundo Europeu de Refugiados; tendo-se seguido, no ano de 2007, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 110/2007 de 13 de Julho, que veio regular as condições de acolhimento de pessoas, no quadro de pedidos de reinstalação de refugiado. Ora, só em 2008 se decretou a atual quarta lei do asilo em vigência, a Lei n.º 27/2008 de 30 de Junho.

Antes de iniciar o estudo detalhado da Lei n.º 27/2008, um parágrafo para salientar, em 1991, a criação do Conselho Português para os Refugiados (CPR), que tem vindo, cada vez mais, a desenvolver poderes específicos no âmbito do processo administrativo de concessão ou recusa do estatuto de refugiado, assegurando o cumprimento dos direitos dos requerentes de asilo.

Ademais, para além do CPR, o Ministério da Administração Interna (designado por MAI) e o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF) são as principais organizações envolvidas no procedimento de asilo<sup>137</sup>, pelo que, o requerente de asilo deve apresentar o seu pedido ao SEF que, logo que receba este pedido, informa o representante do CPR destacado. A apreciação do pedido e consequente relatório são competências do SEF que, após instrução e apresentação de propostas para concessão ou recusa, submete a decisão ao MAI que, em caso de ser de inadmissibilidade do pedido, pode ser impugnada judicialmente.

Ora, a Lei n.º 27/2008, daqui em diante denominada apenas por Lei do Asilo, veio transpor as Diretivas 2004/83/CE e 2005/85/CE, ambas já analisadas previamente. Como tal, é em sede de europeização que a atual lei tem a sua *ratio legis*, pelo que, muito da sua importância advém da uniformização que foi iniciada pela União Europeia no seio desta questão, já que os países da UE partilhavam a mesma base de partida, a Convenção de Genebra de 1951, apesar das diversas divergências em matéria de acolhimento, concessão e retirada do estatuto.

Ora, apesar de não ser esse o tema em particular deste estudo, é de relevar que a Lei do Asilo, agora em análise, continuou a manter três vias de proteção internacional já anteriormente

---

137 Não se distingue de elevada importância expor a tramitação administrativa da concessão de asilo, pelo que somente será feita uma resenha da estrutura legislativa da lei do asilo. Para um estudo mais cuidado sobre estes procedimentos administrativos consultar Documentos: *Organização de Políticas de Asilo e Imigração em Portugal – 2008 e Estatutos de proteção complementar à legislação comunitária de Imigração e Asilo em Portugal*, ambos do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras.

consagradas: o asilo constitucional<sup>138</sup>, o asilo aos refugiados face aos estipulado na Convenção de Genebra de 1951<sup>139</sup> e o asilo por razões humanitárias<sup>140</sup>, entendendo o CPR que:

“O direito de asilo é, a nosso ver, antes do mais, o «direito subjetivo do perseguido a obter refúgio e asilo noutra Estado e a não ser remetido para o país de onde provém»; assume no entanto, também, «uma dimensão internacional, enquanto direito dos Estados a acolher e a dar refúgio, a quem seja perseguido ou ameaçado de perseguição por outro Estado; Ou, ainda, «uma dimensão constitucional objetiva, enquanto meio de proteção dos valores constitucionais, a saber, a defesa da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana. A garantia constitucional do direito de asilo está pois confinada aos casos de perseguição ou ameaça grave de perseguição, e é necessário que na base de tal perseguição esteja uma luta por valores ou ideais, de cariz fundamentalmente político. Nada impede porém, obviamente, que por força da legislação ordinária o âmbito do direito de asilo se alargue a situações, que estejam para além do núcleo restrito da garantia constitucional”.

Aliás, é referido pelos autores Gomes Canotilho e Vital Moreira<sup>141</sup> que o direito de asilo assume três dimensões: “uma dimensão internacional, enquanto direito dos Estados a acolher e a dar refugio a quem seja perseguido ou ameaçado de perseguição por outro Estado; uma dimensão pessoal, enquanto direito subjetivo do perseguido a obter refugio e asilo noutra Estado e a não ser remetido para o país de onde provém; e uma dimensão constitucional objetiva, enquanto meio de proteção dos valores constitucionais da «democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana»”.

Ora, o direito de asilo e as temáticas correspondentes à expulsão e proibição do *refoulement*, antes de serem consagradas ao nível da legislação ordinária, têm a devida consagração constitucional, de acordo com o estipulado no art. 33.º, n.º 6 da Constituição da República Portuguesa:

---

138 Atualmente correspondente ao disposto no art. 33.º, n.º 8 da CRP e art. 3.º, n.º 1 da CRP.

139 Face aos requisitos do art. 1.º - A, n.º 2 da Convenção de Genebra de 1951, apesar de muitos doutrinários considerarem que não se deve fazer esta distinção. Neste sentido ver Oliveira, Andreia Sofia in *O novo direito de asilo português - Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2010, pag. 175 e, também, in *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa - Âmbito de Proteção de um Direito Fundamental*, Coimbra Editora, 2009.

140 No âmbito de conflitos armados e sistemáticas violações de direitos humanos que aí se perpetram.

141 In *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2007, pag. 536.



“Art. 33.º - Expulsão, extradição e direito de asilo:

N.º 6 – Não é admitida a extradição, nem a entrega a qualquer título, por motivos políticos ou por crimes a que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física”.

Como podemos verificar pela leitura do artigo em causa, o mesmo parece, inicialmente apontar, somente, na direção da extradição; contudo, após uma leitura mais atenta, compreende-se o espírito do legislador constitucional, quando emprega as a expressão “entrega a qualquer título”, o que nos remete para os casos de expulsão<sup>142</sup>.

De facto, o art. 33.º da CRP destina-se, no essencial, aos estrangeiros e apátridas e ao seu direito de não serem, arbitrariamente, expulsos ou extraditados. Na realidade, como bem ensinam Gomes Canotilho e Vital Moreira, “a teleologia fundamental de todo este complexo é a de limitar os poderes de expulsão e de extradição do Estado, para fora do território nacional, e de garantir, em certos casos, o direito de asilo de estrangeiros (e apátridas) em território nacional”<sup>143</sup>.

Na realidade, direito de asilo e proteção face a *refoulement* não se confundem, pois, como bem explica Andreia Sofia Oliveira<sup>144</sup>, o direito de asilo é um direito “que tem como corresponsável uma obrigação de facto positivo: o dever de acolher e de garantir proteção, enquanto que a não devolução (*non-refoulement*) cria apenas nos Estados uma obrigação de carácter negativo, um dever de não devolver a pessoa exatamente para o país onde este alega sofrer tratamento violador da sua dignidade humana”.

No que concerne à expulsão, refira-se, assim, que a *ratio legis* da CRP vai no sentido de que a ordem de expulsão de um estrangeiro ou apátrida ou requerente de asilo advém, sempre, de um juízo interno do Estado, pois não estão verificadas as condições para a sua manutenção em território nacional. Porém, este juízo nunca poderá ser arbitrário ou contrário às disposições

---

142 No que concerne à análise da CRP, mencione-se que, na medida de raciocínios anteriores, não se pretende fazer um enquadramento constitucional do direito de asilo, mas relevar, apenas, as referências específicas aos institutos em observação. Para um desenvolvimento detalhado do direito de asilo na CRP ver: Oliveira, Andreia Sofia Pinto de in *O direito de Asilo na Constituição Portuguesa - Âmbito de um direito fundamental*, Coimbra Editora, 2009.

143 In *Constituição da República Anotada*, Volume I, 4.ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2007, pag. 530.

144 In *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa – Âmbito de proteção de um Direito Fundamental*, Coimbra Editora, 2009, pag. 208.

internacionais a que Portugal se obrigou, sendo este, um dos principais direitos dos requerentes de asilo, o direito de não serem arbitrariamente expulsos.

De facto, no que concerne, agora, ao Princípio do Non-Refoulement, prescrevem os referidos autores, em anotação ao art. 33.º da CRP, que aos cidadãos refugiados em território nacional devem ser aplicados uma série de princípios de direito internacional humanitário, tais como o princípio da igualdade, o princípio da não discriminação, o direito de procurar asilo noutro Estado e, no que aqui concerne, o Princípio do Non-Refoulement.

Ademais, é ainda referido que o estatuto do requerente de asilo deve ter em conta as “dimensões jurídico-comunitárias quanto ao sistema integrado de gestão externa de fronteiras que poderá justificar um estatuto de proteção subsidiária para nacionais de países terceiros que, sem obterem asilo, careçam de proteção internacional garantido a observância do princípio de não expulsão”, quer isto dizer que, caso não seja possível a obtenção do estatuto de refugiado, devem ser tidas em conta as normas internacionais a que o Estado português está obrigado, nomeadamente face à proteção conferida pelo Princípio do Non-Refoulement, pelo que sempre deverá ser concedido um estatuto de proteção subsidiária.

Ora, apesar de o art. 33.º da CRP ser o artigo mais específico no que concerne aos refugiados, outras disposições constitucionais existem, com relevância suficiente para o estudo em causa.

Neste sentido se encontra o disposto no art. 7.º da Constituição, quando se refere às relações internacionais do Estado Português e, especialmente, quando estipula deveres que o Estado português deve cumprir, nomeadamente, o «estabelecimento de uma ordem internacional capaz de assegurar a paz e a justiça nas relações entre os povos» e, ainda, o reconhecimento do «direito dos povos à auto determinação e independência e ao desenvolvimento, bem como o direito à insurreição contra todas as formas de opressão».

Deste modo, estes são princípios que devem presidir à política externa do Estado português, são diretivas constitucionais, que legitimam o apoio de Portugal a estes povos que sofrem com regimes opressores <sup>145</sup>. Ora, esta indicação constitucional é, igualmente, indicação do

---

145 Para este e mais desenvolvimentos acerca do âmbito do art. 7.º pesquisar Canotilho, Gomes e Vital, Moreira in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2007.

reconhecimento do direito de asilo aos perseguidos em consequência da sua atividade contra o regime e, ainda, de não serem repelidos para esse mesmo país ou país terceiro que ponha em causa a sua vida ou integridade física.

É ainda de relevar, no seio da Constituição, o artigo 15.º, pois que este diz respeito, em especial, a estrangeiros, apátridas e cidadãos europeus, desde logo, estipulando um regime de equiparação entre estrangeiros e nacionais quanto ao gozo de direitos e sujeição a deveres<sup>146</sup> ou, pelo menos – como referem os doutrinários acima mencionados em anotação a este artigo<sup>147</sup> – a um tratamento tão favorável quanto o concedido ao cidadão nacional.

Na realidade, a estes deve ser concedido um regime de equiparação de direitos, em particular, direitos de prestação, aos cidadãos nacionais; contudo, caso algum estrangeiro (ou requerente de asilo) não possa beneficiar deste regime, sempre beneficiará de um *standard* mínimo de direitos inerentes à dignidade da pessoa humana e inerentes ao regime internacional humanitário, nomeadamente, a Convenção de Genebra de 1951 e as Diretivas comunitárias referenciadas.

Devem, ainda, ser referenciados o constante dos artigos 16.º a 18.º, pois que fazem parte do regime de Direitos Fundamentais (Direitos, Liberdades e Garantias) – regime esse, onde o art. 33.º se enquadra. De facto, nos termos do art. 16.º, todos os preceitos constitucionais e legais, em especial, as normas referentes aos refugiados e outros correlacionados, devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, em particular o seu artigo 14.º. No que diz respeito aos artigos 17.º e 18.º, estes fazem parte do regime específico e protetor dos Direitos, Liberdades e Garantias, regime esse que beneficia os requerentes de asilo e outros<sup>148</sup>.

É, igualmente, de trazer a este estudo o art. 24.º da CRP, ou seja, o direito à vida. Acontece que este direito é, *maxime*, a base jurídica essencial do Princípio do Non-Refoulement, pois que,

---

146 Excecionalmente, todavia, o gozo de direitos políticos e outros, quando a Constituição ou a Lei reservam, em regime de exclusividade para os cidadãos nacionais – art. 15.º, n.º 2 e 3.

147 Para um estudo mais aprofundado do artigo 15.º por estes doutrinários seguir a *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2007.

148 Para um entendimento apurado da aplicação dos artigos 17.º e 18.º da CRP e do regime fundamental dos DLG ver Canotilho, Gomes e Moreira, Vital in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2007.

não se pode repelir alguém para onde a sua vida ou integridade física sejam postas em causa. Ora, em *ultima ratio*, este artigo defende contra a expulsão (ou extradição) para ordens jurídicas estrangeiras que apliquem a pena de morte, defendendo-se esta não entrega, com base no princípio do direito à vida<sup>149</sup>.

Uma última nota para aludir ao regime formal e orgânico desta questão na Constituição Portuguesa. Deste modo, é da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre os Direitos, Liberdades e Garantias – regime em que se inserem as questões referentes aos refugiados, como explicitado anteriormente - de acordo com o art. 165.º, n.º 1, al. b), sendo ainda, estes DLG um limite material de revisão constitucional, nos termos do art. 288.º, d), ambos da CRP. Deste modo, pode-se asseverar que existe uma reserva material, formal e orgânica na apreciação e legislação sobre as matérias aqui em estudo.

No que diz, agora, respeito à Lei n.º 27/2008 de 30 de Junho – a Lei do Asilo – esta lei foi mais longe, pois veio definir com elevada densificação conceitos do âmbito da Convenção de Genebra de 1951 que, até então, ainda manifestavam divergências entre os variados Estados-Membros, nomeadamente ao nível dos requisitos do conceito de refugiado e aos critérios para a concessão desse estatuto.

De facto, a Lei do Asilo não estipula, somente, estas as cláusulas positivas que concedem o estatuto de refugiado, mas consagra, também, as cláusulas negativas, ou seja, aquelas que excluem desse estatuto e, uma vez verificadas, impedem o reconhecimento do estatuto de refugiado.

Na realidade, no que concerne às Cláusulas de Exclusão, é de denotar que a sua evolução na ordem jurídica portuguesa tem demonstrado que o seu âmbito tem sido, cada vez mais, restringido e diminuído, tendo até desaparecido algumas cláusulas de exclusão face às constantes nas anteriores leis de 1980 e 1993, nomeadamente desapareceram duas cláusulas que diziam respeito à recusa de concessão de asilo, sempre que a condição social e económica do país o justificasse e se o requerente tivesse praticado atos contra os interesses fundamentais ou a

---

149 Para um apuramento do art. 24.º ver nota 137. Este raciocínio é, igualmente, o raciocínio adotada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

soberania de Portugal<sup>150</sup>. Atualmente, a Lei do Asilo não estabelece estas cláusulas de exclusão, mas segue em muito a letra do art. 1.º - F da Convenção de Genebra:

“Artigo 9.º - Exclusão e recusa do asilo e proteção subsidiária:

1 — Não pode beneficiar de asilo ou proteção subsidiária o estrangeiro ou apátrida quando:

(...)

c) Existam razões ponderosas para pensar que:

i) Praticou crimes contra a paz, crimes de guerra ou crimes contra a humanidade, nos termos dos instrumentos internacionais que estabelecem disposições relativas a estes crimes;

ii) Praticou crimes dolosos de direito comum puníveis com pena de prisão superior a três anos fora do território nacional, antes de ter sido admitido como refugiado;

iii) Praticou atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas enunciados no preâmbulo e nos artigos 1.º e 2.º da Carta das Nações Unidas.

2 — O asilo ou a proteção subsidiária podem ser recusados sempre que da sua concessão resulte perigo ou fundada ameaça para a segurança interna ou externa ou para a ordem pública.

3 — A proteção subsidiária pode ainda ser recusada se o estrangeiro ou apátrida tiver cometido um ou mais crimes não abrangidos pela alínea c) do n.º 1 que seriam puníveis com pena de prisão caso tivessem sido praticados no território nacional e tiver deixado o seu país de origem unicamente com o objetivo de evitar sanções decorrentes desses crimes. ”

Denote-se que, segundo a Lei do Asilo<sup>151</sup>, a decisão de expulsão – caso se verifique a aplicação de uma destas cláusulas – deve ter em conta, não somente, a possível violação de obrigações internacionais a que o Estado português se vinculou, como o Princípio do Non-Refoulement, como também, o facto de, no caso ter sido feito um pedido de asilo, essa decisão somente puder ser exarada por uma autoridade judicial; estando este direito, igualmente, garantido no art. 33.º, n.º 7 da CRP, como ainda na Lei do Asilo.

---

150 Neste sentido ver Andreia Sofia Pinto Oliveira in *O Novo direito de asilo português - Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2010, pag. 178.

151 Uma nota para referir que estas cláusulas de exclusão bem como o Princípio do Non-Refoulement se aplicam não só à concessão do estatuto de refugiado, mas também à concessão de proteção subsidiária através da autorização de residência por razões humanitárias, nos termos do art. 7.º da Lei do Asilo.

É relevante referir que, existem disposições na Lei dos Estrangeiros<sup>152</sup> (Lei n.º 23/2007 de 4 de Julho concernente ao regime de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional) se aplicam aos requerentes de asilo, nomeadamente, no que diz respeito às cláusulas de exclusão, pois o art. 134.º, n.º 1 é, igualmente, aplicável, sendo que, de acordo com o n.º 3 do mesmo artigo, a estes deve ser aplicado o regime legal mais benéfico, quer seja no âmbito nacional como internacional.

De facto, como bem ensina a Professora Doutora Andreia Sofia Oliveira, “as cláusulas de exclusão servem para excluir do âmbito de proteção do asilo pessoas que, embora careçam de proteção internacional, praticaram atos que as tornam, de alguma forma, indignas, não merecedoras dessa proteção por parte do Estado português”, pelo que é este o escopo fundamental destas cláusulas no âmbito da Lei do Asilo, subsumido ao já entendimento internacional e europeu da questão<sup>153</sup>.

No que ao Princípio do Non-Refoulement diz respeito, a Lei do Asilo de 1998, estipulava no seu artigo 39.º que o refugiado, ou requerente, não podia ser expulso para um país onde a sua liberdade estivesse em risco, visto existirem razões que justificam a sua proteção, enquanto asilado. Ora, esta disposição também é encontrada no art. 143.º da Lei dos Estrangeiros e no art. 47.º da Lei do Asilo, o qual estipula que:

“Artigo 47.º: Proibição de expulsar ou repelir:

1 — Da expulsão do beneficiário de proteção internacional, nos termos do artigo 42.º, não pode resultar a sua colocação em território de país onde a sua liberdade fique em risco por qualquer das causas que, de acordo com o artigo 3.º, possam constituir fundamento para a concessão de asilo ou de qualquer forma violem a proibição de expulsar e de repelir (princípio de non-refoulement) em conformidade com as obrigações internacionais do Estado Português.

---

152 Para um desenvolvimento apurado sobre esta questão ver Álvaro Castro Oliveira in *Expulsion and detention of aliens in the EU countries – Portugal*, Edição de B. Nascimbene, Giuffrè, 2001, pag. 441 e ss.

153 Uma última nota, para mencionar que a atual Lei do Asilo teve uma, outra, grande importância e que trouxe, uma efetiva garantia aos direitos dos requerentes de asilo, isto é, existe, agora, o reconhecimento de efeito suspensivo automático aos pedidos de impugnação judicial das decisões desfavoráveis; isto quer dizer que, quando, anteriormente, a decisão de inadmissibilidade de um pedido de asilo tinha efeitos meramente devolutivos e, no entretanto, o requerente poderia ser expulso do país, atualmente, todas as decisões de impugnação judicial de uma recusa administrativa improcedente produzem efeito suspensivo automático desta mesma decisão, adquirindo, o requerente, um direito de recurso efetivo à tutela jurisdicional - posição esta já sufragada na vasta jurisprudência do TEDH.

2 — Ninguém será devolvido, afastado extraditado ou expulso para um país onde seja submetido a torturas ou a tratamentos cruéis ou degradantes.”

Como se pode observar pela letra da norma, foi a convicção do legislador deixar vincado a importância que a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a sua interpretação do art. 3.º da Convenção Europeia correspondente, tem no âmbito nacional, europeu e comunitário; no mesmo sentido, que deixa demarcado o âmbito do Princípio do Non-Refoulement, a que o Estado Português está vinculado.

Aliás, como se denota do seu n.º 2, faz-se expressa menção à proibição de expulsão quando dessa ação existe a consequência direta de o indivíduo sofrer tortura ou outro tratamento desumano ou degradante. Ora, também ao nível da legislação portuguesa se coloca a questão do presente estudo, pelo que a conjugação deste artigo com as cláusulas de exclusão podem trazer ao dia-a-dia jurisdicional várias querelas de interpretação e aplicação destes institutos.

Ora, face ao exposto, a consagração constitucional do regime aplicável a estrangeiros, refugiados e apátridas, à extradição e expulsão é, sem dúvida, o mais importante passo na salvaguarda dos direitos deste grupo de indivíduos; porém, acima de tudo, a legitimação interna do mais fundamental direitos dos refugiados, o Princípio do Non-Refoulement, é a pedra de toque de todo um regime protecionista e o compromisso máximo que Portugal faz, não somente internamente, mas igualmente, com os seus parceiros internacionais.

Ademais, Portugal compreende um regime mais favorável no que diz respeito à concessão de asilo, pois prevê a concessão de um regime de proteção com base em razões humanitária, ao nível constitucional, o que poderá levar à sua aplicação ao revés do regime geral estabelecido pela União Europeia e pela própria Convenção de Genebra, nomeadamente quanto à questão da aplicação das Cláusulas de Exclusão, em face da proteção contra o *refoulement*.

Acresce ainda que, como irá ser exposto ulteriormente, Portugal tem ainda muito a evoluir na proteção dos requerentes de asilo que procuram refúgio em Portugal, desde logo, pela consagração deste diversos regimes de proteção sem qualquer conexão normativa entre eles e deixados à interpretação administrativa e jurisdicional, por vezes, discricionárias.

## **Subcapítulo 2) A Jurisprudência dos Tribunais Administrativos Portugueses**

Antes de iniciar a análise jurisprudencial que se segue, não posso deixar de referir a escassa jurisprudência portuguesa que se assemelhe ao tema e o total silêncio dos tribunais administrativos portugueses quanto à questão aqui em causa.

De facto, desde já se pode concluir que, pela análise variada que foi feita dos acórdãos quer do Supremo Tribunal Administrativo (doravante, STA), quer do Tribunal Central Administrativo Norte e Sul (de agora em diante, TCAN ou TCAS), se denota que a jurisprudência portuguesa baseia a sua decisão da concessão do asilo, essencialmente, na matéria de facto dada como provada, para além, das circunstâncias pessoais e/ou sociais que estão na base do pedido de asilo e daí podem derivar.

Desse modo, em boa verdade, existiu uma enorme dificuldade na pesquisa de um acórdão da jurisprudência nacional que fosse, de facto, enquadrado no tema da minha dissertação, facto este que não posso deixar de expor, isto porque, na realidade, a problemática em causa na presente dissertação nunca apareceu isolada num caso da jurisprudência portuguesa, pelo que, depois de várias leituras e uma investigação detalhada da base jurisprudencial administrativa, decidi analisar os dois acórdãos que se seguem.

Como tal, face a uma escassez jurisprudencial relevante, foram escolhidas duas decisões do Tribunal Central Administrativo Sul, nos acórdãos datados de 03 de Fevereiro de 2005 e de 20 de Outubro de 2005<sup>154</sup>, no que concerne aos requisitos para concessão do estatuto de refugiado ou proteção por razões humanitárias e suas consequências inerentes.

O que se pretende com esta análise jurisprudencial é, sem mais, no mesmo sentido que as análises feitas nos capítulos anteriores, uma observação dos instrumentos legislativos aplicados pelo Tribunal e como estes foram esgrimidos no sentido de obter a decisão final. Como tal, a decisão de escolher o presente acórdão baseia-se, nada mais, no seguimento do raciocínio lógico-jurídico desenvolvido pelo TCASul para não conceder a proteção do sistema de asilo, fazendo mão dos vários instrumentos jurídicos em vigor. Ademais, serão colocadas várias questões para resolução pelos tribunais administrativos, para as quais serão distinguidas algumas *guidelines* para resolução desta problemática ao nível interno.

---

<sup>154</sup> Apesar dos referidos acórdão serem decididos com base na anterior lei do asilo, esta diferença não é significativa para alterar a aplicação dos artigos e efetuar uma diferente decisão, pelo que não traz problemas de ordem sistemática para a presente análise jurisprudencial.



**a) Dos casos:**

Neste primeiro acórdão datado de 03 de Fevereiro de 2005, estava em causa o recurso da decisão de recusa do pedido de asilo e de autorização de residência por motivos humanitários, pelo Diretor do SEF, motivado pelo facto de que a devolução do ora recorrente ao país de origem violaria o Princípio do Non-Refoulement (princípio de não expulsar e não repelir), previsto no art. 33º da Convenção de Genebra de 1951 e art. 3º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Ora, no caso concreto, foi considerado como não provados factos demonstrativos de perseguição ou ameaça de que o requerente tenha sido objeto em consequência da sua atividade em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana, exercida no Estado da sua nacionalidade ou residência, nos termos do art. 33.º, n.º 8 da CRP, pois que não se vislumbrou, nas suas alegações, que o recorrente tenha alguma vez lutado pela liberdade e democracia, e nem o mesmo sequer invoca esses valores na sua petição, limitando-se a assinalar as suas ligações com a Armed Forces Revolutionary Council até Fevereiro de 1998, tendo, posteriormente, integrado as forças rebeldes.

Além disto, o Tribunal também considerou o facto de o recorrente ter declarado e assumido ter cometido atrocidades, quando integrado nessas forças, facto que integra o fundamento nuclear do indeferimento do pedido, nomeadamente o seu testemunho a declarar que: “Durante o tempo que permaneci com os rebeldes participei em muitos ataques efetuados pelos rebeldes, incluindo o ataque a Freetown em Janeiro passado, e cometi muitas atrocidades, tais como matar pessoas e cortar braços e pernas”.

Por este motivo, o Tribunal considerou que as declarações do demandante, permitem concluir que a sua atuação, enquanto elemento pertencente às forças rebeldes, é de molde a permitir o seu enquadramento nas alíneas a), b) e c) do art. 1.º F da Convenção Relativa ao Estatuto de Refugiado, sendo inadmissível, por via do art. 13º da Lei nº 15/98, de 26 de Março, a concessão do asilo ao requerente.

Como tal, considerou-se que o Princípio do Non-Refoulement não pode ser aplicado a pessoas que praticaram crimes de guerra, sob pena de permitir a inserção na sociedade democrática de pessoas que demonstraram “não ter qualquer respeito pela vida humana, a não ser pela própria”, concluindo-se, portanto, que o ora recorrente não só não demonstra a sua

participação em quaisquer atos na defesa da democracia, liberdade ou direitos humanos, como até confessa a prática de atos incompatíveis com os princípios que regem o direito de proteção humanitária, excludentes da proteção asilar, e pelos quais poderia e deveria ser julgado.

Por outro lado não se encontra suficientemente indiciada qualquer perseguição por este sofrida no seu país de origem em virtude das suas convicções políticas, mas tão-somente o seu envolvimento em conflitos armados, verificando-se todavia uma evolução positiva na atual situação político-militar, ocorrida na Serra Leoa, com a celebração de um acordo de paz entre as forças governamentais e as forças alinhadas com a facção rebelde, pelo que face a todo o exposto, foi negado provimento ao recurso do requerente de asilo, confirmando-se a sentença recorrida.

Quanto ao segundo acórdão já identificado<sup>155</sup>, a recorrente veio interpor ação administrativa especial do despacho que indeferiu o seu pedido de asilo, na vertente de aplicação do art. 1º e do art. 8º, da Lei nº 15/98 de 26-03, proferido pelo Ministro da Administração Interna, com base na proposta do Comissariado Nacional para os refugiados, pelo facto de que a sua devolução à Índia e não concessão de asilo não viola o art. 33º da Convenção de Genebra, o art. 2º e 3º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o art. 7º do Pacto Internacional de direitos Cívicos e Políticos e art. 3º da Convenção contra a Tortura.

De facto, é de relevar a proposta de decisão do Comissário Nacional para os refugiados, a qual conclui no sentido de que seja indeferido o pedido de asilo formulado pela requerente, por não estarem reunidos os pressupostos do art. 1º, deste mesmo diploma legal<sup>156</sup>, bem como, alternativamente, por falta de preenchimento dos pressupostos do art. 8º, da Lei acima referida<sup>157</sup>, ou seja, autorização de residência por razões humanitárias.

---

155 Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 20 de Outubro de 2005.

156 O art. 1º dispõe que: «n.º 1 – É garantido o direito de asilo aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição em consequência de atividade exercida no Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos humanos; n.º 2 – Têm ainda direito à concessão de asilo os estrangeiros e os apátridas que, receando com fundamento ser perseguidos, em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, opiniões políticas ou integração em certo grupo social, não possam ou, em virtude desse receio, não queiram voltar ao Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual».

157 No seu n.º 1 dispõe-se que: «é concedida autorização de residência por razões humanitárias aos estrangeiros e aos apátridas a quem não sejam aplicáveis as disposições do art. 1º e que sejam impedidos ou se sintam impossibilitados de regressar ao País da sua nacionalidade ou da sua residência habitual, por motivos de grave insegurança devida a conflitos armados ou à sistemática violação dos direitos humanos que aí se verificam».

Por seu lado, a Autora invoca ter receio de ser perseguida pelas autoridades indianas caso regresse ao seu país de origem, em virtude de se ter unido por matrimónio a alguém que é suspeito de atividades terroristas. Mais refere que será vítima de tortura durante os interrogatórios com vista a extraírem-lhe informação que a possa incriminar e ao seu marido, pelo que, receia ainda a fúria da população, que a discriminará face à religião que professou, bem como represálias da máfia indiana.

Por outro lado, o SEF alega, designadamente, que existem questões prévias que determinam, no caso concreto, por si só, a exclusão e a inadmissibilidade do pedido formulado pela Autora, de concessão de asilo, como seja o facto de ter sido condenada em processo-crime, na pena de dois anos de prisão e ainda o facto de ter apresentado o pedido de asilo extemporaneamente.

Face ao exposto, o TCASul veio demonstrar que resulta da matéria fáctica provada que a Autora foi condenada por um crime de uso de documento falso, na sua forma continuada, na pena de dois anos de prisão, sendo que a sentença anterior refere que outra conclusão não se alcança que não a de considerar verificada a causa de exclusão do direito ínsita na alínea c), do n.º 1, do art. 3.º da LAR de 26-03<sup>158</sup>, entendendo que a interpretação a ter em consideração na leitura do artigo será a moldura concreta e não a abstrata, pois que a norma legal fala em crime punível (e não punido). Nesse sentido, entendeu o Tribunal não se verificar o vício de violação do art.º 1.º da referida Lei do Asilo.

Quanto à violação do art. 8.º, da mesma Lei, mencionam os juízes que a Autora não invoca a existência de conflitos armados, sendo que, quanto ao sentimento de insegurança previsto nessa norma, o mesmo tem que ultrapassar os padrões de normalidade, daí que a lei aluda a «grave insegurança», e tem forçosamente que assentar em factos objetivos suficientemente graves para pôr em perigo a vida, a integridade física ou a liberdade pessoal da requerente. Ora, o Tribunal considerou que das próprias declarações da Autora, não resulta que exista uma sistemática violação

---

158 O art. 3.º, sob a epígrafe de Exclusão e recusa do asilo dispõe: «1- Não podem beneficiar de asilo: c) Aqueles que tenham cometido crimes dolosos de direito comum puníveis com pena de prisão superior a três anos».

dos direitos humanos, por forma a concluir-se que se trata de violação potencialmente geradora de uma situação de grave insegurança para os residentes naquele País.

De facto, foi tido em conta pelo Tribunal a Informação da Direção Geral das Relações Bilaterais do Ministério dos Negócios Estrangeiros, verificando-se que a violência esporádica que possa existir entre as comunidades religiosas nunca é dirigida a um indivíduo particular, não existindo qualquer atitude hostil das comunidades indianas face a conversões de hindus ao islamismo.

Pelo que, não foi considerada procedente a argumentação da recorrente, quando refere ter receio de ser perseguida e maltratada pela comunidade hindu, por ter trocado a religião hindu pela muçulmana, aquando do seu casamento, improcedendo a violação do art. 8º da Lei do Asilo.

No que respeita à violação do art. 33º, n.º 8 da Constituição da República Portuguesa, o Tribunal defendeu que este artigo não se verifica, pela simples razão de que a Autora não reunir os pressupostos da concessão do direito de asilo, por ocorrerem causas de exclusão de tal direito, designadamente a prática de crime doloso de direito comum, punível com pena de prisão superior a três anos.

É, ainda, invocada a violação do art. 33º, da Convenção de Genebra de 1951 e art. 3º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art. 7º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e art. 3º da Convenção contra a Tortura, que obstarão à sua expulsão para um país – União Indiana – onde a sua vida e liberdade fosse ameaçada, entendendo que a não concessão do pedido de asilo violaria aqueles preceitos.

Contudo, os juizes deste Tribunal entenderam que essa violação é insuscetível de se verificar no caso em apreço, quer porque não se está perante um ato de expulsão, quer porque a eventual ameaça da vida e da liberdade da recorrente não decorria da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em grupo social ou opiniões políticas, conforme exigia o citado art. 33º, nº 1, mas de ter praticado um crime.

Como tal, o Tribunal Central Administrativo Sul terminou por negar provimento ao recurso, confirmando a anterior sentença de primeira instância.

#### **b) Do Comentário:**

Nos acórdãos supra expostos, está em causa, no ordenamento jurídico português, a questão que nesta dissertação se coloca, isto é, como relacionar, no caso concreto, a aplicação de uma cláusula de exclusão com a proteção oferecida pelo Princípio do Non-Refoulement.

Na realidade, desde já se conclui que os acórdãos em causa são deveras diferentes e a apreciação deste organismo em cada um deles levará a conclusões divergentes, não só devido ao âmbito de aplicação de cada um, mas principalmente, devido aos interesses e bens jurídicos que se pretende proteger em cada caso<sup>159</sup>.

No que concerne ao primeiro caso em apreço, como explicitado pelo Tribunal, foi considerado que o requerente não apresentou prova de que tenha sido objeto de perseguição em consequência da sua atividade em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana, exercida no Estado da sua nacionalidade ou residência, além de que, igualmente, considerou o facto de o recorrente ter declarado e assumido ter cometido atrocidades, quando integrado nessas forças, facto que integra o fundamento nuclear do indeferimento do pedido.

Como tal, estes factos permitiram o seu enquadramento nas alíneas a), b) e c) do art.1º - F da Convenção Relativa ao Estatuto de Refugiado (Convenção de Genebra de 1951), sendo, do mesmo modo, inadmissível, por via do art. 13º da Lei nº 15/98, de 26 de Março, que estipula as respetivas cláusulas de exclusão do estatuto de refugiado.

Desta forma, considerou-se que o Princípio do Non-Refoulement não pode ser aplicado a pessoas que praticaram crimes de guerra, sob pena de permitir a inserção na sociedade democrática de pessoas que demonstraram não ter qualquer respeito pela vida humana.

Ora, como se pode visualizar, neste caso coloca-se a questão que afeta o âmbito de estudo desta dissertação, *maxime*, a preponderância de cada um destes institutos no caso concreto, isto é,

---

159 Em primeiro lugar, convém relembrar que a lei aplicável aos dois acórdãos em apreço diz respeito à anterior Lei do Asilo (doravante, designada pela sigla LA), a Lei n.º 15/98 de 26 de Março, sendo que, deve ser feita a devida correspondência com os artigos da atual Lei do Asilo, a Lei n.º 27/2008 de 30 de Junho. Nesse sentido, ao art. 1.º da LA de 1998 corresponde o art. 3.º da atual Lei do Asilo; ao art. 8.º corresponde o art. 7.º, respetivamente; por fim, ao art. 3.º, n.º 1 alínea c) da anterior LA corresponde o atual art. 9.º, n.º 1 alínea c).

deve ser dada a aplicação plena do estipulada nas cláusulas de exclusão ou ser efetivada a proteção constante do Princípio do Non-Refoulement?

De facto, no caso concreto, parece não ter havido quaisquer dúvidas pelo Tribunal de que o requerente deveria ser excluído da prerrogativa concedida pelo estatuto de refugiado ou, alternativamente, pela proteção subsidiária da autorização por razões humanitárias, bem como da proteção específica concedida pela Constituição da República, com base no facto de ter cometido crimes de guerra e não preencher por isso, o seu âmbito de aplicação.

Neste sentido, tal como exposto no comentário ao acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, é de denotar que aquando de crimes especialmente graves, nomeadamente através de condutas que comportem crimes de guerra ou genocídio, o Princípio do Non-Refoulement não pode ter aplicação. Se assim não fosse, este tipo de interpretação plena da proteção do Princípio do Non-Refoulement acarretaria uma total despenalização dos comportamentos perpetrados por estes requerentes de asilo, derogando-se, por completo, a verdadeira natureza do Princípio e manipulando-se o espírito próprio que a instituição de asilo representa.

De facto, esta é a real aplicação que as Cláusulas de Exclusão pretendem atingir, isto é, assegurar que aqueles perpetradores de crimes de guerra, genocídio e outros sejam considerados “indignos” da proteção própria da Convenção de Genebra de 1951, do estatuto de refugiado, limitando o escopo de proteção do asilo àqueles que, de facto, são perseguidos em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas e que possam ser considerados como um perigo para a segurança nacional do país onde se encontra, ou que, tendo sido objeto de uma condenação definitiva por um crime ou delito particularmente grave, constitua ameaça para a comunidade do dito país – tal como exposto no n.º 2 do art. 33.º da Convenção de Genebra de 1951, isto é, nos termos da cláusula de exceção à aplicação do Princípio do Non-Refoulement.

Acontece que, no caso concreto, a ter em conta os factos dados como provados pelo Tribunal, nunca este Princípio seria aplicável, desde logo, porque se considerou que o requerente não logrou provar factos demonstrativos de perseguição ou ameaça em consequência da sua atividade em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana, exercida no Estado da sua nacionalidade ou residência,

pois que não se vislumbrou, nas suas alegações, que o recorrente tenha alguma vez lutado pela liberdade e democracia (o que desde logo, elimina a possibilidade da atribuição da proteção própria concedida pela Constituição da República no seu art. 33.º, n.º8), bem como não se encontra suficientemente indiciada qualquer perseguição por este sofrida no seu país de origem em virtude das suas convicções políticas, eliminando a aplicação do art. 33.º, n.º 1 conjugado com o art. 1.º-A, n.º 2 ambos da Convenção de Genebra.

Neste sentido, nunca o requerente poderia ter ficado protegido no Estado português, tendo decidido corretamente este Tribunal, ao dar abrigo às normas internacionais no seio do ordenamento jurídico português, bem como assegurando que a natureza própria do direito de asilo se mantém dignificada e protegida de potenciais manipulações do seu escopo. Na realidade, tal como será exposto na Parte II da presente dissertação, existem autores que defendem que aqueles possíveis criminosos de guerra devem ser julgados pelos seus crimes nos países no qual pedem asilo através de um Princípio de Jurisdição Universal, reenviados para os seus países de origem para esse mesmo fim ou entregues ao Tribunal Penal Internacional ou Tribunal Internacional de Justiça.

Todavia, o Tribunal, apesar de subsumir – e bem – os factos às cláusulas de exclusão em causa, nunca o deveria ter feito, podendo ser afirmado que o raciocínio geral do Tribunal Administrativo está errado.

Na realidade, as cláusulas de exclusão só se aplicam após a verificação da concessão do estatuto do refugiado, isto é, após a averiguação da aplicação ao caso concreto dos requisitos positivos da concessão do estatuto de refugiado e concluindo-se pelo seu preenchimento é que se pode verificar se existe algum facto que faça com que essa concessão fique excluída.

*A contrario*, caso não se considere que o requerente nem consegue preencher os requisitos positivos de concessão desse estatuto, não existe qualquer relevância ou necessidade de averiguação dos requisitos negativos.

Deste modo, o Tribunal conjuga num mesmo momento de apreciação dois momentos que, na prática, devem ser lidos um após o outro, isto é, as cláusulas de exclusão só são verificáveis após a conclusão pelo preenchimento dos requisitos positivos da concessão do estatuto de refugiado.

Nesse sentido, no caso em concreto, a partir do momento em que o Tribunal considera que o requerente não logrou provar que sofre qualquer ato de perseguição, quer para que lhe seja atribuído asilo constitucional, estatuto de refugiado ou proteção subsidiária, não relevaria ao Tribunal apreciar os seus atos anteriores e a forma como esses excluiriam de um estatuto que nem sequer lhe foi concedido.

Acresce que, desse modo, não seria expectável que fosse trazido à colação o Princípio do Non-Refoulement como ele está concretizado na Convenção de Genebra de 1951, pois que este aplica-se, igualmente, àqueles que são considerados refugiados, apesar do reconhecimento formal desse mesmo estatuto.

No máximo, somente poderia ser trazido à colação os artigos 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, pois que se aplicam à população em geral, independentemente da concessão do estatuto que aqui está em casa.

Assim, a decisão agora em análise demonstra, antes de mais, como o Tribunal não compreende e não sabe aplicar as normas relativas a asilo, em geral, e em particular aquelas da sua concessão e exclusão.

Em todo o caso, a decisão quanto ao primeiro caso é reveladora de como o julgador deve diligenciar por trazer para o processo todas as provas possíveis, para que a decisão seja tomada com o conhecimento de todos os factos, mantendo-se o privilégio da proteção concedido pelo estatuto de refugiado para aqueles que, efetivamente, lograram provar a sua necessidade e que se demonstram dignos dessa mesma proteção.

No que ao segundo caso diz respeito, a requerente indiana viu o seu pedido de asilo ser indeferido pelo facto de ter sido condenada na pena de dois anos de prisão, por um crime de uso de documento falso, na sua forma continuada, nos termos da alínea c), do n.º 1, do art. 3.º da Lei do Asilo de 1998.

Como tal, face à aplicação, *ab initio*, desta cláusula de exclusão, entenderam os Juizes deste Tribunal que ficou, desde logo, precludida qualquer possibilidade de se lhe aplicar o estatuto de refugiado concedido pela LA, bem como a proteção concedida pela Constituição da República Portuguesa, no seu art. 33.º, n.º 8.



De facto, a requerente invocou ter receio de ser perseguida pelas autoridades indianas, em virtude de se ter unido por matrimónio a alguém que é suspeito de atividades terroristas, desde logo, antevendo que seria vítima de tortura durante os interrogatórios com vista a extrair-lhe informação que a possa incriminar e ao seu marido e, ainda, poderia sofrer represálias da máfia indiana; bem como, receava ainda a fúria da população, que a discriminará face à religião que passou a professar.

Para tal foi invocado o art. 33º, da Convenção de Genebra de 1951, art. 3º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, art. 7º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e art. 3º da Convenção contra a Tortura, que obstarão à sua expulsão para um país, onde a sua vida e liberdade fosse ameaçada.

Porém, os juizes deste Tribunal entenderam que essa violação era inconcebível de se verificar no caso em apreço, porque a eventual ameaça da vida e da liberdade da recorrente não decorria da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em grupo social ou opiniões políticas, conforme exigia o referido artigo.

Ademais, o facto de ter praticado um crime, obstará à aplicação dos restantes artigos, visto as cláusulas de exclusão se referirem a um momento inicial no procedimento de concessão de asilo ou proteção subsidiária, isto é, ao momento da aceção das condições primárias e essenciais para esta concessão.

Ora, como se pode observar, a crítica feita ao anterior acórdão volta a ser aplicada neste segundo, pois que o Tribunal verifica simultaneamente a concessão do estatuto de refugiado e a aplicação de uma cláusula de exclusão.

Deste modo, a partir do momento que o Tribunal afirma que não estão preenchidos os requisitos da concessão de um estatuto de proteção, não tem que verificar a aplicação das cláusulas de exclusão, conforme já explicado anteriormente.

Acontece que, neste segundo caso, existe ainda outra consideração pelo Tribunal que está mal explicada e pode trazer dificuldades na compreensão do facto: na realidade, quando o Tribunal menciona que a requerente cometeu um crime de uso de documento falso na forma continuada e submete esse facto a uma cláusula de exclusão – que como vimos, o faz erradamente pois que,

desde logo, não o deveria fazer face à não aplicação dos critérios positivos da concessão do estatuto de refugiado ou outro estatuto de proteção – nem sempre esta submissão deve ser feita, isto porque este ato pode estar excluído de intuito penal punitivo.

Na realidade, conforme o disposto no art. 31.º da Convenção de Genebra e no atual art. 12.º da Lei do Asilo, os Estados não deverão aplicar sanções penais devido à entrada ou estada irregular dos refugiados, desde que esse ‘crime’ fosse o meio para fugir às ameaças contra a sua vida ou liberdade<sup>160</sup>, pelo que, analogicamente, se a condenação pelo crime em causa da requerente fosse em virtude da sua entrada ilegal no Estado português através de um documento falso, nesse caso Portugal estaria a violar expressamente uma obrigação internacional à qual se tinha voluntariamente vinculado.

O certo é que, o acórdão não elucida o porquê da requerente ter sido condenada em pena efetiva de dois anos de prisão por uso de documento falso, na forma continuada, nomeadamente se esse foi o meio de entrar e permanecer irregularmente em Portugal ou se esse facto foi perpetrado somente ao nível interno português; o certo é que, face ao caso em concreto, pode ser extrapolado que esse seria o objetivo da requerente.

Em todo o caso, pode-se considerar que, no caso em concreto, seria possível de ser concedido o estatuto de refugiado à requerente (ou de proteção subsidiária através de autorização de residência por razões humanitárias) através do requisito da religião, face às possíveis represálias pela população, tendo em conta o facto de ter escolhido professar outra religião, em virtude do matrimónio; por outro lado, o facto de ter contraído matrimónio com um suspeito de atividades terroristas, pode suscitar aqui uma opção de determinada opinião política, visto que o terrorismo na União Indiana suscita-se na vertente religiosa/política.

Acresce que, a considerar que a condenação da requerente não se inclui nos casos do art. 31.º da Convenção de Genebra de 1951, não se assemelha, no caso concreto, que o crime cometido pela requerente seja de tal forma grave, que se deva, sem mais, considerá-la desprotegida para o ordenamento jurídico internacional; tanto quanto devem sempre ser pesados outros

---

160 Nesse mesmo sentido menciona o Manual do ACNUR, expondo que para efeitos das cláusulas de exclusão deve ser negligenciado o facto de um refugiado ter, por exemplo, roubado um carro para entrar na fronteira de um Estado – sendo, todavia, mais difícil essa decisão no caso de, por exemplo, ter desviado um avião – pag. 38.

interesses que se considerem relevantes, nomeadamente, os interesses que se pretendem garantir com o Princípio do Non-Refoulement; nem ainda que esteja em causa a aplicação de uma possível aplicação das exceções ao Princípio do Non-Refoulement nos termos do art. 33.º, n.º 2 da Convenção de Genebra de 1951, desde logo porque o crime em causa não é particularmente grave.

Ademais, a proteção da requerente poderia ter sido, ainda, fundamentada no art. 3.º da CEDH, pois que este tem um âmbito de aplicação mais alargado, desde logo, porque ao requerente somente cabe a prova de que, com uma certeza razoável, irá sofrer tortura ou tratamento cruel e desumano, sem estar vinculado ao preenchimento dos requisitos mais restritos do art. 33.º da Convenção de Genebra.

Neste sentido, tendo a requerente alegado que sofreria de tortura pelas autoridades nacionais, bem como pela máfia indiana, no sentido de serem extorquidas informações acerca do seu marido, este artigo, com um elevado grau de certeza, poderia ser violado e a requerente não poderia ser expulsa para o seu país de origem.

Ora, pode ser trazido à colação em ambos os casos, a questão do ónus da prova<sup>161</sup>, mais especificamente, qual a exigência de prova que se deve requerer ao indivíduo, de forma a demonstrar que este preenche os requisitos dos art. 3.º ou 7.º da Lei do Asilo.

Como tal, é necessário trazer à colação as diretrizes expostas pelo ACNUR, no seu Manual<sup>162</sup>, desde logo, o facto de ser método assente de que os factos relevantes para o caso devem, em primeiro lugar, ser fornecidos pelo requerente de asilo, sendo que, incumbe à autoridade nacional competente a apreciação e credibilidade desses factos para a resolução do caso.

Porém, a realidade e a prática demonstram que, na maior parte dos casos, o requerente de asilo não está munido de quaisquer documentos que suportem as suas declarações, não conseguindo fornecer nenhuns elementos de prova suficientes para preencher os requisitos da lei. Nestes casos, impõe-se um dever à autoridade competente de examinar a situação e procurar

---

161 Um acórdão que se aconselha a leitura face à orientação e interpretação do ónus da prova, é o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça datado de 04.06.2002, pois faz uma referência deveras específica dos factos que se podem ou não ser tidos em consideração para comprovação da situação do requerente.

162 Manual de Procedimentos e Critérios a aplicar para determinar o Estatuto de Refugiado de acordo com Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao Estatuto de Refugiado, Genebra, 1992.

comprovar as declarações do requerente, repartindo entre a autoridade competente e o requerente este ónus da prova.

Assim, como faz referência o Manual supra mencionado, “poderá caber ao examinador a utilização de todos os meios ao seu dispor para a produção dos necessários elementos de prova no apoio ao pedido”.

Contudo, pode acontecer que, apesar dos esforços da autoridade competente, não ser possível adquirir elementos de prova necessários para sustentar, sem sombra de dúvida, a concessão deste estatuto. Nestes casos, menciona o mesmo Manual que, esta proteção deve ser concedida se as declarações do requerente parecerem creíveis, merecendo este o benefício da dúvida.

Deste modo, a exigência de elementos de prova não deve ser muito restrita, nem o princípio do ónus da prova ser extremo, face às dificuldades inerentes a esta situação. No entanto, tal como aconteceu no caso em apreço, mesmo tendo em conta este ‘relaxamento’ do ónus da prova, não se pode considerar que declarações não fundamentadas sejam, de imediato verdadeiras, se as mesmas forem inconsistentes com a exposição geral dos factos apresentada pelo requerente.

Ora, no segundo caso analisado, parece ser razoável atribuir um certo benefício de dúvida aos depoimentos da requerente, visto que não foi possível carrear mais provas para o processo e, face à preponderância dos interesses a proteger, é de ponderar a aplicação de Non-Refoulement e a concessão de proteção subsidiária.

Por fim, um ponto para trazer à colação a questão da possibilidade de autorização de residência por razões humanitárias, sendo que, desde logo, o Tribunal considerou que os seus pressupostos não se encontram preenchidos, pois que a requerente não invocou a existência de conflitos armados, não resultou dos factos dados como provados que existisse uma sistemática violação dos direitos humanos. Ademais, o Tribunal avaliou que a violência esporádica que possa existir entre as comunidades religiosas nunca é dirigida a um indivíduo particular, não existindo qualquer atitude hostil das comunidades indianas face a conversões de hindus ao islamismo.

Ora, a avaliação desta situação da sociedade indiana é, sempre, suscetível de contestação, pois que a perceção dos atos que podem ser cometidos internamente, ao nível populacional, nem

sempre são possíveis de ser transferidos para o conhecimento da comunidade nacional e, neste caso, toda a questão é decidida com base no plano probatório dos factos.

Como tal, deve ser percecionado pelos Juizes aquando de uma situação como a dos casos, a preeminência dos interesses em causa a proteger, bem como a situação política e social, quer do país de origem, quer do próprio requerente, de modo que, todas as circunstâncias sejam devidamente aferidas, para uma melhor aplicação do direito e para uma efetiva salvaguarda dos institutos aqui em apreço.

Deste modo, ficou demonstrado como estas situações devem ser apreciadas, casuisticamente, pois cada pedido de asilo em si mesmo encerra pormenores ao nível pessoal do requerente que determinam, por sua vez, a concessão ou não do estatuto de refugiado, proteção subsidiária ou de proteção constitucional.

Ora, face ao anterior exposto, pode-se afirmar que no que diz respeito à jurisprudência fundada com os acórdãos mencionados, bem como o que se encontra na rara jurisprudência de asilo dos tribunais administrativos, é que se denota uma falta de profundidade jurídica na apreensão dos conceitos internacionais em causa e uma falta de conhecimento de aplicação e conjugação desses mesmos conceitos o que, desde logo, em muita fragiliza as decisões deste Tribunal e aumenta as hipóteses de recurso e, acima de tudo, de queixa para o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

Face aos prévios considerandos, pôde-se observar que existe uma previsão constitucional de atribuição de asilo com base em factos diferentes daqueles expostos na Lei do Asilo e na Convenção de Genebra, tendo o Tribunal mencionado corretamente o disposto no art. 33.º, n.º 8 da CRP e, na maior parte dos casos, não se encontrar preenchido, por não terem sido dados como provados os seus requisitos.

Na realidade, a previsão estabelecida no art. 33.º, n.º 8 da CRP apresenta um sistema de asilo muito próprio enquanto direito constitucionalmente consagrado, dispondo que: “É garantido o direito de asilo aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consequência da sua atividade em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana”, ou seja, como explica a Professora Doutora Andreia Sofia Oliveira, “certos limites podem deduzir-se da própria

formulação da norma que, ao definir positivamente as situações que são objeto de proteção, está a excluir outras situações que não são compatíveis com o âmbito de proteção da norma”<sup>163</sup>.

Deste modo, por interpretação *a contrario* da norma em causa, com a particularização dos valores de democracia, libertação social e nacional, paz entre os povos, a liberdade e os direitos da pessoa humana<sup>164</sup>, o legislador constitucional expos expressamente quais os requisitos que o requerente de asilo deve preencher para ser protegido pelo n.º 8, do art. 33.º, daí se defender que esta norma prevê a contrario cláusulas de exclusão de nível constitucional.

Como tal, todas as situações apresentadas que não podem ser correlacionadas com a defesa de um destes valores, deverá ser excluída<sup>165</sup> desta proteção e deste tão particular direito de asilo como consagrado na nossa CRP que, como vimos, foi o que aconteceu nos casos em concreto, pois que os Tribunais visualizam, desde logo, o enquadramento da concessão de asilo ao nível constitucional.

Não queria terminar este subcapítulo dedicado à jurisprudência nacional sem antes fazer uma pequena ressalva para trazer o que se entende ao nível interno português, da aplicação automática de raciocínios, em especial quanto à na expulsão de estrangeiros, ao nível da jurisprudência constitucional.

De facto, entende o Tribunal Constitucional português que da “decorrência do princípio do Estado de direito democrático, ou do princípio político-criminal de luta contra o efeito estigmatizante, dessocializador e criminógeno das penas, é indiscutível que a nossa Constituição político-criminal através do art. 30.º, n.º 4, não aceita que a condenação de alguém, em pena superior a 3 anos de prisão, que implique sem mais (automaticamente, necessariamente) a sua expulsão”<sup>166</sup>.

Assim, o Tribunal Constitucional, com esta interpretação, proíbe o Estado português de expulsar alguém, mesmo que tenha cometido um crime – como no caso – se essa expulsão implicar algum

---

163 Andreia Sofia Pinto Oliveira in *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa – âmbito de proteção de um direito fundamental*, Coimbra Editora, 2009.

164 Para uma explicação pormenorizada destes conceitos e do direito de asilo na CRP em geral ver J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira in *Constituição da República Anotada*, Volume I, 4.ª Edição Revista, Coimbra Editora, 2007.

165 Denote-se que o Estado português também deve ter em consideração as cláusulas de exclusão anteriormente expostas, para além do âmbito do seu art. 33.º, desde logo devido aos artigos 8.º e 16.º que permitem a introdução de Tratados internacionais ratificados em Portugal.

166 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 41 de 1995. Ver ainda acórdãos deste Tribunal n.ºs 359/93, 288/94 e 577/94.

receio de violação da sua vida ou integridade física – o que nos remonta para o Princípio do Non-Refoulement.

## Capítulo V) Notas Conclusórias

Após a exposição quanto à evolução histórica e principais fontes dos dois institutos aqui em causa, foi efetuado um comentário à mais relevante jurisprudência dos dois tribunais europeus – o TEDH e o TJUE – e do tribunal interno – o TCASul.

Na realidade, como foi já evidenciado, é através das análises e comentários destas decisões jurisprudenciais que se denota a dificuldade de encontro de um equilíbrio justo e ponderado entre o Princípio do Non-Refoulement e das Cláusulas de Exclusão pois que, por vezes, existe antes de mais, um problema político.

Ora, foi denotado em relação à aplicação do art. 3.º da CEDH que, apesar de o Tribunal, a Convenção ou o próprio Conselho da Europa não se terem debruçado, em especial, face ao Princípio do Non-Refoulement, nos mesmos termos que a Convenção de Genebra de 1951 e o ACNUR o fazem, pelo que o Acórdão *Soering* tornou-se de particular relevância neste sentido, pois que, o TEDH com esta decisão, não só recortou do art. 3.º da CEDH este Princípio como ainda, efetivamente, veio imprimir um cunho imperativo a este art. 3.º da Convenção Europeia, não admitindo quaisquer derrogações ou exceções ao mesmo, fazendo com que no seio do Conselho da Europa, o Princípio do Non-Refoulement *ex vi* art. 3.º da CEDH, seja apontado como uma efetiva e eficaz garantia, num sentido ainda mais amplo que o da Convenção de Genebra.

Contudo, apesar deste recorte jurisprudencial com carácter absoluto, reiterou-se que esta interpretação do Tribunal Europeu, de tal modo expansiva do Princípio do Non-Refoulement, não deve ser relevada sem mais, mas muito casuisticamente, pois que, em determinados crimes, tais como crimes de guerra, genocídio e outros semelhantes, deve-se ter em conta interesses que são superiores ao interesse do requerente, ou seja, por um lado, está em causa a proteção da dignidade própria do estatuto de refugiado, do asilo, devendo ser salvaguardado o âmbito deste instituto, tal como se pretende com as Cláusulas de Exclusão; por outro lado, se assim se considerasse, sem mais, estar-se-ia a materializar uma cláusula despenalizadora ao nível da ordem jurídica internacional.

Ademais, verificou-se que devem ser ainda considerados os interesses e bens jurídicos violados com o cometimento deste tipo de crimes, sendo deveras relevante a vitimologia



correlacionada, contrapondo-se dois planos essenciais: os interesses de proteção vs. os interesses da expulsão.

Ao nível da União Europeia foi analisada a Diretiva 2004/83/CE, bem como a jurisprudência do TJUE, através do caso B. e D. de 2010, tendo sido evidenciada a relação feita entre os dois institutos em causa aquando de um reenvio prejudicial de um Estado-Membro para o TJUE.

Em boa verdade, entendi pela leitura do proémio do caso B. e D. e pela importação constante da Convenção de Genebra de 1951 pelo TJUE que, poderá que existir uma segunda intenção subjacente à constante exortação da Convenção de Genebra de 1951, não só pelo Conselho Europeu aquando da aprovação da Diretiva 2004/83/CE, mas igualmente pelo Tribunal de Justiça.

Na realidade, a Convenção de Genebra pode aqui ser utilizada, sub-repticiamente, como um escudo de proteção da própria União Europeia, pois que, se denotarmos com especial cuidado, a Diretiva adotou, integralmente, algumas das normas mais controversas e difíceis de aplicar da Convenção de Genebra de 1951, nomeadamente, as Cláusulas de Exclusão - o que, em boa verdade, sempre o teria que fazer face à imperatividade da Convenção de Genebra de 1951 neste tema. Desse modo, qualquer imbróglia resultante da sua aplicação, a responsabilidade pelas suas consequências e a base de interpretação será sempre o instrumento internacional utilizado e não a legislação comunitária, em si mesma.

Neste sentido, e em particular quanto às cláusulas de exclusão, enquanto exceções à regra humanitária do direito dos refugiados, tanto a Diretiva como o TJUE fazem referência aos Trabalhos Preparatórios da Convenção de Genebra de 1951 e às recomendações do ACNUR neste ponto, desde logo, denotando o particular ponto de que estas devem ser aplicadas restritivamente e com os devidos cuidados, nomeadamente, quanto à matéria do combate ao terrorismo. Assim, neste ponto tão sensível, nada mais razoável do que buscar fundamento de aplicação na Convenção de Genebra de 1951, quando a luta ao terrorismo e as medidas europeias daí inerentes – que foram a causa da trazida ao TJUE deste dois processos – são de índole europeísta.

Como é óbvio, este raciocínio é meramente especulativo e, em boa verdade, defendo que, em todo o caso, existe uma hierarquia inerente e consuetudinária destas normas internacionais que

deve, sempre, ser respeitada, nomeadamente, a Diretiva europeia face à Convenção/Tratado internacional.

Em especial quanto ao caso jurisprudencial analisado, deve ser ressaltado o entendimento do TJUE em relação à conjugação das cláusulas de exclusão com o Princípio do Non-Refoulement. De facto, como refere o próprio Tribunal na sua decisão, a exclusão de uma pessoa por força do art. 12.º, n.º 2 da Diretiva não implica uma tomada de posição relativamente à questão distinta de saber se essa pessoa pode ser expulsa para o seu país de origem; o que é o mesmo que dizer que, esta exclusão do estatuto pode estar subordinada a uma análise deste Princípio e da sua possível violação.

Desse modo, deve ser feita uma rigorosa e consistente aplicação destas cláusulas, pelo facto de poder ser trazida à colação a proteção concedida pelo Princípio do Non-Refoulement, termos em que, se o estatuto de refugiado for a única possibilidade de evitar a expulsão para um país em que comporte a violação deste princípio, então a exclusão não deve ser admissível, salvo casos em que os crimes são de especial gravidade.

Ora, um dos grandes objetivos do Tribunal de Justiça é que, ao mesmo tempo que decide, está dando *guidelines* aos Estados-Membros em como aplicar a legislação comunitária ao caso concreto e apontando os pontos fulcrais a ter em especial atenção, o que é, sem dúvida, um meio deveras instrutivo para prevenir novos casos como estes ocorrerem. Como tal, não se podendo afirmar que as decisões do Tribunal de Justiça têm natureza de verdadeiro direito a seguir pelos Estados-Membros, a sua principal ambição é a de que os Estados tenham atenção a estas considerações e as apliquem nas suas questões internas.

Um ponto, ainda, para mencionar que o Tribunal de Justiça, por vezes, tem dificuldades em encontrar o verdadeiro espírito humanitário nas diretivas que analisa, isto porque, existe um escopo, efetivamente, económico em grande parte da legislação da União, o que, em casos concretos, dificulta a que o Tribunal transcorra essa fronteira e encontre a vertente mais humanitária para o caso concreto.

Na realidade, assim também entendeu o Advogado-Geral Paolo Mengozzi nas suas Conclusões ao caso em apreço, na medida em que, por vezes, o contexto em que uma decisão, ao

nível legislativo, é aprovada pelo Parlamento e Conselho Europeus, não reflete o espírito humanitário do direito internacional.

Daí que, muitas são as decisões do TJUE que evocam a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e outros instrumentos, regionais e internacionais, para ultrapassar os objetivos económicos, e até políticos, da legislação da União Europeia.

Ora, é neste sentido que se observa um grande distanciamento entre a jurisprudência do TEDH e do TJUE, em especial neste ponto das cláusulas de exclusão e do seu âmbito de aplicação e consequência face ao Princípio do Non-Refoulement, desde logo quanto à recusa do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em diminuir o âmbito de aplicação do artigo 3.º face a casos de possível aplicação de cláusulas de exclusão.

De facto, embora a jurisprudência do Tribunal da União e da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem evidenciem um grande potencial para a convergência na interpretação dos elementos da definição de refugiado, esse não é o caso das cláusulas de exclusão, pois que a jurisprudência divergente do Tribunal Europeu e do Tribunal de Justiça sobre as cláusulas de exclusão é inevitável, porque essa divergência está profundamente enraizada nos instrumentos fundadores - na CEDH e na Diretiva.

Assim, no que diz respeito aos Estados signatários, o seu escopo de proteção, o estatuto dos beneficiários que visam, bem como a natureza do Princípio de Non-Refoulement em cada uma destas realidades é simplesmente diferente.

Nesse sentido, vários autores acreditam que, apesar das cláusulas de exclusão servirem como um exemplo de um elemento da definição de refugiado que precisa de ser mais analisado e construído, uma aplicação coordenada do TEDH e do Tribunal de Justiça beira o impossível, pois que a sua jurisprudência é deveras distanciada e os escopos de proteção do Princípio do Non-Refoulement, tal como foi recortado jurisprudencialmente por cada um destes Tribunais, implica essa mesma impossibilidade.

Deste modo, é inegável a atitude protecionista do Tribunal Europeu e a atitude económica do Tribunal de Justiça, desvendando, *ab initio*, o próprio escopo da formação de cada uma destas Organizações.

Assim, resta, somente, esperar pela entrada da União Europeia no Conselho da Europa e verificar como vai ser efetuado o encadeamento entre dois Tribunais e a CEDH e a CDFUE, pelo que, é com particular curiosidade que se espera mais desenvolvimentos ao nível dos Direitos Humanos no seio da Europa.

Em todo o caso, pode-se concluir que a UE tem caminhado para uma harmonização dos procedimentos para a concessão de estatuto de refugiado e sua retirada no seio dos seus Estados-Membros, procurando conciliar, por um lado, os objetivos de Mercado Interno e Política Económica e, por outro lado, a razão de ser do art. 19.º da Carta dos Direitos Fundamentais e a proteção dos Direitos Humanos no seio comunitário.

Seguidamente, denotou-se a importância dos institutos em causa na ordem jurídica portuguesa, sendo de particular importância a consideração do facto de que a decisão de expulsão de um requerente de asilo deve ser, sempre, decidida e determinada por uma autoridade judicial. É isto o que nos diz, quer a Lei dos Estrangeiros, a Lei do Asilo e, ainda, a própria CRP, no seu artigo 33.º, n.º 7, devendo ser aplicado, extensivamente aos casos de expulsão:

*Art. 33.º - Expulsão, extradição e direito de asilo:*

*N.º 7 – A extradição só pode ser determinada por autoridade judicial.*

Ademais, foi ainda exposto o especial direito de asilo constitucional estabelecido no art. 33.º, n.º 8 da CRP, o qual apresenta um sistema de asilo muito próprio enquanto direito constitucionalmente consagrado, dispondo que: “É garantido o direito de asilo aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consequência da sua atividade em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana”, ou seja, como explica a Professora Doutora Andreia Sofia Oliveira, *certos limites podem deduzir-se da própria formulação da norma que, ao definir positivamente as situações que são objeto de proteção, está a excluir outras situações que não são compatíveis com o âmbito de proteção da norma*<sup>167</sup>.

---

167 In Andreia Sofia Pinto Oliveira in *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa – âmbito de proteção de um direito fundamental*, Coimbra Editora, 2009.

Ora, este enquadramento recorda-nos o caso B. e D. do TJUE, em particular a questão quanto ao estabelecimento interno de normas mais favoráveis que aquelas da Diretiva 2004/83/CE, pois que podemos verificar que a CRP concede um estatuto de refugiado diferente daquele exposto na Lei do Asilo e, conseqüentemente, da Diretiva 2004/83/CE e da Convenção de Genebra de 1951, ou seja, caso os Tribunais administrativos portugueses pretendessem conceder asilo constitucional, apesar das cláusulas de exclusão da UE e da Convenção de Genebra de 1951.

Neste sentido, também ao nível interno português a questão levantada pelo tribunal alemão se poderia colocar, pois que a CRP apresenta uma norma de proteção de requerentes de asilo diferente e mais favorável que aquela da Diretiva, bem como aquela da Convenção de Genebra de 1951.

Deste modo, se entendida esta norma constitucional, como o fazem os Juizes do Tribunal de Justiça, como uma norma discricionária e a título de compaixão e baseada em razões humanitárias, também os tribunais portugueses poderiam conceder asilo a um refugiado a que, igualmente, se aplicasse uma cláusula de exclusão da diretiva em causa.

Como é óbvio, a mera satisfação dos requisitos do art. 33.º, n.º 8 da CRP não é fundamentação para uma concessão automática de asilo ao requerente, principalmente devido às concessões de crimes políticos, crimes de guerra, contra a humanidade e contra os princípios e objetivos das Nações Unidas, pelo que nestes casos, como iremos ver na Parte II da presente dissertação, a proteção de asilo e estatuto de refugiado nunca deve admitida, já que os seus perpetradores são indignos dessa mesma proteção.

Por seu lado, quanto aos crimes graves de direito comum, a sua perceção e conjugação com o Princípio do Non-Refoulement e a concessão do estatuto de refugiado depende, sempre, da verificação de todas as circunstâncias do caso e a situação pessoal do requerente que, em último grau, deverá ser decidida com recurso a um princípio de proporcionalidade.

Todavia, a questão agora em causa é extra esta problemática, indo mais longe, e perguntando até que ponto o asilo constitucionalmente consagrado deverá ser interpretado e aplicado de acordo e nos termos da Diretiva 2004/83/CE e da Convenção de Genebra de 1951, podendo ser até aplicado para além dos limites impostos por estas.

Em boa verdade, como menciona Maria Luísa Duarte, existe um *triângulo judicial europeu*<sup>168</sup> entre o TJUE, o TEDH e os tribunais nacionais – tendo que ser ainda trazida a garantia dos direitos fundamentais ao nível internacional, com a Convenção de Genebra de 1951. Estes têm a seu cargo a garantia dos direitos fundamentais, pelo a questão coloca-se neste quadro de constitucionalismo<sup>169</sup> a três níveis, no âmbito de aplicação de cada, na sua cooperação e complementaridade, em especial, quanto ao *standard* de proteção conferido por cada um<sup>170</sup>.

Deste modo, tal como já defendido no capítulo anterior em relação à jurisprudência do TJUE e entendimento do TFA, a concessão de um direito de asilo constitucional, mesmo que com diferente âmbito de aplicação das Diretivas da UE e da Convenção de Genebra de 1951, deve ser admitida sempre que esta oferecer um grande de proteção mais elevado do indivíduo.

Na realidade, se assim não fosse, estaria a esgotar-se em pleno o âmbito de fundamentalidade próprio da norma constitucional podendo levar, em *ultima ratio*, à eliminação do próprio artigo. Deste modo, se a norma constitucional em causa deve ser interpretada sempre de acordo com a Convenção de Genebra de 1951 e – ulteriormente – com a Diretiva 2004/83/CE pergunta-se o porquê desta estatuição e da sua manutenção após a transposição da Diretiva em causa, senão para manter a tradição constitucional portuguesa de asilo?

Uma visão europeísta e com base no art. 8.º da CRP defenderá que existe o primado do direito da União Europeia e dos Tratados Internacionais a que o Estado português voluntariamente se vinculou; porém, defendo que se ao nível nacional existir uma proteção mais elevada do indivíduo do que aquela destas instituições, deve ser admitida esta proteção; na realidade, é objetivo dos direitos fundamentais e direitos humanos a proteção da dignidade da pessoa humana pelo que, se essa for conseguida ao nível nacional, deve ser essa a proteção a conceder.

Como tal, na minha opinião, deve sempre ser salvaguardada a posição mais favorável para o indivíduo, independentemente do nível constitucional de cada um destes organismos, mesmo que por mais difícil que seja a sua aplicação prática e que muito ainda que tenha que ser desenvolvido.

---

168 In *União Europeia e Direitos Fundamentais – no espaço da internormatividade*, AAFDL, Lisboa, 2006 *apud* Mariana Canotilho in *O Princípio do Nível Mais Elevado de Proteção e Garantia dos Direitos Fundamentais na União Europeia*, 50 Anos do Tratado de Roma, Quid Juris, 2007, pág.327.

169 Baseado cada um nas suas Cartas fundamentais: CEDH, CDFUE e respetivas Constituições.

170 De facto, o objetivo da UE é por um lado, afirmar a importância da CEDH, enquanto *standard* mínimo de proteção e, por outro lado, consagrar-se como o grau mais elevado de proteção deste triângulo.

Como tal, primariamente, se refletiria a importância e a consagração efetiva dos escopo dos direitos fundamentais e, por outro lado, assegurar-se-ia a dignidade da pessoa humana – qual valor universalmente aceite e apreendido em toda a sua plenitude.

Ora, esta foi já a posição tomada no comentário ao acórdão B. e D. do TJUE, defendendo-se a aplicação do direito constitucional dos Estados-Membros quando este é mais favorável que o direito da União, ou seja, num caso concreto a aplicação do art. 33.º, n.º 8 da CRP em detrimento da Diretiva 2004/83/CE.

Ainda em relação à ordem jurídica portuguesa, no que diz respeito ao comentário aos acórdãos do TCASul, verificou-se que a jurisprudência existente na matéria de equilíbrio não somente é escassa, como aquela existente é mal aplicada.

Na realidade, verificou-se um desconhecimento pelos Tribunais na aplicação correta dos critérios positivos e negativos do estatuto do refugiado, bem como a sua interligação, e a destes com o Princípio do Non-Refoulement; acrescendo por uma falta de profundidade jurídica da compreensão dos interesses circunstâncias que envolvem um pedido de asilo e a decisão de expulsão.

Ora, pela observância dos anteriores considerandos, mas principalmente do conteúdo da análise e comentário à jurisprudência geral exposta, verifica-se que a atitude a ser adotada pelos tribunais, e aquela que é mais correta, é a de trazer à colação o princípio da proporcionalidade.

Assim, nos casos mais fraturantes em que a aplicação destes dois institutos se encontra, deve ser seguido um raciocínio de proporcionalidade, de acordo com os interesses do indivíduo e do Estado, isto é, quando a questão se coloca entre proteger ou excluir, somente uma verificação casuística, extra norma e de todos os interesses conjugados de acordo com um princípio de proporcionalidade, poderão os tribunais decidir de acordo com os direitos fundamentais e o escopo de proteção do sistema de asilo.

## **PARTE II – O Sentido e Alcance do Princípio do Non-Refoulement e das Cláusulas de Exclusão: Aplicação Normativa e sua Compatibilização**

Neste capítulo, pretende-se demonstrar o modo de aplicação destes institutos pelo que, em primeiro lugar é necessário compreender o contexto contemporâneo do artigo 1.º - F e 33.º da Convenção de Genebra de 1951, devendo se ter em conta a evolução internacional dos direitos humanos desde 1951.

De facto, nos últimos 50 anos tem sido verificado um elevado reconhecimento de vários direitos, como normas perentórias e com efeitos *erga omnes*, em específico a liberdade contra a tortura; assim, na medida em que o Princípio do Non-Refoulement é baseado na proteção do indivíduo contra a tortura, de forma mais ampla, este reflete, sem dúvida, uma obrigação *erga omnes* para os Estados.

Ademais, na última década, tem havido um crescente interesse em processar criminosos internacionais fora dos conflitos, o que tem demonstrado cada vez mais uma maior tendência para aplicação de Cláusulas de Exclusão e, desse modo, manter fora do âmbito de proteção aqueles que tiverem cometido crimes graves de direito comum; como tal, o possível nível de equilíbrio entre os artigos 1.º - F e 33.º da Convenção de Genebra tem sido posto em causa, nos últimos anos, em tribunais de Estados diferentes.

Ora, são as preocupações de segurança que cada vez mais estão em voga na agenda de muitos Estados, já que estes parecem incapazes de gerir eficazmente os seus pedidos de asilo e determinar, com eficácia, os seus sistemas de concessão deste estatuto, termos em que o artigo 33.º da Convenção de Genebra de 1951 reclama um exame atento e analítico dos seus fundamentos à luz das atuais concepções e dos prementes problemas internacionais do direito internacional humanitário.

Desse modo, a questão que hoje está em primeira linha na agenda internacional do direitos humanitário, campo dos refugiados, encontra-se no facto de que da *garantia de non-refoulement* está sendo retirado o entendimento de que mesmo com este reconhecimento, há argumentos ainda mais fortes em relação ao artigo 1.º - F, onde o candidato é excluído da entrada para a proteção deste regime, pelo que se impõe um novo entendimento deste equilíbrio entre Cláusulas de Exclusão e Princípio do Non-Refoulement.



Expressando a mesma opinião que Hathaway, o maior desafio, no que concerne aos refugiados, centra-se em convencer as autoridades estatais que estes têm direito a ver-lhes reconhecido um determinado estatuto, o estatuto de refugiado<sup>171</sup>. Na realidade, a última década assistiu a respostas cada vez mais restritivas para os requerentes de asilo que pretendem obter o estatuto de refugiado, sendo parte dessa tendência, o interesse crescente no artigo 1.º - F da Convenção de Genebra, já que este artigo tem cada vez mais um valor intrínseco à determinação do estatuto, aumentando o perigo de que todos os candidatos são percebidos como potencialmente excludentes de qualquer proteção.

Assim, devido a esta interpretação limitativa do Princípio do Non-Refoulement e por vezes extensiva das Cláusulas de Exclusão, tem gradualmente aumentado a necessidade de rever a sua aplicação presente à luz da evolução do direito penal internacional, da lei de extradição internacional e dos direitos humanos. Factualmente, os eventos dos últimos anos resultaram num aumento do uso de Cláusulas de Exclusão pelos governos, pelo que, na mesma proporção, também têm aumentado os pedidos de esclarecimentos ou revisão da Posição do ACNUR sobre as possibilidades de exclusão.

---

171 James C. Hathaway in *Rights of Refugees Under International Law*, Cambridge University Press, 2005, pag. 1.

## Capítulo I) O Princípio do Non-Refoulement

Entrando em específico no âmbito de aplicação do Princípio do Non-Refoulement, tal como ele é explanado na Convenção de Genebra de 1951, em termos gerais, este é considerado como um princípio de direito internacional consuetudinário, que se aplica aos refugiados, independentemente da sua declaração formal e aos requerentes de asilo, englobando qualquer medida imputável ao Estado que poderia ter o efeito de reenviar um requerente de asilo ou refugiado para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou liberdade sejam ameaçada, ou onde ele está em perseguição ou em risco.

Como tal, o Princípio do Non-Refoulement é frequentemente referido como o elemento chave para a proteção de refugiados, constituindo uma garantia contra reenvios forçados para situações de perseguição ou outros perigos, pelo que se demonstra como um corolário dos princípios dos direitos humanos fundamentais<sup>172</sup>, que incluem o direito de procurar e beneficiar de asilo contra perseguição em outros países, conforme previsto, no art. 14.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Este princípio reflete, assim, a preocupação e o compromisso da comunidade internacional em assegurar, àqueles que necessitam proteção, o gozo dos direitos humanos fundamentais, incluindo o direito à vida, à não sujeição a tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, e à liberdade e segurança pessoal, como disposto na sua definição estabelecida pelo artigo 33.º, n.º 1 da Convenção de Genebra de 1951.

### Subcapítulo 1) Âmbito Pessoal do Princípio do Non-Refoulement

Mas quem está, efetivamente, protegido por este artigo? De facto, o art. 33.º, n.º 1 da Convenção de Genebra de 1951, indica que a proteção deve ser concedida a um refugiado, desde logo, aquele indivíduo que preenche os requisitos do art. 1.º-A, n.º 2 da Convenção de Genebra de

---

172 Existem autores que defendem que este Princípio é um verdadeiro *ius cogens*, uma vez que tratados posteriores não podem retirar-lhe a sua vigência e eficácia, além de que protege dois direitos humanos também em si mesmos considerados como *ius cogens*, isto é, o direito à vida e à liberdade. Neste sentido ver Cristina J. Gortazar Rotaeché in *Derecho de asilo y No rechazo del refugiado*, 1997 apud Márcia Constantino Gonçalves, in *O Princípio do Non-refoulement*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-internacionais, FDUL, 2008 e, Jean Allain in *The jus cogens Natures of non-refoulement*, I.J.R.L., Vol. 13, n.º 4, 2002;

1951. Contudo, cada vez mais, a comunidade internacional percebeu que esta interpretação literal do artigo em questão deixava margem para inúmeras situações de não proteção.

Deste modo, como bem desenvolvem Sir Elihu Lauterpacht e Daniel Bethlehem, a proteção do Princípio do Non-Refoulement não está limitada a todos os que são formalmente reconhecidos como refugiados<sup>173</sup>. Estes autores defendem que o art. 1.º-A, n.º 2 daquela Convenção não define refugiado como a pessoa formalmente reconhecida com esse estatuto, mas sim àqueles que, independentemente dessa formalização, têm um real receio de perseguição<sup>174</sup>, ou seja, a atribuição do estatuto de refugiado processa-se por mero reconhecimento, funcionando como um ato declarativo e não constitutivo<sup>175</sup>.

Nesse mesmo sentido, Guy S. Goodwin-Gill aponta que este Princípio se aplica a requerentes de asilo<sup>176</sup>, pelo menos num período inicial e nas circunstâncias apropriadas, pois que, de outra forma não existiria uma proteção efetiva deste grupo de indivíduos<sup>177</sup>. Deste modo, pode-se afirmar que quanto aos requerentes de asilo, existe um reflexo da proteção conferida pelo Princípio do Non-Refoulement aos refugiados formalmente reconhecidos, para estes requerentes.

Ora este é o caso de todos aqueles que se encontram ilegalmente num Estado e a quem se deve aplicar esta proteção, desde logo, com base na norma do art. 31.º da referida Convenção de Genebra de 1951<sup>178</sup>.

Assim, o Princípio do Non-Refoulement deve ser aplicado a todos os refugiados independentemente do reconhecimento formal deste estatuto, como àqueles que se encontram ilegalmente no território de Estado ou que estão em vias de ser extraditados, pois que é necessária uma construção expansiva e teleológica do conteúdo do art. 33.º, n.º 1 da Convenção de Genebra de 1951.

---

173 In *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement*, Opinion for UNHCR, Junho, 2001.

174 Esta é a posição também seguida pelo ACNUR e expressa no seu Manual.

175 Igualmente considera James C. Hathaway, in *The rights of refugees under international law*, Cambridge University Press, 2005, pág. 302 e ss.

176 Hathaway relembra, ainda, que este princípio só se aplica a pessoas fora do seu país de origem, ou seja, no mesmo sentido que o exposto no supra referenciado art. 1.º-A, n.º 2. In *The rights of refugees under international law*, Cambridge University Press, 2005, pág. 308.

177 In *The Refugee in International Law*, 2.ª Edição, Clarendon Press Oxford, 1996 pag. 137.

178 Art. 31.º, n.º 1 da Convenção de Genebra de 1951: Os Estados contratantes não aplicarão sanções penais, devido a entrada ou estada irregulares, aos refugiados que, chegando diretamente do território onde a sua vida ou liberdade estavam ameaçadas no sentido previsto pelo artigo 1.º, entrem ou se encontrem nos seus territórios sem autorização, desde que se apresentem sem demora às autoridades e lhes exponham razões consideradas válidas para a sua entrada ou presença irregulares.

Ora, como tal, daqui decorre que a aceção deste Princípio pelos Estados requer uma aplicação casuística, de acordo com as circunstâncias de cada caso individual, de modo a que não haja uma denegação desta proteção com base na falta de revisão das questões que envolvem o caso concreto.

A proibição de afastamento com base no perigo de perseguição sob a ótica do direito internacional dos refugiados é aplicável a qualquer forma de remoção forçada, incluindo a deportação, expulsão, a extradição, transferência e não admissão na fronteira. De facto, esta questão de que tipo de condutas são proibidas pelos Estados no cumprimento deste princípio é deveras sensível.

Na realidade, essa é a opinião geral do ACNUR<sup>179</sup> e da comunidade internacional; porém, vozes indicam que existem zonas em que a aplicação deste princípio não é de todo tão clara, nomeadamente, em zonas internacionais e no mar<sup>180</sup>.

Segundo, Sir Elihu Lauterpacht e Daniel Bethlehem, a expressão “in any manner whatsoever<sup>181</sup>”, indica, expressamente, a intenção dos autores deste artigo 33.º da Convenção de Genebra de 1951, de proibir de todo qualquer ato de remoção ou rejeição que coloque o requerente de refúgio em risco<sup>182</sup>, ou seja devem considerar-se incluídos os atos de expulsão, deportação, retorno, rejeição, ou outros que impliquem a retirada do indivíduo daquele território para outro<sup>183</sup>.

---

179 Na sua Conclusão n.º 6 (XVIII) de 1977 afirmou a importância de ser observado o Princípio do Non-Refoulement tanto nas fronteiras, como no território, como nas suas águas.

180 Neste sentido seguir, Guy S. Goodwin-Gill in *The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement*, I.J.R.L., Vol. 23, n.º 3, 2011e ainda Guy S. Goodwin-Gill in *The Refugee in International Law*, 2.ª Edição, Clarendon Press Oxford, 1996, pag. 157 e ss. No que diz respeito à problemática da aplicação deste Princípio em alto-mar aconselha-se a leitura do caso Hirsi Jamaa e Outros contra Itália (decisão do TEDH de 23.02.2012) e cujo conteúdo será devidamente retratado seguidamente, face à questão do *refoulement* indireto.

181 Tradução: ‘Seja de que maneira for’.

182 In *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement*, Opinion for UNHCR, Junho, 2001.

183 Uma questão discutida durante muito tempo na doutrina centra-se no facto de saber de a proteção de *non-refoulement* se aplica aos casos de extradição e não-admissão na fronteira. Contudo, tal como explicam os autores supra mencionados, a expressão ‘in any manner whatsoever’ e a sua correspondente tradução, apontam para uma aplicação e construção expansiva e sem restrições deste artigo, pelo que, atualmente, é de aplicar sem mais a proteção própria deste instituto aos casos de extradição. Por seu lado, quanto à não-admissão na fronteira, embora não existe um direito de asilo, os Estados não podem, simplesmente, rejeitar o indivíduo na fronteira, quando existe um fundado receio de perseguição, pelo que, os Estados devem adotar mecanismos que não violem este Princípio. Tal ‘ , já, exposto em várias conclusões do ExCom, bem como suportado por Resoluções da Assembleia-Geral. Neste sentido seguir, James C. Hathaway in *The rights of refugees under international law*, Cambridge University Press, 2005, Pág. 315 e ss.

Por seu lado, Hathaway expõe diversas formas de como o Princípio do Non-Refoulement pode ser chamado à colação, nomeadamente, em casos de recusa direta a um procedimento de verificação do seu estatuto de refugiado; devido a um frágil sistema interno em relação a política de asilo; face a iniciativas “forçadas” de retorno voluntário, como quando não existem outras alternativas para os refugiados do que aceitar esta medida, face ao ambiente hostil que vai sendo criado; com base em critérios restritivos e formais quanto a fronteiras e jurisdição; através de políticas de implementação de vistos; existem países que adotaram o sistema de criar listas de populações manifestamente não em risco e, como tal, desde logo, não têm um fundamento sério para requerer asilo; outros, asseguram-se nas chamadas zonas internacionais, em que não será necessário qualquer apreciação de pedidos de asilo; <sup>184</sup> entre outros exemplos que a prática estadual, criativamente, vai construindo.

Deste modo, o Princípio de Non-Refoulement, conforme previsto no artigo 33.º, n.º1 da Convenção de Genebra de 1951 parece implicar um direito do indivíduo a ser-lhe concedido asilo num Estado; contudo, tal não é verídico, desde logo porque não está aplicado pela comunidade internacional enquanto efetivo direito. Na realidade, o que o artigo em causa verdadeiramente significa é que, quando os Estados não estão dispostos a conceder asilo a pessoas que procuram proteção internacional no seu território, estes devem adotar um curso de ação de tal modo viável, do qual não resulte a sua remoção, direta ou indiretamente, para um lugar onde sua vida ou liberdade possam estar em perigo devido à sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opinião política.

Na sua visão, Hathaway explica que o dever de *non-refoulement* somente proíbe medidas que expõem os refugiados ou requerentes de asilo para o território dos seus perseguidores e não cria, efetivamente, um dever aos Estados de receber estes refugiados, pelo que os Estados podem negar a entrada na sua jurisdição desde que essa recusa não se traduza num risco de os colocar em perigo face à perseguição que sofrem<sup>185</sup>. Por outro lado, este dever de *non-refoulement* somente existe devido ao risco de ser perseguido, termos em que concede um estatuto temporário de

---

184 James C. Hathaway in *The rights of refugees under international law*, Cambridge University Press, 2005 Pag. 284 e ss.

185 In *The rights of refugees under international law*, Cambridge University Press, 2005, Pág. 301.

refugiado, enquanto vigora esse mesmo risco de perseguição<sup>186</sup>, ou seja, *a contrario* não implica para o Estado a aceitação desse refugiado quanto esse risco termine, podendo aí, expulsá-lo.

Como explica Weis<sup>187</sup>, o Princípio do Non-Refoulement aplica-se quer o refugiado se encontre no seu país de origem, quer em país terceiro, desde que exista um medo fundamentado de perseguição, na aceção do art. 1.º - A, n.º 2 da Convenção em causa<sup>188</sup> e, na realidade, mesmo que o risco de perseguição seja hipotético, não podendo os Estados alegar a falta de provas para declinar a aplicação da proteção concedida por este princípio<sup>189</sup>.

Ademais, o ACNUR declarou que face ao carácter universal e fundamental deste princípio, este deve ser considerado como verdadeira norma consuetudinária internacional e, como tal, vinculativo para todos os Estados, independentemente de serem ou não Estados Contratantes da Convenção de Genebra de 1951<sup>190</sup>. Na mesma senda, Guy S. Goodwin-Gill, conclui que a natureza própria deste princípio e a sua própria autoridade demonstram como o princípio deve vincular todos os Estados, independentemente da sua ratificação ou não da Convenção em causa<sup>191</sup>.

## **Subcapítulo 2) Âmbito Territorial do Princípio do Non-Refoulement**

Contudo, uma questão que se coloca é se os Estados Contratantes estão limitados apenas ao que ocorre no seu território ou se estão, igualmente, vinculados às condutas e atos perpetrados pelas suas autoridades fora do seu território<sup>192</sup> e a que atos poderão estar vinculados.

De facto, Sir Elihu Lauterpacht e Daniel Bethlehem concordam que os Estados Contratantes não estão limitados a tal limite territorial, desde logo porque os Estados são responsabilizados pelas

---

186 In *The rights of refugees under international law*, Cambridge University Press, 2005, pág. 302.

187 Em comentário ao art. 33.º da Convenção de Genebra de 1951 in *The Refugee Convention of 1951: The travaux preparatoires analysed*, Cambridge University Press, XIX, 1995. Neste sentido ver, Guy S. Goodwin-Gill in *The Refugee in International Law*, 2.ª Edição, Clarendon Press Oxford, 1996, pag. 122 e ss.

188 O doutrinário citado põe a questão da aplicação deste artigo aos casos de extradição e concluiu que, igualmente, nestes casos se deve aplicar a proteção deste princípio, recorrendo aos trabalhos preparatórios da redação deste artigo e às opiniões formuladas pelos vários Estados. Neste sentido ver Paul Weis in *The Refugee Convention of 1951: The travaux preparatoires analysed*, Cambridge University Press, XIX, 1995.

189 Um outra obra destinada ao princípio do Non-Refoulement é feita por, Márcia Constantino Gonçalves in *O Princípio do Non-refoulement*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-internacionais, FDUL, 2008;

190 ACNUR, Manual para Emergências, Princípios de Resposta, Genebra.

191 In *The Refugee in International Law*, 2.ª Edição, Clarendon Press Oxford, 1996, pag. 169.

192 Esta questão quanto ao efeito extraterritorial de non-refoulement encontra-se deveras explicado por James C. Hathaway in *The rights of refugees under international law*, Cambridge University Press, 2005, Pág. 335 e ss.

peças que se encontram na sua 'jurisdição', nos termos do direito internacional<sup>193</sup>. Acrescentam estes que, esta expressão não somente se revela na Convenção de Genebra de 1951, agora em estudo, mas igualmente em vários outros tratados, bem como foi utilizada quer pelo Comité dos Direitos Humanos, como pelo TEDH<sup>194</sup>.

Nesse mesmo sentido, Hathaway expõe que, nas linhas de interpretação do TEDH e do TIJ, o respeito a este princípio e aos direitos constantes da Convenção aqui em causa, existe independentemente de um exercício efetivo ou de facto da jurisdição externa desse Estado, nomeadamente, através dos seus consulares e outros agentes<sup>195</sup>.

Como tal, concordando-se que os Estados estão vinculados aos atos que possam ser praticados fora do seu território, formalmente reconhecido, mantém-se a questão quanto a que atos estarão vinculados, ou seja, se os Estados estão vinculados a todos os atos dos seus agentes do mesmo modo como se fossem praticados dentro do seu território.

No seguimento dos raciocínios anteriores, o TEDH no acórdão *Hirsi Jamaa e Outros contra Itália* datado de 23.02.2012, concluiu pela aplicação de um conceito amplo de jurisdição para os efeitos do art. 1.º da CEDH, bem como pela eficácia extraterritorial dos atos dos agentes dos Estados.

Ora, no acórdão mencionado, dois barcos com refugiados da Somália e da Eritreia vindos da Líbia foram intercetados pela autoridades militares marítimas italianas que, de imediato, transportaram os refugiados para a Líbia, nos seus navios militares.

A questão colocada centrou-se no facto de o art. 1.º da CEDH dispor que os Estados, dentro da sua jurisdição, estão obrigados a conceder os direitos e liberdades constantes da própria Convenção, pelo que o Estado italiano, desde logo, defendeu que – estando os barcos localizados no alto-mar – o conceito de jurisdição somente se aplicava ao seu território formalmente reconhecido.

---

193 In *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement*, Opinion for UNHCR, Junho, 2001.

194 Quanto ao efeito extraterritorial do Princípio do Non-Refoulement, o TEDH desde logo no Acórdão *Soering* já retratado na análise da jurisprudência deste Tribunal, indicou que os Estados têm não só a obrigação principal de proibir tratamento contrário ao art. 3.º da CEDH, mas ainda a obrigação acessória de não colocar o indivíduo numa posição em que possa sofrer tal tratamento ou punição contrária ao art. 3.º d CEDH por outros Estados.

195 In *The rights of refugees under international law*, Cambridge University Press, 2005, Pág. 339.

Como tal, o TEDH considerou que a jurisdição de um Estado é, essencialmente, territorial; porém, em situações excepcionais, o Tribunal também admite que os Estados sejam responsáveis pelos atos ou consequências destes, fora dos seus territórios, pelo que tal igualmente consiste em 'jurisdição' nos termos do art. 1.º da CEDH. Para averiguar esta jurisdição extraterritorial, o Tribunal Europeu explica que é necessário determinar factos particulares que comprovem a mesma, como o pleno e exclusivo controlo de, por exemplo, uma prisão ou um barco.

Assim, entendeu o TEDH que, sempre que um Estado através dos seus agentes, opera fora do seu território e exerce controlo e autoridade sobre um indivíduo, o Estado está sob a obrigação do art. 1.º da Convenção. Adianta ainda o Tribunal que esta jurisdição é extensível às atividades diplomáticas e agentes consulares a bordo de aviões ou navios que viajem sob a bandeira daquele Estado.

Como tal, *in casu*, foi a Itália considerada responsável pelos atos dos militares italianos que, com os refugiados a bordo dos seus navios, decidiram, ao revés das obrigações a que o Estado italiano se encontra vinculado nos termos da Convenção, retornar sem mais aqueles indivíduos, não lhes concedendo o devido procedimento de asilo e pondo em causa a sua vida e liberdade.

Desta forma, o TEDH conseguiu responder às questões da doutrina internacional quanto à eficácia extraterritorial dos atos dos agentes de um Estado, em representação desse Estado, vinculando os Governos às atividades e condutas daqueles que enviam em seu nome e, por outro lado, assegurando que os seus diplomatas, consulares e agentes sejam prudentes nas suas tomadas de decisão – o que, desde logo, tem efeitos não só ao nível político, como ao nível social, face à formação que deve ser exigida a todos aqueles que atuam por um Estado.

Como tal, é de defender que o Princípio do Non-Refoulement não somente se aplica a outros Estados não contratantes da Convenção em análise, como explica Weis, mas também se aplica para além do limite territorial restritos destes Estados, abrangendo as condutas das autoridades oficiais destes e que atuam em seu nome, onde quer que elas ocorram.

### **Subcapítulo 3) O Refoulement Indireto**



Do acórdão *Hirsi Jamaa* mencionado outra questão se pode relevar: o *refoulement indirecto* e a percepção de 'terceiro país seguro'. O caso centra-se no facto de 11 somalis e 13 eritreus terem sido intercetados em alto-mar e retornados diretamente para Trípoli, na Líbia, pelas autoridades marítimas italianas.

Para além de alegarem que não sabiam que estavam a ser retornados à Líbia, bem como não lhes ter sido dado o direito de requerer asilo na Itália e ver esse pedido averiguado, alegam ainda que não podem ser expulsos quer para a Líbia quer para os seus países de origem, pois estariam expostos a torturas ou tratamento desumano e degradante.

O TEDH apurou quanto à Líbia, através das intervenções processuais de organizações internacionais, como o ACNUR, a HRW e a Amnistia Internacional, que este Estado não tem sistema de asilo, pelo que os imigrantes ilegais são sistematicamente detidos em condições precárias bem como submetidos a torturas e outras violências físicas, como violação; e, quando libertados, as suas condições de vida são insuficientes. Ademais, a Líbia não reconhece o estatuto de refugiado concedido pelo ACNUR no seu país de origem, de modo a que os *refoulements* em cadeia de refugiados e requerentes é prática usual.

Por seu lado, quanto aos seus países de origem, as organizações internacionais intervenientes mencionaram que, no que diz respeito à Eritreia, os refugiados ou requerentes são torturados e detidos em situação desumana simplesmente por terem fugido do país ilegalmente; por seu lado, em relação à Somália, a violência sistemática e alastrada obriga as pessoas a fugirem para zonas de trânsito e campos de refugiados e de deslocados internos.

Ora, o TEDH entendeu que as autoridades italianas quando devolveram os requerentes de asilo e refugiados a Trípoli estavam a violar o art. 3.º da CEDH, através de 'refoulement indirecto', pois as autoridades italianas sabiam ou deveriam saber que não existiam garantias suficientes de que a Líbia não iria, arbitrariamente, repatriar os indivíduos para os seus países de origem.

Desta forma, os Estados devem ter em conta duas condutas: por um lado a sua própria conduta de expulsão para o país de origem, de modo a que não viole as obrigações internacionais a que se obrigou e, por outro lado, a conduta do país terceiro para onde pode, igualmente, expulsar,

assegurando que também este irá cumprir essas obrigações internacionais quanto à proteção de refugiados.

Assim, os Estados de refúgio aquando de uma expulsão estão obrigados a uma dupla vertente de proteção – para o país de origem e para o país terceiro – de modo a que se garanta que em nenhum deles a vida ou liberdade destes indivíduos estará ameaçada, nesse território ou noutro para o qual podem ser expulsos.

Como tal, o TEDH considerou que as autoridades italianas violaram o art. 3.º CEDH através de *refoulement* indireto, tendo falhado na averiguação de todas as garantias de proteção de refugiados no país terceiro, *in casu* a Líbia<sup>196</sup>.

Assim, no acórdão em questão, o TEDH entendeu que os Estados devem ter em conta duas condutas: por um lado a sua própria conduta de expulsão para o país de origem, de modo a que não viole as obrigações internacionais a que se obrigou e, por outro lado, a conduta do país terceiro para onde pode, igualmente, expulsar, assegurando que também este irá cumprir essas obrigações internacionais quanto à proteção de refugiados.

É neste contexto que surge a expressão de ‘terceiro país seguro’, sendo uma expressão muito utilizada no seio da União Europeia<sup>197</sup>, mas também como uma cláusula de escape por todos aqueles países que alegam não ter condições ou não querer conceder proteção e abrigo a requerentes de asilo.

Na realidade, os Estados negam assumir responsabilidade por aqueles que chegam às suas fronteiras, arrogando-se na sua liberdade de enviar os refugiados para outro país onde não existe perigo de perseguição. Contudo, o ExCom, na sua Conclusão n.º 58<sup>198</sup>, já mencionou que o asilo não pode ser recusado com o fundamento de que outro Estado o poderá fazer, desde logo porque os

---

196 Denote-se, ainda, que a Líbia está em conflito interno desde Fevereiro de 2012, o que deveria ter aumentado a atenção e cuidado com que a Itália teria que ter tratado deste caso.

197 A Diretiva 85/2005 de 01.12 do Conselho dispõe que se qualifica como um terceiro país seguro aquele que estiver disposto a considerar o pedido de asilo e não o exponho a algum risco de tortura ou mau tratamento.

198 Em 1989.

requerentes de asilo têm o direito de escolher o país que querem que determine esse mesmo estatuto<sup>199</sup>.

De facto, o que acontece é que nem sempre esta segurança do país terceiro é corretamente avaliada, pois poderá o Estado retornar o indivíduo para o seu país de origem ou outro país em que a sua vida poderá ser ameaçada. Ademais, o que fazer nos casos quando esse terceiro país não é parte da Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados, ou ainda será suficiente que esse Estado não persiga ou não expele em derrogação de outros direitos constantes desta Convenção?

Em boa verdade, como explica Hathaway, apesar de o conceito de ‘terceiro país seguro’ ter o propósito de coletar uma responsabilidade entre Estados quanto aos refugiados, a verdade é que este conceito serve, somente, como uma justificação para recusar o acesso a um procedimento de asilo<sup>200</sup>.

Nestes casos, apesar das expressões que possa tomar, estamos perante um verdadeiro caso de *refoulement*, pelo que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, defende-se uma ‘aplicação a dois níveis de responsabilidade’, isto é, não só ao nível interno em que o Estado de facto expulsa ou rejeita um indivíduo retornando-o para o seu país de origem ou terceiro, mas também existe responsabilidade com a transferência para um Estado intermediário, se este Estado intermediário vem, *a final*, a expulsar a pessoa para um país onde ela corre risco de maus tratos<sup>201</sup>, isto é, deve observar-se com imensa cautela estes casos de retorno indireto, de modo a que não haja uma violação desta proteção.

Assim, os Estados de refúgio aquando de uma expulsão estão obrigados a uma dupla vertente de proteção – para o país de origem e para o país terceiro – de modo a que se garanta que em nenhum deles a vida ou liberdade destes indivíduos estará ameaçada, nesse território ou noutra para o qual podem ser expulsos, isto é, *in casu*, as autoridades italianas sabiam ou deveriam saber que não existiam garantias suficientes de que a Líbia não iria, arbitrariamente, repatriar os indivíduos para os seus países de origem.

---

199 Denote-se que este não é um verdadeiro direito, desde logo porque tem limitações.

200 In *The rights of refugees under international law*, Cambridge University Press, 2005, Pág. 293.

201 Neste sentido ver, Ireneu Cabral Barreto in *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2010.

Ora, face ao anterior exposto, o Princípio do Non-Refoulement apresenta-se como um princípio de direito internacional que vincula todos os Estados, ainda que não signatários da Convenção de Genebra de 1951<sup>202</sup>. De facto, os Estados podem fazer reservas às Convenções; contudo, no que diz respeito ao art. 33.º, desde que, no caso de um Estado Parte na Convenção, as reservas feitas ao abrigo deste artigo, não incluam os refugiados aos quais se aplica a Convenção, o que demonstra a inderrogabilidade que este artigo pressupõe<sup>203</sup>. Neste mesmo sentido, expõe o art. 42.º, n.º 1 da Convenção que a previsão relativa ao art. 33.º desse diploma é não derogável pelos Estados.

#### **Subcapítulo 4) As Exceções ao Princípio do Non-Refoulement**

Contudo, tal princípio também pode sofrer exceções, tal como disposto no n.º 2 do artigo 33.º da Convenção de Genebra de 1951; de facto, tendo em conta as graves consequências que podem incorrer sobre um refugiado que seja reenviado para um país onde ele está em perigo de perseguição, estas exceções devem, logo *a priori*, ser aplicadas com a maior cautela<sup>204</sup>, já que é necessário ter plenamente em conta todas as circunstâncias do caso e, se o refugiado tiver sido condenado por um crime grave – que por via das Cláusulas de Exclusão ficaria afastado da aplicação da proteção inerente à Convenção de Genebra –, a qualquer fatores atenuantes e as possibilidades de reabilitação e reintegração na sociedade.

Assim, este artigo aplica-se quando o Estado se prepara para extraditar ou expulsar o refugiado para um país que potencialmente irá colocar em risco a vida ou liberdade deste, existindo a ponderação entre a proteção inerente ao Princípio do Non-Refoulement e os objetivos da segurança nacional e ordem pública, tomando tais objetivos prioridade face ao *refoulement*<sup>205</sup>.

---

202 Daí alguns doutrinários advogarem que este tem natureza de verdadeiro *ius cogens*. Contudo, isto somente acontece face ao princípio em causa, pois a Convenção apenas vincula os Estados que a ratificaram ou o seu Protocolo.

203 Como se pode ler no artigo VII, n.º 1 do Protocolo adicional de 1967.

204 Nomeadamente, devido às diversas interpretações discricionárias feitas pelos Estados da 'segurança nacional' como causa excepcional, pois este é ainda um conceito a ser definido. Neste sentido ver, Atle Grahl-Madsen in *The Land Beyond: Collected Essays on Refugee Law and Policy*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001 apud s, Márcia Constantino Gonçalves in *O Princípio do Non-refoulement*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-internacionais, FDUL, 2008.

205 Geoff Gilbert in *Current Issues in the Application of the Exclusion Clauses*, Paper for UNHCR, Expert Roundtable, Lisboa, Maio, 2001, pag. 459.

Como Sir Elihu Lauterpacht e Daniel Bethlehem<sup>206</sup> explicam, o art. 33.º, n.º 2 em causa aprecia uma futura ameaça daquele refugiado, pelo que o Estado não pode basear a utilização desta exceção e, sem mais, justificar a expulsão do refugiado, através da condenação deste por atos anteriores à sua admissão como refugiado naquele país de refúgio, ou seja, somente uma real expectativa dos atos praticados no presente/futuro poderão ser considerados pelas autoridades estaduais.

Na realidade, no art. 33.º, n.º 2, as condutas antecedentes podem ser relevantes na apreciação do perigo que o refugiado pode ou não constituir para a sociedade no futuro<sup>207</sup>, pois que a perspetiva material pretendida com a letra da norma é a de saber qual o perigo expectável para a segurança daquele Estado; assim, o requisito formalmente exigido, é o de que esta exceção está sempre dependente de uma conduta cometida no Estado de refúgio e não noutro Estado ou até para a comunidade internacional, no geral. Como tal, mesmo que o refugiado seja uma grave perigo para o seu país de origem, mas não o seja para o país de refúgio, o artigo em causa não se aplica.

Ademais, os autores da Convenção aqui em análise, desde logo, deixaram especificado qual a aceção de crimes a serem perpetrados, no disposto deste n.º 2, do art. 33.º. Como tal, somente relevam crimes graves de ofensa, devendo o requerente ou refugiado ter sido condenado em julgamento com decisão final, devido a um crime particularmente grave, e constituir, à data, um perigo para a comunidade do país de refúgio.

Porém, fica a questão quanto à aceção das expressões segurança nacional e ordem pública<sup>208</sup>, nomeadamente qual a perigosidade inerente a cada uma delas, pelo que, é neste ponto, que os Estados têm maior margem de apreciação<sup>209</sup>.

---

206 In *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement*, Opinion to UNHCR, Junho, 2001, pags. 47 e ss.

207 Cf. nota 206, pag. 54.

208 Neste sentido também defende Guy S. Goodwin-Gill in *The Refugee In International Law*, 2.ª Edição, Clarendon Press Oxford, 1996, pag. 139, nomeadamente através das questões de segurança nacional e ordem pública.

209 Na realidade, na Alemanha parece existir uma sobreposição entre a norma deste art. 33.º, n.º 2 e o art. 1.º-F, al. b), isto porque os requerentes de asilo sentenciados a 3 anos de prisão são, por si só, considerados um perigo para a comunidade ou uma ameaça à segurança nacional e ordem pública. Assim decidiu o Tribunal Federal Alemão quanto a 3 requerentes de asilo, considerados como oficiais com cargos elevados numa organização terrorista. Neste sentido, Geoff Gilbert in *Current Issues in the application of the exclusion clauses*, Paper for UNHCR, Expert Roundtable, Lisboa, Maio, 2001.

Em qualquer dos casos, estas exceções devem estar sempre sujeitas à análise do risco de perseguição, tortura e tratamento desumano, cruel ou degradante, tendo que devem ser interpretadas de forma particularmente restritiva<sup>210</sup> e individualizada, isto é, devem ser denotadas as características pessoais do refugiado e da situação em causa.

Assim, de acordo com as notas de orientação sobre extradição e proteção internacional de refugiados elaborada pelo ACNUR esclarecesse que “o perigo para o país anfitrião deve ter mais peso que o risco de dano que possa sofrer a pessoa requerida como resultado de sua devolução,” pelo que as exceções ao Princípio de Non-Refoulement, bem como as Cláusulas de Exclusão, *a priori*, não podem afetar as obrigações de não devolução asseguradas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, o qual não permite exceções, reiterando-se a importância de uma aplicação cuidada e eficaz deste princípio.

Ora, se cada Estado tiver o direito discricionário de livremente determinar o estatuto dos requerentes de asilo, aplicando ou ignorando o Princípio do Non-Refoulement, então o estatuto de refugiado ao nível do direito internacional seria de todo negado e a eficácia e efetividade prática deste e de outros princípios estaria, seriamente, prejudicada<sup>211</sup>.

Desta forma, podemos concluir como James C. Hathaway o faz, relevando que o art. 33.º, n.º 2 e o argumento da segurança nacional só podem ser trazidos à colação quando a presença do refugiado ou os seus atos, objetiva e razoavelmente constituem uma real possibilidade de direta ou indiretamente vir a infligir substancialmente perigo para o Estado de acolhimento e os seus interesses mais básicos, o que inclui o risco de um ataque armado ao seu território e cidadãos ou a destruição da democracia implantada<sup>212</sup>.

---

210 Idem supra nota 206, pag. 52.

211 Guy S. Goodwin-Gill, in *The Refugee in International Law*, 2.ª Edição, Clarendon Press Oxford, 1996, pag. 169.

212 In *The rights of refugees under international law*, Cambridge University Press, 2005, pag. 346.

## Capítulo II) As Cláusulas de Exclusão

### Subcapítulo 1) O Objetivo das Cláusulas de Exclusão

No que às Cláusulas de Exclusão diz respeito, estas, desde logo, visam atingir dois objetivos essenciais: o primeiro objetivo diz respeito ao reconhecimento de que o estatuto de refugiado tem de ser protegido contra abusos, proibindo a sua concessão para casos de violações graves cometidas antes da entrada e pedido de asilo, pelo que o requerente deixa de ser merecedor de proteção como refugiado; o segundo objetivo tem que ver com o assegurar de que aqueles que cometeram crimes graves na Segunda Guerra Mundial ou outros crimes graves não-políticos ou que eram culpados de atos contrários aos fins e princípios das Nações Unidas, não possam obter algum tipo de proteção via asilo e outras, face à sua culpabilidade e inerente penalização.

No entanto, devido a estes mesmo objetivos e dado que o artigo 1.º - F representa uma limitação sobre uma disposição humanitária, as Cláusulas de Exclusão necessitam de ser interpretadas restritiva e casuisticamente<sup>213</sup>, bem como sujeitas a salvaguardas de processo justo e enquanto como medidas de último recurso, sob pena de atentar contra direitos fundamentais da pessoa humana previstos em tratados internacionais.

Assim, pode-se afirmar que a base deste artigo é a culpabilidade do requerente de asilo pelos seus graves atos ou ofensas e não se detém com a avaliação de meios alternativos de proteção. Assim, o art. 1.º - F não se conduz às consequências da expulsão ou como o requerente de asilo por obter, em alternativa, a proteção de que necessita<sup>214</sup>.

Na realidade, se assim não fosse, o próprio cerne do direito de asilo seria reprovado, já que, este benefício está reservado para as vítimas de perseguição e não enquanto cláusula de escape para criminosos. Neste sentido, como refere Michael Kingsley Nyinah, os refugiados não tem que

---

213 De denotar que esta é a posição defendida pelo ACNUR e pelos Tribunais em que esta questão se coloca; contudo, nem todos os autores defendem esta posição, pois admitem que em determinados casos – e como se verificará na Parte III – as cláusulas de exclusão impõem a sua aplicação face a outros princípios que se evidenciam, igualmente, como é o Princípio do Non-Refoulement.

214 Neste sentido, Michael Kingsley Nyinah in *Exclusion under Article 1F: Some reflexions on context, principles and practice*, I.J.R.L., Volume 12, Special Supplementary Issue, 2000.

ser moralmente puros, pelo que os crimes constantes deste artigo devem ser substancialmente graves, para sustentar a recusa de proteção<sup>215</sup>.

De facto, como expõe o Manual de Procedimentos e Critérios a aplicar para determinar o Estatuto de Refugiado, quanto à competência para decidir a aplicação destas cláusulas aqui em apreço, essa cabe ao Estado onde o requerente se encontra e pretende ver reconhecido o estatuto que requer<sup>216</sup>.

Entrando agora numa análise detalhada destas cláusulas de exclusão, conforme expostas no art. 1.º-F da Convenção de Genebra de 1951, é de explicar aquilo que deve ser compreendido no escopo de cada um dos atos que consubstanciam uma cláusula, nomeadamente aquilo que se entende por crimes de guerra, crimes contra a paz ou humanidade, crime grave de direito comum e atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas<sup>217</sup>.

## **Subcapítulo 2) Crimes contra a paz, crime de guerra e crime contra a Humanidade (Art. 1.º-F, a)**

A origem destes crimes e da sua definição reconduz-se à base e fundamentação da própria Organização das Nações Unidas e com o rescaldo da II Guerra Mundial. Nesse sentido, as Convenções de Genebra de 1949 e seus protocolos adicionais e a Convenção contra o Genocídio de 1948 são as suas influências originais. A estas seguiram-se os Estatutos dos Tribunais *ad-hoc* para a Ex-Jugoslávia e o Ruanda, bem como, mais recentemente, o Estatuto do Tribunal Penal Internacional (Estatuto de Roma) que densificaram estes conceitos. Como tal, é atualmente no Estatuto de Roma que se encontra a definição de crimes contra a humanidade e crimes de guerra<sup>218</sup>, nos seus artigos 7.º e 8.º, enquanto jurisdição penal do TPI<sup>219</sup>.

---

215 Vide nota 214.

216 Na sua pág. 36.

217 Para um estudo detalhado sobre as cláusulas de exclusão recomenda-se: Geoff Gilbert in *Current Issues in the application of the exclusion clauses*, paper for UNHCR, 2002; *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses* de UNHCR, 2003; Special Supplementary Issue on Exclusion, I.J.R.L., 2000.

218 Para uma explicação detalhada do escopo dos crimes constantes da primeira cláusula de exclusão, seguir Jelena Pejic in *Article 1F (a): The Notion of International Crimes*, IJRL Special Supplementary Issue on Exclusion, Oxford University Press, 2000.

219 Desde 1998, aprovado por 120 países e ratificado por cerca de 70 países, sendo que não ratificaram o Estatuto de Roma potencias mundiais como a China e EUA. Somente uma nota para referir que o crime de Genocídio está especialmente tipificado no art. 6.º do Estatuto de Roma e consiste no plano coordenado para enfraquecer e destruir um determinado grupo humano no seu todo ou em parte, que pode ser realizado em



No que diz respeito aos crimes contra a paz, desde logo estes confundem-se um pouco com a cláusula de exclusão da alínea c) pois que o principal objetivo das Nações Unidas é a manutenção da paz. Contudo, na realidade, existe uma definição de crimes contra a paz que remonta à Carta de Nuremberga, tanto quanto, no atual Estatuto de Roma se venha incluir nestes atos, o crime de agressão.

Como tal, deve ser considerado como crime contra a paz, nos termos originais, o planeamento, preparação, iniciação e incentivo à guerra e à agressão ou a própria guerra em violação do disposto nos tratados internacionais, acordos e garantias<sup>220</sup>. Com a inclusão do crime de agressão no Estatuto de Roma, estes atos foram densificados, nomeadamente através da aceção de todos os atos de uso de forças armadas contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política de outro Estado ou qualquer outro ato contraposto à Carta das Nações Unidas.

Neste sentido, tal como indica o ACNUR<sup>221</sup> estes atos contra a paz só podem ser cometidos por Estados ou agentes destes Estados, desde logo, porque implica o início e planeamento de uma guerra; por contraposição aos outros tipos de crime incluídos nestas cláusulas de exclusão.

Por seu lado, quanto a crimes de guerra<sup>222</sup>, ficou assente pela jurisprudência dos dois tribunais *ad-hoc* supra referidos que estes incluem, não só uma grave violação das disposições das Convenções de Haia e das Convenções de Genebra de 1949 e do seu Primeiro protocolo adicional, mas também a violação das regras e costumes bélicos, quer no seio de conflitos internacionais ou internos<sup>223</sup>, bem como homicídios, tratamentos cruéis e degradantes, deportação para trabalho forçado e escravatura, morte dos reféns, mau tratamento dos prisioneiros de guerra, pilhagens, destruição de cidades e outros centros populacionais ou outros atos não necessários em termos militares<sup>224</sup>.

---

tempos de guerra e paz, envolvendo a responsabilidade criminal dos agentes que atuam em função de um Estado. Existem autores, nomeadamente Francisco Ferreira de Almeida, que consideram que este crime poderá ser enquadrado numa subcategoria mais grave de crime contra a humanidade devido aos critérios de semelhança entre eles.

220 De acordo com a Carta de Londres.

221 *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses*, UNHCR, Setembro, 2003, pág. 19.

222 O art. 8.º do Estatuto de Roma tem uma lista extensa do que se consideram crimes de guerra, mas o sua escopo não é restritivo a este catálogo.

223 Também exposto este crimes, bem como os outros, em *Position on Exclusion from Refugee Status* de ECRE, PP1/03/2004.

224 Como bem explica Guy S. Goodwin-Gill in *The Refugee in International Law*, 2.ª Edição, Clarendon Press Oxford, 1996 , pág. 98.

Por fim, em relação a crimes contra a Humanidade, está atualmente aceite que estes tanto ocorrem em tempos de guerra como de paz, enquanto ataques amplos e sistemáticos contra populações civis<sup>225</sup> e, igualmente como os crimes anteriores, podem ser cometidos durante um conflito armado ao nível internacional ou interno<sup>226</sup>, sendo os mais recorrentes os atos de exterminação, escravatura, tortura, crimes sexuais, perseguição, apartheid e desaparecimentos<sup>227</sup>, ou seja, atos similares aos crimes de guerra mas numa escala alargada.

Na realidade, o art. 7.º do Estatuto de Roma que capitula este tipo de atos não é um catálogo restrito ou exaustivo, podendo ser indicados outros tipos de crime que sigam um escopo de aplicação sistemática e alargada<sup>228</sup> com intuito persecutório, isto é, nos termos deste Estatuto, uma intenção clara e severa de privação de direitos fundamentais contrária ao direito internacional face à inserção num grupo ou coletividade, resultante de uma conduta discriminatória<sup>229</sup>.

De facto, estes crimes podem ser cometidos independentemente da cadeia de hierarquia de comando do seu perpetrador, desde que haja um dolo ou intenção na prática dos atos e a consciência da conduta de um plano mais alargado de ataque à população civil.

Assim, em geral este tipo de crimes traduz-se pela sua seriedade, pela natureza dos atos, extensão das suas consequências e motivos inerentes, não havendo espaço para exceções a esta responsabilidade<sup>230</sup>.

Apesar do seu âmbito original se referir a pessoas no exercício de funções oficiais, a evolução da política e sociedade internacionais vieram aceitar a expansão pessoal desta cláusula, aplicando-a igualmente àqueles que cometeram estes crimes no seio de grupos não-governamentais<sup>231</sup>. Como tal, aquilo que está em causa é a responsabilidade individual<sup>232</sup> por aquele

---

225 Nos termos do art. 7.º, n.º 2, alínea a) do Estatuto de Roma. Na realidade, os crimes contra a Humanidade foram, primariamente, tipificados nos Estatutos dos Tribunais de Nuremberga e de Tóquio, mas sem autonomia e enquanto acessórios dos crimes de guerra; tendo sido somente com os Estatutos dos Tribunais ad-hoc posteriores que ganharam a sua autonomia, autonomia essa plenamente consolidada com o Estatuto de Roma.

226 Para uma definição específica deste crime seguir Herman von Hebel in *Crimes against humanity under the rome statute*, artigo de Refugee Law in Context: The Exclusion Clause, Ed. por P.J. van Krieken, 1999, The Hague, Asser Press e ainda Francisco Ferreira de Almeida in *Os crimes contra a Humanidade no atual direito internacional penal*, Almedina, Coimbra, 2009.

227 Para uma explicação pormenorizada de cada um destes atos ver nota supra 216.

228 Neste sentido, vide nota 218, pág. 34.

229 Vide nota 218, pág. 41.

230 Assim expõe Hathaway in *The law of refugees status*, Butter Worths, 1991, pág. 220.

231 Neste sentido, ACNUR in Manual de Procedimentos e Critérios a Aplicar para determinar o Estatuto de Refugiado, Genebra, 1992 pág. 44.

ato, pelo que a prova que tem que ser providenciada é se o ato em questão faz parte de um método alargado e sistemático de ataques à população civil.

### **Subcapítulo 3) Crime grave de direito comum<sup>233</sup> (Art. 1.º-F, b))**

Ora, em primeiro lugar, neste ponto convém definir aquilo que se deve considerar um crime grave de direito comum<sup>234</sup>, por oposição aos crimes de índole política, sendo que, desde logo, o ACNUR no seu Manual de Procedimentos e Critérios a aplicar para determinar o Estatuto de Refugiado<sup>235</sup>, explica que é preciso ter em conta a natureza e a finalidade do crime. Neste sentido, é preciso determinar se este foi cometido e é justificado somente com base em motivos políticos ou se existe algum interesse pessoal do perpetrador<sup>236</sup>, sendo necessário estabelecer um nexo de causalidade entre o crime cometido e o objetivo invocado<sup>237</sup>.

Antes de continuar, releve-se que a posição aqui adotada é uma posição subjetivista de crime grave de direito comum, visto que o critério para admissão de determinado crime como político ou não se centra no interesse pessoal do perpetrador e nos objetivos por si invocados para justificar o crime cometido. Acontece que, na verdade, existe uma visão objetivista de crime grave de direito comum, desde logo, porque existem crimes que nunca poderão ser políticos, devendo sempre ser incluídos nas outras alíneas deste artigo 1.º - F – é o caso de crimes deveras violentos ou o desvio de aviões e a retenção de reféns nos mesmos<sup>238</sup>.

232 Iguamente exposto no art. 25.º do Estatuto de Roma.

233 Desde já convém referir que, em inglês, esta cláusula é referida como “serious non-political crime”, pelo que muita da doutrina internacional se debate sobre quais os crimes que se consideram políticos ou não.

234 Para uma explicação detalhada desta cláusula em particular seguir, Walter Kalin e Jorg Kunzli in *Article 1F (b): Freedom Fighters, Terrorists and the notion of Serious Non-Political Crimes*, IJRL Special Supplementary Issue on Exclusion, Oxford University Press, 2000.

235 Págs. 37 e ss.

236 Seguir, Guy S. Goodwin-Gil in *The Refugee in International Law*, 2.ª Edição, Clarendon Press Oxford, 1996, pág. 105 e ss.

237 Uma das grandes questões neste ponto colocadas tem que ver com a extradição, pois esta apresenta soluções próprias para os casos de crimes políticos, pois que estes não estão sujeitos a esta medida. O certo é que, atualmente o regime de asilo e de extradição são institutos autónomos e devem assim ser considerados; porém, a doutrina aponta que pode existir uma aplicação analógica das regras da extradição ao sistema de asilo, termos em que a qualificação da natureza política do crime deve ser também aferida segundo as regras da extradição. Neste sentido ver, Oliveira, Andreia Sofia Pinto in *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa – âmbito de proteção de um direito fundamental*, Coimbra Editora, 2009; e ainda, Geoff Gilbert in *Current Issues on the application of the exclusion clauses*, paper para UNHCR, 2002, pág. 446 e ss.

238 De acordo com a Convenção Internacional sobre Aviação Civil de 7.12.1944 e a Convenção Internacional contra a Tomada de Reféns, datada de 17.12.1979.

Como tal, existe uma certeza: os crimes contidos na alínea anterior, bem como aqueles contidos nas Convenções de Genebra de 1949, no Estatuto do Tribunal Penal Internacional, na Convenção Contra a Tortura de 1984 não podem ser considerados como crimes políticos em caso algum, face à violência que emanam<sup>239</sup>.

Porém, neste ponto surge uma das questões polémicas mais atuais, que concerne aos terroristas <sup>240</sup>. De facto, apesar de ainda não ter sido encontrada uma definição clara e internacionalmente aceite do que é um terrorista e do que é terrorismo, o que se questiona é se os atos perpetrados podem ser ou não baseados num motivo político, pois se forem motivados por questões políticas, aplica-se-lhes o constante do regime da extradição e, caso contrário, será de aplicar a Cláusula de Exclusão constante desta alínea b) do art. 1.º - F da Convenção de Genebra de 1951.

Na realidade, existem autores que defendem que certos atos de violência não podem ser considerados como crimes para o art. 1.º - F, alínea b), devendo ser permissíveis nos termos do direito internacional - é o caso de indivíduos que legítima e violentamente se oponham a quem pretenda destruir uma ordem constitucional baseada na democracia e no Estado de Direito e os que defendam o seu país contra ocupações externas, bem como aqueles que lutam numa guerra como combatentes em nome da libertação<sup>241</sup>.

O certo é que, de acordo com o Manual do ACNUR, não é somente a alegação de que o motivo para o ato é político, para que se evite a exclusão, sendo necessário que exista um nexo de causalidade direto entre o ato cometido e a intenção objetiva do mesmo, isto é, se o objetivo político

---

239 Existe uma atual sensibilização para que os atos terroristas também não possam ser considerados como crimes de natureza política, porém, a questão neste ponto centra-se naquilo que pode ou não consistir um ato terrorista, pelo que ainda se espera muito desenvolvimento da doutrina neste ponto. Também é defendida a aplicação desta cláusula de exclusão a atos de sequestro, tortura e novos crimes de índole internacional.

240 Como não existe uma definição clara do que é terrorismo e do que é ser terrorista, por vezes as autoridades administrativas simplesmente expulsam os requerentes de asilo, não ponderando as razões do seu pedido e do seu receio de ser torturado e ver a sua vida e liberdade ameaçadas de forma razoável. Veja-se, por exemplo, o atual caso que aconteceu na Austrália com a deportação de um nacional do Sri Lanka acusado de ter ligações ao grupo rebeldes dos Tigres de Tâmil. Foi deportado para Colombo, porém foi feito um pedido pelo Comité contra a Tortura das Nações Unidas, solicitando que não o retornassem para o Sri Lanka enquanto o seu pedido de asilo não fosse, devidamente, averiguado pelas autoridades australianas, pelo que quando chegou a Colombo foi intercetado por autoridades australianas. O caso ficou em aberto, contudo não se consegue visualizar um desfecho para tal, nomeadamente porque a Austrália tem um controlo de fronteira bastante restrito, face aos influxos maciços de refugiados, bem como devido à nova lei adotada neste campo que, desde já, está a ter várias críticas, principalmente quanto ao tempo de detenção.

241 Walter Kalin e Jorg Kunzli in *Article 1F (b): Freedom fighters, terrorists and the notion of Serious non-political crimes*, IJRL Special Supplementary Issue on Exclusion, Oxford University Press, 2000, pág. 77.

do mesmo foi atingido, se a natureza do ato é proporcional à violência perpetrada, para além das intenções subjetivas do autor<sup>242</sup>.

Continuando, denote-se, com relevância, que o crime cometido deverá ter sido fora do país onde o requerente procura refúgio pois, caso contrário, não será de trazer à colação estas cláusulas, mas sim o exposto no art. 33.º, n.º 2 da Convenção de Genebra de 1951 quanto às exceções do Princípio do Non-Refoulement<sup>243</sup>.

Ademais, deve ter-se em consideração que a expressão 'crime' não tem o mesmo significado para todos os Estados, bem como, ainda mais, a expressão 'crime grave'. Como tal, defende o ACNUR que deve ser considerado como crime grave, o crime de homicídio e outros atos puníveis de forma equivalente pela lei<sup>244</sup>. Neste sentido, Guy S. Goodwin-Gill explica que crimes graves são aqueles que implicam a ameaça da integridade física, a vida e a liberdade, tais como o homicídio, roubo, violação, tráfico de droga e abuso de menores<sup>245</sup>. Neste termos, a lei penal portuguesa considera como grave ou doloso a conduta punível com pena de prisão superior a 3 anos, nos termos do art. 9.º, n.º 1, alínea c), ponto iii) da Lei do Asilo<sup>246</sup>.

Neste sentido, a natureza criminosa dos atos perpetrados é determinada pelas autoridades de cada Estado, sendo este que se determina se os atos do requerente têm ou não relevância penal<sup>247</sup>. Como tal, deve ser procurado um justo equilíbrio entre a natureza do crime cometido e a condenação receada por esse ato, pelo que devem ser tomadas em consideração todas as circunstâncias do caso, nomeadamente circunstâncias agravantes e atenuantes<sup>248</sup>.

---

242 Neste sentido cf. nota 214, pag. 311.

243 Idem nota 223, pág. 270.

244 Manual, pág. 38.

245 In *The Refugee in International Law*, 2.ª Edição, Clarendon Press Oxford, 1996, pág. 105 e ainda nota 223, pág. 268 e ainda James C. Hathaway in *The law of refugee status*, Butter Worths, 1991, pág. 224.

246 Este artigo refere a cláusula de exclusão em apreço e estabelece a respetiva moldura penal.

247 Face a este critério, se no Estado de origem o ato for considerado crime e no país de refúgio não o ser, é neste último que a qualificação do ato é relevante, e vice-versa. O mesmo se aplica para a natureza política ou não do ato.

248 É de especial relevância o facto de o requerente já ter cumprido a sua pena, ter-lhe sido concedido perdão, amnistia, casos em que a cláusula em causa não pode ser aplicada, salvo demonstração de que o carácter criminoso do individuo permanece. Por outro lado, deve ser considerado o facto de como o crime foi cometido, a sua intenção e modo, bem como atos instrumentais anteriores e posteriores ao mesmo. Neste sentido ver nota 223, pág. 276 e ss.

Assim, de modo sucinto, um ato é considerado como um crime grave de direito comum quando, por um lado não tem natureza política face aos objetivos que pretende atingir e, por outro lado, são atos particularmente cruéis ou desumanos<sup>249</sup>, face à intenção e bem jurídico lesado, puníveis com pena de prisão superior a 3 anos.

**Subcapítulo 4) Atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas (Art. 1.º-F, c))**

De facto, desde logo, esta norma aponta para o facto de se pretender englobar potenciais atos que não se pudessem enquadrar dentro do escopo das anteriores cláusulas; porém, aponta mais especificamente para os artigos 1.º<sup>250</sup> e 2.º<sup>251</sup> da Carta das Nações Unidas que enumeram os objetivos desta organização e os princípios que devem moldar as relações geopolíticas da

---

249 Esta é a aceção da Diretiva 2004/83/CE, já exposta no Capítulo III, da Parte I.

250 Os objetivos das Nações Unidas são: 1. Manter a paz e a segurança internacionais e para esse fim: tomar medidas coletivas eficazes para prevenir e afastar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão, ou outra qualquer rutura da paz e chegar, por meios pacíficos, e em conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajustamento ou solução das controvérsias ou situações internacionais que possam levar a uma perturbação da paz; 2. Desenvolver relações de amizade entre as nações baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal; 3. Realizar a cooperação internacional, resolvendo os problemas internacionais de carácter económico, social, cultural ou humanitário, promovendo e estimulando o respeito pelos direitos do homem e pelas liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

251 A Organização e os seus membros, para a realização dos objetivos mencionados no artigo 1º, agirão de acordo com os seguintes princípios: 1. A Organização é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros; 2. Os membros da Organização, a fim de assegurarem a QUASE todos os direitos e vantagens resultantes da sua qualidade de membros, deverão cumprir de boa-fé as obrigações por eles assumidas em conformidade com a presente Carta; 3. Os membros da Organização deverão resolver as suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo a que a paz e a segurança internacionais, bem como a justiça, não sejam ameaçadas; 4. Os membros deverão abster-se nas suas relações internacionais de recorrer à ameaça ou ao uso da força, quer seja contra a integridade territorial ou a independência política de um Estado, quer seja de qualquer outro modo incompatível com os objetivos das Nações Unidas; 5. Os membros da Organização dar-lhe-ão toda a assistência em qualquer ação que ela empreender em conformidade com a presente Carta e abster-se-ão de dar assistência a qualquer Estado contra o qual ela agir de modo preventivo ou coercitivo; 6. A Organização fará com que os Estados que não são membros das Nações Unidas ajam de acordo com esses princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais; 7. Nenhuma disposição da presente Carta autorizará as Nações Unidas a intervir em assuntos que dependam essencialmente da jurisdição interna de qualquer Estado, ou obrigará os membros a submeterem tais assuntos a uma solução, nos termos da presente Carta; este princípio, porém, não prejudicará a aplicação das medidas coercitivas constantes do capítulo VII.

comunidade internacional<sup>252</sup>, bem como advém do texto do artigo 14.º, n.º 2 da Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>253</sup>.

Em termos gerais, o objetivo principal das Nações Unidas é a manutenção da paz, seguindo-se pela manutenção das relações amigáveis entre os Estados e a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais. Quanto aos princípios, estes são sete e dizem respeito à igualdade soberana, boa-fé, resolução pacífica dos conflitos, renúncia à ameaça no uso da força, dever de cooperação, abertura à adesão de novos Estados e respeitos pelas instâncias nacionais.

Ora, face a este leque de objetivos e princípios, a primeira lição a retirar é a de que estes são premissas historicamente datadas, construídas face a uma época social e política muito específica, pelo que a doutrina tem cada vez mais clamado por uma atualização e flexibilização deste acervo, de acordo com as preocupações da atual comunidade política internacional.

Neste sentido, Schrijver<sup>254</sup> aponta alguns novos objetivos que devem ser incluídos neste leque, nomeadamente descolonização, promoção do desenvolvimento, conservação ambiental e controlo dos conflitos interestaduais. Na mesma ordem, sendo a Carta das Nações Unidas um instrumento vivo e sujeito às diversas modificações da consciência internacional, também se devem assentar novos princípios, desde logo, face ao desenvolvimento políticos e novos Estados criados. Como tal, o autor supra mencionado explica que devem, igualmente, ser princípios das Nações Unidas a autodeterminação dos povos, o respeito pelos mais básicos direitos humanos e a observância do direito internacional humanitário<sup>255</sup>.

Quanto à sua aplicação, muitos são os autores que defendem que esta cláusula somente se aplica aos indivíduos que tenham praticado atos no exercício de poder de um Estado e ter contribuído materialmente para a violação desses princípios e objetivos<sup>256</sup>. Porém, a doutrina tem

---

252 Para uma explicação mais detalhada seguir Edward Kwakwa in *Article 1F (c): Acts Contrary to the Purposes and Principles of the United Nations*, I.J.R.L. Special Supplementary Issue on Exclusion, Oxford University Press, 2000.

253 Expõe que: 1. Toda a pessoa sujeita a perseguição tem o direito de procurar e de beneficiar de asilo em outros países. 2. Este direito não pode, porém, ser invocado no caso de processo realmente existente por crime de direito comum ou por atividades contrárias aos fins e aos princípios das Nações Unidas.

254 Estes novos objetivos são analisados por Nico J. Schrijver in *Interpreting the Principles and the Purposes of the United Nations*, artigo de Refugee Law in Context: The Exclusion Clause, Edição de P. J. van Krieken, 1999 The Hague, Asser Press.

255 Ver supra nota 254.

256 Nesta defesa, ACNUR in Manual de Procedimentos e Critérios a Aplicar para determinar o Estatuto de Refugiado, Genebra, 1992, pág. 40.

demonstrado que estes objetivos e princípios podem ser violados por qualquer pessoa que, através dos seus atos, ponha em causa as relações estabelecidas entre Estados<sup>257</sup>; este é o caso de bombardeamentos entre países vizinhos que, em muitos dos casos, são perpetrados por civis membros de organizações não-governamentais<sup>258</sup> e, desse modo, ameaçam a paz e segurança internacionais.

Esta última cláusula, em geral, pretende que, essencialmente, agentes de autoridade explorando essa mesma autoridade ponham em causa a paz nacional e internacional, debilitando as próprias fundações da consciência da comunidade internacional.

Antes de passar ao ponto seguinte, deve ser trazida à colação uma última questão quanto à aplicação concreta destas Cláusulas de Exclusão expostas, nomeadamente qual o nível de prova exigido. Na realidade, o art. 1.º-F da Convenção de 1951 refere que as cláusulas de exclusão se aplicam quando “haja razões ponderosas para pensar que”, ou seja, defende o ACNUR no Manual supra indicado que é suficiente demonstrar esta ponderação, não sendo necessária uma prova formal de anterior processo judicial<sup>259</sup>, pelo que a sua interpretação e aplicação deve ser feita restritivamente e ser admitido o benefício da dúvida<sup>260</sup>. Por seu lado, no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (doravante, TPI) requer as mesmas provas que são necessárias para iniciar o Pré-Julgamento contra uma pessoa que recaia sobre a sua jurisdição<sup>261</sup>.

Assim, por um lado, pode-se ter em conta critérios formais, como por exemplo uma condenação efetiva, um processo pendente, uma acusação, por oposição, a critérios materiais, como um testemunho, um documento, uma informação ou outras provas reconhecidas no seio do sistema penal do país de refúgio<sup>262</sup>.

---

257 Neste sentido, ver Guy S. Goodwin-Gil in *The Refugee in International Law*, 2.ª Edição, Clarendon Press Oxford, 1996, pág. 113 e 114.

258 Nesta defesa, seguir Van Krieken in *Article 1-F: an introduction* apud Geoff Gilbert in *Current Issues on the application of the exclusion clauses*, paper para UNHCR, 2002, pág. 456.

259 Como igualmente indica James C. Hathaway in *The Law of Refugee Status*, Butter Worths, 1991, pág. 215. Ver ainda em *Background Note on the Application of the Exclusion Clauses*, UNHCR, Setembro de 2003, pág. 38 a 40. Seguir ainda Michael Bliss em *Serious Reasons for Considering: Minimum Standards of Procedural Fairness in the Application of article 1F Exclusion Clauses*, I.J.R.L., Volume 12, Special Supplementary Issues, 2000 e Lawyers Committee for Human Rights in *Safeguarding the Rights of Refugees under the Exclusion Clauses: Summary findings of the Project and a Lawyers Committee for Human Rights perspective*, I.J.R.L., Volume 12, Special Supplementary Issue, 2000.

260 *Summary Conclusions on Exclusion from refugee status*, Lisbon Expert Roundtable, Global Consultations for UNHCR, Maio, 2001.

261 Ver *Position on Exclusion from Refugee Status* de ECRE, PP1/03/2004, pág. 274.

262 Idem nota 261, pag. 274.



Neste ponto, existem diversas *nuances* que podem surgir aquando da verificação concreta do caso, sendo uma das principais a pertença a determinado grupo que pratica este tipo de crimes. O certo é que é defendido que deve existir uma responsabilidade individual (e não coletiva) pela prática do crime, devendo-se entender-se que a mera pertença a determinado grupo não é, por si só, excludente. Por outro lado, neste momento deve ter-se igualmente, em consideração a posição ocupada dentro do grupo<sup>263</sup>, pois posições de superioridade na cadeia de comando indicam que existia um elevado nível de conhecimento e, até, concordância com determinados atos, o que pode evidenciar com mais relevância existirem motivos sérios para excluir aquele requerente<sup>264</sup>.

Assim, a exclusão só deverá ocorrer quando existam provas suficientes e plenas para acreditar que existiu um envolvimento pessoal do requerente de asilo na prática daquele ato, estabelecendo-se, desse modo, uma específica responsabilidade individual capaz de ser punida, ao nível da verificação de todos critérios que sustentem a responsabilidade do indivíduo.

Para terminar quanto às cláusulas de exclusão, uma nota para relevar a sua importância e aplicação no sistema atual de direitos humanos. De facto, como expõe Michael Kingsley Nyinah, os vários conflitos internos e políticos que geram extremas violações de direitos humanos, convidam a um maior escrutínio deste artigo, nomeadamente, devido a duas questões, por um lado, as questões políticas e, por outro lado, os desafios procedimentais e conceptuais<sup>265</sup>. Este explica que, no que diz respeito à primeira questão, tem sido aumentada a visão politizada do artigo em causa, principalmente, na demarcação de fronteiras entre as vítimas e aqueles não merecedores de proteção. Em relação à segunda questão, os desafios colocam-se na delimitação do âmbito de aplicação destas cláusulas, isto é, quem são, individualmente, as pessoas no sentido deste artigo e qual a prova necessária a fazer para estabelecer esta exclusão.

Aliás, ao nível dos propósitos das instâncias nacionais, as políticas de perseguição de criminosos internacionais, o âmbito que a lei de extradição está a atingir e os variados acordos entre

---

263 Nos artigos 28 e 29.º do Estatuto de Roma é feita particular relevância da penalização dos chefes militares e cargos oficiais. Neste sentido, ainda o acórdão do TJUE B. e D, contra Alemanha já analisado na Parte I, capítulo 3, subcapítulo 2.

264 Neste sentido, Geoff Gilbert in *Current Issues in the application of the exclusion clauses*, paper to UNHCR, 2002, pág. 444 e ss.

265 In *Exclusion under Article 1F: Some reflexions on context, principles and practice*, I.J.R.L., Volume 12, Special Supplementary Issue, 2000; Ademais, menciona ainda Geoff Gilbert in *Current Issues in the application of exclusion clauses*, paper para UNHCR, Maio, 2001, que uma nova interpretação e atenção tem sido dada às cláusulas de exclusão devido à própria evolução da lei de extradição.

Estados, tem aumentado um interesse por estas Clausulas e levado a uma interpretação e aplicação subsequente do seu escopo cada vez mais alargado.

Ora, na realidade, esta interpretação das cláusulas de exclusão é adversa, pois a sua essência é a do direito internacional humanitário, dos direitos humanos, das vítimas de perseguição ou sua ameaça. Como tal, este tipo de aplicação poderá gerar, como continua o referido doutrinário, a um clima de asilo restritivo, a uma desatenção face ao Estado de direito e ao direito de asilo, ameaçando, em alguns casos, à derrogação deste direito a pessoas que poderiam ser, legitimamente, consideradas como refugiadas, já que, em vários casos, a tendência é a de encontrar respostas fora do direito dos refugiados e distanciando-se dos princípios identitárias das cláusulas de exclusão.

Deste modo, considero que será necessária uma nova apreciação do âmbito de aplicação destas Cláusulas, pelos órgãos estaduais e internacionais, reforçando-se a sua natureza humanitária e aproximando-as dos instrumentos que as criaram, no centro dos direitos humanos e dos refugiados.

### **Capítulo III) A Questão do Equilíbrio entre o Princípio do Non-Refoulement e as Cláusulas de Exclusão: Desequilíbrio, Equilíbrio e Pós-Equilíbrio**

#### **Subcapítulo 1) Enquadramento Temático**

Nesta terceira parte, chegamos ao “coração” do presente estudo e, nas palavras de Andreia Sofia Oliveira, o problema coloca-se de forma, deveras, simples:

“Nos termos da atual lei (quer a Lei nacional, Lei do Asilo, mas como também ao nível dos variados acordos e tratados internacionais), se algum destes pressupostos negativos ou cláusulas de exclusão se encontrar preenchido em relação a alguém que tenha pedido proteção internacional, não só não lhe poderá ser reconhecer o estatuto de refugiado, como também não lhe poderá ser concedida proteção subsidiária (...) Na maior parte das vezes, não poderão ser expulsas para os respetivos países de origem, porque têm fundado receio de sofrer perseguição ou ofensas graves aos seus direitos fundamentais e a sua expulsão consubstanciaria, eventualmente, uma violação das obrigações internacionais... [acrescento, nomeadamente, o Princípio do Non-Refoulement]”<sup>266</sup>.

Desta forma, a questão que se coloca neste momento é, de como estes institutos podem ser perspetivados conjuntamente, como deve ser feito o balanço dos interesses protegidos por cada um deles, bem como quais as situações mais críticas ao nível da prática administrativa e jurisdicional.

Porém, esta terceira parte vai mais longe; na realidade, não se pretende somente analisar esta questão de equilíbrio entre os institutos em causa, mas também extravasar este raciocínio e questionar qual o caminho a seguir quando o equilíbrio não é possível, ou seja, quando ambos os institutos conduzem a soluções contraditórias ou quando somente um deles poderá ser aplicado e, como tal, qual o estatuto (se é que existe) a conceder ao requerente/refugiado.

Ora, é neste mesmo ponto que se inicia a grande questão desta dissertação: como se consegue compor uma aplicação equilibrada e justa entre os interesses e bens protegidos pelo art.

---

<sup>266</sup> In *O novo Direito de Asilo Português – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, Edição da FDUL, Coimbra Editora, 2010;

1.º - F e o art. 33.º, n.º 1, ambos da Convenção de Genebra, tendo em conta os limites de aplicação de cada um deles.

Como bem menciona James C. Hathaway, “os Estados que recebam um pedido de extradição (por exemplo) de um refugiado que tenha cometido um crime, do mesmo Estado que o irá perseguir, tem a seu cabo uma difícil decisão”. Por outro lado, “os Estados não são obrigados a garantir asilo a pessoas que cometeram crimes graves, simplesmente porque será expectável que será exposto a determinados perigos. Assim, um equilíbrio próprio e justo entre todas estas considerações envolvidas deve ser assegurado”<sup>267</sup>.

De facto, o que acontece na questão agora em especial análise é que, mesmo que seja efetuado um pedido de asilo, esse mesmo pedido pode ser recusado nos termos já expostos do art. 1.º - F da Convenção de Genebra, excluindo o requerente desse estatuto. De facto, a questão das cláusulas de exclusão diferencia-se da questão de saber se alguém pode ser ou não legalmente devolvido ao seu país de origem. Na realidade, o que aqui se questiona é a questão de quando alguém é excluído do estatuto de refugiado (e ainda do estatuto de proteção subsidiária, também se lhes aplicam as mesmas cláusulas de exclusão), não pode, mesmo assim, ser expulso para o seu país de origem ou país terceiro, face à norma do Princípio do Non-Refoulement que refere, no seu art. 33.º da Convenção de Genebra, que não se pode expulsar “in any manner whatsoever”<sup>268</sup>.

Ora, face a este problema, questiona-se como podem estes dois institutos subsistir em consonância, no caso concreto, pois que existem duas formas de perspetivar esta mesma querela: por um lado, existem autores que entendem que o princípio do Non-Refoulement tem natureza *de ius cogens* e de primado internacional, pelo que as suas provisões não podem nunca ser derogáveis<sup>269</sup>; por outro lado, existem autores que advogam que este princípio é permeável a determinadas situações, como nos casos de segurança nacional e criminalidade grave, face à expressão “reasonable grounds” no n.º 2 do art. 33.º mencionado.

---

267 In *The Law of Refugee Status*, Butter Worths, 1991, pag. 224.

268 Raciocínio também explicitado por Colin Harvey in *The Right to seek asylum in the European Union*, E.H.R.L.R., Issue 1, Sweet & Maxwell Ltd, 2004.

269 Este raciocínio advém da consideração de que existe um dever geral de assegurar o respeito aos direitos humanos, decorrentes da dignidade da pessoa humana, cuja aplicação deve ser erga omnes, já que cada Estado tem interesse legal, social e político na salvaguarda destes direitos. Nesse sentido, também o Princípio do Non-Refoulement, pela sua aplicação própria, deve ser considerado uma obrigação erga omnes entre os Estados e outros atores internacionais, por António Augusto Cançado Trindade in *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Sérgio António Fabris Editor, 2003, pag. 426 e ss. Ver ainda, Jean Allain in *The jus cogens Nature of non-refoulement*, I.J.R.L., Vol. 13, n.º 4, 2002;

Como tal, aquilo que se pretende neste momento é demonstrar como este equilíbrio pode, na prática, ser assegurado, tendo em conta os interesses de proteção específicos de cada crime cometido no âmbito do art. 1.º F da Convenção de 1951, sendo que para uma melhor ordem metodológica será de verificar, primeiramente as cláusulas a) e c) do art. 1.º F da Convenção de Genebra – tendo em conta a gravidade que encerra os mesmos – seguindo-se a análise, mais controversa, da conjugação do Princípio do Non-Refoulement com a cláusula de exclusão exposta na alínea b) do mencionado art. 1.º-F.

### **Subcapítulo 2) O Princípio do Non-Refoulement e a sua Aplicação aos Autores de Crimes de Guerra, contra a Paz e a Humanidade e os Atos contrários aos Objetivos e Princípios das Nações Unidas**

Iniciando com a primeira grande cláusula de exclusão, no que diz respeito ao crime exposto na alínea a) do Art. 1.º-F, desde logo expõe Guy S. Goodwin-Gill que, a natureza destes crimes é extremamente séria, pelo que não existe qualquer margem de manobra para proporcionalidade ou mediação com uma possível gravidade de perseguição que o requerente possa sofrer, face à gravidade da sua conduta. Como tal, quando estejam em causa estes crimes, esta cláusula de exclusão aplica-se independentemente do mérito e outras circunstâncias do pedido<sup>270</sup> de asilo.

Desta forma, no caso de crimes contra a paz, contra a Humanidade e crimes de guerra a proteção do Princípio do Non-Refoulement não se coloca, pois a gravidade dos crimes cometidos, a intenção e amplitude dos mesmos, bem como os bens jurídicos que se pretendem proteger com esta norma suplantam qualquer circunstância individual do requerente de asilo/refugiado.

Ora, acontece que os crimes perpetrados no âmbito desta alínea a) são, de tal forma, graves que a comunidade internacional reconhece que a sua mera expulsão e não aplicação do Princípio do Non-Refoulement não é nem pode ser suficiente, devendo existir um dever de penalização dos perpetradores destes crimes<sup>271</sup>. Nestes casos, é trazido à colação o Princípio da

---

270 In *The Refugee in International Law*, 2.ª Edição, Clarendon Press Oxford, 1996, pág. 97.

271 Neste sentido entende o Lawyers Committee for Human Rights in *Safeguarding the Rights of Refugees under the Exclusion Clauses: Summary Findings*, I.J.R.L., Vol. 12 Supplementary Issue, 2000, pag. 322.

jurisdição universal<sup>272</sup>, em que face à gravidade deste crime, o Estado pode chamar a si o dever de julgar aquele indivíduo<sup>273</sup>.

Admite, neste ponto, Joan Fitzpatrick<sup>274</sup> trazer à colação ainda, o Princípio *aut dedere aut judicare*, inscrito no art. 7.º da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura que, resumidamente, estabelece que os Estados devem ou extraditar ou trazer à Justiça (como por exemplo, ao TPI) os perpetradores de determinados crimes que envolvam tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, ou seja, no caso em concreto, aqueles que preenchem a alínea a) do art. 1.º F da Convenção de 1951. Desta forma, os Estados têm a obrigação de notificar o Estado que requereu a extradição ou para o qual pretende expulsar o requerente/refugiado de que o mesmo cometeu crimes de guerra, contra a paz ou a humanidade, pelo que deve ser julgado pelos mesmos<sup>275</sup>.

Neste sentido, deve ser tidos em consideração os casos em que os requerentes/refugiados confessam os crimes cometidos às autoridades nacionais, permanecendo a questão de se estas devem estar obrigadas a entregar estes indivíduos quer ao país de origem ou aos tribunais internacionais, tendo em conta que são o Estado de asilo. Ora, nesta questão, Joan Fitzpatrick defende que é preferível que estes indivíduos sejam julgados nos Estados onde os crimes foram cometidos, através de um sistema penal justo e equitativo e que, conseqüentemente sejam entregues ao competente tribunal internacional, nomeadamente o Tribunal Penal Internacional<sup>276</sup>,

---

272 Princípio segundo o qual existem determinados crimes, nomeadamente crimes de guerra, contra a humanidade e genocídio, que são internacionalmente reconhecidos como as mais graves violações do direito internacional, de modo a que os seus perpetradores possam ser sancionados pelas suas ações. A comunidade internacional veio a aceitar que nestes crimes, os Estados têm o direito e o dever de trazer à Justiça os responsáveis, mesmo nas situações em que os seus países de origem não persigam a sua penalização, isto é, independentemente da sua nacionalidade, da nacionalidade das vítimas ou do lugar em que ocorreram, pelo que a maior característica deste Princípio é a sua extraterritorialidade, ou seja, os indivíduos deixam de ser acusados e condenados no país da sua nacionalidade, mas podem ser julgados por outros Estados, com interesse na causa. O TEDH veio já afirmar que independentemente do país onde tenha sido cometido o delito, a nacionalidade da vítima e do autor ou do país onde está localizado esse crime quando iniciado o processo, os tribunais, dentro de certas condições e limites, podem julgar o perpetrador desse crime. Porém, existem Estados (ex. EUA) que são fortes opositores de uma plenitude do Princípio da Jurisdição Universal, já que este princípio pode pôr em causa a soberania estadual e pode consistir numa violação do dever de não ingerência dos Estados.

273 Quanto ao princípio da jurisdição universal, seguir a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso *Jorgic v. Alemanha* de 12.07.2007.

274 In *The Post-Exclusion Phase: Extradition, Prosecution and Expulsion*, I.J.R.L., Vol. 12, Special Supplementary Issue, 2000, pag. 278 e ss.

275 Joan Fitzpatrick in *The Post-exclusion phase: Extradition, Prosecution and Expulsion*, I.J.R.L., Vol. 12, Special Supplementary Issue, 2000, pag.

279. Acrescente-se que, apesar do ACNUR ter um importante papel de auxílio na perseguição daqueles que devem ser trazidos perante os tribunais internacionais, o certo é que este envolvimento é limitado, pois que o ACNUR está vinculado a este princípio através das normas de direito internacional, pelo que a este nível muito é deixado ao carácter das instâncias nacionais.

276 Raciocínio também defendido no Documento de Trabalho da Comissão sobre a Relação entre a salvaguarda da segurança interna e o respeito das obrigações e dos instrumentos de proteção internacional, COM/2001/0743 final, pag. 10.

que através dos seus artigos 5.º e ss tem jurisdição sobre os crimes constantes desta alínea a). Somente quando não existe possibilidade de extradição e/ou entrega a tribunal internacional é que o Estado de asilo deve deitar mão ao já mencionado Princípio da jurisdição universal<sup>277</sup>, isto é, conforme expõe Geoff Gilbert, o TPI não é o único meio de assegurar a não impunidade destes indivíduos, mas representa a melhor solução alternativa à perseguição e retorno a um Estado onde a sua vida ou liberdade estariam ameaçadas<sup>278</sup>.

Na realidade, cada vez mais os Estados procuram a entrega dos indivíduos que cometeram crimes de guerra, contra a paz ou contra a humanidade (em muito parte à sua imprescritibilidade), existindo uma ligação evidente entre o princípio *aut dedere aut judicare* e o princípio da jurisdição universal, pelo que, nestes crimes, se defende que os Estados de refúgio devem negar o asilo e enfatizar as suas responsabilidades internacionais de perseguição deste tipo de criminosos<sup>279</sup>. Com o Estatuto de Roma, estas questões estão já, praticamente, resolvidas visto que o mesmo estabelece normas de jurisdição específicas, designadamente expondo a obrigação dos Estados entregarem os suspeitos de perpetrarem os crimes em causa para julgamento ou, caso esta entrega não seja possível, a perseguição interna dos mesmos<sup>280</sup>.

Neste sentido, os Estados podem adotar 3 medidas essenciais: a) julgar o indivíduo excluído com base no princípio da jurisdição universal; b) extraditar o indivíduo para o seu país de origem ou país terceiro para que seja julgado pelos seus crimes nesses Estados, desde que asseguradas todas as suas garantias internacionais, nomeadamente a sua integridade e direito a um julgamento justo; c) entregar o indivíduo para que seja julgado no Tribunal Penal Internacional<sup>281</sup>.

Assim, aquando da aplicação desta alínea num caso concreto, existem dois preponderantes deveres: por um lado assegurar que aquele que cometeu graves crimes é trazido à justiça e se responsabilize pelos seus atos, bem como certificar que este continua a beneficiar da proteção internacional dos seus direitos<sup>282</sup>.

---

277 Idem supra nota 275, pag. 283.

278 In *Current Issues in the Application of the Exclusion Clauses*, Paper for UNHCR, Expert Roundtable, Lisboa, Maio, 2001, pag. 468.

279 Raciocínio exposto pelo ECRE in *Position on Exclusion from Refugee Status*, PP1/03/2004/Ext/CA, 2004, pag. 283.

280 Supra nota 275, pag. 286 e 287.

281 Cf. supra nota 271, pag. 322.

282 Cf. supra nota 271, pag. 322.

Ora, outra não podia ser a conclusão perante os crimes que estamos aqui a visualizar: como exposto na Parte II, capítulo 2, este tipo de crimes traduzem-se pela sua seriedade, pela natureza dos atos, extensão das suas consequências e motivos inerentes, não havendo espaço para exceções a esta responsabilidade<sup>283</sup>, estando já fixada a necessidade de combater a impunidade dos perpetradores deste tipo de crimes. Se assim não se fosse, estar-se-ia a proteger o requerente em contraposição à vítima, sendo certo que face à gravidade dos atos cometidos, devem ser balanceados os bens jurídicos em causa. Como tal, a harmonia entre os povos, a proteção de uma raça, religião ou povo, a segurança da comunidade internacional são direitos inderrogáveis e cujo âmbito não permite qualquer exceção.

Ademais, caso se protegesse estes indivíduos concedendo-lhes asilo ou, simplesmente, não expulsando para o Estado que requer a sua extradição pelos crimes cometidos ou não os entregando ao TPI, estar-se-ia a iniciar uma cláusula impunitiva, apoiada na despenalização dos atos cometidos, facto que a comunidade internacional não pode permitir.

Deste modo, não devem ser permitidas quaisquer exceções a esta responsabilidade, pelo que não se coloca a questão de equilíbrio entre a alínea a) do art. 1.º F com a proteção contra o *refoulement*, ou seja estes crimes levam sempre à exclusão independentemente do receio de perseguição do requerente<sup>284</sup>.

Sendo certo que, estes indivíduos sempre são protegidos contra eventuais ameaças, tortura e tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; o certo é que, caso esta situação se coloque, os bens jurídicos das vítimas que se pretendem proteger com a sua entrega ao TPI ou ao país de origem são superiores ao direito do indivíduo ameaçado.

Este é o raciocínio exposto por Hathaway, quando explica que os redatores da Convenção pretenderam garantir que o estatuto de refugiado não fosse aplicado a criminosos de guerra e outros que pudessem ou já tivessem colocado em causa a segurança e moralidade internacional, sendo que, nestes casos a decisão de exclusão – mesmo quando o indivíduo está em risco de

---

283 Assim expõe James C. Hathaway in *The law of refugees status*, Butter Worths, 1991, pág. 220.

284 Geoff Gilbert in *Current Issues in the Application of Exclusion Clauses*, Paper for UNHCR, Expert Roundtable, Lisboa, Maio, 2001, pag. 453.



sofrer perseguição no seu país de origem – está já enraizada na prática da comunidade internacional<sup>285</sup>.

O que acontece com a alínea a) do art. 1.º F em relação ao art. 33.º, n.º 1 é que a vinculação dos Estados às obrigações internacionais inerentes – proteção contra tortura e perseguição dos criminosos de guerra, de atos contra a paz ou humanidade – se sobrepõe, com particular incidência pela sua obrigação internacional de perseguição de criminosos de guerra e equiparados, isto é, o elemento criminal superioriza e substitui o carácter de refugiado *bona fide*<sup>286</sup>, pelo que não existe qualquer balanço entre interesses a fazer. Acresce que, como já mencionado supra, a própria Convenção das Nações Unidas contra a Tortura no seu art. 7.º, estabelece que os Estados devem ou extraditar ou trazer à Justiça aqueles perpetradores de determinados crimes que envolvam tortura, pelo que, extensivamente inclui os atos perpetrados enquanto crimes de guerra e crimes contra a paz ou humanidade.

Assim, pode-se concluir que apesar de o Princípio do Non-Refoulement ser percecionado, em geral, como princípio geral de direito internacional e verdadeiro *ius cogens*, dele devem ser excluídos determinados crimes que, em caso contrário, face à sua gravidade levariam a uma cláusula de despenalização criminal internacional.

Neste sentido, deve ser feita a monitorização da entrega do requerente, de modo a que os seus direitos sejam assegurados e os motivos pela qual a expulsão e desproteção foram feitas sejam atingidos, sendo que só assim se poderá eficazmente acautelar os interesses individuais, estaduais e normativos envolvidos.

Todavia, existem situações limites que esta monitorização não seja possível, sendo que a última alternativa que se apresenta ao Estado é, sem mais, a sua entrega sem garantias ao Estado do país de origem ou terceiro ou a proteção desse indivíduo. Neste caso, os Estados devem ponderar todos os interesses envolvidos no caso, nomeadamente os crimes praticados pelo indivíduo, a sua perigosidade para o Estado de refúgio e o impacto social da sua proteção, pelo que somente os agentes estaduais e as respetivas políticas de asilo poderão responder casuisticamente.

---

285 In *The Law of Refugee Status*, Butter Worths, 1991, pag. 214.

286 Michael Kingsley Nyinah in *Exclusion under article 1F: Some reflections on Context, Principles and Practice*, I.J.R.L., Vol. 12, Special Supplementary Issue, 2000, pag. 306.

Acresce que, correspondentemente, todo o anterior exposto se aplica à alínea c) do art. 1.º - F, pois que esta pretende englobar potenciais atos que não se pudessem enquadrar dentro do escopo da anterior alínea, sendo uma exposição lata dos princípios e objetivos das Nações Unidas que, em *ultima ratio*, englobam igualmente os crimes contra a paz, contra a humanidade e crimes de guerra, tanto quanto estes simplesmente derogam as relações amigáveis entre os Estados e a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, bem como a igualdade soberana, a boa-fé, a resolução pacífica dos conflitos, a renúncia à ameaça no uso da força, o dever de cooperação, a abertura à adesão de novos Estados e o respeito pelas instâncias nacionais.

Como tal, os Estados de refúgio devem negar asilo a estes requerentes, entregando-os às autoridades que requerem a sua extradição ou expulsão, assegurando-lhes que os seus direitos são garantidos e que a penalização pelos seus atos seja concretizada.

### **Subcapítulo 3) O Princípio do Non-Refoulement e a sua Aplicação aos Autores os Crimes Graves de Direito Comum**

Estando definido o equilíbrio entre a Exclusão das alienas a) e c) do art. 1.º-F com o art. 33.º, n.º 1, ambos da Convenção de Genebra, e apesar de a questão parecer bastante clara no que a estas alíneas diz respeito, a resposta não é a mesma no que diz respeito à alínea b) desse artigo 1.º - F.

De facto, a fronteira entre a proteção assegurada pelo Princípio do Non-Refoulement e a Exclusão em caso de crimes graves de direito comum quando haja razões ponderosas para acreditar que estes foram cometidos, é deveras ténue, sendo aqui que a verdadeira questão do equilíbrio entre institutos se coloca.

Na realidade, a resposta prática aos casos em que as autoridades consideram que aquele indivíduo, factualmente, cometeu um crime grave de direito comum, mas que, igualmente existem provas reais de que a sua expulsão irá colocá-lo em sério risco de ver a sua integridade física, liberdade ou vida ameaçadas, é mais premente nesta alínea b), não só devido ao nível de prova exigido, bem como aos interesses que estão inerentes e ainda a perceção especial de crime grave de direito comum – que foi já explicitado no capítulo segundo, da Parte II.

Ora, desde já uma conclusão parece poder ser retirada: como refere James C. Hathaway, se a gravidade da perseguição e risco de tortura superiorizar significativamente a sua atividade criminal, o refugiado não poderá ser excluído nos termos do art. 1.º, F, b)<sup>287</sup>.

### **Ponto 3.1) A distinção entre os arts. 1.º - F, alínea b) e 33.º, n.º 2 da Convenção de Genebra de 1951**

Porém, antes de entrar nos meandros escorregadios desta questão, para uma perceção eficaz dos institutos envolvidos deve ser feita, desde logo, uma diferenciação sistemática entre este artigo e o conteúdo do art. 33.º, n.º 2 da Convenção de Genebra, ou seja, os casos excecionais de não aplicação da proteção contra o *refoulement* e o conteúdo do art. 1.º-F, alínea b).

De facto, esta distinção é essencial para a subsequente fase de entendimento da aplicação das cláusulas de exclusão com a proteção contra o *refoulement*, já que ambos os artigos mencionam a 'seriedade/gravidade' do crime praticado, contudo em modos e através de vias diferentes.

Na realidade, aquilo que se pretende é compreender os riscos associados com a exclusão, já que mesmo que o requerente possa ser um grave criminoso, é possível que a perseguição perpetrada no seu país de origem superiorize os interesses da extradição ou expulsão.

De facto, como foi mencionado nos capítulos precedentes, os Estados podem lançar mão do art. 1.º-F como cláusula de pré-admissão, com base num nível de prova relativamente baixo, visto que somente é necessária a prova de razões ponderosas que levem a considerar que o requerente terá cometido aqueles atos<sup>288</sup>. Por seu lado, o art. 33.º, n.º 2 da Convenção de Genebra em apreço, é a verdadeira provisão criminal, com um âmbito de aplicação mais alargado, já que possibilita aos Estados a expulsão de refugiados que tenham cometido crimes no país de refúgio ou cujo passado criminal os torne residentes indesejáveis naquele país, ameaçando a segurança nacional, mesmo que venham a sofrer graves formas de perseguição. Porém, a prova requerida neste artigo é mais específica, visto que exige a condenação judicial definitiva pela prática de um

---

287 In *The law of refugees status*, Butter Worths, 1991, pag. 225.

288 Ver supra nota 287, pag. 225

crime particularmente grave<sup>289</sup>, isto é, não serve para a aplicação uma prática de um crime grave, mas sim a prática de um crime particularmente grave, que o torna um perigo para a comunidade.

Denote-se, assim, que o facto de um refugiado ser considerado um perigo para a comunidade ou para a segurança e ordem pública não significa que o seu estatuto de refugiado cesse<sup>290</sup>, pois não se lhe aplicam as cláusulas de cessação expostas nos arts. 1.º - C a E da Convenção de Genebra, mas somente fica excluída da proteção própria do Princípio do Non-Refoulement, pois que uma das grandes diferenças entre estes dois artigos é, antes de mais, aquela mais básica: a de que o art. 1.º - F se aplica antes de ser concedido qualquer estatuto formal de refugiado, excluindo-o, dessa proteção; enquanto que o art. 33.º, n.º 2 aplica-se quer a quem já tem esse estatuto reconhecido formalmente e beneficia da proteção contra *refoulement*, bem como a requerentes de asilo, ou seja, independentemente de uma consideração formal do seu estatuto<sup>291</sup>, bastando a verificação da aplicação dos pressupostos existentes naquele art. 1.º - A, n.º 2 da Convenção de Genebra de 1951.

Como se pode verificar pelas anteriores referências breves a estes dois artigos, a grande diferença entre os mesmos situa-se em três pontos: no momento de aplicação temporal, quanto à prova exigida e quanto ao tipo de crime cometido.

No que ao primeiro ponto respeita, como foi já mencionado no capítulo 1, o art. 33.º, n.º 2 em causa aprecia uma futura ameaça daquele refugiado, em vez do disposto no art. 1.º-F que aprecia os atos cometidos no passado, visto que o artigo exige que os crimes tenham que ter sido cometidos antes da admissão do mesmo ao país em que requer asilo<sup>292</sup>. Desta forma, o Estado não pode basear a utilização desta exceção e, sem mais, justificar a expulsão do refugiado, através da condenação deste por atos anteriores à sua admissão como refugiado naquele país de refúgio, ou seja, somente uma real expectativa dos atos praticados no presente/futuro poderão ser considerados pelas autoridades estaduais.

---

289 Raciocínio exposto por James C. Hathaway in *The Law of Refugee Status*, Butter Worths, 1991, pag. 226.

290 Neste sentido, também Joan Fitzpatrick in *The Post-Exclusion Phase: Extradition, Prosecution and Expulsion*, I.J.R.L., Vol. 12, Special Supplementary Issue, 2000, pag. 288.

291 Sir Elihu Lauterpacht e Daniel Bethlehem in *The Scope and Content of the Principle of Non-Refoulement*, Opinion to UNHCR, Junho de 2001, pag. 53.

292 Neste sentido, James C. Hathaway in *The rights of refugees under international law*, Cambridge University Press, 2005, pag. 343.

Assim, pode concluir-se que se a conduta do refugiado é insuficientemente grave para o excluir da proteção própria da Convenção de Genebra de 1951, então é pouco provável que consiga satisfazer o limiar de prova mais elevado do art. 33.º, n.º 2<sup>293</sup>.

No que concerne ao segundo ponto, pode-se verificar que no art. 1.º-F, tal como exposto no ponto antecedente, a prova exigida baseia-se num critério material, enquanto que, por seu lado, o art. 33.º, n.º 2 baseia-se num critério estritamente formal, ou seja, no primeiro somente é requerido que haja razões ponderosas para considerar que aquele requerente de asilo tenha cometido os atos aqui expostos, seja através de uma suspeita, de uma indicação, de uma testemunha ou documento; enquanto que, por seu lado, o artigo 33.º, n.º 2 apresenta um escopo de aplicação bastante mais reduzido já que necessita que o refugiado, factualmente, tenha sido condenado por um crime particularmente grave e constitua, no momento, um perigo para a comunidade do país de refúgio<sup>294</sup>.

Ademais, acrescente-se, num último ponto, que o crime praticado para a aplicação de cada um destes artigos é, igualmente, deveras relevante, face ao índice de perigosidade que refugiado transmite, isto porque, ao contrário do art. 1.º-F em que se requer a prática de um crime grave, neste artigo os crimes têm que ser particularmente graves, o que constitui um limite de aplicação muito próprio deste artigo<sup>295</sup>.

Ora, face a estas considerações extrai-se que o artigo 33.º, n.º 2 é subsequente à aplicação do art. 1.º - F, pelo que somente o refugiado que ultrapasse o crivo destas Cláusulas de Exclusão, poderá ver aplicado o art. 33.º, n.º 2, desde logo porque este último menciona, na sua norma, os atos praticados por um refugiado no país que lhe deu abrigo, colocando em perigo esse Estado.

Deste modo, conclui-se que o artigo 33.º, n.º 2 funciona como uma válvula de segurança do país de refúgio, cobrindo todas as situações não incluídas nas Cláusulas de Exclusão, pelo que existe uma constante monitorização das atividades das pessoas admitidas a asilo.

Contudo, esta exceção permitida pelo art. 33.º, n.º 2 tem, na sua aplicação, as suas próprias limitações, desde logo porque os Estados – sabendo que a expulsão daquele refugiado irá expô-lo a eventuais tratamento de tortura, colocando em perigo a sua vida ou integridade física –

---

293 Supra nota 291, pag. 48.

294 James C. Hathaway in *The rights of refugees under international law*, Cambridge University Press, 2005, pag. 344.

295 Neste sentido, James C. Hathaway in *The rights of refugees under international law*, Cambridge University Press, 2005, pag. 350 e ss.

deverão por todos os meios envidar esforços para que a sua expulsão seja feita para um país terceiro seguro<sup>296</sup>.

Ora, este entendimento advém das tendências atuais de considerar o Princípio do Non-Refoulement como inderrogável e não sujeito a limitações, feitas ao nível jurisprudencial, mas também doutrinal, as quais consideram que o Princípio do Non-Refoulement é verdadeiro *ius cogens* pelo que não pode ser anulado ou substituído pelos Estados, quer unilateralmente quer como bilateral e multilateralmente<sup>297</sup>; sendo certo porém, que ao nível institucional, o ACNUR entende que podem existir casos em que tal princípio pode sofrer exceções<sup>298</sup>.

Em boa verdade, uma das maiores questões quanto à aplicação deste artigo coloca-se na aceção das expressões segurança nacional e ordem pública<sup>299</sup>, nomeadamente qual a perigosidade inerente a cada uma delas, pelo que, é neste ponto, que os Estados têm maior margem de apreciação<sup>300</sup>. Todavia, esta margem de apreciação tem o seu limite, desde logo, porque os Estados têm que apresentar factos razoáveis que evidenciam o comportamento que defendem, pelo que este limite é ainda mais cerceado que aquele do art. 1.º F, tal como exposto anteriormente.

Neste sentido, estas exceções devem estar sempre sujeitas à análise do risco de perseguição, tortura e tratamento desumano, cruel ou degradante, tendo que devem ser

---

296 Neste sentido, evidencia o TEDH no acórdão Chahal – estudado aquando da análise da jurisprudência deste Tribunal Europeu – que a ameaça representada por um indivíduo para a segurança nacional do Estado é um fator a ser pesado quando se considera a possível expulsão e exposição a tratamento contrário ao art. 3.º da CEDH, devendo ter-se em conta os vários graus de risco de maus-tratos, pois que quanto maior o risco de maus-tratos, menor peso deve ser dado à ameaça à segurança nacional, devendo haver um equilíbrio entre a proteção dos direitos do indivíduo e os interesses gerais da comunidade. No mesmo sentido, no acórdão Ahmed, o TEDH considerou que quanto à aplicação do art. 3.º da CEDH não existe margem para exceções e derrogações, mesmo no caso de ameaça à segurança pública da Nação.

297 Neste sentido ver Jean Allain in *The ius cogens nature of non-refoulement*, I.J.R.L., Vol. 13, n.º 4, 2002, pag. 541.

298 In *Note on the Principle of Non-Refoulement*, Novembro, 1997. Ver ainda Aoife Duffy in *Expulsion to face torture? Non-Refoulement in International Law*, I.J.R.L., Vol. 20, n.º 3, 2008, pág. 388.

299 Neste sentido também defende Guy S. Goodwin-Gill in *The Refugee In International Law*, 2.ª Edição, Clarendon Press Oxford, 1996, pag. 139, nomeadamente através das questões de segurança nacional e ordem pública.

300 Na realidade, na Alemanha parece existir uma sobreposição entre a norma deste art. 33.º, n.º 2 e o art. 1.º-F, al. b), isto porque os requerentes de asilo sentenciados a 3 anos de prisão são, por si só, considerados um perigo para a comunidade ou uma ameaça à segurança nacional e ordem pública. Assim decidiu o Tribunal Federal Alemão quanto a 3 requerentes de asilo, considerados como oficiais com cargos elevados numa organização terrorista. Neste sentido, Geoff Gilbert in *Current Issues in the application of the exclusion clauses*, Paper for UNHCR, Expert Roundtable, Lisboa, Maio, 2001.

interpretadas de forma particularmente restritiva<sup>301</sup> e individualizada, isto é, devem ser denotadas as características pessoais do refugiado e da situação em causa.

Na realidade, o balanço a fazer entre o risco de perseguição e ameaça de vida e liberdade do refugiado com o perigo para a comunidade, acaba por estar na grande margem de apreciação dos tribunais, quanto ao facto de saber se aquele refugiado representa, realmente, um perigo para a comunidade face ao crime particularmente grave que cometeu e se a sua condenação por tal no país de refúgio será, por si só, suficiente para o considerar como um perigo para a segurança nacional e indesejável para a comunidade<sup>302</sup>.

Ora, esta mera subsunção normativa e restrita da norma não pode ser suficiente, devido às diversas circunstâncias que tendem a pender no caso concreto, nomeadamente o facto de o crime cometido poder ser particularmente grave e não ter qualquer consequência na comunidade, segurança nacional ou ordem pública<sup>303</sup>.

Nesta medida, é aconselhável aquando da aplicação deste artigo, uma análise da sua proporcionalidade, face aos objetivos que visa atingir, tendo-se em conta a gravidade do perigo para a segurança do Estado, a sua iminência, o facto de a expulsão do refugiado eliminar o perigo, a gravidade do risco do indivíduo face ao seu *refoulement*, entre outras circunstâncias próprias do caso concreto<sup>304</sup>.

Face ao anterior exposto, percebe-se que a querela neste ponto centra-se nos limites entre aquilo que são as proteções da segurança nacional e ordem pública com as derrogações das obrigações inerentes ao respeito pelos direitos humanos, tendo particular incidência na questão relativa ao equilíbrio entre o Princípio do Non-Refoulement e as Cláusulas de Exclusão, já que uma vez que o indivíduo possa preencher a norma de exclusão, não podendo ser objeto de retorno devido ao Princípio aqui em causa, caso o indivíduo permaneça no Estado de refúgio, sempre terá que ser feito o raciocínio atrás exposto quanto à norma do n.º 2 do art. 33.º, averiguando o seu

---

301 Idem supra nota 291, pag. 52.

302 Neste sentido, Guy S. Goodwin-Gill in *The Refugee in International Law*, 2.ª Edição, Clarendon Press Oxford, 1996, pag. 139.

303 É o caso de um refugiado por qualquer facto imprevisível cometer um crime passional ou privilegiado ao nível pessoal e, por isso, ser considerado no futuro um perigo para o Estado de refúgio. Assim também entende Geoff Gilbert in *Current Issues on the Application of the Exclusion Clauses*, Paper for UNHCR, Expert Roundtable, Lisboa, Maio, 2001, pag. 462.

304 Cf. nota 291, pag. 57 e 58.

impacto na sociedade – porém, esta questão ficará em aberto e voltar-se-á a ela após algumas considerações.

Na realidade, caso o requerente seja excluído com base no artigo 1.º - F da Convenção de Genebra relativa ao Estatuto de Refugiados, o indivíduo fica fora do âmbito de proteção própria da Convenção causa, pelo que a sua proteção advém não da própria Convenção, mas sim das obrigações de proteção de direitos humanos, como aquela inscrita no Princípio do Non-Refoulement listado no art. 3.º da Convenção contra a Tortura, já mencionada nos capítulos anteriores<sup>305</sup>; assim, mesmo que o direito internacional dos refugiados não proteja o indivíduo, outras garantias internacionais de proteção o farão, já que como mencionado anteriormente, a proteção geral contra a tortura é absoluta e inderrogável<sup>306</sup>.

### **Ponto 3.2) O Equilíbrio Propriamente dito**

Assim, e agora em especial quanto à questão objeto de estudo, na realidade parece estar assente para a doutrina internacional que, se a pessoa a ser excluída estiver perante um sério risco de perseguição, de modo a que veja ameaçada a sua vida ou liberdade, somente poderá ser expulsa com base nas mais sérias razões, pelo que, *a contrario*, apenas quando o receio de perseguição é inferior à natureza do crime, esta expulsão se sobrepõe ao interesse do indivíduo<sup>307</sup>.

Esta ideia foi, igualmente, exposta pelos redatores da Convenção quando relevam que deve ser exigido um justo equilíbrio entre todas as questões envolvidas, pois que mesmo que um requerente seja um criminoso, existe a possibilidade de a natureza da perseguição ser tal modo hedionda que ultrapasse a lógica inerente ao seu retorno, isto quer dizer que se a gravidade do receio superiorizar a significância criminal do ato do requerente, não é apropriado excluir com base nesta cláusula<sup>308</sup>.

De facto, em princípio crimes menores não levam à exclusão, mesmo que o requerente seja reincidente<sup>309</sup>. Contudo, é de denotar que a gravidade do crime varia de Estado para Estado e a

---

305 Raciocínio exposto por Michael Kingsley Nyinah in *Exclusion under Article 1F: Some reflections on Context, Principles and Practice*, I.J.R.L., Vol. 12, Special Supplementary Issue, 2000, pag. 301.

306 Geoff Gilbert, in *Current Issues in the Application of the Exclusion Clauses*, Paper for UNHCR, Expert Roundtable, Lisboa, Maio, 2001, pag. 476.

307 Neste sentido, Guy S. Goodwin-Gill in *The refugee in international law*, pags. 2.ª Edição, Clarendon Press Oxford, 1996, 106 e 107.

308 Raciocínio clamado por James C. Hathaway in *The Law of Refugee Status*, Butter Worths, 1991 pag. 224.

309 Geoff Gilbert in *Current Issues in the application of the exclusion clauses*, Paper for UNHCR, Expert Roundtable, Lisboa, Maio, 2001, pag. 450.



punidade imprimida ao crime em causa. Em todo o caso, as Orientação do ACNUR para a Exclusão<sup>310</sup> indicam que quanto mais grave for a perseguição receada caso o requerente seja retornado, maior será a gravidade do crime cometido, pelo que será necessário efetuar um equilíbrio entre estes interesses em causa e, principalmente, as consequência a longo prazo com a expulsão ou admissão do requerente de asilo.

Deste modo, coloca-se a questão de se será necessário gerir um certo grau de proporcionalidade entre a finalidade de excluir e o medo de perseguição do requerente? Neste ponto, Geoff Gilbert entende que não deve ser balanceado o receio de perseguição com a gravidade do crime cometido, defendendo que o medo de perseguição deve evitar o *refoulement* do indivíduo independentemente do crime por aquele cometido, sendo que o requerente de asilo deve ser julgado no Estado de acolhimento<sup>311</sup>.

Ora, não se concorda com a posição defendida, pois como exposto já anteriormente, não só a proteção contra o *refoulement* deve sofrer exceções – nomeadamente aquelas inscritas no art. 33.º, n.º 2 conforme anteriormente descrito – bem como, dependendo do crime grave de direito comum em causa e dos interesses de penalização do indivíduo pela sua conduta, estes podem ser superiores ao seu receio de perseguição, pelo que estes interesses devem ser balanceados, com base num princípio de proporcionalidade entre os mesmos.

De facto, são os tribunais ou as autoridades administrativas que aplicam, concretamente, as normas em causa, sendo certo que, tendo em conta a inexperiência destas na interpretação das situações em causa, deve ser intensificada quer a aplicação restritiva das Cláusulas de Exclusão, quer o princípio da proporcionalidade, de modo a que rejeite um aplicação objetiva e diretiva dos institutos em causa, bem como possam ser salvaguardados todos os direitos do requerente de asilo, comparando-os com os interesses do Estado de refúgio.

É neste ponto que surge a teoria do ‘teste do equilíbrio’, sendo a solução apontada para os casos dúbios de aplicação desta alínea b), ou seja, o que se propõe é uma ponderação de causalidade e proporcionalidade entre os meios, o alvo, os objetivos que se pretendem atingir e as

---

310 ACNUR, Orientações sobre Proteção Internacional - *A Aplicação das Cláusulas de Exclusão: O art. 1.º F da Convenção de 1951 relativa ao Estatuto de Refugiado*, 4 Setembro de 2003.

311 In *Current Issues in the application of the exclusion clauses*, Paper for UNHCR, Expert Roundtable, Lisboa, Maio, 2001, pag. 451.

consequências desse ato, que devem ser equilibradas com o medo/receio de perseguição que o autor diz vir a sofrer em caso de exclusão. Conforme expõe Michael Kingsley Nyinah<sup>312</sup>, a essência deste teste é a de conectar os vários elementos em causa: por um lado, os atos criminais do requerente de asilo e, por outro lado, o seu receio de perseguição e necessidade de proteção, de modo que se conclua que um desses elementos anula/substitui o outro<sup>313</sup>.

Porém, como se aplica este ‘teste do equilíbrio’ na prática administrativa e jurisprudencial? Como todas as teorias, esta somente pode ser considerada relevante se for possível a sua aplicação prática.

### **3.2.1) Hipóteses de concretização do Equilíbrio<sup>314</sup>**

#### **3.2.1.1) Caso A**

Assim, tenhamos em conta a seguinte hipótese: um indivíduo fugiu do seu país de origem e requereu asilo expondo que encontra-se impedido de voltar ao seu país de origem, pois decidiu deixar de pertencer a um grupo rebelde, de intuito político, no que lutava contra a tirania do governo estabelecido, pelo que em virtude da sua opinião política e pertença ao grupo em causa, o indivíduo alegava que caso fosse expulso para o seu país de origem enfrentaria, certamente, tortura e colocaria a sua vida e liberdade em risco. Ademais, tinha sido já condenado por decisão definitiva pelos atos cometidos naquele grupo, nomeadamente assassinato e roubo.

Ora, como exposto na Parte II, capítulo segundo, tendo em conta que no seio do grupo rebelde, o indivíduo chegou a cometer assassinatos e roubos, estes atos são considerados pela doutrina internacional como crimes graves de direito comum, na aceção da alínea b) do art. 1.º - F da Convenção de Genebra, pelo que, é certo que as autoridades administrativas competentes excluiriam este indivíduo da proteção própria concedida pelo estatuto de refugiado, nomeadamente, em Portugal, com base na aplicação do art. 9.º, n.º 1, ponto iii) da Lei do Asilo, porquanto se

---

312 Id. nota 305, pag. 306.

313 Id. nota 305, pag. 306. Quanto ao problema do equilíbrio entre os interesses do indivíduo e da comunidade, já o TEDH se tinha pronunciado sobre essa querela no Acórdão Soering – já analisado na Parte I, Capítulo 2, subcapítulo 3 da presente dissertação – expondo que é inerente ao sentido da Convenção Europeia dos Direitos do Homem a procura por um justo equilíbrio entre os interesses gerais da comunidade e os pedidos de proteção pelos direitos fundamentais do indivíduo.

314 Denote-se que os dois casos hipotéticos expostos são, somente, alguns dos inúmeros casos que podem se encontrar na prática jurisprudencial diária, tendo sido escolhidos para denotar algumas das fragilidades e críticas concretas dos sistemas existentes.

encontra estabelecido que “não pode beneficiar de asilo o estrangeiro ou apátrida quando existam razões ponderosas para pensar que praticou crimes dolosos de direito comum puníveis com pena de prisão superior a três anos, fora do território nacional, antes de ser admitido como refugiado”<sup>315</sup>.

Deste modo, uma das hipóteses pela aplicação das Cláusulas de Exclusão – e aquela que mais releva neste ponto – é o facto de o requerente ser expulso do território português e reenviado para o seu país de origem. Ora, se tal acontecesse sem mais, Portugal estaria a violar as suas obrigações internacionais, em específicos o art. 33.º, n.º 1 da Convenção de Genebra de 1951 relativa ao Estatuto de Refugiado, bem como o art. 3.º da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, isto é, a proibição de expulsar (*refouler*) quando existe um sério risco de a sua vida ou liberdade serem ameaçadas e enfrentar tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (Princípio do Non-Refoulement).

Na realidade, está assente pela vasta jurisprudência do TEDH que, apesar de o Estado ter o direito de controlar a entrada, residência e expulsão dos estrangeiros, quanto à expulsão, pode ser trazida à colação a responsabilidade do Estado quando existam razões substanciais para crer que aquela pessoa, se expulsa, enfrentará sério risco de tratamento contrário ao artigo 3.º da CEDH e, como tal, este artigo contém a obrigação de não expulsar para esse país.

Ora, como exposto nas Partes anteriores, esta proibição de expulsão face a possível tortura da jurisprudência europeia é uma manifestação mais ampla do art. 33.º da Convenção de Genebra de 1951, isto é, do Princípio do Non-Refoulement, o qual expõe que nenhum dos Estados Contratantes desta Convenção expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, para as fronteiras dos territórios onde a sua vida, ou a sua liberdade sejam ameaçadas, em virtude das características próprias do estatuto de refugiado. Porém, como vimos também anteriormente, este artigo tem hoje carácter de norma imperativa, de *ius cogens*, e aplica-se independentemente da concessão formal do estatuto de refugiado, ou seja, igualmente aos requerentes desse mesmo estatuto – *vide*, ao caso em concreto.

Desta forma, a autoridade administrativa competente estaria perante uma difícil decisão visto não poder atribuir o estatuto de refugiado ou proteção subsidiária ao requerente em causa, quer com base na legislação nacional como com base no direito internacional, mas, igualmente, via-

---

315 No mesmo sentido, pelo mesmo artigo, também não se aplica a proteção subsidiária, concretizada no art. 7.º da mencionada Lei do Asilo.

se impedida de o expulsar para o seu país de origem, sob pena de violar as obrigações internacionais a que aderiu.

É neste momento que se deve trazer à colação o supra mencionado 'teste do equilíbrio', ou seja, a ponderação entre a atitude criminosa do requerente de asilo e as consequências da sua expulsão, face ao seu receio de perseguição. Ora, como já indiciado, muita desta ponderação é deixada a cabo das autoridades administrativas competentes ou na subjetividade do juízo jurisprudencial; o certo é que, em todos os casos, devem ser perspetivadas todas as circunstâncias do caso concreto, devem ser reunidas todas as provas possíveis e deve ser investigado o Estado de origem do requerente, nomeadamente ao nível legal – de modo a saber se terá todas as garantias processuais penais no caso de aí ser julgado e que possam protegê-lo de ataques de terceiros – e ao nível social – quer dizer, qual a influência de grupos criminosos, ou até mesmo as forças armadas do governo no poder, na sociedade e a forma como estes podem levar a cabo a perseguição que o requerente alega vir a sofrer em caso de expulsão.

Assim, *in casu*, parece evidente que, independentemente do seu Estado de origem, o requerente iria ser perseguido pelo seu grupo criminoso, não só face ao facto de o ter abandonado – que, de acordo com a violência manifestada por cada um destes grupos, pode ser motivo para tal – mas, acima de tudo, face às informações que poderia disponibilizar sobre o mesmo. Ademais, não só poderia ser perseguido pelo seu próprio grupo, como igualmente pelas forças armadas e secretas que o indivíduo atacou, sendo que é facto conhecido as possíveis retaliações dos serviços secretos dos governos cujo poder é ameaçado. Por outro lado, quanto à atitude criminosa do requerente, o facto de este ter abandonado, voluntariamente, o grupo a que pertencia, demonstra não só a vulnerabilidade da situação em que se encontra, mas torna-o um refugiado *bona fide*. Ademais, de acordo com o ACNUR, sempre que possível, deve ser dado o benefício da dúvida ao requerente, confiando-se nas suas declarações.

Deste modo, através de uma ponderação entre a proporcionalidade da sua conduta criminosa – que para todos os efeitos deverá ter cessado por vontade do próprio – e o receio de perseguição que o mesmo poderá vir a sofrer – que, face ao grupo criminoso em causa se

demonstra com relativa evidência de que irá, de facto, ocorrer – sugere que a necessidade de proteção do requerente suplanta os seus atos criminosos passados<sup>316</sup>.

Como tal, caberia ao Estado de acolhimento conceder proteção internacional a este indivíduo, de modo a assegurar o cumprimento das suas obrigações internacionais que, caso contrário, seriam violadas por haver um sério risco de existir tratamento contrário àquele do art. 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, bem como violação do Princípio do Non-Refoulement.

Porém, existe ainda a especificidade de ter sido já condenado em sentença definitiva pelos atos cometidos, o que pode ter, igualmente, influência na aplicação ou não da proteção concedida pelo Princípio do Non-Refoulement. De facto, a proteção concedida pelo art. 33.º, n.º 1 pode ser afastada quando o requerente, nos termos do n.º 2 desse mesmo artigo, tenha sido objeto de uma condenação definitiva por um crime ou delito particularmente grave, e constitua ameaça para a comunidade e segurança nacional do país de asilo<sup>317</sup>.

Ora, de acordo com Guy S. Goodwin-Gill, mesmo que se concorde com a aplicação da proteção específica do Princípio do Non-Refoulement (art. 33.º, n.º 1 da Convenção de Genebra de 1951), sempre restará ao Estado a aplicação das suas exceções, expostas no n.º 2 desse mesmo artigo. De facto, segundo o mesmo autor, ainda não é claro qual o limite e âmbito entre aquilo que se considera um crime particularmente grave (como os do caso em concreto) e o ponto de ser ou não um perigo para a comunidade<sup>318</sup>.

Por seu lado, James C. Hathaway menciona que o art. 33.º, n.º 2 e o argumento da segurança nacional só podem ser trazidos à colação quando a presença do refugiado ou os seus atos, objetiva e razoavelmente constituem uma real possibilidade de direta ou indiretamente vir a

---

316 Na realidade, o TEDH já se pronunciou no caso *Vilvarajah* sobre a situação específica dos indivíduos, os maus tratos que estes alegam e o seu justo equilíbrio entre o interesse do Estado na sua expulsão, no qual expôs que devem estar em observação todos os factos e circunstâncias que possam, com substancial coesão e materialidade, demonstrar que existe um efetivo risco de o indivíduo sofrer maus tratos, sendo que essa mera possibilidade não é suficiente, pois que os maus-tratos devem atingir um nível mínimo de gravidade e a sua avaliação depende de todas as circunstâncias de cada caso.

317 Coloque-se, por hipótese, o facto de existir um refugiado que foi condenado, no seu país de origem, por uma série de homicídios; porém, refugiado no país de refúgio, está numa cadeira de rodas. Representará um perigo para a segurança nacional ou a ordem pública? Este é um dos raciocínios que caberá às autoridades fazer no caso concreto e a fundamentação da jurisprudência e doutrina para a aplicação restritiva e cautelosa deste artigo.

318 In *The refugee in International Law*, 2.ª Edição, Clarendon Press Oxford, 1996, pag. 140.

infligir substancialmente perigo para o Estado de acolhimento e os seus interesse mais básicos, o que inclui o risco de um ataque armado ao seu território e cidadãos ou a destruição da democracia implantada<sup>319</sup> – o que descartaria a sua aplicação aos crimes agora em apreço.

Neste ponto, é de trazer à colação a jurisprudência fundada com o caso Suresh, no qual o Tribunal Superior do Canadá decidiu que a autoridade administrativa correspondente não tinha o poder de deportar um refugiado ou outra pessoa que necessitasse de proteção para onde esta pudesse vir a sofrer um sério risco de perseguição e tortura, mesmo quando ela fosse classificada como um perigo para a segurança da comunidade, pelo que o Estado não pode deportar meramente com base nesta norma do art. 33.º, n.º 2; facto que levou a que a expressão de segurança nacional fosse aplicada com cautela e relativismo. Independentemente deste raciocínio, o Tribunal igualmente decidiu que o refugiado que enfrente risco sério de tortura pode, no entanto, ser deportado em casos excecionais, quando a deportação não coloque em risco princípios fundamentais de justiça e quando apresente um perigo deveras grave e previsível para o Estado<sup>320</sup>.

De facto, como exposto anteriormente, o 33.º, n.º 2 aprecia uma futura ameaça daquele refugiado. Na realidade, no art. 33.º, n.º 2, as condutas antecedentes podem ser relevantes na apreciação do perigo que o refugiado pode ou não constituir para a sociedade no futuro<sup>321</sup>, pois que a perspetiva material pretendida com a letra da norma é a de saber qual o perigo expectável para a segurança daquele Estado, no futuro. Assim, o Estado não pode basear a utilização desta exceção e, justificar a expulsão do refugiado sem mais, através da condenação deste por atos anteriores à sua admissão como refugiado naquele país de refúgio, mas somente quando de facto se comprove, sem margem para dúvidas, que a sua presença irá colocar, no futuro, em causa a segurança pública do Estado de refúgio.

Assim, as autoridades administrativas competentes devem avaliar até que ponto a condenação por decisão definitiva de um crime particularmente grave pode ou não influenciar a segurança da comunidade do Estado de refúgio no futuro, isto porque o requerente/refugiado pode

---

319 In *The rights of refugees under international law*, Cambridge University Press, 2005, pag. 346.

320 Obiora Chinedu Okafor e Pius Lekwawa Okoronkwo in *Re-configuring Non-Refoulement: The Suresh Decision, Security Relativism and the International Human Rights Imperative*, I.J.R.L., Vol. 15, n.º 1, 2003, pag. 63 e ss.

321 Cf. nota 291, pag. 54.

ser considerado uma ameaça para com o seu Estado de origem ou outro e não o ser para com o Estado de refúgio.

Como tal, no caso em concreto, o Estado de refúgio deveria ponderar os interesses em causa, nomeadamente os interesses individuais do requerente de asilo em não ver a sua vida ou liberdade ameaçadas e o interesse do Estado em proteger a sua comunidade dos atos cometidos pelo mesmo. Caso o Estado de refúgio considere que, com base num princípio de proporcionalidade, os atos, os meios utilizados e os alvos da atividade criminosa do indivíduo, bem como as possíveis consequências futuras que a sua presença poderá ter no território de acolhimento, suplantam o seu receio de perseguição, pode expulsá-lo – devendo ter sempre em conta que o deverá fazer, primariamente, para um país terceiro seguro. *A contrario*, quando existem provas sérias de que o requerente tem um risco real de ver a sua vida e liberdade ameaçadas, de tal modo graves e sérias que anulem os interesses desse Estado, então deve ser concedida proteção internacional ao mesmo.

Neste último caso, em prosseguimento do exposto no art. 33.º, n.º 2, sempre poderá o Estado vigiar e monitorizar as atividades do indivíduo em causa, de modo a que, caso este se revele um perigo sério para a segurança pública desse Estado, deverá ser expulso para o seu país de origem ou país terceiro, através das exceções ao princípio do Non-Refoulement<sup>322</sup>.

Ora, esta é a meta de fogo do ‘teste do equilíbrio’ supra mencionado, pois a linha de separação entre os crimes constante do art. 1.º - F, al. b), a proteção do art. 33.º, n.º 1 e as suas próprias exceções é muito ténue e acaba por ser deixada ao juízo das autoridades que decidem este tipo de questões.

O certo é que, na atualidade e face às diversificadas situações que surgem, o teste do equilíbrio ainda é, a solução mais justa (e menos controversa) face aos interesses em causa e aquela que melhor pode evitar quer a violação das obrigações internacionais a que os Estados estão vinculados.

Em todo o caso, no caso concreto, sempre se defenderá que o Estado de refúgio deve basear a sua decisão entre três grandes frentes: o tipo de crime perpetrado pelo requerente de asilo,

---

<sup>322</sup> Existem ainda autores que defendem que, no caso de não expulsão podem os indivíduos ser detidos, conforme se irá referir posteriormente.

o receio de perseguição do mesmo e a expectativa de ameaça criada com a sua receção para a comunidade do Estado de refúgio. Assim, somente quando a segunda frente mencionada suplanta as outras duas, poderá o requerente de asilo ser aceite no Estado de refúgio, devendo os tribunais reger-se por princípios de um processo penal justo e equilibrado, pelas garantias processuais penais e não pela mera aplicação das Cláusulas de Exclusão e pelas exceções do art. 33.º, n.º 2., insistindo-se na proporcionalidade entre as consequências para o refugiado com o retorno e as consequências da sua não expulsão para a comunidade<sup>323</sup>.

### 3.2.1.2) Caso B

Agora, numa perspetiva diametralmente oposta, coloque-se a seguinte hipótese: um requerente de asilo pede refúgio a Portugal pelo facto de pertencer a um certo grupo social perseguido; porém, apresenta-se ilegal e admite ter cometido o crime de furto.

Ora, o caso em concreto parece de fácil perceção, todavia assim não é na prática administrativa portuguesa, de tal modo que esta deve ser devida e rapidamente reconsiderada, senão vejamos: tendo em conta que o art. 9.º, n.º 1, al. c), ponto iii) da Lei do Asilo especificamente estipula que fica excluído quem cometeu crime grave de direito comum punível com pena de prisão efetiva superior a 3 anos, pelo que um simples furto<sup>324</sup> ou até uma burla, pode levar a que não seja admitido a estatuto de refugiado e expulso do país, valendo-lhe, somente, a proteção contra *refoulement*<sup>325</sup>.

Na realidade, a colocação da hipótese em causa visa chamar a atenção para a inerente e óbvia contraposição normativa do artigo em causa, pois a aplicação prática do mesmo quanto a crimes superiores a três anos entra em conflito com aquilo que se entende como crime grave de direito comum.

---

323 Quanto ao princípio da proporcionalidade enquanto meio de resolução do conflito de aplicação controversa entre proteção vs expulsão, siga-se o já analisado na Parte I, capítulo 3, caso B. e D. contra Alemanha do TJUE, no qual tanto este Tribunal como as Conclusões do Advogado-Geral Paolo Mengozzi são deveras interessantes e elucidativas da aplicação deste princípio da proporcionalidade ao problema do Equilíbrio aqui em causa.

324 O Código Penal estatui no art. 203.º que o crime de furto é punido com pena de prisão até 3 anos.

325 Denote-se que nos termos conjugados do art. 31.º da Convenção de Genebra de 1951 e o art. 12.º, n.º 2 da Lei do Asilo se estipula que a apresentação do pedido de asilo obsta ao conhecimento e prosseguimento de qualquer processo criminal em virtude da entrada ilegal no país, sendo este arquivado em caso de o asilo ser concedido, desde que a infração tenha sido determinada pelos mesmos factos que concederam o asilo. Neste sentido, no caso em apreço, o crime cometido nada teve que ver com a entrada ilegal ou a situação que motivou o pedido de asilo.



De facto, como exposto na presente Parte, no capítulo primeiro, são considerados crimes graves de direito comum aqueles – não políticos - que implicam a ameaça da integridade física, a vida e a liberdade, tais como o homicídio, roubo, violação, tráfico de droga e abuso de menores, ou seja, crimes que o Código Penal português nunca estipula com uma moldura penal inferior a 5 anos. Ora, por seu lado, como vimos, a moldura penal da cláusula de exclusão em causa, como exposta na Lei do Asilo, assenta numa moldura penal de três anos, o que demonstra a evidente contraposição de conceitos normativos. Ademais, menciona o art. 1.º, al. j) do Código Processo Penal, que é considerada como criminalidade violenta as condutas que dolosamente se dirigirem contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas e forem puníveis com pena de prisão de máximo igual ou superior a 5 anos<sup>326</sup>, isto é, exatamente o tipo de crimes que a doutrina internacional entende serem aqueles que devem estar incluídos nesta cláusula de exclusão.

Como tal, além de existir uma óbvia contradição entre a própria normativa legal portuguesa, existe igualmente uma contradição com aquelas que são as regras assentes pela comunidade e doutrina internacionais quanto ao direito dos refugiados.

Ora, esta contradição – para além dos óbvios problemas de interpretação da legislação nacional com a internacional – levanta problemas ao nível da aplicação prática e casuística das normas implicadas, isto porque, em caso de uma aplicação literal da norma da Lei do Asilo portuguesa, um requerente de asilo pode acabar por ser excluído (independentemente de no caso estar em apreço ou não o Princípio do Non-Refoulement) por um delito menor e, assim, perder a proteção própria do regime de asilo<sup>327</sup>.

Como tal, duas aplicações administrativas e jurisprudenciais podem ser tomadas: uma aplicação sem mais da cláusula de exclusão e, desse modo, o retorno do requerente de asilo ao seu país de origem ou – aquela que defendemos e cuja fundamentação é a considerada pelo ACNUR – uma aplicação cuidadosa e uma interpretação restritiva da norma, de modo a que todos os aspetos do caso sejam tomados em conta e que ao requerente de asilo sejam asseguradas todas as garantias procedimentais e processuais na averiguação do seu pedido de asilo, nomeadamente

---

326 Denote-se que a doutrina penal inclui, igualmente, neste escopo as condutas contra a liberdade e a autodeterminação sexual.

327 Visto que as cláusulas de exclusão são cláusulas de pré-admissão à concessão do estatuto de refugiado, a sua verificação faz com que o requerente seja excluído da proteção da Convenção de Genebra de 1951 relativa ao estatuto de refugiados.

uma justa e equilibrada ponderação entre a conduta criminosa dos atos cometidos e as razões básicas e protetoras da concessão de asilo.

Ora, este é um caso que demonstra como, por vezes, uma interpretação literal da norma pode causar sérios problemas a um potencial refugiado num país de acolhimento. Na realidade, a intenção do legislador com a aplicação de uma moldura penal tão reduzida terá que ver com minimizar as situações de concessão de asilo, porém põe em causa as garantias mais básicas deste regime.

Desta forma, deve ser feita uma revisão à lei do asilo, nomeadamente quanto a esta cláusula de exclusão, aumentando a moldura penal existente para o limite mínimo de 5 anos, de modo a que haja uma harmonização da legislação nacional com a internacional, bem como termine com a incongruência desta lei do asilo com o entendimento do art. 1.º, al. j) do Código Penal quanto à criminalidade violenta, tendo em conta que são estes os crimes que devem ser tidos em conta na aplicação da cláusula de exclusão referente aos crimes graves de direito comum e a moldura penal que lhes está subjacente.

Deste modo, na hipótese supra considerada, a conduta criminosa do requerente de asilo é de tal modo menor que nunca poderia por em causa o seu direito de ser protegido face a uma expulsão que colocasse em perigo a sua vida ou liberdade, pelo que deveria ser concedido o estatuto de refugiado (ou outro) ao requerente em causa.

Na realidade, a jurisprudência portuguesa é deveras mínima e a aplicação das normas ao caso concreto é meramente subsuntiva, pelo que pouco se pode extrair da sua análise; contudo, denota-se uma aplicação literal das normas em causa, somente com fundamentação no ordenamento jurídico português, sendo ainda mais raras, as decisões que fazem uma interpretação via Convenção de Genebra de 1951. Na realidade, é o CPR que, através dos seus pareceres, busca uma interpretação nos entendimentos da doutrina e jurisprudência internacionais, tentando trazer alguma moderação e um entendimento mais extensivo daquele aplicado pelos tribunais e pelas autoridades administrativas.

#### **Subcapítulo 4) O Pós-Equilíbrio**

Ora, tendo chegado a este ponto, duas conclusões se podem retirar das hipóteses analisadas, ou a expulsão do requerente de asilo ou a sua proteção. Acontece que, como vimos, a aplicação de uma cláusula de exclusão faz com não lhe possa ser concedido o estatuto de refugiado, pelo que a sua proteção advém dos vários desenvolvimentos e aplicações do Princípio do Non-Refoulement. Nestes termos, colocam-se duas questões: por um lado, o que fazer com estes indivíduos e, por outro lado, que estatuto lhes conceder.

#### **Ponto 4.1) O destino do indivíduo**

No que à primeira questão diz respeito, três soluções se adivinham: existem autores que defendem a detenção dos indivíduos – principalmente para aqueles aos quais se aplicam as exceções ao Princípio do Non-Refoulement expostas no art. 33.º, n.º 2 da Convenção de Genebra de 1951 – a sua monitorização ou a sua vigilância.

De facto, a Comissão Europeia, no documento de trabalho sobre a Relação entre a salvaguarda da segurança interna e o respeito das obrigações e dos instrumentos de proteção internacional<sup>328</sup>, defende que se estiver em causa uma potencial ameaça deve ser admitida a detenção destes indivíduos, desde que esta detenção não esteja em contradição com outras obrigações dos Estados-Membros decorrentes do direito internacional<sup>329</sup>.

Nesse mesmo sentido, Guy S. Goodwin-Gill indica que, caso não seja possível a expulsão, o indivíduo pode e deve ser mantido detido face as razões expostas no art. 33.º, n.º 2 da Convenção de Genebra de 1951<sup>330</sup>.

Apesar de esta parecer a solução mais correta quando esteja em causa a proteção da comunidade e da segurança nacional, outros autores defendem que estes indivíduos devem ser expulsos e como tal, seguir-se a via da sua monitorização após exclusão. Nesse sentido defende Joan Fitzpatrick, nomeadamente nos casos das cláusulas de exclusão da alínea a) e c) do art. 1.º F da Convenção em análise, que quando existe medo de perseguição ou tortura durante a espera por

---

328 COM/2001/0743 de 5/12.

329 Supra nota 328, pag. 11. Denote-se que a detenção não é aqui apresentada como a primeira medida a ser adotada, mas somente como uma das alternativas que a doutrina internacional equaciona. Na realidade, a detenção - enquanto restrição da liberdade do indivíduo – se equacionada, deve ser entendida como uma medida de 'ultima ratio' e não de 'prima ratio'.

330 Guy S. Goodwin-Gill in *The refugee International law*, 2.ª Edição, Clarendon Press Oxford, 1996, pag. 152.

um julgamento, é aconselhável ser feita uma monitorização do refugiado/requerente através de visitas por autoridades consulares ou representantes de organizações intergovernamentais para a proteção dos direitos humanos<sup>331</sup>.

No que diz respeito ao assegurar das garantias processuais penais, é relevado também o papel destes consulares ou organizações no acompanhamento do julgamento – tudo isto porque as obrigações impostas, não só através da Convenção de Genebra relativa ao Estatuto de Refugiado, mas também a Convenção contra a Tortura são absolutas, apesar dos custos políticos envolvidos.

De facto, a primária obrigação de monitorizar o cumprimento dos direitos humanos não deixa nunca de caber aos Estados e aos organismos com esse âmbito, sendo cada vez mais acrescido o papel do ACNUR, de modo a que as barreiras face à exclusão sejam respeitadas. Joan Fitzpatrick defende ainda que o ACNUR deve ter um papel construtivo, através de grupos jurídicos nos Estados que demonstrem a importância de uma reforma das normas domésticas, de modo a que sejam efetivos os mecanismos de defesa contra a expulsão ou extradição<sup>332</sup>.

Na realidade, tal entendimento é defendido aqui, pois todos os indivíduos, mesmo aqueles excluídos da proteção enquanto refugiado, continuam a manter-se protegidos pelas normas internacionais dos direitos humanos, isto porque a aplicação do direito internacional e regional dos direitos humanos serve para prevenir o retorno dos requerentes de asilo que enfrentam tortura ou outro tipo de perseguições relacionadas. Assim, os direitos humanos representam uma proibição absoluta do retorno de qualquer indivíduo onde ele irá sofrer tortura ou outro tratamento cruel, desumano ou degradante, bem como igualmente proíbe o retorno para um Estado onde as garantias processuais penais – nomeadamente o direito a um processo justo e equitativo – não estejam garantidas.

Como é óbvio, a monitorização é um exemplo teórico, visto que a realidade prática das relações político-governamentais demonstram que, em grande parte dos casos, interesses

---

331 In *The Post exclusion phase: Extradition, Prosecution and Expulsion*, I.J.R.L., Vol. 12, Special Supplementary Issue, 2000, pag. 291.

332 Cf. nota supra 331, pag. 291 e 292.

económicos se sobrepõem a questões de direitos humanos<sup>333</sup>, não sendo sempre possível a realização desta medida.

Como tal, mecanismos efetivos devem ser criados para monitorizar a salvaguarda destas garantias nos Estados recetores, pelo que quer no seio das Nações Unidas como de outras organizações internacionais, devem ser criados mecanismos de monitorização daquilo que acontece aos requerentes de asilo ou refugiados que foram expulsos, assegurando que estes são tratados em concordância com os mais básicos direitos da pessoa<sup>334</sup>.

Ademais, esta ideia de monitorização pode ser feita não só em caso de efetiva exclusão para o Estado de origem ou terceiro, mas igualmente no próprio Estado de refúgio, através de vigilância. De facto, a Comissão Europeia no seu documento de trabalho supra mencionado defende que as pessoas excluídas e que não podem ser expulsas não constituem necessariamente um perigo para a comunidade ou para a segurança nacional, pelo que os Estados-Membros não podem colocar automaticamente em detenção estes indivíduos, daí que deve ser adotada outra alternativa como a 'residência vigiada'.

Esta ideia de 'residência vigiada' aplica-se aos casos em que os requerentes de asilo cometeram graves crimes de direito comum, mas não particularmente graves para que esteja em causa a segurança nacional, pelo que os Estados podem vigiar a sua residência no país de acolhimento, de modo a assegurar que o indivíduo não cometa mais crime e, principalmente, que não venha a ameaçar a comunidade do Estado de refúgio.

Esta é outra solução igualmente possível e que os Estados deveriam adotar mais regularmente, já que é a única que melhor salvaguarda todos os interesses envolvidos: por um lado, o Estado cumpre as suas obrigações internacionais quanto à não repulsão, bem como consegue salvaguardar possíveis ameaças futuras no seu território e, por outro lado, o requerente consegue ficar a salvo de reais ameaças de tortura e perigo para a sua vida; contudo, esta ideia de 'residência vigiada' ainda não é um regime definido, pelo que muito mais deve ser feito neste campo, nomeadamente esclarecer em que termos esta residência deve ser efetuada e como tal poderá ser

---

333 Exemplo disso são os Memorandum of Understanding por vezes realizados entre Estados para a extradição de determinado refugiado o que, desde logo, somente visa manter as relações político-económicas estabelecidas. Ver caso *Qatada v. RU* exposto no capítulo II da Parte I.

334 Raciocínio exposto no documento de trabalho do Lawyers Committee for Human Rights, *Safeguarding the rights of refugees under the exclusion clauses: summary findings of the Project and Lawyers Committee for Human Rights Perspective*, I.J.R.L., Vol. 12, Special Supplementary Issue, 2000.

possível, tendo em conta, desde logo, outros direitos inerentes como a proteção da vida privada, entre outros.

#### **Ponto 4.2) O Estatuto a conceder**

Ora, sendo a conduta adotada pelo Estado a manutenção do requerente no seu território, coloca-se em causa a segunda questão supra identificada, isto é, qual o estatuto que se deve conceder a estes indivíduos. Na realidade, não é refugiado – visto que se encontrou excluído dessa proteção – e, em Portugal, não se lhe aplica a proteção subsidiária, visto que tem como cláusulas de exclusão as mesmas que se aplicam à concessão do estatuto de refugiado. Assim, é neste momento que, cada vez mais, a doutrina internacional vem a falar de um Estatuto C, ou seja, um estatuto de proteção alternativo, quando todos os outros falham.

Na realidade, neste ponto duas grandes teorias de revelam, por um lado a concessão de proteção temporária, por outro lado, a concessão de um outro estatuto, autónomo. Como iremos ver a seguir, a este Estatuto C poderá estar correlacionada a autorização de residência por razões humanitárias, porém a sua aplicação é bastante díspar nos diversos Estados, o que levanta vários problemas de ordem legal, daí que, seja defendida a criação de um outro novo estatuto específico para estes casos limites.

##### **4.2.1) Concessão Provisória de Proteção<sup>335</sup>**

Primeiramente, o certo é que o dever de *non-refoulement* somente existe devido ao risco de ser perseguido, termos em que concede um estatuto temporário de refugiado, enquanto vigora esse mesmo risco de perseguição, ou seja, *a contrario* não implica para o Estado a aceitação desse refugiado quando esse risco termine, podendo aí, expulsá-lo.

De facto, como expõem Manuel Angel Castillo e James C. Hathaway, não existe obrigatoriedade de conceder asilo e residência permanente, mas somente existem medidas permissivas de os refugiados serem assimilados na comunidade de refúgio, pelo que existe uma dupla tensão entre a vontade e necessidade de proteger os refugiados de um retorno que levará a perseguição e a insistência de os Estados em decidir quem deve ser admitido ao seu território,

---

<sup>335</sup> Regime baseado naquele da Proteção Temporária, mas que se distancia desta, em virtude de não se remeter às situações de influxo massivo de refugiados.

quem deve ser autorizado a residir nesse território e a quem é dada residência permanente<sup>336</sup>, ou seja, o estatuto de refugiado está sempre condicionado à continuação do risco de perseguição no país de origem e pode ser legitimamente revogado quando as circunstâncias no país de origem se alterarem e terminam com a necessidade de proteção, retornando o refugiado.

Assim, umas das principais vantagens da concessão provisória de proteção tem que ver com facilitar um acesso mais generoso à proteção de refugiados e, na realidade, os Estados estão mais dispostos a uma prática de temporalidade do que admissão permanente, o que poderá diminuir a intenção de os Estados evitarem as suas obrigações internacionais referentes aos refugiados. A verdade é que, o facto de se requerer uma admissão permanente pode ter um efeito contraditório e até trabalhar contra o estabelecimento das mais básicas proteções, daí que os Estados defendam que a solução mais desejável é a de os refugiados voltarem para os seus Estados de origem, pelo que o mais lógico é procurar soluções que visualizem a residência permanente como uma solução residual ou excepcional<sup>337</sup>.

Todavia, autores defendem que uma concessão provisória de proteção, mais do que não é do que uma estratégia a curto-prazo de assegurar no imediato a segurança dos refugiados, pelo que os Estados tendem a vê-la como forma de reduzir os custos da determinação do estatuto de refugiado, reduzir os benefícios económicos e sociais a que estes têm direito e priorizar o seu rápido repatriamento<sup>338</sup>.

Ora, quem seria elegível a este tipo de concessão provisória – por analogia ao regime de proteção temporária e de acordo com as indicações do ACNUR – seriam as pessoas que fugiram de áreas afetadas por conflitos e violência; pessoas que estavam ou poderiam vir a estar expostas aos abusos de direitos humanos; pessoas que, por outras razões específicas, presumem-se estarem a

---

336 In *Reconceiving the refugee international law*, editor James C. Hathaway, article de Manuel Angel Castillo and James C. Hathaway about Temporary protection., The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1997, pag. 2.

337 Supra nota 336, pag. 4 e 7.

338 In Joan Fitzpatrick in *Temporary protection of refugees: elements of a formalized regime*, The American Journal of International Law, Vol. 94, n.º 2, 2000, pag. 280.

precisar de proteção internacional<sup>339</sup>, ou seja, aos requerentes de asilo que demonstrem necessitar de proteção pelos motivos em causa.

Ora, uma questão que se coloca neste ponto, que ver com a sua duração, pois esta dependerá da restauração da segurança no país de origem, da possibilidade de um retorno digno do refugiado e da sua integração. Factualmente, é impossível saber quanto tempo irá durar um conflito, mas também não se pode exigir que o refugiado fique indeterminadamente à espera que a segurança seja restaurada e possa reconstruir a sua vida.

Neste sentido, tornou-se aceitável pela comunidade internacional que esta proteção dure 5 anos, pois está comprovado que, geralmente, a maior parte dos conflitos se resolvem dentro de 5 anos após o seu início, além de que muitos dos refugiados escolhem voluntariamente voltar aos seus países, por vezes ainda antes de acordos de paz estarem concluídos<sup>340</sup>.

O certo é que, este prazo não pode nem deve ser determinativo, tendo que ser apreciadas todas as circunstâncias do caso, do conflito, pelo que deve haver o dever secundário de os Estados estabelecerem uma solução alternativa e duradoura quando não é possível o repatriamento neste período temporal.

De facto, o ACNUR indica que um retorno em segurança e dignidade pressupõe a existência de cinco fatores: respeito e confiança pelo direito de retornar ao país de origem, existência de condições que assegurem a segurança física e legal dos retornados, existência de adequadas infraestruturas que garantam que o retorno é sustentável, bem como a avaliação das condições básicas de sobrevivência, como comida, abrigo e saúde sanitária, não discriminação e respeito por outros direitos dos retornados e que o retorno faça parte de um mecanismo internacional de proteção<sup>341</sup>.

Caso estes critérios não estejam preenchidos e se esgote o lapso temporal de cinco anos, deve ser admitida a residência permanente no país que concede este refúgio ou num país terceiro

---

339 Critérios expostos por Márcia Constantino Gonçalves in *O Princípio da Non-refoulement*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-internacionais, FDUL, 2008, pag. 60; e Joan Fitzpatrick in *Temporary protection of refugees: elements of a formalized regime* in *The American Journal of International Law*, Vol. 94, n.º 2, 2000, pag. 294.

340 Idem nota 336, pag. 17.

341 In *Temporary protection of refugees: elements of a formalized regime*, *The American Journal of International Law*, Vol. 94, n.º 2, 2000, pag. 301.



seguro. Após esta permanência, os refugiados não podem estar mais sujeitos à obrigatoriedade de repatriação, mesmo que as condições no país de origem normalizem, pelo que o seu afastamento deve ser inteiramente voluntário<sup>342</sup>.

Em qualquer dos casos, é sempre preferível que o repatriamento seja voluntário e não obrigatório, pelo que durante o período de concessão, os refugiados devem ser informados das condições no seu país de origem, para que possam autonomamente decidir se querem ou não voltar. Após o seu termo, deve ser dado um período de cerca de 6 meses para que os refugiados voluntariamente retornem aos seus países, em vez de ser levada a cabo a sua expulsão<sup>343</sup>.

Em jeito de conclusão, esta concessão provisória de proteção poderia, de facto, ser o regime que melhor assegura-se a segurança e a dignidade dos refugiados até que possam voltar ao seu país de origem<sup>344</sup>, além de que é um regime que pode ser aplicado independentemente da concessão formal do estatuto de refugiado, proteção subsidiária ou até autorização de residência dos razões humanitárias, ou seja, pode ser uma solução eficaz para os casos que têm vindo a ser expostos nesta dissertação.

Desta forma, os Estados estariam a salvaguardar o cumprimento pelas suas obrigações internacionais, ao mesmo tempo que impediam que o indivíduo fosse submetido a qualquer tipo de risco, bem como estaria a assegurar que, internamente, aquele requerente só ficaria no país pelo prazo máximo de cinco anos ou, até menos, se o conflito interno no país de receção fosse decidido<sup>345</sup>.

#### **4.2.2) O Estatuto C**

---

342 Id. nota 336, pag. 19 .

343 Id. nota 336, pag. 20 e 21.

344 Na realidade, existe ainda quem defenda que deve ser dada ajuda financeira aos refugiados repatriados, de modo a que permaneçam no seu país de origem e diminuam as tentativas de voltarem ao país de refúgio.

345 Somente uma nota para indicar que existem outras formas de proteção que têm vindo a ser sugeridas cada vez mais prementemente, nomeadamente através da proposta apresentada pelo governo britânico, como a criação de áreas regionais de proteção, isto é, centros internacionais onde se administraria e processaria pedidos de asilo e se daria proteção temporária e aqueles com necessidades mais prementes seriam enviados para um Estado específico. Raciocínio exposto por James C. Hathaway in *The rights of refugees under international law*, Cambridge University Press, 2005, pag. 299.

Contudo, apesar da defesa de uma concessão temporária de refúgio, o certo é que vozes se têm levantado afirmando que, tendo em conta a dignidade do regime de asilo e a natureza imperativa do Princípio do Non-Refoulement, deve ser estruturado um terceiro estatuto, novo e autónomo.

Em Portugal, esse estatuto está correlacionado com a garantia da autorização de residência por razões humanitárias nos termos do art. 7.º da Lei do Asilo que, sob a epígrafe Proteção Subsidiária, estipula que:

“1 — É concedida autorização de residência por razões humanitárias aos estrangeiros e aos apátridas a quem não sejam aplicáveis as disposições do artigo 3.º e que sejam impedidos ou se sintam impossibilitados de regressar ao país da sua nacionalidade ou da sua residência habitual, quer atendendo à sistemática violação dos direitos humanos que aí se verifique, quer por correrem o risco de sofrer ofensa grave.

2 — Para efeitos do número anterior, considera-se ofensa grave, nomeadamente:

- a) A pena de morte ou execução; b) A tortura ou pena ou tratamento desumano ou degradante do requerente no seu país de origem; ou c) A ameaça grave contra a vida ou a integridade física do requerente, resultante de violência indiscriminada em situações de conflito armado internacional ou interno ou de violação generalizada e indiscriminada de direitos humanos.”

Em Portugal o Estatuto de Proteção Subsidiária diz respeito à concessão de autorização de residência por razões humanitárias, sendo que, tendo em conta os casos circunstanciais da aplicação da alínea b) do art. 1.º - F da Convenção de Genebra, independentemente da existência de conflitos armados e sistemáticas violações dos direitos humanos no país de origem do requerente, somente poderia ser aplicada a alínea b) do n.º 2, do art. 7.º da Lei do Asilo, ou seja, aqueles que correm risco de sofrerem ofensa grave no seu país de origem, nomeadamente tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante.

Acontece que, como temos vindo a mencionar, à proteção subsidiária se aplicam as mesmas cláusulas de exclusão que à concessão do estatuto de asilo – o art. 1.º - F da Convenção de Genebra e o art. 9.º, n.º 1, alínea c) da Lei do Asilo - pelo que o requerente seria igualmente excluído desta proteção, mantendo-se a questão colocada: qual o estatuto a conceder aos casos em

que o requerente é excluído de toda a proteção estabelecida no país de refúgio e, ainda assim, não poder ser retornado para o seu país de origem?

Ora, o art. 123.º, n.º 1, alínea b) da Lei dos Estrangeiros parece conceder um regime excecional através da autorização de residência temporária para situações especiais, pois estabelece que: “Quando se verificarem situações extraordinárias a que não sejam aplicáveis as disposições previstas no artigo 122.º<sup>346</sup>, bem como nos casos de autorização de residência por razões humanitárias ao abrigo da lei que regula o direito de asilo, mediante proposta do diretor-geral do SEF ou por iniciativa do Ministro da Administração Interna pode, a título excecional, ser concedida autorização de residência temporária a cidadãos estrangeiros que não preencham os requisitos exigidos na presente lei: b) Por razões humanitárias”, ou seja, o artigo em causa demonstra que, a título excecional, nos mesmos casos em que se aplica a proteção subsidiária, pode ser concedida esta autorização de residência temporária por razões humanitárias.

De facto, este é o único artigo que não fica precludido pela sua conjugação com as cláusulas de exclusão, tal como acontece com a proteção subsidiária, pelo que é o único meio de o requerente excluído ficar, efetivamente, protegido. Mas pode-se afirmar que este é o estatuto a conceder nos casos em apreço?

Na realidade, visto não existir mais alguma possibilidade de proteção no ordenamento jurídico português, este é, sem dúvida, o estatuto a conceder, isto é, uma autorização de residência temporária, de nível excecional, por razões humanitárias, o que, na verdade, parece se reconduzir, em certa parte, ao regime concedido com a proteção temporária.

Porém, primeiramente, deve ser verificado o âmbito de proteção da norma superior, o art. 33.º, n.º 8 da CRP, enquanto concessão de asilo constitucional e, como tal, norma informadora de todas as outras e cuja aplicação e averiguação deve ser primária.

---

346 Estipula a autorização de residência em casos especiais, nomeadamente nos termos do seu n.º 1, alínea f), a todos aqueles que tenham deixado de beneficiar do direito de asilo em Portugal em virtude de terem cessado as razões com base nas quais obtiveram a referida proteção.

Posteriormente, com a dignidade que lhe é concedida pelo direito internacional, deve averiguar-se o âmbito específico de proteção do Estatuto de Refugiado (em Portugal, a Lei do Asilo), sendo seguido pela sua correlativa Proteção subsidiária; quando todas estas proteções falham, resta a norma administrativa inferior e base piramidal, o regime excecional de autorização temporária de residência.

Como tal, defendo que em Portugal<sup>347</sup> deveria existir 4 grandes níveis de proteção progressivos e pré-excludentes, ou seja, somente pela não aplicação de um, se poderia recorrer à proteção do seguinte, a saber: concessão de asilo, proteção subsidiária através de autorização de residência por razões humanitárias, regime excecional de autorização temporária de residência.

Desta forma, tanto as autoridades administrativas como os órgãos judiciais têm um segmento de aplicação normativo, com base no qual podem, efetivamente, visualizar qual a área de proteção mais aconselhável para o requerente. Assim, se não se provar os requisitos de admissibilidade ou a sua exclusão do primeiro, verifica-se o âmbito de proteção do segundo e, se igualmente neste não for admissível ou daí excluído, averiguam-se os critérios do terceiro.

Ora, este é o regime de proteção adotado na Alemanha, o qual segue esta gradualidade de aplicação normativa. Acontece que, em ambos os países – Portugal e Alemanha – existe ainda um direito de asilo específico da Constituição, tendo os seus critérios ter que ser também aqui verificados<sup>348</sup>.

Como tal, podemos subsumir este regime de proteção a uma ideia kelsiana de pirâmide normativa, em que as normas inferiores tiram o seu fundamento da norma hipotética fundamental, *in casu*, a Constituição, enquanto sistema máximo de proteção e fundamento quer da Lei do Asilo, como de todas as normas administrativas deste procedimento.

Apesar do regime formulado parecer teórico, o certo é que a sua aplicação prática é bastante simples, sendo somente necessário a inclusão de um artigo na Lei do Asilo estipulando,

---

347 Tal como já se verifica em vários Estados.

348 O regime da CRP foi já analisado na Parte I, capítulo IV.

nomeadamente, os vários regimes de proteção possíveis e que a sua aplicação é progressiva e subsidiária, sendo que somente a exclusão do primeiro justifica a verificação do segundo e, assim, sucessivamente. Com esta inclusão na Lei do Asilo e, conseqüentemente, na Lei dos Estrangeiros, as autoridades administrativas e jurisdicionais não teriam margem de apreciação na aplicação de cada um destes institutos, deixando de ser uma aplicação discricionária, para ser uma aplicação concreta e legítima dos vários graus de proteção, através da aplicação negativa dos vários níveis.

Nestes termos, nos casos anteriormente mencionados de um requerente de asilo se encontrar excluído nos vários níveis de proteção e, contudo, não puder ser retornado para um país onde venha a sofrer tratamento contrário ao Princípio do Non-Refoulement, o regime a aplicar seria o último nível de proteção, em específico, o regime excepcional de autorização temporária de residência por razões humanitárias, previsto na Lei dos Estrangeiros.

Para além da possibilidade formulada, existe ainda outra: a criação de um Estatuto completamente novo e autónomo, cuja base contempla somente este tipo de situações. Para tal, teria que se estipular, igualmente, um sistema progressivo e eliminatório de aplicação dos vários campos de proteção, conforme referido supra, porém, *a final*, não subsistiria um regime excepcional de autorização temporária de residência, mas um regime de proteção específico.

Este regime deveria contemplar todas as situações não incluídas nas proteções anteriores, não tendo cláusula de exclusão do mesmo e prevendo a proteção do indivíduo durante o tempo que fosse necessário. Neste ponto, distanciar-se-ia da concessão provisória de proteção pois não adotaria uma cláusula temporal de 5 anos, já que não está correlacionado com a duração de um determinado conflito interno, mas sim com a duração potencial da situação específica que leva a que não possa ser retornado para o seu país de origem ou terceiro, a que não pode ser quantificável temporalmente.

Desta forma, nos casos anteriormente explanados, esta situação seria verificada através das condições no país de origem em proteger, pelos seus meios, o requerente, evitando que este seja perseguido e sujeito a tortura ou a ameaça à sua vida ou integridade física. Para tal, missões diplomáticas, relatórios das organizações não-governamentais sobre a situação do país, entre outros

informadores, seriam as opções mais viáveis para monitorização das circunstâncias políticas e sociais do país do requerente.

Neste sentido, não pode ser imposto um período temporal de vigilância do Estado de origem em que, após o mesmo, o requerente seja retornado ao seu país de origem ou a concessão de residência permanente. No regime agora sugerido, o requerente teria, desde logo, a concessão de residência nos mesmos termos que a proteção subsidiária, somente com a diferença de que, por um lado, face aos crimes que cometeram, os indivíduos estariam sujeitos a constante vigilância no Estado de acolhimento – conforme indicações recentes da Comissão Europeia e expostas supra – e, por outro lado, a constante monitorização da situação política e social do Estado de origem, sendo certo que, tais informações devem ser transmitidas igualmente aos indivíduos protegidos, de modo a que possam escolher voluntariamente o seu repatriamento. Neste seguimento, logo que o país de acolhimento tenha confirmações específicas de que o indivíduo não seria sujeito a tratamento contrário ao Princípio do Non-Refoulement, a sua devolução ao país de origem seria compulsória.

Na verdade, este regime é um misto dos pontos essenciais dos regimes já existentes, com a particularidade de o seu escopo de proteção ser reduzido a casos muito específicos e através de uma constante vigilância quer ao nível do país de origem, quer ao nível do Estado de acolhimento, buscando fundamento às medidas protetoras de cada um deles, de modo a criar um regime que seja, ao mesmo tempo, garantístico dos interesses do Estado de refúgio e do intuito protetor que o indivíduo procura.

Assim, este seria um primeiro *draft* de um possível artigo a incluir nas Leis do Asilo e dos Estrangeiros, que o legislador ordinário deve ter em consideração e deverá, o quanto antes, definir contornos e estatuir, de modo a que, quer a Administração como os Tribunais, possam legal e legitimamente aplicar, sem considerações discricionárias e através da atribuição de regimes subsidiários, de modo a que a exclusão de um deles seja contornada pela proteção do seguinte, até que, *a final*, seja efetivada ou a proteção do requerente ou a sua exclusão.

Desde logo, uma das vantagens deste tipo de esquema eliminatório de regimes funciona de forma é a de que se, *a final*, o requerente for expulso do território no qual procurou proteção, a fundamentação da sua expulsão está, efetivamente, verificada, através da consideração de toda a sua situação pessoal e inclusão nos mais variados tipos de proteção possível.

Ademais, não só a criação de um novo regime e estatuto a conceder a estes indivíduos é necessária, mas ainda mais essencial, é a estipulação de que os regimes atualmente existentes deveriam funcionar por subsidiariedade, sendo este um fator premente a ter em consideração pelo legislador ordinário, de modo a que as autoridades competentes e os tribunais deixem de aplicar os variados regimes discricionariamente, mas seja perceptível uma razão lógica e legal na aplicação de cada um deles. Desta forma, não apenas seria garantida a proteção máxima aos requerentes de asilo mas, igualmente, tanto a Administração como os Tribunais, passariam a ter uma via legal de fundamentação da aplicação de um regime em vez do outro, tornando as suas decisões mais sustentáveis de acordo com um dos Princípio básicos de Estado de Direito: a fundamentação das decisões.

Existe, ainda, um ponto essencial que deve ser, também, atendido: na realidade, tendo em conta a responsabilidade inerente à tomada de decisão nos casos aqui em causa, nomeadamente a apreciação da culpabilidade de uma conduta e a possível negação da proteção conferida pelo Princípio do Non-Refoulement, todos aqueles que trabalhem neste âmbito devem ser altamente treinados, motivados, com vasta experiência neste campo, com capacidade para conduzir entrevistas, analisar provas, entre outras. Na realidade, como indicia Michael Kingsley Nyinah, a qualidade de um procedimento de determinação de estatuto de refugiado está diretamente relacionada com a qualidade dos procedimentos de expulsão<sup>349</sup>, pelo que, a qualidade destes procedimentos é medida pela qualidade profissional daqueles envolvidos no seu desenvolvimento.

---

349 In *Exclusion under article 1F: some reflection on Context, Principles and Practice*, I.J.R.L., Vol. 12, Special Supplementary Issue, 2000, pag. 314 e 315.

### **PARTE III – Conclusões Finais**

A presente dissertação tinha como objetivo demonstrar como o Equilíbrio entre o Princípio do Non-Refoulement e as Cláusulas de Exclusão do Estatuto de Refugiado poderia ser alcançado, com recurso aos atuais entendimentos da doutrina internacional, à legislação existente e à jurisprudência firmada pelos variados Tribunais da Europa.

Neste sentido, desde logo, podemos concluir que todos os indivíduos, mesmo aqueles excluídos da proteção enquanto refugiado, continuam a manter-se protegidos pelas normas internacionais dos direitos humanos, pois que a aplicação do direito internacional e regional dos direitos humanos serve para prevenir o retorno dos requerentes de asilo e refugiados que enfrentam tortura ou outro tipo de perseguições relacionadas, mas não só, ou seja, servem conjuntamente com esse direito à proteção, para garantir que todos os direitos do indivíduo enquanto pessoa humana sejam assegurados no processo de determinação da sua proteção/exclusão e após essa mesma decisão.

Na realidade, podemos verificar pelo entendimento, em especial, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, que os direitos humanos representam um proibição absoluta do retorno de qualquer indivíduo para onde ele irá sofrer tortura ou outro tratamento cruel, desumano ou degradante, bem como igualmente proíbe o retorno para um Estado onde as garantias processuais penais – nomeadamente o direito a um processo justo e equitativo – não estão garantidas<sup>350</sup>. Neste sentido, o Princípio do Non-Refoulement apresenta-se como uma norma inderrogável, de proibição absoluta de retorno para um Estado onde o risco de tortura é substancial, independentemente do Estatuto da pessoa e dos seus atos.

Ademais, desde 1951 e da estatuição do Princípio do Non-Refoulement pela Convenção de Genebra relativa ao Estatuto de Refugiado, as circunstâncias geopolíticas internacionais modificaram-se quanto à sua visão a aplicação dos direitos humanos, pelo que o art. 1.º - F desta Convenção de Genebra de 1951 não pode ter somente uma leitura de absoluta negação do estatuto

---

350 Neste sentido, Lawyers Committee for Human Rights: *Safeguarding the rights of refugees under the exclusion clauses: summary findings of the Project and Lawyers Committee for Human Rights Perspective*, I.J.R.L., Vol. 12, Special Supplementary Issue, 2000.



de refugiado, falando-se, atualmente, de uma nova perspetiva do Princípio do Non-Refoulement como norma de direito consuetudinário perentória e verdadeiro *ius cogens*.

Todavia, esta não é a realidade prática das autoridades administrativas e dos tribunais dos Estados de refúgio, pois que as exceções ao Princípio do Non-Refoulement e as Cláusulas de Exclusão servem, em grande parte dos casos, como válvulas de escape dos Estados em abrigar no seu território requerentes de asilo cujos comportamentos do passado encerram atos criminosos.

De facto, os Estados estão vinculados e são legalmente responsáveis por quaisquer violações dos direitos humanos e, principalmente, do Princípio do Non-Refoulement, pois assinaram a Convenção de Genebra de 1951, aceitaram a jurisprudência do TEDH, declararam transpor as Diretivas da UE e constitucionalizaram estas obrigações. Contudo, são poucos aqueles que respondem às necessidades dos refugiados e são responsabilizados por isso. Como tal, face a esta perspetiva, Chaloka Beyani menciona que a responsabilidade do Estado, nem sempre, se encontrará na sanção ao país de destino, pois que os problemas permanecem no colapso das políticas e da sociedade no Estado de origem<sup>351</sup>. Este advogado internacional considera, assim, que existe responsabilidade do Estado de destino pela sua atuação face às regras da lei internacional.

Na realidade, os Estados deveriam ter noção que têm que dar segurança aos refugiados e que a escolha de um país de refúgio, na maior parte dos casos, não é deliberada por circunstâncias políticas ou culturais, mas sim a única solução possível.

Deste modo, existe a necessidade de as Cláusulas de Exclusão serem examinadas no contexto daqueles que podem beneficiar da proteção do Princípio do Non-Refoulement, como princípio de direito consuetudinário internacional, já que, de facto, a proteção de não retorno é muito mais extensa que aquela exposta na Convenção de 1951, pelo que, esta proteção pode ser concedida, em determinados casos, àqueles excluídos do estatuto de refugiado<sup>352</sup>.

Deste modo, no que diz à Cláusulas de Exclusão expostas no art. 1.º - F, alíneas a) e c) as obrigações de entrega dos indivíduos suspeitos de cometerem estes crimes está cada vez mais

---

351 Volker Türk in *The role of UNHCR in the development on international refugee law*, artigo de Refugee: rights and realities – evolving international concepts and regimes, Edição de Frances Nicholson e Patrick Twomey, Cambridge University Press, 1999, pag. 267.

352 De acordo com as Global Consultations on International Protection, *Summary Conclusions – Exclusion from Refugee Status*, EC/GC/01/2Track/1, UNHCR, Lisboa, Expert Roundtable, Maio, 2001.

aumentando, não só devido à expansão do entendimento do princípio de jurisdição universal, bem como face ao estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

Assim, conclui-se que no caso de crimes contra a paz, contra a Humanidade e crimes de guerra, bem como quanto aos atos contrários aos objetivos e princípios das Nações Unidas, a proteção do Princípio do Non-Refoulement não se coloca, pois a gravidade dos crimes cometidos, a intenção e amplitude dos mesmos, bem como os bens jurídicos que se pretendem proteger com esta norma suplantam qualquer circunstância individual do requerente de asilo/refugiado, isto porque, caso se protegesse estes indivíduos concedendo-lhes asilo ou, simplesmente, não expulsando para o Estado que requer a sua extradição pelos crimes cometidos ou não os entregando ao TPI, estar-se-ia a iniciar uma cláusula impunitiva, apoiada na despenalização dos atos cometidos, facto que a comunidade internacional não pode nunca permitir.

Ora, o que acontece com a alínea a) do art. 1.º F em relação ao art. 33.º, n.º 1 é que a vinculação dos Estados às obrigações internacionais inerentes – proteção contra tortura e perseguição dos criminosos de guerra, de atos contra a paz ou humanidade – se sobrepõe, com particular incidência pela sua obrigação internacional de perseguição de criminosos de guerra e equiparados, isto é, o elemento criminal superioriza e substitui o carácter de refugiado *bona fide*<sup>353</sup>, pelo que não existe qualquer balanço entre interesses a fazer.

Como tal, a proteção concedida pelo art. 33.º, n.º 1 da Convenção de Genebra e por outros Tratados, deve ser relegada para um segundo plano, tendo em conta os objetivos que se pretendem alcançar com a expulsão do indivíduo que perpetrou os crimes das alíneas a) e c) do art. 1.º-F, quer para um país que o julgará pelos crimes cometidos, quer pela aplicação de jurisdição universal, quer pela sua entrega ao TPI. Nesse sentido, o objetivo é desenvolver um sistema normativo que integre os vários diferentes regimes legais dos Estados, de forma coerente e consistente.

Em particular quanto à Cláusula de Exclusão assente no art. 1.º - F, alínea b) da Convenção de Genebra de 1951, concluímos que a sua interpretação e aplicação deve ser feita *cum grano salis*, pois que é no seu âmbito que a questão do equilíbrio entre os dois institutos aqui em causa, mais se afigura relevante.

---

353 Michael Kingsley Nyinah in *Exclusion under article 1F: Some reflections on Context, Principles and Practice*, I.J.R.L., Vol. 12, Special Supplementary Issue, 2000, pag. 306.

De facto, quanto à alínea b) do art. 1.º - F, os casos por si incluídos não são tão lineares quanto os anteriores, sendo certo que atualmente se tem exigido que o seu entendimento necessita de ser flexível, dinâmico e desenvolvido casuisticamente, através, desde logo, de um entendimento mais expansivo do Princípio do Non-Refoulement.

De facto, vimos que em princípio crimes menores não levam à exclusão, devendo ser efetuado um raciocínio de proporcionalidade na averiguação da sua aplicação, ou seja, de acordo com as Orientação do ACNUR para a Exclusão<sup>354</sup>, quanto mais grave for a perseguição receada caso o requerente seja retornado, maior será a gravidade do crime cometido, pelo que será necessário efetuar um equilíbrio entre estes interesses em causa e, principalmente, as consequência a longo prazo com a expulsão ou admissão do requerente de asilo.

Defendemos, ainda que deve ser trazida à colação pelas autoridades administrativas e os tribunais, a teoria do 'teste do equilíbrio' como a solução apontada para os casos dúbios de aplicação desta alínea b), sendo que se propõe uma ponderação de causalidade e proporcionalidade entre os meios, o alvo, os objetivos que se pretendem atingir e as consequências desse ato, que devem ser equilibradas com o medo/receio de perseguição que o autor diz vir a sofrer em caso de exclusão.

Ademais, concluímos ainda que, no que diz respeito às exceções do Princípio do Non-Refoulement, verificamos que o art. 33.º, n.º 2 e o argumento da segurança nacional só podem ser trazidos à colação quando a presença do refugiado ou os seus atos, objetiva e razoavelmente constituem uma real possibilidade de direta ou indiretamente vir a infligir substancialmente perigo para o Estado de acolhimento e os seus interesse mais básicos, o que inclui o risco de um ataque armado ao seu território e cidadãos ou a destruição da democracia implantada<sup>355</sup>.

Desta forma, defendemos que somente por via do Princípio da Proporcionalidade pode ser possível assegurar um justo equilíbrio entre o Princípio do Non-Refoulement e as Cláusulas de Exclusão do estatuto de refugiado, pois que somente com uma ponderação entre todos os

---

354 ACNUR, Orientações sobre Proteção Internacional - *A Aplicação das Cláusulas de Exclusão: O art. 1.º F da Convenção de 1951 relativa ao Estatuto de Refugiado*, 4 Setembro de 2003.

355 In *The rights of refugees under international law*, Cambridge University Press, 2005, pag. 346.

interesses envolvidos no caso, se consegue garantir uma proteção efetiva dos direitos do requerente/refugiado e do Estado de refúgio.

Ademais, assistimos ainda às mais diversas interpretações de equilíbrio entre estes dois institutos, desde logo, por um lado com o entendimento jurisprudencial do TEDH em proibir o retorno, independentemente do crime cometido, face à violação dos art. 2.º e 3.º da CEDH – o quer demonstra a importância cada vez maior destes institutos e a proteção do indivíduo em si mesmo; e, por outro lado, as questões de segurança nacional e ordem pública que anulam a proteção concedida por aquele Princípio, admitindo a expulsão do requerente/refugiado para além da proteção conferida.

À jurisprudência do TEDH se segue a mesma interpretação efetuada pelo Comité contra a Tortura das Nações Unidas, que através das suas decisões quanto às queixas individuais face a atos de expulsão, deportação e extradição dos Estados, o Comité cada vez mais tem garantido a natureza absoluta do art. 3.º da CAT, ou seja, do seu Princípio do Non-Refoulement.

Porém, por seu lado, o TJUE com base na Diretiva 2004/83/CE tem vindo a fazer uma aplicação restritiva do Princípio do Non-Refoulement, desde logo, face à estatuição de Cláusulas de Exclusão no seu texto, dando azo a concessões menos extensivas da proteção internacional. Acresce que, no âmbito da jurisprudência do TJUE, foi ainda relevada a primazia do direito da União face as normas constitucionais dos Estados, devendo estas ser interpretadas de acordo com a Diretiva em causa que, como defendi, é uma primazia discutível e que pode trazer várias questões de interpretação e aplicação entre as normas da União e as nacionais.

Por fim, foi de relevar a escassa jurisprudência portuguesa e a falta de vontade dos tribunais em aplicar as normas internacionais, ficando-se pelas normas domésticas, por vezes insuficientes para lidar com as circunstâncias delicadas dos casos que aqui se colocaram.

Ademais, relevou-se o insuficiente conhecimento pelos Tribunais da aplicação dos critérios positivos da concessão do estatuto de refugiado e a aplicação sucedânea dos critérios negativos desse mesmo estatuto, ou seja, somente pela aplicação dos primeiros se poderá averiguar a possível aplicação dos segundos.

Ora, este não é o raciocínio adotado pelos Tribunais, o que demonstra como existe, ainda, uma errada aplicação não só destes critérios, bem como da sua eventual conjugação com o Princípio do Non-Refoulement.

Acresce que, ao nível interno português, foi defendida uma definição de um regime progressivo e eliminatório de níveis de proteção é deveras necessário, para uma concessão aceitável, ponderada e correta de um estatuto ao requerente ou, a fundamentação eficaz da sua expulsão. Ademais, é igualmente relevante um entendimento harmonioso da moldura penal a atender no âmbito da exclusão pelos crimes cometidos na alínea b) do art. 1.º - F, pois que o art. 9.º da Lei do Asilo encontra-se de todo desfasado com a interpretação da comunidade internacional dos crimes cometidos no âmbito desta cláusula de exclusão.

Ora, o certo é que os Direitos Humanos e, em específico, o Direito Internacional dos Refugiados são vistos como normas imperativas, inderrogáveis, com o objetivo de que todos os Estados estabeleçam um *standard* mínimo de proteção aceitável por todos; porém, como pudemos verificar pelo exposto na presente dissertação, este mínimo de proteção é difícil de estabelecer, não só devido aos diferentes ordenamentos jurídicos de cada país, com o seu próprio sistema de asilo (ou até sem ele), com diferentes molduras penais, com diferentes regimes de asilo, mas principalmente devido aos objetivos e agenda política de cada Estado em controlar a entrada no seu território, quem aí reside e quem decide aceitar ou não.

Contanto que a ideia de um sistema de asilo único e harmónico entre todos os países – como o que se pretende conseguir na União Europeia – seja quase de todo descabida ao nível mundial, o certo é que é possível estabelecer standards mínimos de proteção, não só através da Convenção de Genebra e a sua interpretação, mas principalmente ao nível da jurisprudencial europeia e internacional, nomeadamente quanto ao entendimento do art. 3.º da Convenção contra a Tortura e o seu carácter inderrogável, como sobre a extensão do Estatuto de Roma aos casos incluídos nas alíneas a) e c) do art. 1.º - F, ou ainda, sobre o que se entende pelas exceções de segurança nacional e ameaça à comunidade.

Deste modo, no mínimo um entendimento justo e universal destes pontos seria uma mais-valia para uma aplicação efetiva e equilibrada do Direito Internacional dos Refugiados, acautelando-

se aplicações discricionárias ou ilegítimas das normas em causa, por vezes em total detrimento dos direitos dos requerentes/refugiados em virtude dos interesses políticos dos Estados.

Desta forma, cabe, em primeiro grau, aos Estados a maior responsabilidade pela interpretação e aplicação do art. 1.º-F, pelo que deve ser, *a priori*, no seio de cada ordenamento jurídico que este equilíbrio deve ser assegurado. Como tal, mecanismos efetivos devem ser criados para monitorizar a salvaguarda destas garantias nos Estados recetores, isto é, quer no seio das Nações Unidas como de outras organizações internacionais, devem ser criados mecanismos de monitorização daquilo que acontece aos requerentes de asilo ou refugiados que foram expulsos ou até aceites por um Estado, assegurando que estes são tratados em concordância com os mais básicos direitos da pessoa.

Na realidade, uma das mais importantes conclusões a retirar é a de que as obrigações dos Estados em virtude da sua ratificação da Convenção de Genebra de 1951 nem sempre são incorporadas plenamente nos ordenamentos jurídicos nacionais, pois que em épocas de maiores preocupações políticas e de segurança, as responsabilidades internacionais por vezes não são tratadas com prioridade.

O que, na realidade se visualiza é um distanciamento entre as orientações do ACNUR e mesmo do TEDH, e os interesses dos Estados, pois que a orientação oferecida pelo ACNUR, em conformidade com a responsabilidade de proteção como contemplada na Convenção de Genebra de 1951, nem sempre é seguida na prática, levando a que pessoas sejam retornadas forçosamente a situações de conflito ou de graves abusos dos direitos humanos.

Como tal, muita da proteção dos refugiados pode e deve ser fortalecida se os Estados individualmente melhorarem a aplicação da Convenção de Genebra de 1951, incluindo uma maior aceitação das suas responsabilidades de proteção a que voluntariamente se vincularam isto porque, antes de mais são os Estados que acarretam a maior responsabilidade pela interpretação e aplicação do art. 1.º-F e o seu equilíbrio com o Princípio do Non-Refoulement.

Acresce que, a esta consciencialização dos Estados ao nível interno, deve ser, igualmente, percecionada, ao nível internacional, através uma dinâmica de solidariedade estadual para com os refugiados, de modo a que, futuramente, a proteção conferida seja maior se apoiada por esta solidariedade entre os Estados.

Deste modo, é defendido que a divisão de responsabilidades entre os Estados é um princípio unificador do sistema de proteção de refugiados; porém, atualmente, existe uma ausência de parâmetros claros para esta divisão de responsabilidades<sup>356</sup>.

Ao nível da União Europeia, foi referenciado que existe a possibilidade de criação de um sistema europeu comum de asilo, tendo o ACNUR apresentado à Comissão Europeia uma proposta de criação de centros de acolhimento fechados, nos quais os requerentes seriam obrigados a residir durante todo o procedimento de concessão de proteção internacional, com o limite temporal máximo de um mês. Após a averiguação desta concessão, deveria ser feita a transferência rápida do requerente para o Estado de asilo ou o seu retorno. Estes centros e mecanismo procedimental seria financiado pela UE, através da partilha de recursos e competências e cujos procedimentos seriam controlados pelo ACNUR<sup>357</sup>.

Ora, o certo é que, embora indispensáveis, os conceitos de cooperação internacional e divisão de responsabilidades não estão claramente definidos nos instrumentos internacionais, incluindo a Convenção de Genebra de 1951, o que ainda deixa muito por realizar e melhorar no âmbito do Direito Internacional dos Refugiados.

Acresce que, como vimos, a Convenção de Genebra de 1951 deve ser interpretada à luz dos atuais entendimentos da comunidade internacional, ultrapassando-se os limites histórico-políticos da sua criação. Nesse sentido, comprovamos a atual evolução do Princípio do Non-Refoulement para uma norma imperativa de *ius cogens* e a aplicação restritiva e limitada das Cláusulas de Exclusão.

Porém, outras lacunas decorrentes da Convenção de Genebra de 1951 subsistem, pois apesar da crescente relevância, essencialmente interpretativa, da Convenção de Genebra de 1951 para a proteção internacional dos refugiados, algumas formas contemporâneas de deslocamento forçado não cabem propriamente dentro de seu âmbito, não obstante, os afetados poderem ter

---

356 Em boa verdade, a responsabilidade de satisfazer as necessidades dos refugiados não se distribui uniformemente entre os Estados, pois cerca de 80% dos refugiados do mundo residem em países em desenvolvimento, muitas vezes em países que por si só carecem de recursos necessários para satisfazer as necessidades destes. Na realidade, não existe compreensão ou reconhecimento suficiente do impacto que é acolher refugiados para os Estados em desenvolvimento, incluindo aqueles que não são partes da Convenção de Genebra de 1951.

357 Para mais pormenores seguir: Parecer da Comissão Europeia - *Em direção a sistemas de asilo mais acessíveis, equitativos e organizados*, Luxemburgo, SPOCE, 2003.

necessidades de proteção – são eles, os refugiados por motivos económicos, quer seja devido à extrema pobreza, à guerra ou catástrofe natural.

Ora, o resultado é que nem todos os indivíduos estarão incluídos no mandato de uma organização como o ACNUR, o que tem criado, no seio da Organização das Nações Unidas uma necessidade em rever prioridades e métodos de trabalho, nomeadamente, cada vez mais a comunidade internacional urge por uma atualização da Convenção de Genebra de 1951 no âmbito do conceito de refugiado, proteção internacional e medidas a adotar nestes casos.

Em todo o caso, a Convenção de Genebra de 1951 ainda é o Tratado pilar de toda a legislação, doutrina e jurisprudência no que concerne aos refugiados, sendo por isso o texto fundamental para resolver quaisquer questões que se coloquem na prática estadual de concessão de asilo ou proteção internacional.

Neste sentido, foi com base na Convenção de Genebra de 1951 que se procurou sempre dar resposta às diversas questões presentes nesta Dissertação, em especial àquela que foi propósito deste estudo: o equilíbrio entre o Princípio do Non-Refoulement e as Cláusulas de Exclusão do estatuto de refugiado. Após a integração destes institutos quanto às suas origens e a explicação do seu sentido e âmbito, é sem dúvida, através da jurisprudência fundada do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Tribunal de Justiça da União Europeia que a questão face ao Equilíbrio mais ganhou forma, consistência e aí encontrou as suas respostas.

Na realidade, apesar das diferentes fundamentações e propósitos de cada Tribunal, o certo é que a solução encontrada é aquela que se fundamenta na aplicação de um Princípio de Proporcionalidade, entre os interesses do requerente/refugiado e os interesses do Estado. Como tal, somente uma aplicação, ao nível nacional em primeiro lugar, suficientemente justa, ponderada e seguida pelos cânones apresentados, poderá o indivíduo ver todos os seus direitos serem devidamente garantidos e o Estado a assegurar que a sua linha de defesa – a fundamentação das suas decisões – seja igualmente garantida e sem lacunas.

Como tal, era objetivo desta dissertação responder à grande questão relativa ao Equilíbrio entre estes dois institutos o que, acredito, foi respondida em pleno, tendo até extravasado esse âmbito e deixada uma porta aberta para mais questões que, no futuro, poderão ser, igualmente, respondidas.



## PARTE IV – Bibliografia Citada

### a) Doutrina

- ACNUR in *Manual de Procedimentos e Critérios a Aplicar para determinar o Estatuto de Refugiado*, Genebra, 1992;
- Alexandrino, José de Melo in *A nova lei de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros*, Revista da FDUL, Coimbra Editora, 2008;
- Allain, Jean in *The jus cogens Natures of non-refoulement*, I.J.R.L., Vol. 13, n.º 4, 2002;
- Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, 2007/C 303/02, J.O.U.E., 2007;
- Arribas, Juan José Martin in *Los Estados Europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo*, Universidad de Burgos, Dykinso, S.L., 2000;
- Bagaric, Mirko e Dimopoulos, Penny in *Discrimination as the touchstone of persecution in refugee law*, International Journal of the Sociology of Law, Volume 32, Issue 4, December;
- Barreto, Ireneu Cabral in *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2010;
- Beyani, Chaloka in *Human Rights Standards and the Free Movement of People within States*, Oxford University Press, 2000;
- Bliss, Michael in *'Serious Reasons for Considering': Minimum standards of Procedural fairness in the application of the 1F Exclusion Clauses*, I.J.R.L., Vol. 12, Special Supplementary Issue, 2000;
- Bravo, Luigi Ferrari, Maqo, Francesco M. di e Rizzo, Alferdo in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Giuffré Editore, 2001;
- Bringuier, Pierre in *Les Quasi-refugiés, Direção Dominique Turpin, artigo de Immigrés et réfugiés dans les démocraties occidentales : défis et solutions*, Presses Universitaires d'Aix – Marseille, 1989;

- Bruycker, Philippe de in *Immigration and asylum law of the EU current debates*, Bruxelles : Bruylant, 2005 ;
- Boulesbac, Ahcene in *The UN Convention on Torture and the Prospects for enforcement*, International Studies on Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, 1999;
- Carter, April in *The political theory of global citizenship*, London, New York: Routledge, 2001;
- Clayton, Richard in *The law of human rights*, Oxford University Press, 2000;
- Conselho Português dos Refugiados in *O Asilo em Portugal*, Volume II, 1996;
- Cunliffe, Alex in *The refugee crisis: a study of the UNHCR*, Political Studies, Vol. 43, n.º 2, Junho, 1995;
- Duffy, Aoife in *Expulsion to face Torture? Non-refoulement in International Law*, I.J.R.L., Vol. 20, n.º 3, 2008;
- Dunne, Tim in *Human Rights in global politics*, Cambridge University Press, 2000;
- Edwards, Alice in *Human Rights, Refugees and the right to enjoy asylum*, I.J.R.L., Vol. 17, n.º 2, 2005;
- Feller, Erika, Turk, Volker e Nicholson, Frances in *Refugee Protection in International Law*, UNHCR's Global Consultations in International Protection, Cambridge University Press, 2003;
- Fitzpatrick, Joan in *Temporary protection of refugees: elements of a formalized regime*, American Journal of International Law, Vol. 94, n.º 2, 2000;
- Fitzpatrick, Joan in *The Post-Exclusion Phase: Extradition, Prosecution and Expulsion*, I.J.R.L., Vol. 12, Special Supplementary Issue, 2000;
- Fortin, Antonio in *The Meaning of Protection in the Refugee Definition*, I.J.R.L., Vol. 12, n.º 4, 2000;

- Gilbert, Geoff in *Current Issues in the application of exclusion clauses*, Paper for UNHCR, Expert Roundtable, Lisboa, Maio, 2001. Disponível em: <http://www.unhcr.org/419dba514.pdf>
- Gilbert, Geoff in *Extradition and other Mechanisms*, artigo de *Transnational Fugitive Offenders in International Law*, International Studies on Human Rights, Martinus Nijhoff Publishers, 1998;
- Gonçalves, Márcia Constantino in *O Estatuto de Refugiado e o Direito de Asilo*, relatório de Mestrado em Ciências Jurídico-Internacionais, FDUL, 2006;
- Gonçalves, Márcia Constantino in *O Princípio do Non-refoulement*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-internacionais, FDUL, 2008;
- Goodwin-Gill, Guy S. in *The International Protection of Refugees: What Future?*, I.J.R.L., Editorial, Vol. 12, n.º 1, 2000; Nathawani, Niraj in *The Purpose of Asylum*, I.J.R.L., Vol. 12, n.º 3, 2000;
- Goodwin-Gill, Guy S. in *The Refugee in International Law*, 2.ª Edição, Clarendon Press Oxford, 1996;
- Goodwin-Gil, Guy S. in *The Right to Seek Asylum: Interception at Sea and the Principle of Non-Refoulement*, I.J.R.L., Vol. 23, n.º 3, 2011;
- Gorjão, Miguel in *A Europa e o “estrangeiro” – A Inclusão do Outro*, Studia Iuridica 66, Colloquia 9, Boletim da FDUC, Coimbra Editora, 2002;
- Gowlland-Debbas, Vera in *The problem of refugees in the light of contemporary international law issues*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1996;
- Guimezanes, Nicole in *Le Statut Juridique des Réfugiés*, Revue Internationale de Droit Comparé, Ano 46, n.º 2, Abril/Junho, 1994;
- Hailbronner, Kay in *EU Immigration and asylum law: commentary on EU regulations and directives*, Munchen:Beck, 2010;

- Harvey, Colin in *Immigration and asylum law: new covenants and familiar challenges*, Public Law, Spring, 1999;
- Harvey, Colin in *The right to seek asylum in the European Union*, European Human Rights Law Review, Issue 1, Sweet&Maxwell, Ltd, 2004;
- Hathaway, James C. in *The rights of refugees under international law*, Cambridge University Press, 2005;
- Hathaway, James C. in *The law of refugees status*, Butter Worths, 1991;
- Hathaway, James C. in *Reconceiving international Refugee Law*, The Hague: Martinus Nijhoff Publishers, 1997;
- Kalin, Walter e Kunzli, Jorg in *Article 1F (b): Freedom fighters, terrorists and the notion of Serious non-political crimes*, I.J.R.L. Special Supplementary Issue on Exclusion, Oxford University Press, 2000;
- Lauterpacht, Elihu Sir e Bethlem, Daniel in *The Scope and Content of the Principle of Non-refoulement*, Opinion para UNHCR, 2001;
- Lawyers Committee for Human Rights in *Safeguarding the Rights of Refugees under Exclusion clauses: summary findings of the Project and Lawyers Committee for Human Rights Perspective*, I.J.R.L., Vol. 12, Special Supplementary Issue, 2000;
- Lima, Ana Maria Pereira de in *O Direito de asilo num espaço de livre circulação de pessoas*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-económicas, FDUC, 2007;
- Marinho, Inês Filipa Pires in *O Direito de Asilo na União Europeia: a Convenção de Genebra e o Estatuto de Refugiado*, Relatório de Mestrado em Ciências Jurídico-Internacionais, FDUL, 2003;
- Marinho, Inês Filipa Pires in *O Direito de Asilo na União Europeia: problemas e soluções*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Internacionais, FDUL, 2003;

- Medeiros, Rui in *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a Convenção Europeia e o Estado Português – Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976, Evolução Constitucional e Perspetivas Futuras*, AAFDUL, 2001;
- Mesquita, Maria José in *Reflexões breves sobre a adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Almedina, 2010;
- Morikawa, Márcia Mieko in *Deslocados Internos: entre a soberania do Estado e a Proteção Internacional dos Direitos do Homem – Uma crítica ao sistema internacional de proteção dos refugiados*, Studia Iuridica, Coimbra Editora, 2006;
- Nascimbene B., in *Expulsion and detention of aliens in the EU Countries*, Nascimbene B. Editor, 2001;
- Noll, Gregor in *Seeking Asylum at Embassies: a Right to entry under international law?*, I.J.R.L., Vol. 17, n.º 3, 2005;
- Nowak, Manfred e McArthur, Elizabeth in *The United Nations Convention on Torture – A Commentary*, Oxford Commentaries on International Law, Oxford University Press, 2008;
- Nyinah, Michael Kingsley in *Exclusion under article 1F: Some reflections on Context, Principles and Practice*, I.J.R.L., Vol. 12, Special Supplementary Issue, 2000;
- Okafor, Obiora Chinedu e Okoronkwo, Pius Lekwuwa in *Re-configuring non refoulement? The Suresh Decision, Security Relativism and the International Human Rights Imperative*, I.J.R.L., Vol. 15, n.º 1, 2003;
- Oliveira, Andreia Sofia Pinto in *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa – âmbito de proteção de um direito fundamental*, Coimbra Editora, 2009;
- Oliveira, Andreia Sofia Pinto in *O novo Direito de Asilo Português – Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, Edição da FDUL, Coimbra Editora, 2010;
- Ovey, Clare in *The European Convention on Human Rights*, Jacob and White, Oxford University Press, 3.ª Edição, 2006;

- Pereira, Júlio A.C. e Pinho, José Cândido in *Direito dos Estrangeiros: entrada e permanência, Anotação, Comentários e Jurisprudência*, Coimbra Editora, 2008;
- Pizarra, Nuno in *Migration and Asylum Law Policy – Portugal*, Estudos de Direito Europeu, 2009;
- Rocha, Armando in *O Contencioso dos Direitos Humanos no espaço europeu: o modelo da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica, 2010;
- Rodrigues, José Noronha in *Políticas de Asilo e de Direito de Asilo na União Europeia*, CEEApIA n.º 14/2006, Centro de Estudos de Economia Aplicada do Atlântico, 2006;
- Sánchez, Pablo Antonio Fernández in *The Principle of non-refoulement of refugees in situation of armed conflicts or occupation*, International Conference on Refugees and International Law: the challenge of protection, Oxford University, 2006;
- Schoffer, Olivier de in *The role of the Council of Europe in the debat on the Fundamental Rights Agency*, artigo de: *New institutions for Human Rights Protection*, Editado por Kevin Boyle, Oxford University Press, Vol. XVIII/2, 2009;
- Silva Costa, Paulo Manuel Abreu da in *A proteção dos Estrangeiros pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem perante processos de asilo, extradição e expulsão – A Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, Ordem dos Advogados, 2000;
- Soares, António Goucha in *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: a proteção dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário*, Coimbra Editora, 2002;
- *Towards a sociology of forced migration and social transformation*, Sociology, Vol. 37, n.º 1, Londres, 2003;
- Trindade, António in *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Sérgio António Fabris Editor, 2003;
- Türk, Volker in *The role of UNHCR in the development on international refugee law*, artigo de *Refugee: rights and realities – evolving international concepts and regimes*, Edição de Frances Nicholson e Patrick Twomey, Cambridge University Press, 1999;

- UNHCR in *Guidelines on International Protection: Application of the Exclusion Clauses – Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, I.J.R.L., Vol. 15, n.º 3, 2003;
- Vedsted-Mansen, Jens in *Non-admission policies and the right to protection: Refugees choice vs states exclusion?*, artigo de *Refugee: rights and realities – evolving international concepts and regimes*, Edição de Frances Nicholson e Patrick Twomey, Cambridge University Press, 1999;
- Warner, Daniel in *The refugee state and state protection*, artigo de *Refugee: rights and realities – evolving international concepts and regimes*, Edição de Frances Nicholson e Patrick Twomey, Cambridge University Press, 1999;
- Weis, Paul in *The Refugee Convention of 1951: The travaux preparatoires analysed*, Cambridge University Press, XIX, 1995;

**b) Relatórios, Comentários e outra Documentação:**

- ACNUR, *Nota de Orientação sobre Extradicação e Proteção Internacional de Refugiados*, 2008. Disponível em:  
<http://www.unhcr.org/refworld/publisher,UNHCR,POSITION,,49f96a4f2,0.html>
- ACNUR, *Orientações sobre Proteção Internacional - A Aplicação das Cláusulas de Exclusão: O art. 1.º F da Convenção de 1951 relativa ao Estatuto de Refugiado*, 4 Setembro de 2003. Disponível em: <http://www.unhcr.org/cgi-bin/texis/vtx/home/opendocPDFViewer.html?docid=3f7d48514&query=exclusion%20clauses>
- *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, UNHCR, Genebra, 2007. Disponível em: <http://www.unhcr.org/refworld/pdfid/45f17a1a4.pdf>
- Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, *Relatório sobre a proteção e reforço dos direitos humanos dos refugiados e requerentes de asilo na Europa*, Doc. 7783, 1997.

Disponível em:

<http://www.assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileID=7701&Language=EN>

- Background Note on the Application of the Exclusion Clauses: *Article 1F of the 1951 Convention relating to the Status of Refugees*, Protection Policy and Legal Advice Section, Department of International Protection, Geneva, 4 September 2003. Disponível em: <http://www.un.org/en/sc/ctc/docs/backgroundexclusion.pdf>
- Conselho Europeu para os Refugiados e Exilados (E.C.R.E.) in *Position on Exclusion from Refugee Status*, PP1/03/2004/Ext/CA, 2004. Disponível em: <http://www.unhcr.org/refworld/publisher,ECRE,POSITION,,4158291a4,0.html>
- Diálogo do Alto Comissariado sobre os desafios de proteção: *Lacunas de Proteção e Resposta*, 2010. Disponível em: [http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Dialogo\\_do\\_Alto\\_Comissario\\_2010\\_-\\_Lacunas\\_de\\_Protecao\\_e\\_Respostas\\_-\\_Documento\\_Principal](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Dialogo_do_Alto_Comissario_2010_-_Lacunas_de_Protecao_e_Respostas_-_Documento_Principal)
- E.C.R.E. in *Research paper on Non-state agents of persecution*, European Legal Network on Asylum, 1998;
- *Em direção a sistemas de asilo mais acessíveis, equitativos e organizados*, Luxemburgo, SPOCE, 2003. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52003DC0315:PT:HTML>
- EU Network of Independent Experts on Fundamental Rights, *Commentary of The Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Junho, 2006. Disponível em: <http://158.109.131.198/catedra/images/experts/COMMENTARY%20OF%20THE%20CHARTER.pdf>
- Global Consultation on International Protection, *Summary Conclusion – The Principle of Non-refoulement*, Expert Roundtable, UNHCR, Julho, 2001. Disponível em: <http://www.unhcr.org/3baf3117f.html>



- Global Consultations on International Protection, *Summary Conclusions – Exclusion from Refugee Status*, EC/GC/01/2Track/1, UNHCR, Lisboa, Expert Roundtable, Maio, 2001. Disponível em: <http://www.unhcr.org/3b38938a4.html>
- Livro Verde relativo a uma política comunitária em matéria de regresso dos residentes em situação ilegal, apresentado pela Comissão, COM(2002) 175, Bruxelas, 2002, J.O.U.E.;
- Livro Verde sobre o futuro Sistema Europeu Comum de Asilo, apresentado pela Comissão, COM (2007) 301, Bruxelas, 2007, J.O.U.E.;
- *Note on Exclusion Clauses*, UNHCR, EC/47/SC/CRP.29, Maio, 1997. Disponível em : <http://www.unhcr.org/3ae68cf68.html>
- *Parecer do Comité Económico e Social sobre a «Proposta de diretiva do Conselho relativa a normas mínimas aplicáveis ao procedimento de concessão e retirada do estatuto de refugiado nos Estados-Membros»*, 2001/C 193/16. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2001:193:0077:0083:PT:PDF>
- *Relação entre a Salvaguarda de segurança interna e o respeito das obrigações e dos instrumentos de proteção internacional*, Luxemburgo, SPOCE, 2001. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52001DC0743:PT:HTML>
- *Relatório Sobre o funcionamento da metodologia para um controlo sistemático e rigoroso do respeito pela Carta dos Direitos Fundamentais*, Bruxelas, COM(2009) 205. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0205:FIN:PT:PDF>
- Serviços de Estrangeiros e Fronteiras, *Estatutos de Proteção Complementares à legislação comunitária de Imigração e Asilo em Portugal*, Rede Europeia das Migrações, 2009. Disponível em: <http://www.sef.pt/documentos>
- Serviços de Estrangeiros e Fronteiras, *A Organização das Políticas de Asilo e Imigração em Portugal*, Rede Europeia das Migrações, 2008. Disponível em: <http://www.sef.pt/documentos/56/AOrgPolAsilolmigemPortugal.pdf>

- *Submission by the Office of the United Nations High Commissioner for Refugees in the Case of Hirsi and Others v. Italy*, UNHCR, Março, 2010. Disponível em: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4b97778d2.html>

**c) Legislação:**

- Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, UE, 2010;
- Constituição da República Portuguesa, 2010;
- Convenção de 1951 relativa ao Estatuto de Refugiado, ONU, 1951;
- Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, ONU, 1984;
- Convenção Europeia dos Direitos do Homem, CoE, 1950;
- Declaração Universal dos Direitos do Homem, ONU, 1948;
- Decisão n.º 573/2007/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Maio de 2007, que cria o Fundo Europeu para os Refugiados para o período de 2008 a 2013 no âmbito do programa, geral «Solidariedade e gestão dos fluxos migratórios, J.O.U.E.;
- Diretiva 2003/9/CE do Conselho de 27 de Janeiro de 2003 que estabelece normas mínimas em matéria de acolhimento dos requerentes de asilo nos Estados-Membros, J.O.U.E.;
- Diretiva 2004/83/CE do Conselho de 29 de Abril de 2004 que estabelece normas mínimas relativas às condições a preencher por nacionais de países terceiros ou apátridas para poderem beneficiar do estatuto de refugiado ou de pessoa que, por outros motivos, necessite de proteção internacional, bem como relativas ao respetivo estatuto, e relativas ao conteúdo da proteção concedida, J.O.U.E.;

- Diretiva 2005/85/CE do Conselho de 1 de Dezembro de 2005 relativa a normas mínimas aplicáveis ao procedimento de concessão e retirada do estatuto de refugiado nos Estados-Membros, J.O.U.E.;
- Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Dezembro de 2011 que estabelece normas relativas às condições a preencher pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para poderem beneficiar de proteção internacional, a um estatuto uniforme para refugiados ou pessoas elegíveis para proteção subsidiária e ao conteúdo da proteção concedida (reformulação), J.O.U.E.;
- Lei n.º 23/2007 de 4 de Julho, que aprova o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional;
- Lei n.º 27/2008 de 30 de Junho que estabelece as condições e procedimentos de concessão de asilo ou proteção subsidiária e os estatutos de requerente de asilo, de refugiado e de proteção subsidiária;
- Regulamento CE n.º 343/2003 do Conselho de 18 de Fevereiro de 2003 que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise e um pedido de asilo apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro, J.O.U.E.;
- Pacto Europeu em Imigração e Asilo, Conselho Europeu, Doc. N.º 13189/08 ASIM 68, Bruxelas, 2008, J.O.U.E.;

## PARTE V - Índice de Jurisprudência Consultada

### Supremo Tribunal Administrativo

- Acórdão de 04.07.1995, Processo n.º 033252. Disponível em:  
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/d04fcf1257ad6f89802568fc003999d2?OpenDocument>
- Acórdão de 14.12.1995, Processo n.º 036540. Disponível em:  
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/bea83d9ea82b77a1802568fc00395361?OpenDocument>
- Acórdão de 23.01.1996, Processo n.º 036552. Disponível em:  
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/05b46624520be421802568fc00395f76?OpenDocument>
- Acórdão de 20.05.1997, Processo n.º 037585. Disponível em:  
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/634e2d1196817dbb802568fc0039c854?OpenDocument>
- Acórdão de 06.10.1998, Processo n.º 043245. Disponível em:  
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/287c1c3c58924f29802568fc0039bbfd?OpenDocument>
- Acórdão de 31.10.2000, Processo n.º 044667. Disponível em:  
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/d934327fee3654f5802569f5004f63a1?OpenDocument>
- Acórdão de 04.06.2002, Processo n.º 046210. Disponível em:  
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/b3802731d038e38180256bd8003d5e10?OpenDocument>
- Acórdão de 25.09.2003, Processo n.º 01349/02. Disponível em:  
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/bd589e24cacc36c680256db300359fd6?OpenDocument>

- Acórdão de 09.02.2005, Processo n.º 01397/04. Disponível em:  
<http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/1f0edeb2ee4f9bef80256fab005690c7?OpenDocument>

### **Tribunal Central Administrativo Sul**

- Acórdão de 03.02.2005, Processo n.º 00218/04. Disponível em:  
<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/805e0b33f21fbdf780256fac0050c64f?OpenDocument>
- Acórdão de 20.10.2005, Processo n.º 01030/05. Disponível em:  
<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/3a4246f11bdff182802570a400497c75?OpenDocument>
- Acórdão de 24.05.2007, Processo n.º 02543/07. Disponível em:  
<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/4e7f73d24ed06b3d802572e600368d6a?OpenDocument>
- Acórdão de 24.02.2011, Processo n.º 07226/11. Disponível em:  
<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/c429763eda96812c8025784700598e87?OpenDocument>

### **Tribunal Constitucional**

- Acórdão n.º 288/94, Processo n.º 485/93. Disponível em:  
<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940288.html>
- Acórdão n.º 577/94, Processo n.º 10/94. Disponível em:  
<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940577.html>

- Acórdão n.º 41/95, Processo n.º 713/93. Disponível em:  
[http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/jurel/cst\\_busca\\_actc.php?ano\\_actc=1995&numero\\_actc=41](http://www.pgdlisboa.pt/pgdl/jurel/cst_busca_actc.php?ano_actc=1995&numero_actc=41)

### **Tribunal Europeu dos Direitos do Homem**

- Acórdão Soering v. Reino Unido de 07.07.1989, Ap. 14038/88. Disponível em:  
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57619>
- Acórdão Cruz Varas e Outros v. Suécia de 20.03. 1991 Ap. 15576/89. Disponível em:  
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57674>
- Acórdão Vilvarajah e Outros v. Reino Unido de 30.10.1991, Ap. 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 e 13448/87. Disponível em:  
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57713>
- Acórdão Chahal v. Reino Unido de 15.11.1996, Ap. 22414/93. Disponível em:  
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58004>
- Acórdão Ahmed v Áustria de 17.12.1996, Ap. 25964/94. Disponível em:  
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58001>
- Acórdão N. v. Finlândia de 30.11.2005, Ap. 38885/02. Disponível em:  
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-69908>
- Acórdão Jorgic v. Alemanha de 12.07.2007, Ap. 74613/01. Disponível em:  
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-81608>
- Acórdão Saadi v. Itália de 28.02.2008, Ap. 37201/06. Disponível em:  
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-85276>
- Acórdão Abdulazhon Isakov v. Rússia de 08.07.2010, Ap. 14049/08. Disponível em:  
<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-99798>

- Acórdão Sultanov v. Rússia de 11.04.2011, Ap. 15303/09. Disponível: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-101586>
- Acórdão Qatada v. Reino Unido de 17.01.2012, Ap. 8139/09. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-108629>
- Acórdão Hirsi Jamaa e Outros v. Itália de 23.02.2012, Ap. 27765/09. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109231>
- Acórdão Labsi v. Eslováquia de 15.05.2012, Ap. 33809/08. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-110924>

### **Tribunal Federal Administrativo Alemão**

- BVerwG 10 C 2.10 de 31.03.2011. Disponível em: [http://www.bverwg.de/enid/8ec054ce74b7db15343351b7e6ae06d9,0/Decisions\\_in\\_Asym\\_and\\_Immigration\\_Law/BVerwG\\_ss\\_C\\_2\\_ss\\_pm.html](http://www.bverwg.de/enid/8ec054ce74b7db15343351b7e6ae06d9,0/Decisions_in_Asym_and_Immigration_Law/BVerwG_ss_C_2_ss_pm.html)
- BVerwG 10 C 25.10 de 01.06.2011. Disponível em: [http://www.bverwg.de/enid/379e681897aeec8c1de2e011ca6b85e,0/Decisions\\_in\\_Asym\\_and\\_Immigration\\_Law/BVerwG\\_ss\\_C\\_25\\_2\\_ss\\_pp.html](http://www.bverwg.de/enid/379e681897aeec8c1de2e011ca6b85e,0/Decisions_in_Asym_and_Immigration_Law/BVerwG_ss_C_25_2_ss_pp.html)
- BVerwG 10 C 26.10 de 07.07.2011. Disponível em: [http://www.bverwg.de/enid/379e681897aeec8c1de2e011ca6b85e,0/Decisions\\_in\\_Asym\\_and\\_Immigration\\_Law/BVerwG\\_ss\\_C\\_26\\_ss\\_py.html](http://www.bverwg.de/enid/379e681897aeec8c1de2e011ca6b85e,0/Decisions_in_Asym_and_Immigration_Law/BVerwG_ss_C_26_ss_py.html)

### **Tribunal de Justiça da União Europeia**

- Acórdão Elgafaji de 17.02.2009, Processo C-465/07. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=76788&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=715658>
- Acórdão B. e D. de 09.11.2010, Processos C-57/09 e C-101/09. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=79167&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2938975>
- Acórdão N. S. de 21.12.2011, Processos C-411/10 e C-493/10. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=117187&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=715658>
- Acórdão República Alemão contra Y. e Z. de 05.09.2012, Processos C-71/11 e C-99/11. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=126364&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=715658>