

O EQUILÍBRIO ENTRE O PRINCÍPIO DO NON-REFOULEMENT E AS CLÁUSULAS DE EXCLUSÃO DO ESTATUTO DE REFUGIADO: UMA BREVE RESENHA DAS SUAS IMPLICAÇÕES

ANA ISABEL SOARES QUINTAS¹
anaisabelquintas@hotmail.com

RESUMO

Com a criação do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados foi, igualmente, declarada e ratificada a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto de Refugiado (também conhecida somente como Convenção de Genebra de 1951) que veio estabelecer um regime de direitos e responsabilidades no âmbito do direito dos refugiados. O seu texto veio expressar pela comunidade internacional dois grandes institutos: o Princípio do Non-Refoulement e as Cláusulas de Exclusão.

Na aceção do artigo 33.º da Convenção de Genebra, o Princípio do Non-Refoulement apresenta-se como argumento e norma imperativa do direito internacional, sendo hoje entendido como uma forma de protecção dos direitos humanos para um tipo específico de pessoa, o refugiado, desde logo pela impossibilidade de repulsão caso a sua vida ou integridade física estejam ameaçadas.

Porém, por seu lado, tem havido cada vez um maior interesse na exclusão de candidatos a refugiados através da aplicação das Cláusulas de Exclusão inscritas no art. 1.º-F da referida Convenção, enquanto parte de uma política mais ampla para limitar o acesso destes aos Estados em geral.

Como tal, a questão que hoje está em primeira linha na agenda internacional do direito humanitário dos refugiados, encontra-se no facto de que da garantia de *non-refoulement* está sendo retirado o entendimento de que mesmo com o seu reconhecimento, há argumentos ainda mais fortes em relação ao artigo 1.º - F, através dos quais o candidato é excluído da entrada num Estado e da protecção deste regime.

Desse modo, o Princípio do Non-Refoulement no direito internacional dos refugiados surge, diante da insegurança humanitária que ameaça a vida dos refugiados,

¹ Licenciada em Direito pela Universidade do Minho; Mestre em Direitos Humanos pela Universidade do Minho, por orientação da Professora Doutora Andreia Sofia Pinto Oliveira. Advogada estagiária com cédula profissional n.º 34719p. Email: anaisabelquintas@hotmail.com.

pelo que o seu desenvolvimento é indispensável à ideia de protecção internacional dos refugiados; no mesmo sentido, as Cláusulas de Exclusão e o seu efectivo e pleno equilíbrio com este princípio apresentam-se como as pedras angulares da protecção dos direitos humanos a este grupo de indivíduos.

Assim, o objecto do presente artigo focar-se-á no equilíbrio possível entre estes institutos, que tanto se repulsam como se aproximam, questionando quais os mecanismos a utilizar quando este equilíbrio é encontrado.

Palavras-chave: Convenção de Genebra de 1951 relativa ao Estatuto de Refugiado; Cláusulas de Exclusão do Estatuto de Refugiado; Princípio do Non-Refoulement; Tortura; País de Refúgio

1. NOTAS INTRODUTÓRIAS

O direito internacional dos refugiados apresenta-se-nos, actualmente, como um dos principais objectivos da comunidade internacional para uma efectiva aplicação dos direitos humanos. Na realidade, como bem refere Guy S. Goodwin-Gill, o discurso das últimas décadas tem-se direccionado para uma ideia de que os refugiados devem ser protegidos pela comunidade internacional², pelo que vários são, hoje, os instrumentos internacionais, regionais e nacionais que protegem (melhor, pretendem proteger) este grupo de pessoas. De facto, o direito dos refugiados é o mecanismo mais efectivo e autónomo para aqueles que, simplesmente, não podem permanecer em segurança nos seus próprios países³.

Neste sentido, salienta-se, *prima facie*, a Convenção de Genebra de 1951, como o primeiro grande passo evolutivo no desenvolvimento de *standards* gerais para protecção dos refugiados, ao nível do Direito dos Tratados, sendo no campo desta Convenção, 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.

² Guy S GOODWIN-GILL. *The international protection of refugees: what future?* International Journal of Refugee Law, 2000, p. 1.

³ James C HATHAWAY., *The rights of refugee under international law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, p. 14.

Deste modo, foram estes institutos jurídicos incluídos na Convenção de Genebra nos seus artigos 1.º - F e 33.º, dispondo respectivamente 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 cometeu um crime grave de direito comum fora do país que deu guarida, antes de neste serem aceites como refugiados; c) que praticaram actos contrários aos objectivos e princípios das Nações Unidas.

E

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, ou que, tendo sido objecto de uma condenação definitiva por um crime ou delicto 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 marcos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de acordo com o seu contexto e à luz de seu objecto e finalidade; ora, no caso da Convenção de Genebra de 1951, essa interpretação significa a finalidade de se estender esta protecção 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 acepção 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 protecção 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 actos que, pela sua gravidade, tornam o seu autor indigno de protecção internacional. Como tal, o seu principal propósito é, em primeira linha, privar os autores de graves crimes de direito comum, entre outros, dessa protecção, salvaguardando o país de acolhimento da aceitação de criminosos que se apresentam como um perigo para a segurança do país.

Como tal, as Cláusulas de Exclusão e o seu efectivo e pleno equilíbrio com este Princípio apresentam-se como as pedras angulares da protecção dos direitos humanos a este grupo de indivíduos, tornando o objecto do presente estudo num dos campos de

intervenção doutrinal, ao nível do direito internacional humanitário, mais actual 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.

Na realidade, a estatuição sem mais dos institutos referidos, pela Convenção de Genebra de 1951, deixou aberto uma real porta de discricionariiedade para as autoridades administrativas dos Estados que, por via das Cláusulas de Exclusão, negam o estatuto de refugiado ou outro tipo de protecção a efectivos requerentes de asilo, em virtude de interesses políticos e económicos ao revés de oferecerem a protecção 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 protecção impõe-se o quanto antes.

2. A CONVENÇÃO DE GENEBRA DE 1951⁴

Ora, o grande movimento organizatório internacional do século XX foi a Organização das Nações Unidas (doravante designada por ONU), tendo em 1951, com a função de garantir a protecção internacional dos refugiados, sido criado, no âmbito do Secretariado da ONU, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR): instituição apolítica, humanitária e social⁵.

Como tal, foi no seio deste organismo e com um intuito humanitário que foi estruturada a Convenção de Genebra de 1951⁶, que veio estabelecer um regime de direitos e responsabilidades no âmbito do direitos dos refugiados, que só se afirmam com a consagração do estatuto de refugiado através do exercício da jurisdição dos Estados e ainda, demonstrar ao mundo o problema dos refugiados, dando-lhe um carácter social e humanitário e, desse modo, evitando tensões entre os Estados participantes nestas questões.

⁴ Uma nota somente para referir que a Convenção foi adoptada 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.

⁵ Na realidade, a Assembleia Geral deliberou o Estatuto do ACNUR em 14.12.1950, mas este considerou-se criado a 01.01.1951.

⁶ 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.

Ora, como refere Guy Goodwin-Gill⁷, a Convenção de Genebra de 1951 e o seu Protocolo de 1967 mantêm-se como o instrumento internacional primário no que concerne aos refugiados e sua protecção, sendo a sua relevância indiscutível, funcionando 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 defendidas⁸.

Como tal, demonstra-se de particular relevância a observação de Hathaway, no que concerne à relevância da Convenção de Genebra de 1951 no direito internacional humanitário dos refugiados, que expõe, de um modo relativamente simples, esta questão⁹:

O direito dos refugiados é um ramo paliativo dos direitos humanos. O seu objectivo 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 protecção 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 responsabilidade¹⁰.

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.

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. Ora, a sua origem remonta ao despertar da Segunda Guerra Mundial e com os movimentos de pessoas refugiadas pelo mundo, tendo sido unânime pelos autores da Convenção que, face aos crimes cometidos, certas pessoas deveriam ser excluídas da protecção 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 protecção conferida pela Convenção.

⁷ Guy S GOODWIN-GILL. *The introduction of the refugee in international law*, Second Edition, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 7.

⁸ Este entendimento pode ser, igualmente, encontrado, em Colin HARVEY. *The right to seek asylum in the European Union*, E.H.R.L.R., Issue 1, Sweet & Maxwell Ltd, 2004, p. 18.

⁹ 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.*

¹⁰ James C HATHAWAY. *The rights of refugees under international law*, Introduction, p. 5.

Na realidade, é este o facto, igualmente, explicado pelo Manual de Procedimentos e Critérios a aplicar para determinar o Estatuto de Refugiado¹¹, 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 protecção 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, as autoridades nacionais foram dando, progressivamente, mais importância a estas Cláusulas, pois o passado do requerente de asilo era devesas importante para determinar se teria, ou não, cometido algum crime grave de direito comum.

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. Deste modo, a sua aplicação está circunscrita àqueles termos e âmbito, tornando-as uma medida de *ultima ratio*, devendo ser interpretadas restritivamente¹², como explicitado pela Nota do ACNUR¹³ 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 protecção internacional”¹⁴.

Ademais, refere ainda Geoff Gilbert¹⁵ que, nos trabalhos preparativos da Convenção de Genebra de 1951, no que se refere às Cláusulas de Exclusão, a sua

¹¹ Adoptado em 1979 e regularmente revisto e actualizado, 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

¹² Como bem menciona Geoff GILBERT. *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 actos anteriores ao pedido de asilo.

¹³ ACNUR, *Note on the Exclusion Clauses EC/47/SC/CRP.29*, Standing Committee, 30 May 1997.

¹⁴ 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.*

¹⁵ Geoff GILBERT. *Current issues in the application of exclusion clauses*, paper commissioned by UNHCR for the Global Consultations on International Protection, Lisboa, 2001, p. 428.

estatuição pretendeu atingir dois objectivos: o primeiro no sentido de proteger a instituição do asilo de abusos, proibindo, assim, a sua concessão a requerentes não merecedores desta protecção; o segundo objectivo, o de assegurar que aqueles que cometeram graves crimes, no sentido exposto no artigo em causa, não escapassem à sua perseguição e condenação.

No âmbito do Princípio do Non-Refoulement, nos termos do artigo 33.º da Convenção de Genebra de 1951, a sua base constitui-se por princípios de direito internacional dos direitos humanos, cuja evolução do seu campo deve, necessariamente, alimentar a própria interpretação da Convenção de 1951. Como tal, a decisão do direito internacional dos direitos humanos acerca da protecção necessária ao artigo 33.º, deve ponderar 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 protecção dos refugiados”¹⁶, 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, 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 está, igualmente, plasmado nas diversas Convenções¹⁷ e Tratados Internacionais¹⁸ que se seguiram à Convenção de Genebra de 1951, sendo de destacar o art. 3.º da Convenção contra a Tortura e o art. 3.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

¹⁶ *The principle of non-refoulement is the cornerstone of refugee protection.*

¹⁷ 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 excepções. 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.

¹⁸ 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.

Como bem explicam Sir Elihu Lauterpacht e Mr. Daniel Bethlehem¹⁹: “[e]xistem, além destes, outros contextos nos quais o conceito de *non-refoulement* é relevante, notavelmente na maior parte do direito relativo aos direitos humanos relativo à proibição da tortura, punição e do tratamento cruel, desumano ou degradante”²⁰.

De facto, os trabalhos preparatórios deste artigo demonstram que no que ao que a este artigo respeita somente importa 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 excepção ao exposto no n.º 1, pelo que se devem ter em conta dois factores: por um lado, como todas as excepções, 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 expulsão²¹.

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 objectivo que as Cláusulas de Exclusão, ou seja, a negação de uma protecção àqueles que não se demonstrem mercedores de tal.

Ora, face às exposições supra, desde já, se pode concluir que o Princípio do Non-Refoulement é, desde logo, a primária e a essencial protecção atribuída aos refugiados, não somente, devido ao facto de este ser inderrogável e (poder!) ter natureza de *ius cogens*, mas ainda, porque é um princípio com natureza universal, isto é, é recortado da mais diversa legislação internacional, independentemente da sua aplicação ser ou não relacionada com refugiados.

3. A QUESTÃO DO EQUILÍBRIO

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 actual lei (quer a Lei nacional, Lei do Asilo, mas como também ao nível dos variados acordos e tratados internacionais), se algum destes

¹⁹ 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.*

²⁰ Em *The scope and content of the principle of non-refoulement: opinion* para UNHCR, Junho, 2001, p. 1.

²¹ Esta questão é estudada, mais aprofundadamente, por Paul WEIS. *The Refugee Convention of 1951: the travaux preparatoires analysed*, Cambridge, Cambridge University Press, XIX, 1995, pp. 342-343.

pressupostos negativos ou cláusulas de exclusão se encontrar preenchido em relação a alguém que tenha pedido protecção internacional, não só não lhe poderá ser reconhecer o estatuto de refugiado, como também não lhe poderá ser concedida protecção subsidiária (...). Na maior parte das vezes, não poderão ser expulsas para os respectivos 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]²²

Ou seja, a questão que se coloca é, de como estes institutos podem ser perspectivados 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.

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 assegurado²³.

Ora, face a este problema, questiona-se como podem estes dois institutos subsistir em consonância, no caso concreto, pois que existem duas formas de perspectivar 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 derogáveis²⁴; 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” inscrita no n.º 2 do art. 33.º mencionado.

Iniciando com a primeira grande cláusula de exclusão, no que diz respeito ao crime exposto na aliena a) do Art. 1.º-F, desde logo expõe Guy S. Goodwin-Gil 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

²² Andreia Sofia OLIVEIRA. O novo Direito de Asilo Português, in Jorge MIRANDA (coord.) *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, Edição da FDUL, Coimbra Editora, 2010, pp. 167 – 184.

²³ James C HATHAWAY, *The law of refugee status*, Butter Worths, 1991, p. 224.

²⁴ 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 actores internacionais, por António Augusto Cançado TRINDADE, *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, Porto Alegre, Sérgio António Fabris (Ed.), 2003, p. 426 e ss. Ver ainda Jean ALLAIN. *The jus cogens nature of non-refoulement*, I.J.R.L., Vol. 13, n.º 4, 2002.

que o requerente possa sofrer, face à gravidade da sua conduta²⁵. Como tal, quando estejam em causa estes crimes, as cláusulas de exclusão aplicam-se independentemente do mérito e outras circunstâncias do pedido²⁶ de asilo.

Assim, nestes casos a protecção 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 crimes²⁷. Nestes casos, é trazido à colação o princípio da jurisdição universal²⁸, em que face à gravidade destes crimes, o Estado pode chamar a si o dever de julgar aquele indivíduo²⁹.

Admite, neste ponto, Joan Fitzpatrick³⁰ 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 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

²⁵ É actualmente no Estatuto de Roma que se encontra a definição de crimes contra a humanidade e crimes de guerra, no seu artigo 7.º, enquanto jurisdição penal do Tribunal Penal Internacional.

²⁶ Guy S. GOODWIN-GILL. *The refugee in international law*, 2.ª Edição, Clarendon Press Oxford, 1996, p. 97.

²⁷ Neste sentido entende o Lawyers Committee for Human Rights, *Safeguarding the Rights of Refugees under the Exclusion Clauses: Summary Findings*, I.J.R.L., Vol. 12 Supplementary Issue, 2000, p. 322.

²⁸ 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 acções. 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 extra-territorialidade, 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.

²⁹ 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.

³⁰ Joan FITZPATRICK. *The post-exclusion phase: extradition, prosecution and expulsion*, I.J.R.L., Vol. 12, Special Supplementary Issue, 2000, p. 278 e ss.

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 mesmos³¹.

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 Internacional³², que através dos seus artigos 5.º e seguintes tem jurisdição sobre os crimes constantes desta alínea a).

Neste sentido, os Estados podem adoptar 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 Internacional³³.

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 actos, bem como certificar que este continua a beneficiar da protecção internacional dos seus direitos³⁴.

Ora, se assim não se fosse, estar-se-ia a proteger o requerente em contraposição à vítima, sendo certo que face à gravidade dos actos cometidos, devem ser balanceados os bens jurídicos em causa. 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

³¹ Cf. Id. nota 30, p. 279. Acrescente-se que, apesar do ACNUR ter um importante papel de auxílio a 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.

³² 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 protecção internacional, COM/2001/0743 final, p. 10.

³³ Cf. Id. nota 27, p. 322.

³⁴ Cf. Id. nota 27, p. 322.

impunitiva, apoiada na despenalização dos actos cometidos, facto que a comunidade internacional não pode nunca permitir.

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.

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 – protecção contra tortura e perseguição dos criminosos de guerra, de actos 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*³⁵, pelo que não existe qualquer balanço entre interesses a fazer.

Assim, pode-se concluir que apesar de o Princípio do Non-Refoulement ser percebido, 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.

Acresce que, correspondentemente, todo o anterior exposto se aplica à alínea c) do art. 1.º - F, pois que esta pretende englobar potenciais actos que não se pudessem enquadrar dentro do escopo da anterior alínea, sendo uma exposição lata dos princípios e objectivos das Nações Unidas³⁶ que, em *ultima ratio*, englobam igualmente os crimes contra a paz, contra a humanidade e crimes de guerra, tanto quanto estes simplesmente derrogam as relações amigáveis entre os Estados e a protecção 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.

³⁵ Michael KINGSLEY NYINAH. *Exclusion under article 1F: some reflections on context, principles and practice*, I.J.R.L., Vol. 12, Special Supplementary Issue, 2000, p. 306.

³⁶ Conforme estão expostos nos artigos 1.º e 2.º da Carta das Nações Unidas, ou seja, o objectivo principal das Nações Unidas é a manutenção da paz, seguindo-se pela manutenção das relações amigáveis entre os Estados e a protecção 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 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 actos seja concretizada.

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 - F³⁷. De facto, a fronteira entre a protecção 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.

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 actividade criminal, o refugiado não poderá ser excluído nos termos do art. 1.º, F, b)³⁸. Assim, 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 indivíduo³⁹.

Esta ideia foi, igualmente, exposta pelos redactores 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 acto do requerente, não é apropriado excluir com base nesta cláusula⁴⁰.

De facto, em princípio crimes menores não levam à exclusão, mesmo que o requerente seja reincidente⁴¹. Contudo, é de denotar que a gravidade do crime varia de

³⁷ De acordo com o Manual do ACNUR e sem entrar em pormenores mais específicos como aquilo que deve ser entendido como crime e especialmente a sua gravidade consoante o Estado de asilo, pode-se afirmar que um acto é considerado como um crime grave de direito comum quando, por um lado não tem natureza política face aos objectivos que pretende atingir e, por outro lado, são actos particularmente cruéis ou desumanos, face à intenção e bem jurídico lesado, puníveis com pena de prisão superior a 3 anos.

³⁸ James C HATHAWAY. *The law of refugees status*, Butter Worths, 1991, p. 225.

³⁹ Neste sentido, Guy S GOODWIN-GILL. *The refugee in international law*, 2.ª Edição, Clarendon Press Oxford, 1996, pp. 106 - 107.

⁴⁰ Raciocínio clamado por James C HATHAWAY. *The law of refugee status*, Butter Worths, 1991, p. 224.

⁴¹ Geoff GILBERT. *Current issues in the application of the exclusion clauses*, Paper for UNHCR, Expert Roundtable, Lisboa, Maio, 2001, p. 450.

Estado para Estado e a punidade imprimida ao crime em causa. Em todo o caso, as Orientação do ACNUR para a Exclusão⁴² 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 efectuar um equilíbrio entre estes interesses em causa e, principalmente, as consequência a longo prazo com a expulsão ou admissão do requerente de asilo.

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 objectivos que se pretendem atingir e as consequências desse acto, 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 Nyinah⁴³, a essência deste teste é a de conectar os vários elementos em causa: por um lado, os actos criminais do requerente de asilo e, por outro lado, o seu receio de perseguição e necessidade de protecção, de modo que se conclua que um desses elementos anula/substitui o outro⁴⁴.

Porém, como se aplica este ‘teste do equilíbrio’ na prática administrativa e jurisprudencial? Para tal, 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 actos cometidos naquele grupo.

Ora, tendo em conta que no seio do grupo rebelde, o indivíduo chegou a cometer assassinatos e roubos, estes actos são considerados pela doutrina internacional como crimes graves de direito comum, na acepção 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 protecção própria concedida pelo estatuto de refugiado, nomeadamente,

⁴² ACNUR, *Orientações sobre protecção 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.

⁴³ Cf. Id. nota 35, p. 306.

⁴⁴ Cf. Id. nota 35, p. 306.

em Portugal, com base na aplicação do art. 9.º, n.º 1, ponto iii) da Lei do Asilo, porquanto se 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 refugiado⁴⁵.

Deste modo, o requerente deveria 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).

Desta forma, a autoridade administrativa competente estaria perante uma difícil decisão visto não poder atribuir o estatuto de refugiado ou protecção subsidiária ao requerente em causa, quer com base na legislação nacional como com base no direito internacional, mas, igualmente via-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 subjectividade do juízo jurisprudencial; o certo é que, em todos os casos, devem ser perspectivadas 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.

⁴⁵ No mesmo sentido, pelo mesmo artigo, também não se aplica a protecção subsidiária, concretizada no art. 7.º da mencionada Lei do Asilo.

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 protecção do requerente suplanta os seus actos criminosos passados.

Como tal, caberia ao Estado de acolhimento conceder protecção 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 actos cometidos, o que pode ter, igualmente, influência na aplicação ou não da protecção concedida pelo Princípio do Non-Refoulement. De facto, a protecção 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 objecto de uma condenação definitiva por um crime ou delito particularmente grave, e constitua ameaça para a comunidade e segurança nacional do país de asilo⁴⁶.

⁴⁶ 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.

Ora, de acordo com Guy S. Goodwin-Gill, mesmo que se concorde com a aplicação da protecção 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 excepções, 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 comunidade⁴⁷. 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 actos, objectiva e razoavelmente constituem uma real possibilidade de directa ou indirectamente 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 implantada⁴⁸ – o que descartaria a sua aplicação aos crimes agora em apreço.

De facto, o 33.º, n.º 2 aprecia uma futura ameaça daquele refugiado, pelo que o Estado não pode basear a utilização desta excepção e, justificar a expulsão do refugiado sem mais, através da condenação deste por actos 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 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 actos cometidos pelo mesmo. Caso o Estado de refúgio considere que, com base num princípio de proporcionalidade, os actos, os meios utilizados e os alvos da actividade criminosa do indivíduo, bem como as possíveis consequências futuras que a sua

⁴⁷ Guy S GOODWIN-GILL. *The refugee in international law*, 2.ª Edição, Claredon Press Oxford, 1996, p. 140.

⁴⁸ James C HATHAWAY. *The rights of refugees under international law*, Cambridge University Press, 2005, p. 346.

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 protecção internacional ao mesmo.

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, o receio de perseguição do mesmo e a expectativa de ameaça criada com a sua recepção 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 excepções 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.

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 protecção. 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 protecção advém dos vários desenvolvimentos e aplicações do Princípio do Non-Refoulement. Nestes termos, coloca-se a questão de qual o estatuto a conceder quando o Estado de refúgio decide proteger o indivíduo.

Na realidade, o indivíduo não é refugiado – visto que se encontrou excluído dessa protecção – e, em Portugal, não se lhe aplica a protecção 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 protecção alternativo, quando todos os outros falham.

De facto, vezes 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.

Ora, à protecção 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 somente parece ser possível a aplicação do art. 123.º, n.º 1, alínea b) da Lei dos Estrangeiros, que concede um regime excepcional através da autorização de residência temporária para situações especiais, pois estabelece que:

[q]uando se verificarem situações extraordinárias a que não sejam aplicáveis as disposições previstas no artigo 122.º⁴⁹, bem como nos casos de autorização de residência por razões humanitárias ao abrigo da lei que regula o direito de asilo, mediante proposta do director-geral do SEF ou por iniciativa do Ministro da Administração Interna pode, a título excepcional, 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 excepcional, nos mesmos casos em que se aplica a protecção 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 protecção subsidiária, pelo que é o único meio de o requerente excluído ficar, efectivamente, 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 protecção no ordenamento jurídico português, este é, sem dúvida, o estatuto a conceder, isto é, uma autorização de residência temporária, de nível excepcional, por razões humanitárias, o que, na verdade, parece se reconduzir, em certa parte, ao regime concedido com a protecção temporária.

Em boa verdade, defendo que em Portugal⁵⁰ deveria existir 4 grandes níveis de protecção progressivos e pré-excludentes, ou seja, somente pela não aplicação de um, se poderia recorrer à protecção do seguinte, a saber: o direito de asilo constitucional, concessão de asilo legal, protecção subsidiária através de autorização de residência por razões humanitárias, regime excepcional de autorização temporária de residência.

⁴⁹ 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 protecção.

⁵⁰ Tal como já se verifica em vários Estados.

Desta forma, tanto as autoridades administrativas como os órgãos judiciais têm um segmento de aplicação normativo, com base no qual podem, efectivamente, visualizar qual a área de protecção 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 protecção do segundo e, se igualmente neste não for admissível ou daí excluído, averigam-se os critérios do terceiro.

Ora, este é o regime de protecção adoptado 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.

Assim, primeiramente, deve ser verificado o âmbito de protecção da norma superior, o art. 33.º, n.º 8 da CRP; posteriormente, com a dignidade que lhe é concedida pelo direito internacional, deve averiguar-se o âmbito específico de protecção do Estatuto de Refugiado (em Portugal, a Lei do Asilo), sendo seguido pela sua correlativa Protecção subsidiária; quando todas estas protecções falham, resta a norma administrativa inferior e base piramidal, o regime excepcional de autorização temporária de residência.

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, nomeadamente, os vários regimes de protecção 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 protecção, 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 protecção 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 protecção, 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 protecção, conforme referido infra, porém, *a final*, não subsistiria um regime excepcional de autorização temporária de residência, mas um regime de protecção específico.

Este regime deveria contemplar todas as situações não incluídas nas protecções anteriores, não tendo cláusula de exclusão do mesmo e prevendo a protecção do indivíduo durante o tempo que fosse necessário.

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.

No regime agora sugerido, o requerente teria, desde logo, a concessão de residência nos mesmos termos que a protecção 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 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.

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 protecção do seguinte, até que, *a final*, seja efectivada ou a protecção 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 protecção, a fundamentação da sua expulsão está, efectivamente, verificada, através da consideração de toda a sua situação pessoal e inclusão nos mais variados tipos de protecção possível.

Todavia, o mais essencial é, sem dúvida, a estipulação de que os regimes actualmente existentes deveriam funcionar por subsidiariedade, sendo este um factor 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 protecção 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.

5. CONCLUSÕES

O presente artigo tem como objectivo demonstrar como o Equilíbrio entre o Princípio do Non-Refoulement e as Cláusulas de Exclusão do Estatuto de Refugiado poderia ser alcançado e desde logo, podemos concluir que todos os indivíduos, mesmo aqueles excluídos da protecção 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 protecção, para garantir que todos os direitos do indivíduo enquanto pessoa humana sejam assegurados no processo de determinação da sua protecção/exclusão e após essa mesma decisão.

Na realidade, podemos verificar que 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 de refugiado, falando-se, actualmente, de uma nova perspectiva do Princípio do Non-Refoulement como norma de direito consuetudinário, peremptória e verdadeiro *ius cogens*.

Todavia, esta não é a realidade prática das autoridades administrativas e dos tribunais dos Estados de refúgio, pois que as excepções 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 actos criminosos.

De facto, os Estados estão vinculados e são legalmente responsáveis por quaisquer violações dos direitos humanos e, principalmente, do Princípio do Non-Refoulement, pelo que deveriam ter a noção de 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 protecção do Princípio do Non-Refoulement, como princípio de direito consuetudinário internacional, já que, de facto, a protecção de não retorno é muito mais extensa que aquela exposta na Convenção de 1951, pelo que, esta protecção pode ser concedida, em determinados casos, àqueles excluídos do estatuto de refugiado⁵¹.

Ora, o certo é que os Direitos Humanos e, em específico, o Direito Internacional dos Refugiados são vistos como normas imperativas, inderrogáveis, com o objectivo de que todos os Estados estabeleçam um *standard* mínimo de protecção aceitável por todos; porém, como pudemos verificar pelo exposto, este mínimo de protecção 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 objectivos e agenda política de cada Estado em controlar a entrada no seu território, quem aí reside e quem decide aceitar ou não.

Deste modo, no mínimo um entendimento justo e universal destes pontos seria uma mais-valia para uma aplicação efectiva 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.

⁵¹ 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.

BIBLIOGRAFIA

- ACNUR. *Orientações sobre protecção 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.
- ACNUR. *Note on the Exclusion Clauses*, EC/47/SC/CRP.29, Standing Committee, 30 May 1997.
- FITZPACTRICK, Joan. *The post-exclusion phase: extradition, prosecution and expulsion*, I.J.R.L., Vol. 12, Special Supplementary Issue, 2000.
- FORTIN, Antonio. *The meaning of protection under the refugee definition*, I.J.R.L., Vol. 12, n.º 4, 2000.
- GILBERT, Geoff. *Current Issues in the application of the exclusion clauses*, paper commissioned by UNHCR, Lisboa, 2001;
- GLOBAL CONSULTATIONS ON INTERNATIONAL PROTECTION. *Summary conclusions: exclusion from refugee status*, EC/GC/01/2Track/1, UNHCR, Lisboa, Expert Roundtable, Maio, 2001.
- GOODWIN-GILL, Guy S. *The international protection of refugees: what future?*, I.J.R.L., 2000.
- GOODWIN-GILL, Guy S. *The introduction of the refugee in international law*, Second Edition, Clarendon Press, Oxford, 1996.
- GOODWIN-GILL, Guy S. *The refugee in international law*, 2.ª Edição, Clarendon Press Oxford, 1996.
- HAILBRONNER, Kay. *EU immigration and asylum law: International legal framework of European immigration and asylum law*, Munchen:Beck, 2010.
- HARVEY, Colin. *The right to seek asylum in the European Union*, E.H.R.L.R., Issue 1, Sweet & Maxwell Ltd, 2004.
- HATHAWAY, James C. *The Law of refugee status*, Butter Worths, 1991.
- HATHAWAY, James C. *The rights of refugee under international law*, Cambridge University Press, 2005.
- KINGSLEY NYINAH, Michael. *Exclusion under article 1F: some reflections on context, principles and practice*, I.J.R.L., Vol. 12, Special Supplementary Issue, 2000.

- LAUTERPACHT, Sir Elihu; BETHLEHEM, Mr. Daniel. *The scope and content of the principle of non-refoulement: opinion*, UNHCR, Junho, 2001.
- LAWYERS COMMITTEE FOR HUMAN RIGHTS. *Safeguarding the rights of refugees under the exclusion clauses: summary findings*, I.J.R.L., Vol. 12 Supplementary Issue, 2000.
- OLIVEIRA, Andreia Sofia Pinto. O novo Direito de Asilo Português in MIRANDA, Jorge (coord.), *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, Edição da FDUL, Coimbra Editora, 2010.
- TRINDADE, António Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Porto Alegre, Sérgio António Fabris (Ed.), 2003.
- VOLKER, Türk. The role of UNHCR in the development on international refugee law in NICHOLSON, Frances; TWOMEY, Patrick (eds.). *Refugee rights and realities: evolving international concepts and regimes*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.
- WEIS, Paul. *The Refugee Convention of 1951: the travaux preparatoires analysed*, Cambridge, Cambridge University Press, XIX, 1995.