



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
apresentadas em 14 de dezembro de 2017¹

Processos apensos C-331/16 e C-366/16

K.

contra

Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg
(Tribunal de Primeira Instância de Haia, sede de Middelburg, Países Baixos)]

e

H. F.

contra

Belgische Staat

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (Conselho do
Contencioso dos Estrangeiros, Bélgica)]

«Reenvio prejudicial — Cidadania da União — Diretiva 2004/38/CE — Artigo 27.º, n.º 2 —
Limitação das liberdades de circulação e de residência por razões de ordem pública ou de segurança
pública — Ameaça real, atual e suficientemente grave que afete um interesse fundamental da
sociedade — Pessoa excluída do estatuto de refugiado pelas razões previstas no artigo 1.º, secção F,
alínea a), da Convenção de Genebra e no artigo 12.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2011/95/UE —
Proporcionalidade — Artigo 28.º, n.º 1 e n.º 3, alínea a), da Diretiva 2004/38/CE — Artigo 7.º da Carta
dos Direitos Fundamentais da União Europeia — Direito ao respeito pela vida privada e familiar»

I. Introdução

1. O Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (Tribunal de Primeira Instância de Haia, sede de Middelburg, Países Baixos), e o Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (Conselho do Contencioso dos Estrangeiros, Bélgica) questionam o Tribunal de Justiça quanto à interpretação do artigo 27.º, n.º 2, e do artigo 28.º, n.º 1 e n.º 3, alínea a), da Diretiva 2004/38/CE², conjugados com o artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta») e o artigo 8.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de novembro de 1950 (a seguir «CEDH»).

¹ Língua original: francês.

² Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que altera o Regulamento (CEE) n.º 1612/68 e que revoga as Diretivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (JO 2004, L 158, p. 77).

2. Os presentes pedidos de decisão prejudicial inserem-se no contexto de litígios que têm por objeto a conformidade com estas disposições de medidas restritivas das liberdades de circulação e de residência decorrentes da Diretiva 2004/38, adotadas contra indivíduos que, antes de adquirirem a qualidade de cidadão da União ou de membro da família de um cidadão da União, foram excluídos do estatuto de refugiado por aplicação do artigo 1.º, secção F, alínea a), da Convenção de Genebra relativa ao estatuto dos refugiados (a seguir «Convenção de Genebra»)³.

3. Esta disposição — cujos termos são reproduzidos no artigo 12.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2011/95/UE⁴ — priva do benefício da proteção decorrente da Convenção de Genebra os requerentes de asilo relativamente aos quais existem suspeitas graves de que praticaram crimes contra a paz, crimes de guerra ou crimes contra a humanidade.

4. Os órgãos jurisdicionais de reenvio procuram, no essencial, saber se, e em que condições, a circunstância de ter sido aplicada a uma pessoa, por factos do seu passado, a causa de exclusão prevista no artigo 1.º, secção F, alínea a), desta convenção, pode justificar que sejam restringidas as liberdades de circulação e de residência que decorrem, para esta pessoa, da Diretiva 2004/38.

II. Quadro jurídico

A. Direito internacional

5. O artigo 1.º da Convenção de Genebra, após ter designadamente definido, na secção A, o conceito de «refugiado», prevê, na secção F:

«As disposições desta Convenção não serão aplicáveis às pessoas a respeito 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, segundo o significado dos instrumentos internacionais elaborados para prever disposições relativas a esses crimes;
- b) que cometeram um grave crime 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.»

3 Esta convenção foi assinada em Genebra, em 28 de julho de 1951 [*Recueil des traités des Nations unies*, vol. 189, p. 150, n.º 2545 (1954)] e entrou em vigor em 22 de abril de 1954. Esta convenção foi completada pelo Protocolo relativo ao estatuto dos refugiados, celebrado em Nova Iorque em 31 de janeiro de 1967 e que entrou em vigor em 4 de outubro de 1967.

4 Diretiva 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 (JO 2011, L 337, p. 9). Esta disposição reproduz o artigo 12.º, n.º 2, alínea a), 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, necessita de proteção internacional, bem como relativas ao respetivo estatuto, e relativas ao conteúdo da proteção concedida (JO 2004, L 304, p. 12), aplicável à data dos factos pertinentes e substituída pela Diretiva 2011/95.

B. Direito da União

1. Diretiva 2004/38

6. O artigo 27.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 2004/38 dispõe:

«1. Sob reserva do disposto no presente capítulo, os Estados-Membros podem restringir a livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias, independentemente da nacionalidade, por razões de ordem pública, de segurança pública ou de saúde pública. Tais razões não podem ser invocadas para fins económicos.

2. As medidas tomadas por razões de ordem pública ou de segurança pública devem ser conformes com o princípio da proporcionalidade e devem basear-se exclusivamente no comportamento da pessoa em questão. A existência de condenações penais anteriores não pode, por si só, servir de fundamento para tais medidas.

O comportamento da pessoa em questão deve constituir uma ameaça real, atual e suficientemente grave que afete um interesse fundamental da sociedade. Não podem ser utilizadas justificações não relacionadas com o caso individual ou baseadas em motivos de prevenção geral.»

7. Nos termos do artigo 28.º desta diretiva:

«1. Antes de tomar uma decisão de afastamento do território por razões de ordem pública ou de segurança pública, o Estado-Membro de acolhimento deve tomar em consideração, nomeadamente, a duração da residência da pessoa em questão no seu território, a sua idade, o seu estado de saúde, a sua situação familiar e económica, a sua integração social e cultural no Estado-Membro de acolhimento e a importância dos laços com o seu país de origem.

2. O Estado-Membro de acolhimento não pode decidir o afastamento de cidadãos da União ou de membros das suas famílias, independentemente da nacionalidade, que tenham direito de residência permanente no seu território, exceto por razões graves de ordem pública ou de segurança pública.

3. Não pode ser decidido o afastamento de cidadãos da União, exceto se a decisão for justificada por razões imperativas de segurança pública, tal como definidas pelos Estados-Membros, se aqueles cidadãos da União:

a) Tiverem residido no Estado-Membro de acolhimento durante os 10 anos precedentes;

[...]»

2. Diretiva 2011/95

8. O artigo 12.º, n.º 2, da Diretiva 2011/95 prevê:

«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;

[...]»

C. Direitos nacionais

1. *Direito neerlandês*

9. Em conformidade com o artigo 67.º da Vreemdelingenwet (Lei dos estrangeiros), de 23 de novembro de 2000 (a seguir «Lei neerlandesa dos estrangeiros»):

«1. Salvo nos casos em que seja aplicável a secção 3, o [Minister van Veiligheid en Justitie (Ministro da Segurança e da Justiça, Países Baixos)] pode declarar o estrangeiro *persona non grata*:

[...]

e. no interesse das relações internacionais dos Países Baixos.

[...]

3. Em derrogação do artigo 8.º, o estrangeiro declarado *persona non grata* não pode permanecer em situação regular.»

2. *Direito belga*

10. Segundo o artigo 40.º-A, n.º 2, da wet betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (Lei do acesso ao território, à residência, ao estabelecimento e ao afastamento dos estrangeiros), de 15 de dezembro de 1980 (a seguir «Lei belga dos estrangeiros»), na sua versão em vigor à data dos factos pertinentes no processo C-366/16, são considerados membros da família de um cidadão da União, designadamente, os seus ascendentes ou os do seu cônjuge, que estejam a seu cargo.

11. O artigo 43.º desta lei transpõe para o direito belga o artigo 27.º da Diretiva 2004/38.

III. Litígios no processo principal, questões prejudiciais e tramitação do processo no Tribunal de Justiça

A. Processo C-331/16

12. K. possui dupla nacionalidade, da bósnia-herzegovina e croata. K. chegou aos Países Baixos em 2001, acompanhado pela esposa e pelo filho mais velho. De acordo com as indicações do órgão jurisdicional de reenvio, K. permaneceu neste Estado-Membro sem interrupção desde então. O filho mais novo nasceu em 2006.

13. K. apresentou um primeiro pedido de asilo pouco tempo após ter chegado aos Países Baixos em 2001. O Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (Secretário de Estado da Segurança e da Justiça, Países Baixos, a seguir «Staatssecretaris neerlandês») indeferiu este pedido por decisão de 15 de maio de 2003. Esta decisão teve como fundamento a existência de suspeitas graves de que K. tinha praticado, no território da ex-Jugoslávia, crimes abrangidos pelas categorias previstas no artigo 1.º, secção F, alíneas a) e b), da Convenção de Genebra durante o período compreendido entre o mês de abril de 1992 e o mês de fevereiro de 1994. A referida decisão tornou-se definitiva na sequência de um acórdão do Raad van State (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Países Baixos), de 21 de fevereiro de 2005, que a confirmou.

14. Em 2011, K. apresentou um segundo pedido de asilo, o qual também foi indeferido por decisão do Staatssecretaris neerlandês, em 16 de janeiro de 2013, devido à aplicação das causas de exclusão enunciadas no artigo 1.º, secção F, alíneas a) e b), da Convenção de Genebra. Esta decisão foi acompanhada de uma proibição de entrada no território neerlandês durante um período de dez anos. O Raad van State (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) confirmou a referida decisão por acórdão de 10 de fevereiro de 2014, na sequência do qual aquela se tornou definitiva.

15. Além disso, K. solicitou ao Staatssecretaris neerlandês a anulação da proibição de entrada nesse território emitida contra si. Através de decisão de 22 de julho de 2015, esta autoridade levantou esta proibição e substituiu-a por uma declaração de *persona non grata*, baseada no artigo 67.º, n.º 1, alínea e), da Lei neerlandesa dos estrangeiros. Esta decisão foi adotada em virtude da aquisição por K. da qualidade de cidadão da União desde a adesão da República da Croácia à União em 1 de julho de 2013. Contrariamente a uma proibição de entrada, que apenas pode visar nacionais de estados terceiros, uma declaração de *persona non grata* pode ser adotada relativamente a um cidadão da União.

16. K. apresentou ao Staatssecretaris neerlandês uma reclamação contra esta declaração de *persona non grata*. Esta reclamação foi indeferida por decisão de 9 de dezembro de 2015 (a seguir «decisão impugnada no processo C-331/16»).

17. Nessa decisão, o Staatssecretaris neerlandês fez referência às suas decisões de 15 de maio de 2003 e de 16 de janeiro de 2013, pelas quais indeferiu os pedidos de asilo apresentados por K. Referindo-se à primeira destas decisões e ao projeto que conduziu à sua adoção, esta autoridade considerou que K. devia ter tido conhecimento («knowing participation») dos crimes de guerra e dos crimes contra a humanidade que foram cometidos pelas unidades especiais do exército bósnio de que fazia parte e nos quais participou pessoalmente («personal participation»).

18. Apenas com base nestas constatações anteriores, o Staatssecretaris neerlandês considerou que, pela sua presença nos Países Baixos, K. causa prejuízo às relações internacionais deste Estado-Membro. Segundo esta autoridade, importa evitar que este Estado-Membro se torne um país de acolhimento para pessoas relativamente às quais existem suspeitas graves de terem adotado um comportamento de um dos tipos visados no artigo 1.º, secção F, da Convenção de Genebra. Além disso, a proteção da ordem pública e da segurança pública exigiriam que fossem adotadas todas as medidas necessárias para impedir que os cidadãos neerlandeses entrassem em contacto com essas pessoas e, em especial, que as vítimas dos crimes imputados a K., ou os membros das suas famílias, fossem confrontados com ele nos Países Baixos.

19. Tendo em conta o que precede, a referida autoridade concluiu que K. constitui uma ameaça real, atual e suficientemente grave que afeta um interesse fundamental da sociedade, na aceção do artigo 27.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38.

20. Em apoio desta conclusão, o Staatssecretaris neerlandês citou os acórdãos do Raad van State (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) de 12 de setembro de 2008⁵, de 16 de junho de 2015⁶ e de 21 de agosto de 2015⁷. Nestes acórdãos, este órgão jurisdicional considerou que, tendo em conta a gravidade excecional dos crimes previstos no artigo 1.º, secção F, alínea a), da Convenção de Genebra, a ameaça para um interesse fundamental da sociedade que resulta da presença de uma pessoa excluída do estatuto de refugiado ao abrigo desta disposição é, por natureza, permanentemente atual. Segundo o referido órgão jurisdicional, a verificação dessa ameaça não carece de avaliação do provável comportamento futuro do indivíduo em causa.

5 NL:RVS:2008:BF1415.

6 NL:RVS:2015:2008.

7 NL:RVS:2015:2737.

21. O Staatssecretaris neerlandês acrescentou que o direito ao respeito pela vida privada e familiar, consagrado pelo artigo 8.º da CEDH, não obsta a que K. seja declarado *persona non grata*.

22. K. interpôs recurso no Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (Tribunal de Haia, sede de Middelburg), contra a decisão impugnada no processo C-331/16.

23. Neste contexto, este órgão jurisdicional questiona, *em primeiro lugar*, a compatibilidade desta decisão com o artigo 27.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 2004/38. Tendo em conta, em especial, o lapso de tempo decorrido desde o período durante o qual K. teria praticado os crimes abrangidos pelas categorias previstas no artigo 1.º, secção F, alíneas a) e b), da Convenção de Genebra, o referido órgão jurisdicional questiona, no essencial, se a existência de suspeitas graves de que K. praticou tais crimes é suficiente para justificar que a sua presença no território dos Países Baixos constitui uma «ameaça real, atual e suficientemente grave que afeta um interesse fundamental da sociedade», na aceção do artigo 27.º, n.º 2, segundo parágrafo, desta diretiva. O referido órgão jurisdicional também salienta que K. não foi objeto de qualquer condenação penal.

24. A este propósito, o órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto à conformidade com esta disposição da jurisprudência do Raad van State (Conselho de Estado, em formação jurisdicional), referida no n.º 19 das presentes conclusões, na qual se fundamenta a decisão impugnada no processo C-331/16. Estas dúvidas assentam tanto no teor desta disposição como na jurisprudência do Tribunal de Justiça e, em especial, nos seus acórdãos Bouchereau⁸, B e D⁹, I¹⁰ e H. T.¹¹.

25. O órgão jurisdicional de reenvio menciona, além disso, um acórdão proferido na Bélgica, em 27 de março de 2013, pelo Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (Conselho do Contencioso dos Estrangeiros)¹², no qual foi rejeitado qualquer automatismo entre a aplicação pelas autoridades neerlandesas do artigo 1.º, secção F, alínea a), da Convenção de Genebra, devido a comportamentos passados de um membro da família de um cidadão da União, e a existência de uma ameaça que justificasse a recusa em conceder-lhe um direito de livre circulação e de residência.

26. Por outro lado, no âmbito do seu recurso contra a decisão impugnada no processo C-331/16, K. alega, designadamente, que as relações internacionais não estão abrangidas pelo conceito de «ordem pública» na aceção do artigo 27.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 2004/38. Além disso, a abordagem segundo a qual qualquer contacto eventual deste com uma das suas vítimas criaria, em si, um perigo para a ordem pública alargaria excessivamente este conceito. Em qualquer caso, o Staatssecretaris neerlandês não expôs suficientemente os motivos pelos quais a sua presença nesse país causaria prejuízo às relações internacionais deste Estado-Membro. Esta autoridade também não demonstrou de forma plausível que as vítimas de K. se encontravam em solo neerlandês.

27. *Em segundo lugar*, o Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (Tribunal de Haia, sede de Middelburg), tem dúvidas quanto à conformidade desta decisão com a exigência, enunciada no artigo 27.º, n.º 2, primeiro parágrafo, da Diretiva 2004/38, segundo a qual qualquer restrição dos direitos de circulação e de residência de um cidadão da União deve respeitar o princípio da proporcionalidade. Este órgão jurisdicional também questiona a compatibilidade da referida decisão

8 Acórdão de 27 de outubro de 1977 (30/77, EU:C:1977:172, n.ºs 27 a 29).

9 Acórdão de 9 de novembro de 2010 (C-57/09 e C-101/09, EU:C:2010:661, n.ºs 103 a 105).

10 Acórdão de 22 de maio de 2012 (C-348/09, EU:C:2012:300, n.º 30).

11 Acórdão de 24 de junho de 2015 (C-373/13, EU:C:2015:413, n.º 92).

12 Acórdão n.º 99921.

com o artigo 28.º, n.º 1 e n.º 3, alínea a), desta diretiva. O órgão jurisdicional de reenvio faz referência, a este propósito, ao n.º 3.3 da Comunicação da Comissão sobre orientações para assegurar uma transposição e aplicação mais adequadas da [Diretiva 2004/38] (a seguir «Orientações da Comissão»)¹³.

28. A este respeito, o órgão jurisdicional de reenvio indica que K. e os membros da sua família estão perfeitamente integrados na sociedade neerlandesa, na medida em que vivem nos Países Baixos desde 2001, onde nasceu o segundo filho de K. e onde os seus dois filhos frequentam a escola. Além disso, K. declarou que a sua família obteve a nacionalidade croata por motivos puramente técnicos, sendo-lhes este país totalmente estrangeiro, na medida em que nunca aí habitaram nem têm qualquer família. Além disso, K. alega que os croatas, de religião católica, já não podem construir a sua vida na Bósnia-Herzegovina, país com o qual os seus filhos não têm, de resto, qualquer laço.

29. Nestas circunstâncias, o Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (Tribunal de Haia, sede de Middelburg), decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- «1. O artigo 27.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 permite que um cidadão da União, como o do caso em apreço, em relação ao qual está provado que lhe é aplicável o artigo 1.º, [secção F], alíneas a) e b), da Convenção relativa ao estatuto dos refugiados, seja declarado *persona non grata* porque resulta da gravidade excecional dos crimes a que se refere essa disposição que se deve presumir que a ameaça que afete um interesse fundamental da sociedade é, por natureza, permanentemente atual?
2. Em caso de resposta negativa à questão 1, como deverá ser averiguado, no âmbito de uma proposta de declaração de *persona non grata*, se o comportamento do cidadão da União acima referido, ao qual foi declarado aplicável o artigo 1.º, [secção F], alíneas a) e b), da Convenção relativa ao estatuto dos refugiados, deve ser considerado uma ameaça real, atual e suficientemente grave que afeta um interesse fundamental da sociedade? Qual é a relevância, para o efeito, do facto de, como sucede no caso em apreço, os comportamentos previstos no artigo 1.º, [secção F] terem ocorrido há muito tempo — no caso concreto: no período compreendido entre 1992 e 1994?
3. Na apreciação da questão de saber se pode ser aplicada uma declaração de *persona non grata* a um cidadão da União em relação ao qual foi declarado aplicável o artigo 1.º, [secção F], alíneas a) e b), da Convenção relativa ao estatuto dos refugiados, como no caso em apreço, qual é a relevância do princípio da proporcionalidade? Devem, nesse contexto, ou independentemente do mesmo, ser tomados em consideração os fatores referidos no artigo 28.º, n.º 1, da diretiva relativa à residência? Deve também, nesse contexto, ou independentemente do mesmo, ser tomado em consideração o prazo de dez anos de residência no país de acolhimento, referido no artigo 28.º, n.º 3, proémio e alínea a)? Devem ter-se em conta todos os fatores referidos no [n.º] 3.3 das [Orientações da Comissão]?»

B. Processo C-366/16

30. H. F. declarou possuir a nacionalidade afegã. Em 2000, H. F. entrou no território neerlandês e aí apresentou um pedido de asilo.

¹³ Comunicação ao Parlamento Europeu e ao Conselho de 2 de julho de 2009 [COM(2009) 313 final]. Enumeram-se os elementos relativos à situação pessoal e familiar do interessado que devem ser ponderados com os interesses fundamentais da sociedade para efeitos de verificar a proporcionalidade de uma medida de ordem pública ou de segurança pública destinada a proteger estes interesses.

31. Por decisão de 26 de maio de 2003, o Immigratie- en Naturalisatiedienst (Serviço de Imigração e de Naturalização, Países Baixos, a seguir «autoridade neerlandesa competente em matéria de asilo») excluiu H. F. do estatuto de refugiado com base no artigo 1.º, secção F, alínea a), da Convenção de Genebra. Por decisão de 9 de janeiro de 2006, esta autoridade recusou conceder-lhe uma autorização de residência temporária com base no artigo 3.º da CEDH. Estas duas decisões foram judicialmente confirmadas e tornaram-se definitivas.

32. Subsequentemente, o Staatssecretaris neerlandês adotou uma decisão de proibição de entrada de H. F. no território. Com base nesta decisão, durante os anos de 2013 e 2014 foi introduzida uma indicação para efeitos de não admissão ou de interdição de permanência de H. F. no território Schengen por um período indeterminado, ao abrigo do disposto no artigo 24.º do Regulamento (CE) n.º 1987/2006¹⁴.

33. Resulta da decisão de reenvio que H. F. não foi objeto de qualquer condenação penal na Bélgica ou nos Países Baixos. H. F. também apresentou um certificado de registo criminal sem antecedentes no Afeganistão.

34. A filha de H. F., maior de idade, tem nacionalidade neerlandesa. Em 2011, H. F. e a filha estabeleceram-se na Bélgica, onde aquela é economicamente ativa.

35. H. F. apresentou, junto do delegado do Staatssecretaris voor Asiel en Migratie, Maatschappelijke Integratie en Armoedebestrijding (Secretário de Estado do asilo e da migração, da integração social e da luta contra a pobreza, Bélgica, a seguir «Staatssecretaris belga»), quatro pedidos consecutivos de autorização de residência. Os três últimos pedidos incidiam sobre a outorga de um título de residência na qualidade de membro da família de um cidadão da União, na aceção do artigo 2.º, n.º 2, alínea d), da Diretiva 2004/38, mais especificamente na qualidade de ascendente da sua filha maior de idade, de nacionalidade neerlandesa, estabelecida na Bélgica. Estes quatro pedidos terminaram com decisões de recusa de permanência acompanhadas de uma ordem para abandonar o território belga.

36. A decisão de recusa de residência acompanhada de uma ordem para abandonar o território belga, adotada em resposta ao quarto pedido de autorização de residência apresentado por H. F., foi anulada por um acórdão do Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (Conselho do Contencioso dos Estrangeiros), de 17 de junho de 2015. Em 8 de outubro de 2015, na sequência deste acórdão, o delegado do Staatssecretaris belga adotou relativamente a H. F. uma nova decisão de recusa de residência superior a três meses sem ordem para abandonar o território (a seguir «decisão impugnada no processo C-366/16»). Esta decisão tem como fundamento jurídico o artigo 43.º da Lei belga dos estrangeiros, o qual transpõe para o direito belga o artigo 27.º da Diretiva 2004/38.

37. Em apoio da referida decisão, o delegado do Staatssecretaris belga baseou-se nas informações constantes do processo de asilo neerlandês relativo a H. F., obtido com a colaboração deste. Resulta deste processo que, de acordo com as conclusões da autoridade neerlandesa competente em matéria de asilo, existem suspeitas graves de que H. F. praticou crimes abrangidos pelas categorias previstas no artigo 1.º, secção F, alínea a), da Convenção de Genebra. H. F. terá participado em crimes de guerra ou em crimes contra a humanidade, ou terá dado ordem para a prática desses crimes, por força das

14 Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de dezembro de 2006, relativo ao estabelecimento, ao funcionamento e à utilização do Sistema de Informação de Schengen de segunda geração (SIS II) (JO 2006, L 381, p. 4). O artigo 24.º, n.º 1, deste regulamento dispõe que «os dados relativos a nacionais de países terceiros indicados para efeitos de não admissão ou interdição de permanência são introduzidos com base numa indicação nacional resultante de uma decisão tomada pelas autoridades administrativas ou pelos órgãos jurisdicionais competentes de acordo com as regras processuais previstas pela legislação nacional, com base numa avaliação individual». De acordo com o n.º 2 deste artigo, «[d]eve ser introduzida uma indicação quando a decisão a que se refere o n.º 1 se fundar no facto de a presença de um nacional de um país terceiro no território de um Estado-Membro constituir ameaça para a ordem pública ou para a segurança nacional». De acordo com o n.º 3 do referido artigo, «[t]ambém pode ser introduzida uma indicação quando a decisão a que se refere o n.º 1 se fundar no facto de recair sobre o nacional de um país terceiro uma medida de afastamento, de não admissão ou de expulsão não revogada nem suspensa que inclua ou seja acompanhada por uma interdição de entrada ou, se for caso disso, de permanência, fundada no incumprimento das regulamentações nacionais relativas à entrada ou à estada de nacionais de países terceiros».

funções que exercia no Afeganistão. H. F. terá, na qualidade de secretário político, estado em contacto com o KhAD, um serviço de inteligência afegão do antigo regime comunista e, neste âmbito, terá apresentado informações sobre os membros não leais. H. F. terá, assim, exposto estes últimos a violações dos seus direitos fundamentais pelo KhAD.

38. O delegado do Staatssecretaris belga considerou que a ameaça para um interesse fundamental da sociedade que decorre da presença na sociedade belga de uma pessoa relativamente à qual existem suspeitas graves de ter praticado esses crimes apresenta, pela sua natureza, um carácter atual permanente. A avaliação do comportamento futuro desta pessoa não importa neste caso, tendo em conta a natureza e a gravidade dos crimes em causa, bem como a época, o local e as circunstâncias nas quais foram cometidos. Por conseguinte, a atualidade da ameaça decorrente do comportamento da referida pessoa, do mesmo modo que o risco da sua reiteração, não devem ser considerados plausíveis.

39. Esta autoridade esclareceu que a recusa de residência nesse caso concreto serve para proteger as vítimas destes crimes e, desta forma, a sociedade belga e a ordem jurídica internacional. Por estes motivos, a recusa em conceder um direito de residência a H. F. é conforme ao princípio da proporcionalidade.

40. H. F. interpôs um recurso de suspensão e de anulação desta decisão junto do Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (Conselho do Contencioso dos Estrangeiros).

41. Este órgão jurisdicional tem dúvidas quanto à conformidade com o artigo 27.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 da tese adotada na decisão impugnada no processo C-366/16, exposta no n.º 38 das presentes conclusões. Sublinha que esta tese corresponde à abordagem seguida nos Países Baixos pelo Raad van State (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) no seu acórdão de 16 de junho de 2015¹⁵.

42. O órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em especial, se a existência de uma decisão de exclusão do estatuto de refugiado, adotada cerca de dez anos antes por um Estado-Membro, dispensa as autoridades do Estado-Membro de acolhimento de examinar a atualidade e a realidade da ameaça decorrente do comportamento do interessado. O órgão jurisdicional de reenvio salienta, a este propósito, que essa decisão diz respeito, por natureza, a factos ocorridos no passado no país de origem deste.

43. Este órgão jurisdicional esclarece que H. F. alega, designadamente, no âmbito do seu recurso contra a decisão impugnada no processo C-366/16, que a decisão de exclusão do estatuto de refugiado adotada pela autoridade neerlandesa competente em matéria de asilo se baseava em informações inexatas relativas ao Afeganistão.

44. O referido órgão jurisdicional suscita, também, a questão da compatibilidade da decisão impugnada no processo C-366/16 com o direito ao respeito pela vida privada e familiar, consagrado no artigo 7.º da Carta e no artigo 8.º da CEDH.

45. Nestas circunstâncias, o Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (Conselho do Contencioso dos Estrangeiros) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Deve o direito da União, em especial o artigo 27.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38, eventualmente conjugado com o artigo 7.º da [Carta], ser interpretado no sentido de que um pedido de autorização de residência, apresentado no âmbito do reagrupamento familiar por um nacional de um país terceiro membro da família de um cidadão da União que, por sua vez, exerceu o seu direito de livre circulação

¹⁵ NL:RVS:2015:2008. V. n.º 21 das presentes conclusões.

e residência, pode ser indeferido num Estado-Membro por este entender que a mera presença na sociedade do membro da família, a quem foi recusado o estatuto de refugiado noutro Estado-Membro, nos termos do artigo 1.º-F da Convenção de Genebra e do artigo 12.º, n.º 2, da Diretiva 2011/95, dado o seu envolvimento em factos num contexto histórico e social específico do seu país de origem, baseando-se a atualidade e a realidade da ameaça que o comportamento deste membro da família representa no Estado-Membro de acolhimento exclusivamente numa referência à decisão de exclusão, sem ser avaliado o risco de reincidência no Estado-Membro de acolhimento?»

C. Tramitação do processo no Tribunal de Justiça

46. Os pedidos de decisão prejudicial nos processos C-331/16 e C-366/16 deram entrada na secretaria do Tribunal de Justiça, respetivamente, em 13 de junho de 2016 e 5 de julho de 2016. Por decisão do presidente do Tribunal de Justiça de 21 de julho de 2016, estes dois processos foram apensados para efeitos das fases escrita e oral do processo, bem como do acórdão.

47. Foram apresentadas observações escritas por K., pelos Governos belga, helénico, francês, neerlandês e do Reino Unido, bem como pela Comissão Europeia.

48. Compareceram na audiência de 10 de julho de 2017 K. e H. F., os Governos belga, francês, neerlandês e do Reino Unido, bem como a Comissão.

IV. Análise

A. Considerações preliminares

49. No momento da sua entrada no território da União, K. e H. F., que então não estavam abrangidos pelo âmbito de aplicação subjetivo da Diretiva 2004/38, procuraram que aí lhes fosse reconhecido o estatuto de refugiado. Este estatuto foi-lhes recusado com base no artigo 1.º, secção F, alínea a) — unicamente, no que respeita a H. F., ou em conjugação com a alínea b) desta disposição, no que respeita a K. — da Convenção de Genebra.

50. K. adquiriu, posteriormente, o estatuto de cidadão da União na sequência da adesão da República da Croácia à União. De acordo com as indicações do Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (Conselho do Contencioso dos Estrangeiros), H. F. obteve, por sua vez, a qualidade de membro da família de um cidadão da União após ter-se reunido, no território belga, com a filha, de nacionalidade neerlandesa¹⁶. Estas alterações de situação desencadearam a aplicabilidade a K. e a H. F. da Diretiva 2004/38.

¹⁶ O artigo 3.º, n.º 1, da Diretiva 2004/38 prevê que esta se «aplica [...] a todos os cidadãos da União que se desloquem ou residam num Estado-Membro que não aquele de que são nacionais, bem como aos membros das suas famílias, na aceção do [ponto] 2 do artigo 2.º, que os acompanhem ou que a eles se reúnam». Segundo o artigo 2.º, ponto 2, alínea d), desta diretiva, os ascendentes diretos de um cidadão da União apenas constituem «membros da sua família» se estiverem a cargo daquele. A decisão de reenvio não esclarece se H. F. está, tal como alegou na audiência, a cargo da sua filha. No entanto, esta decisão refere que o artigo 2.º, ponto 2, alínea d), da Diretiva 2004/38 é aplicável a H. F. (v. n.º 35 das presentes conclusões), o que pressupõe que este requisito esteja preenchido. Ora, o Tribunal de Justiça deve, em princípio, basear-se nas premissas factuais que o órgão jurisdicional de reenvio considera provadas [v. acórdãos de 28 de janeiro de 1999, van der Kooy (C-181/97, EU:C:1999:32, n.º 30), e de 12 de fevereiro de 2009, Cobelfret (C-138/07, EU:C:2009:82, n.º 23)]. Compete apenas ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar, no caso em apreço, se H. F. reveste efetivamente a qualidade de membro da família de um cidadão da União.

51. O artigo 1.º, secção F, da Convenção de Genebra, embora exija que os indivíduos abrangidos por esta disposição estejam excluídos do estatuto de refugiado na aceção desta convenção, não se opõe à concessão, a estes últimos, de um direito de residência distinto daquele que decorre desse estatuto, desde que este direito de residência não esteja em risco de ser confundido com o referido estatuto¹⁷. Não é contestado que a concessão, a uma pessoa excluída do estatuto de refugiado, de um direito de residência na qualidade de cidadão da União ou membro da família de um cidadão da União preenche este requisito.

52. No caso em apreço, os direitos de residência de que K. e H. F. beneficiam por força da Diretiva 2004/38 foram restringidos por medidas de ordem pública ou de segurança pública, na aceção do artigo 27.º, n.º 2, desta diretiva (a seguir «medidas restritivas»)¹⁸. Estas medidas baseavam-se no facto de estes terem sido objeto, no passado, de decisões de exclusão do estatuto de refugiado ao abrigo do artigo 1.º, secção F, alínea a), da Convenção de Genebra, adotadas pelas instâncias de asilo do Estado-Membro de acolhimento (na situação de K.) ou de outro Estado-Membro (no caso de H. F.).

53. Os órgãos jurisdicionais de reenvio pretendem, essencialmente, saber se as referidas medidas foram tomadas respeitando as condições enunciadas no artigo 27.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 — o qual deve, na medida em que permite derrogar as liberdades fundamentais conferidas pelo Tratado FUE, ser interpretado estritamente¹⁹.

54. Os órgãos jurisdicionais de reenvio também questionam o Tribunal de Justiça quanto à compatibilidade das medidas restritivas em causa no processo principal com o direito à vida privada e familiar por força do artigo 7.º da Carta e do artigo 8.º da CEDH. Acresce que o Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (Tribunal de Haia, sede de Middelburg), pergunta se as proteções contra o afastamento, previstas no artigo 28.º, n.º 1 e n.º 3, alínea a), da referida diretiva, se aplicam numa situação como a de K.

B. Quanto à verificação de uma ameaça real, atual e suficientemente grave que afete um interesse fundamental da sociedade

55. Com as primeira e segunda questões colocadas no processo C-331/16 e com a questão submetida no processo C-366/16, os órgãos jurisdicionais de reenvio pretendem, no essencial, saber se, e, sendo caso disso, em que condições, um Estado-Membro pode considerar que a presença no seu território de um cidadão da União ou de um membro da sua família constitui uma «ameaça real, atual e suficientemente grave que afete um interesse fundamental da sociedade», na aceção do artigo 27.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38, pelo facto de este indivíduo ter, no passado, sido objeto de uma decisão de exclusão do estatuto de refugiado ao abrigo do disposto no artigo 1.º, secção F, alínea a), da Convenção de Genebra.

56. Em especial, o Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (Tribunal de Haia, sede de Middelburg), interroga o Tribunal de Justiça quanto à pertinência, neste contexto, do facto de um lapso de tempo importante (no caso em apreço, mais de vinte anos) separar a suposta prática de crimes que justificaram a exclusão do estatuto de refugiado e a adoção da medida restritiva em causa. O Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (Conselho do Contencioso dos Estrangeiros) pergunta se é

17 V. acórdão de 9 de novembro de 2010, B e D (C-57/09 e C-101/09, EU:C:2010:661, n.ºs 115 a 120). O Tribunal de Justiça salientou, nesse acórdão, que a Diretiva 2011/95, tal como a Convenção de Genebra, parte do princípio segundo o qual os Estados-Membros podem conceder, nos termos previstos nos seus direitos nacionais, um outro tipo de proteção, distinta da que esta diretiva e esta convenção conferem, oferecendo aos indivíduos excluídos do estatuto de refugiado o direito de residir nos seus territórios.

18 V., por analogia, acórdão de 27 de outubro de 1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, n.º 21).

19 V., designadamente, acórdão de 13 de setembro de 2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, n.º 58 e jurisprudência referida). No acórdão de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos e Oliveri (C-482/01 e C-493/01, EU:C:2004:262, n.º 65), o Tribunal de Justiça decidiu que as derrogações aos direitos associados ao estatuto de cidadão da União devem ser interpretados de forma «particularmente restritiva».

necessário apreciar o risco de reincidência nos comportamentos visados no artigo 1.º, secção F, alínea a), da Convenção de Genebra no Estado-Membro de acolhimento, atendendo a que estes comportamentos ocorreram no país de origem do interessado num contexto histórico e social específico.

57. Estas questões refletem as dúvidas dos órgãos jurisdicionais de reenvio quanto à conformidade com o artigo 27.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 da fundamentação das decisões impugnadas, segundo a qual a aplicação, no passado, do artigo 1.º, secção F, alínea a), da Convenção de Genebra implica, tendo em conta a gravidade particular dos crimes visados nesta disposição, que a presença do interessado no território do Estado-Membro de acolhimento constitua uma ameaça que é «por, permanentemente atual»²⁰.

58. A avaliação de uma ameaça na aceção do artigo 27.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 pressupõe, num primeiro momento, que seja identificado «um interesse fundamental da sociedade» cuja proteção possa fazer parte da ordem pública ou da segurança pública. No caso em apreço, K. alega que a preservação dos interesses invocados em apoio das decisões impugnadas não está abrangida pelos conceitos de «ordem pública» ou de «segurança pública» na aceção desta disposição. Iniciarei a minha exposição refutando este argumento (secção 1).

59. Num segundo momento, a verificação dessa ameaça implica que o Estado-Membro em causa justifique em que é que estes interesses estão, num caso determinado, ameaçados de forma real, atual e suficientemente grave pelo comportamento pessoal do indivíduo em causa. Desenvolverei, em seguida, as implicações desta exigência em situações como as que estão em causa no processo principal (secção 2).

1. Quanto à identificação de um «interesse fundamental da sociedade» cuja proteção esteja abrangida pela ordem pública ou pela segurança pública

60. Segundo jurisprudência constante, os conceitos de «ordem pública» e de «segurança pública», enquanto justificações para uma derrogação às liberdades de circulação e de residência dos cidadãos da União ou dos membros das suas famílias, devem ser interpretados estritamente, de forma que o seu alcance não seja determinado unilateralmente por cada Estado-Membro sem controlo das instituições da União. No entanto, o direito da União não impõe uma escala uniforme de valores e reconhece que as exigências da ordem pública e da segurança pública podem variar de um país para outro e de uma época para outra. Os Estados-Membros continuam, no essencial, a ser livres de determinar o conteúdo destas exigências em conformidade com as suas necessidades nacionais²¹.

61. À luz destes princípios, o Tribunal de Justiça já admitiu que as exigências da ordem pública e da segurança pública na aceção das disposições que permitem restringir as referidas liberdades não se limitam à proteção da tranquilidade e da segurança física da população contra o risco de perpetração de crimes.

62. Assim, o Tribunal de Justiça declarou que o conceito de «segurança pública», o qual compreende quer a segurança interna do Estado-Membro em causa quer a sua segurança externa, engloba designadamente a «ameaça ao funcionamento das instituições e dos serviços públicos essenciais, bem como a sobrevivência da população, tal como o risco de uma perturbação grave das relações externas ou da coexistência pacífica dos povos, ou ainda uma ameaça a interesses militares»²².

20 No que respeita à decisão impugnada no processo C-331/16, esta fundamentação tem origem em vários acórdãos do Raad van State (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) para os quais essa decisão remete (v. n.º 20 das presentes conclusões).

21 V., designadamente, acórdãos de 28 de outubro de 1975, Rutili (36/75, EU:C:1975:137, n.ºs 26 e 27); de 27 de outubro de 1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, n.ºs 33 e 34); e de 22 de maio de 2012, I (C-348/09, EU:C:2012:300, n.º 23 e jurisprudência referida).

22 V., designadamente, acórdão de 13 de setembro de 2016, CS (C-304/14, EU:C:2016:674, n.º 39 e jurisprudência referida).

63. As exigências da ordem pública, embora não possam compreender interesses económicos²³ nem a simples prevenção da perturbação da ordem social que implica qualquer infração à lei²⁴, podem englobar a proteção de diversos interesses que o Estado-Membro em causa considere fundamentais segundo o seu próprio sistema de valores. Em especial, o Tribunal de Justiça reconheceu a possibilidade de um Estado-Membro invocar, em determinadas circunstâncias, a título de ordem pública, a proteção de um interesse fundamental tão afastado da tranquilidade e da segurança física direta da sua população como a necessidade de assegurar a cobrança de créditos fiscais²⁵.

64. No caso em apreço, como resulta da decisão de reenvio no processo C-331/16, a medida restritiva adotada contra K. baseava-se, *em primeiro lugar*, numa disposição legislativa neerlandesa que permitia declarar um estrangeiro *persona non grata* «no interesse das relações internacionais dos Países Baixos». O Staatssecretaris neerlandês invocou, neste contexto, a necessidade de evitar que este Estado-Membro se torne uma terra de acolhimento para os indivíduos que são suspeitos de terem praticado crimes contra a paz, crimes de guerra ou crimes contra a humanidade. Nesta mesma linha, a decisão de reenvio no processo C-366/16 refere que a medida restritiva adotada contra H. F. visava, designadamente, proteger a ordem jurídica internacional.

65. A este respeito, o Governo francês alegou que medidas semelhantes também podem dar resposta ao interesse de consagrar modalidades rigorosas de proteção dos valores fundamentais da sociedade francesa e da ordem jurídica internacional, enunciadas, designadamente, no artigo 21.º, n.º 1, TUE. Estas medidas são necessárias para contribuir para a manutenção da coesão social e, como defende também o Governo do Reino Unido, da confiança pública nos sistemas de justiça e de imigração. Acresce que este último governo invoca o interesse em preservar a credibilidade do compromisso da União e dos seus Estados-Membros no que respeita à proteção dos valores fundamentais enunciados nos artigos 2.º e 3.º TUE²⁶.

66. *Em segundo lugar*, o Staatssecretaris neerlandês justificou a medida restritiva em causa neste processo com a necessidade de impedir que a população neerlandesa entre em contacto com tais pessoas e, em especial, que as suas vítimas potenciais ou os membros das suas famílias se confrontem com as mesmas. De forma semelhante, a decisão de reenvio no processo C-366/16 refere que a decisão impugnada neste processo tinha por objetivo proteger as vítimas das pessoas excluídas do estatuto de refugiado, bem como a sociedade belga.

67. Os Governos neerlandês e do Reino Unido acrescentam, a este propósito, que a adoção de medidas restritivas contra cidadãos da União ou membros das suas famílias que foram excluídos do estatuto de refugiado por força do artigo 1.º, secção F, alínea a), da Convenção de Genebra responde à necessidade de prevenir a ocorrência do prejuízo social associado ao escândalo que poderia suscitar a presença, com total impunidade, de um presumível criminoso de guerra no território do Estado-Membro em causa.

68. Em meu entender, os Estados-Membros podem, sem ultrapassar a margem de apreciação de que dispõem com vista a definir o conteúdo das exigências da ordem pública, considerar que a proteção dos interesses acima descritos faz parte destas exigências. Tendo em conta os princípios enunciados nos n.ºs 60 e 63 das presentes conclusões, não vejo qualquer motivo para excluir que os Estados-Membros possam considerar que, em conformidade com as suas próprias escalas de valores, os referidos interesses constituem interesses fundamentais da sociedade na aceção do artigo 27.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38, cuja proteção está abrangida pela ordem pública.

23 Tal como resulta da redação do artigo 27.º, n.º 1, da Diretiva 2004/38.

24 Acórdão de 13 de setembro de 2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, n.º 83 e jurisprudência referida).

25 Acórdão de 17 de novembro de 2011, Aladzhev (C-434/10, EU:C:2011:750, n.º 37).

26 O Governo do Reino Unido invoca, além disso, a necessidade de os Estados-Membros cumprirem com as suas obrigações em matéria de luta contra o terrorismo, ao abrigo de diversas resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, que lhes impõe recusar conceder refúgio àqueles que praticam ou facilitam a prática de atos terroristas. Observo, no entanto, que os atos terroristas são objeto da causa de exclusão que consta do artigo 1.º, secção F, alínea c), da Convenção de Genebra. Esta não está em causa nos presentes processos.

69. Assim sendo, a possibilidade de restringir os direitos de circulação e de residência decorrentes da Diretiva 2004/38 em nome dos interesses fundamentais invocados para este efeito enquadra-se nas condições enunciadas no artigo 27.º, n.º 2, desta diretiva.

2. Quanto à verificação de uma ameaça que afete os interesses fundamentais invocados por força do comportamento pessoal do interessado

70. Em conformidade com o artigo 27.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38, uma «ameaça real, atual e suficientemente grave que afete um interesse fundamental da sociedade», na aceção desta disposição, deve decorrer exclusivamente do comportamento pessoal do indivíduo em causa. Não podem ser utilizadas justificações não diretamente relacionadas com o caso individual ou baseadas em motivos de prevenção geral. Além disso, a existência de condenações penais anteriores não pode ser o único motivo para fundamentar a adoção de uma medida restritiva.

71. A este respeito, o Tribunal de Justiça considerou reiteradamente que uma ameaça que afete um interesse fundamental da sociedade não podia ser verificada, de forma automática, apenas com base numa condenação penal anterior por infrações específicas²⁷. No entanto, as circunstâncias que dão lugar a esta condenação podem ser tidas em consideração, para efeitos de fundamentar essa verificação, na medida em que revelem, no final de uma análise caso a caso, um comportamento pessoal que constitua uma ameaça real, atual e suficientemente grave que afete um interesse fundamental da sociedade de acolhimento²⁸.

72. Neste contexto, embora a verificação dessa ameaça «implique a existência no indivíduo em questão de uma tendência para manter [o comportamento que foi penalmente sancionado] no futuro»²⁹, o simples facto do comportamento passado pode, em determinadas circunstâncias, preencher as condições de semelhante ameaça³⁰.

73. Exporei, a seguir, os motivos pelos quais considero que os princípios enunciados no n.º 71 das presentes conclusões são aplicáveis por analogia quando o indivíduo em causa tenha, anteriormente, sido objeto não de uma condenação penal, mas de uma decisão de exclusão do estatuto de refugiado ao abrigo do artigo 1.º, secção F, alínea a), da Convenção de Genebra [alínea a)].

74. Serão, assim, desenvolvidos, tendo em conta a jurisprudência recordada no n.º 72 das presentes conclusões, os motivos que me levam a concluir que o comportamento passado deste indivíduo, conforme resulta das verificações que fundamentam esta decisão, pode ser suficiente para justificar a verificação de uma ameaça «atual», não obstante ter decorrido um longo período desde a suposta prática dos crimes que lhe são imputados e a ausência de propensão para reiterar tais crimes no Estado-Membro de acolhimento [alínea b)]³¹.

27 V., designadamente, acórdãos de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos e Oliveri (C-482/01 e C-493/01, EU:C:2004:262, n.ºs 68 e 93); de 17 de novembro de 2011, Gaydarov (C-430/10, EU:C:2011:749, n.º 38); e de 13 de setembro de 2016, Rendón Marín (C-165/14, EU:C:2016:675, n.ºs 64 a 67). V., também, por analogia, acórdão de 19 de janeiro de 1999, Calfa (C-348/96, EU:C:1999:6, n.º 25).

28 V., designadamente, acórdãos de 27 de outubro de 1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, n.º 28); de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos e Oliveri (C-482/01 e C-493/01, EU:C:2004:262, n.º 77); e de 7 de junho de 2007, Comissão/Países Baixos (C-50/06, EU:C:2007:325, n.º 41). V., também, neste sentido, acórdão de 13 de setembro de 2016, CS (C-304/14, EU:C:2016:674, n.º 46).

29 Acórdãos de 27 de outubro de 1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, n.º 29), e de 22 de maio de 2012, I (C-348/09, EU:C:2012:300, n.º 30). V., também, neste sentido, acórdão de 23 de novembro de 2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, n.º 50).

30 Acórdão de 27 de outubro de 1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, n.º 29).

31 Prefiro esta formulação à da ausência de risco de «reincidência». Tal como alegou o Governo belga, o conceito de «reincidência» pressupõe, segundo a utilização comum deste termo, a existência de uma condenação penal. Ora, resulta das decisões de reenvio que K. e H. F. não foram condenados pelos comportamentos que lhes são imputados ao abrigo do artigo 1.º, secção F, alínea a), da Convenção de Genebra.

a) Quanto à pertinência da aplicação anterior do artigo 1.º, secção F, alínea a), da Convenção de Genebra

1) Quanto aos princípios aplicáveis

75. Com vista a determinar se os princípios enunciados no n.º 71 das presentes conclusões podem reger de forma adequada a situação de uma pessoa que tenha, no passado, sido excluída do estatuto de refugiado ao abrigo do artigo 1.º, secção F, alínea a), da Convenção de Genebra, devem ser tidas em conta duas considerações particulares.

76. Por um lado, o carácter excecionalmente grave dos crimes visados por esta disposição poderia pugnar a favor de uma abordagem mais flexível do ponto de vista dos Estados-Membros, permitindo-lhes verificar uma ameaça na aceção do artigo 27.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 apenas pelo facto de ao interessado ter sido oposta a causa de exclusão prevista no artigo 1.º, secção F, alínea a), da Convenção de Genebra. Com efeito, os crimes aí enunciados violam os valores mais fundamentais que se encontram na base tanto da ordem jurídica internacional como dos direitos do Homem³² e afetam a comunidade internacional no seu conjunto³³.

77. Por outro lado, o facto de a aplicação desta disposição não pressupor uma condenação³⁴, nem prova na aceção penal, dos crimes em causa advoga sobretudo no sentido de uma prudência acrescida relativamente à tomada em consideração das circunstâncias que conduziram à decisão de exclusão, como resultam das apreciações das autoridades de asilo, para efeitos de fundamentar a verificação dessa ameaça.

78. Em meu entender, estas considerações não obstam à aplicação dos princípios supramencionados.

79. *Em primeiro lugar*, considero que uma ameaça na aceção do artigo 27.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 não pode ser automaticamente verificada, sem uma análise mais ampla, pelo simples facto de as autoridades de asilo terem anteriormente excluído o interessado do estatuto de refugiado com base no artigo 1.º, secção F, alínea a), da Convenção de Genebra. Em meu entender, a exigência de uma análise do comportamento individual, que decorre da redação do artigo 27.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38, não admite derrogação, mesmo quando os comportamentos imputados ao interessado revestem uma gravidade extrema.

80. Esta abordagem também é justificada pelo facto de o artigo 1.º, secção F, da Convenção de Genebra e o artigo 27.º da Diretiva 2004/38 prosseguirem objetivos diferentes³⁵.

32 A este propósito, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (a seguir «TEDH») declarou, no acórdão de 21 de outubro de 2013, Janowiec e o. c. Rússia (CE:ECHR:2013:1021JUD005550807, § 150), ao qual o Governo francês fez referência na audiência, que os crimes graves de direito internacional tais como os crimes de guerra, o genocídio ou os crimes contra a humanidade revestem uma dimensão mais ampla do que as infrações penais ordinárias e constituem «a negação dos próprios fundamentos da [CEDH]».

33 V. artigo 5.º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, assinado em Roma em 17 de julho de 1998 (*Recueil des traités des Nations unies*, vol. 2187, n.º 38544) e que entrou em vigor em 1 de julho de 2002.

34 Todavia, segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (a seguir «ACR»), o artigo 1.º, secção F, alínea a), da Convenção de Genebra pode, em determinados casos, quando estão em causa crimes particularmente atrozes, aplicar-se mesmo se o interessado foi condenado e cumpriu a sua pena. V. ACR, «Nota informativa relativa à aplicação das causas de exclusão: artigo 1.º, secção F, da Convenção de 1951 relativa ao estatuto dos refugiados», de 4 de setembro de 2003 (a seguir «nota informativa do ACR»), n.ºs 72 e 73. Nos termos do considerando 22 da Diretiva 2011/95, «a realização de consultas junto do [ACR] pode fornecer orientações úteis aos Estados-Membros para a determinação do estatuto de refugiado em conformidade com o artigo 1.º da Convenção de Genebra».

35 V., neste sentido, acórdão de 24 de junho de 2015, H. T. (C-373/13, EU:C:2015:413, n.º 77).

81. Conforme o Tribunal de Justiça constatou no acórdão B e D³⁶, as causas de exclusão previstas no artigo 12.º, n.º 2, da Diretiva 2011/95, o qual corresponde ao artigo 1.º, secção F, da Convenção de Genebra, têm como objetivo «excluir do estatuto de refugiado as pessoas consideradas indignas da proteção que lhe está associada e de evitar que a concessão do referido estatuto permita aos autores de certos crimes graves escaparem a uma responsabilidade penal».

82. Em contrapartida, estas causas de exclusão não visam proteger a sociedade de acolhimento contra o eventual perigo que poderia representar a presença nesta sociedade do requerente de asilo em causa — sendo esse objetivo prosseguido por outras disposições da Diretiva 2011/95³⁷. O Tribunal de Justiça também declarou que a aplicação do artigo 12.º, n.º 2, desta diretiva não pressupõe que esta pessoa constitua um perigo atual para a sociedade de acolhimento³⁸.

83. Tendo em conta os objetivos distintos destas disposições, as apreciações que presidem à aplicação do artigo 1.º, secção F, alínea a), da Convenção de Genebra, como as que se encontram na base de uma condenação penal³⁹, não coincidem necessariamente com as que devem ser operadas sob o ângulo dos interesses inerentes à salvaguarda da ordem pública e da segurança pública ao abrigo do artigo 27.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38⁴⁰.

84. *Em segundo lugar*, no entanto, os fundamentos em que se baseia uma decisão de exclusão do estatuto de refugiado podem ser tidos em conta quando revelam, à luz das circunstâncias particulares de cada caso concreto, um comportamento pessoal constitutivo de uma ameaça real, atual e suficientemente grave que afete um interesse fundamental da sociedade⁴¹. Nesse caso concreto, as considerações que justificaram a aplicação do artigo 1.º, secção F, alínea a), da Convenção de Genebra também podem fundamentar a verificação de uma ameaça na aceção do artigo 27.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38⁴².

36 Acórdão de 9 de novembro de 2010 (C-57/09 e C-101/09, EU:C:2010:661, n.º 104).

37 Nos termos do acórdão de 9 de novembro de 2010, B e D (C-57/09 e C-101/09, EU:C:2010:661, n.º 101), «o perigo atual que um refugiado pode representar para o Estado-Membro em causa é tido em consideração, não no quadro do seu artigo 12.º, n.º 2, mas, por um lado, no do seu artigo 14.º, n.º 4, alínea a), segundo o qual esse Estado-Membro pode revogar o estatuto concedido a um refugiado, nomeadamente quando haja motivos razoáveis para considerar que representa uma ameaça para a segurança, e, por outro, do seu artigo 21.º, n.º 2, que prevê que o Estado-Membro de refúgio pode, como lho autoriza igualmente o artigo 33.º, n.º 2, da Convenção de Genebra, repelir um refugiado quando haja motivos razoáveis para considerar que representa um perigo para a segurança ou a comunidade desse Estado-Membro».

38 Acórdão de 9 de novembro de 2010, B e D (C-57/09 e C-101/09, EU:C:2010:661, n.º 105).

39 V. acórdãos de 27 de outubro de 1977, Bouchereau (30/77, EU:C:1977:172, n.º 27), e, por analogia, de 11 de junho de 2015, Zh. e O. (C-554/13, EU:C:2015:377, n.º 59).

40 Esta conclusão não é afetada pelo facto de, na sequência da decisão de exclusão do estatuto de refugiado adotado contra si, H. F. ter sido objeto, nos Países Baixos, de uma decisão de proibição de entrada no território e de uma indicação no SIS, a qual pressupõe, em conformidade com o artigo 24.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1987/2006, que o Estado-Membro que introduz a indicação tenha considerado que a presença do nacional de um país terceiro em causa no seu território ameaça a ordem pública ou a segurança pública (v. nota 14 das presentes conclusões). Com efeito, como resulta do acórdão de 10 de julho de 2008, Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, n.º 25), uma medida restritiva não se pode basear exclusivamente em razões invocadas por outro Estado-Membro com vista à adoção dessa medida. Uma medida restritiva «deve ser tomada à luz de considerações adequadas à proteção da ordem pública ou da segurança pública do Estado-Membro que [a] adota». *A fortiori*, essa medida não se pode basear exclusivamente nos motivos invocados por outro Estado-Membro com vista à adoção de uma decisão de não admissão ou de proibição de residência contra um nacional de um país terceiro que não estava abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2004/38.

41 Na prática, compete às autoridades nacionais, antes de adotar uma medida restritiva, tomar conhecimento do processo de asilo do interessado. Quando esteja em causa uma decisão de exclusão do estatuto de refugiado adotada por outro Estado-Membro e que tenha dado lugar à introdução de uma indicação no SIS, compete a este Estado, por força do princípio da cooperação leal, pôr à disposição do Estado-Membro de acolhimento da pessoa indicada as informações complementares que lhe permitam apreciar concretamente a importância da ameaça que esta é suscetível de representar [v. acórdão de 31 de janeiro de 2006, Comissão/Espanha (C-503/03, EU:C:2006:74, n.º 56)].

42 Irei detalhar os elementos a tomar em consideração neste contexto nos n.ºs 91 a 100 das presentes conclusões.

85. Este princípio não é posto em causa pelo facto de a exclusão do estatuto de refugiado não pressupor uma condenação penal nem exigir que os crimes imputados ao interessado sejam provados em conformidade com o nível de exigência em matéria de prova geralmente aplicável em direito penal nas ordens jurídicas dos Estados-Membros e em direito penal internacional («para além de qualquer dúvida razoável»)⁴³.

86. Com efeito, resulta da jurisprudência que a existência de uma condenação penal, embora não seja suficiente, também não é necessária para sustentar a verificação de uma ameaça real, atual e suficientemente grave que afete um interesse fundamental da sociedade. Sendo caso disso, mesmo a mera suspeita de crime pode, juntamente com outros elementos respeitantes ao caso concreto, fundamentar uma constatação de risco para a ordem pública ou para a segurança pública⁴⁴.

87. Por maioria de razão, as «suspeitas graves de que» o interessado praticou um crime de um tipo previsto no artigo 1.º, secção F, alínea a), da Convenção de Genebra — as quais implicam, mais do que meras suspeitas, provas claras, fiáveis, credíveis e convincentes⁴⁵ — podem ser tidas em consideração, em conjunto com outros elementos⁴⁶, para justificar esta verificação.

88. Além disso, a introdução, no artigo 1.º, secção F, desta convenção de um nível de exigência menos elevado em matéria de prova do que o que prevê o direito penal explica-se pelo facto de esta disposição visar mais frequentemente pessoas que não foram julgadas, nem condenadas *a fortiori*, por crimes que lhes são imputados⁴⁷. Um dos objetivos das causas de exclusão do estatuto de refugiado consiste, precisamente, em lutar contra a impunidade, evitando que a instituição do asilo seja utilizada para escapar às ações penais⁴⁸. Mais ainda, as autoridades de asilo não dispõem das competências nem dos recursos para fazer a prova de atos criminosos que, aliás, supostamente ocorreram em circunstâncias factuais particularmente difíceis de esclarecer⁴⁹.

89. No caso em apreço, resulta das decisões de reenvio que as medidas restritivas adotadas contra K. e H. F. visavam, designadamente, evitar a perturbação que a sua presença no território do Estado-Membro de acolhimento poderia desencadear na sociedade, em especial para as suas vítimas potenciais. Segundo o Governo neerlandês, a perturbação invocada consiste no choque que poderia suscitar a presença neste território, com total impunidade, de pessoas suspeitas de terem praticado os crimes mais graves em direito internacional.

43 V., designadamente, artigo 66.º, n.º 3, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, bem como artigo 87.º, secção A, do Regulamento de Processo e de Prova do Tribunal Penal Internacional para a ex-Jugoslávia, adotado em 11 de fevereiro de 1994, com a última redação que lhe foi dada em 8 de julho de 2015.

44 O Tribunal de Justiça pronunciou-se neste sentido no acórdão de 11 de junho de 2015, Zh. e O. (C-554/13, EU:C:2015:377, n.º 52) no que respeita à interpretação do artigo 7.º, n.º 4, da Diretiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2008, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular (JO 2008, L 348, p. 98). Esta disposição autoriza os Estados-Membros a derogarem a sua obrigação de conceder um prazo de partida voluntária em caso de afastamento de um nacional de um país terceiro quando este constitui um perigo para a ordem pública ou para a segurança pública. O Tribunal de Justiça justificou esta conclusão com o fundamento de que «os Estados-Membros continuam a ser livres de determinar as exigências de ordem pública, em conformidade com as suas necessidades nacionais, e que [nenhuma das disposições da Diretiva 2008/115] permite considerar que uma condenação penal seja necessária para este efeito». Em meu entender, este raciocínio e a conclusão que dele decorre são transponíveis para a interpretação do artigo 27.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38. Com efeito, os Estados-Membros dispõem de uma ampla margem de apreciação para definir as exigências da ordem pública também no contexto desta disposição e a Diretiva 2004/38 não prevê a necessidade de uma condenação penal.

45 V. ACR, Princípios orientadores relativos à proteção internacional n.º 5: aplicação das causas de exclusão, artigo 1F, da Convenção de 1951 relativa ao estatuto dos refugiados, de 4 de setembro de 2003 (n.ºs 34 e 35), em anexo ao Guia e princípios orientadores relativos aos procedimentos e critérios a aplicar para determinar o estatuto dos refugiados, Genebra, dezembro de 2011; nota informativa do ACR, n.ºs 107 a 109, bem como Statement on Article 1F of the 1951 Convention, julho de 2009, p. 10.

46 V. n.ºs 91 a 100 das presentes conclusões.

47 V., no entanto, nota 34 das presentes conclusões.

48 V. n.º 81 das presentes conclusões.

49 V., a este respeito, acórdão do Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal, Suíça) de 11 de maio de 2010, Y. e família contra Office fédéral des migrations (ODM) (E-5538/2006, BVGE, § 5.3.2.2). Esse órgão jurisdicional sublinha, nesse acórdão, que o nível de exigência em matéria de prova previsto no artigo 1.º, secção F, da Convenção de Genebra se justifica tanto pelo objeto das decisões baseadas nesta disposição — as quais, independentemente da sua gravidade, não impõem penas —, como pelos meios de investigação limitados de que dispõem as autoridades de asilo para recolher os elementos de prova dos factos que ocorreram em condições muitas vezes difíceis de esclarecer.

90. Tendo em conta tudo quanto precede, considero que o facto de um indivíduo ter sido excluído do estatuto de refugiado ao abrigo do disposto no artigo 1.º, secção F, alínea a), da Convenção de Genebra, embora não possa fundamentar automaticamente a verificação de uma ameaça real, atual e suficientemente grave que afete um interesse fundamental da sociedade, pode ser tido em consideração para este efeito, desde que as circunstâncias que levaram à aplicação desta disposição, tal como resultam das apreciações efetuadas pelas autoridades de asilo, apontem para um comportamento pessoal constitutivo dessa ameaça.

2) Quanto aos elementos que permitem apreciar se as circunstâncias que fundamentaram a exclusão do estatuto de refugiado revelam um comportamento pessoal constitutivo de uma ameaça real, atual e suficientemente grave que afeta um interesse fundamental da sociedade

91. Como o Tribunal de Justiça sublinhou nos acórdãos B e D⁵⁰ e Lounani⁵¹, a exclusão do estatuto de refugiado pressupõe uma análise completa das circunstâncias precisas próprias de cada caso individual. Segundo diversas tomadas de posição do ACR, estas incluem, além da natureza dos crimes de que o indivíduo é suspeito, o nível de implicação individual deste nos crimes, bem como a existência eventual de motivos de exoneração da responsabilidade penal tais como a coerção ou a legítima defesa⁵².

92. Todas estas circunstâncias, conforme verificadas pelas autoridades de asilo, também devem, a meu ver, ser tidas em conta para avaliar se o comportamento pessoal do interessado constitui uma ameaça, na aceção do artigo 27.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38. Neste contexto, pode ser atribuído um peso considerável à gravidade especial dos crimes, previstos no artigo 1.º, secção F, alínea a), da Convenção de Genebra, que lhe são imputados. Porém, importa ainda analisar, também, todos os outros fatores pertinentes.

93. No que respeita, em especial, ao grau de implicação pessoal, observo que, por força do artigo 12.º, n.º 3, da Diretiva 2011/95, considera-se que um requerente de asilo «praticou» um crime, na aceção do n.º 2 deste artigo, na medida em que tenha instigado ou participado de outra forma neste crime⁵³.

94. A este propósito, o Tribunal de Justiça declarou no acórdão B e D⁵⁴ que as autoridades de asilo não podem excluir uma pessoa do estatuto de refugiado com o único fundamento da sua pertença, no passado, a uma organização implicada em crimes de um tipo previsto no artigo 1.º, secção F, da Convenção de Genebra sem verificar se lhe pode ser imputada uma parte de responsabilidade por crimes imputados a esta organização à luz de todas as circunstâncias. Estas circunstâncias englobam «o papel que a pessoa em causa desempenhou efetivamente na prática dos atos em questão, a sua posição no seio da organização, o grau de conhecimento que tinha ou devia ter das atividades dessa organização, as eventuais pressões a que esteve sujeita ou outros fatores suscetíveis de influenciar o seu comportamento»⁵⁵.

95. No caso em apreço, K. alega ter sido excluído do estatuto de refugiado com base na função obrigatória que exercia no exército bósnio. De acordo com K., a prática das autoridades de asilo neerlandesas não cumpre a exigência de análise individual do nível de implicação pessoal do requerente de asilo em causa.

50 Acórdão de 9 de novembro de 2010 (C-57/09 e C-101/09, EU:C:2010:661, n.º 87).

51 Acórdão de 31 de janeiro de 2017 (C-573/14, EU:C:2017:71, n.º 72).

52 V., designadamente, Princípios orientadores do ACR, n.ºs 10 a 13 e 18 a 23; e nota informativa do ACR, n.ºs 50 a 75.

53 V., também, nota informativa do ACR, n.ºs 50 a 56.

54 Acórdão de 9 de novembro de 2010 (C-57/09 e C-101/09, EU:C:2010:661, n.ºs 88 a 99). Embora este acórdão diga respeito à aplicação das causas de exclusão previstas no artigo 12.º, n.º 2, alíneas b) e c), da Diretiva 2011/95 — o qual corresponde ao artigo 1.º, secção F, alíneas b) e c), da Convenção de Genebra —, o raciocínio seguido pelo Tribunal de Justiça e a conclusão dele resultante também se aplicam, em meu entender, à causa de exclusão prevista na alínea a) destas disposições.

55 Acórdão de 9 de novembro de 2010, B e D (C-57/09 e C-101/09, EU:C:2010:661, n.º 97).

96. H. F. sustenta, por sua vez, que as autoridades de asilo neerlandesas lhe opuseram uma causa de exclusão tendo por único fundamento o facto de aquele ocupar uma mera função logística no KhAD⁵⁶.

97. A este respeito, recordo que, embora as autoridades do Estado-Membro de acolhimento não estejam, no âmbito da adoção de uma medida restritiva, habilitados a pôr em causa o mérito de uma decisão de exclusão do estatuto de refugiado⁵⁷, compete-lhes, no entanto, verificar se os elementos sobre os quais as autoridades de asilo basearam esta decisão também são suscetíveis de justificar a verificação de uma ameaça na aceção do artigo 27.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38.

98. Ora, à luz desta disposição, a circunstância segundo a qual o interessado faz parte ou fez parte, no passado, de uma organização implicada em atos criminosos apenas pode fundamentar a verificação dessa ameaça na medida em que revelar um comportamento pessoal atentatório da ordem pública ou da segurança pública⁵⁸.

99. No acórdão H. T.⁵⁹, o Tribunal de Justiça aplicou o raciocínio desenvolvido no acórdão B e D⁶⁰ (exposto no n.º 94 das presentes conclusões), por analogia, no âmbito da interpretação do artigo 24.º, n.º 1, da Diretiva 2011/95. Esta disposição autoriza a recusa de emissão de uma autorização de residência a um refugiado por «motivos imperiosos de segurança nacional ou ordem pública». Segundo o Tribunal de Justiça, o conceito de «ordem pública» na aceção da referida disposição pressupõe, à semelhança do que prevê o artigo 27.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38, «uma ameaça real, atual e suficientemente grave, que afete um interesse fundamental da sociedade»⁶¹. Ora, o Tribunal de Justiça decidiu que essa ameaça não se pode fundamentar unicamente em atos passados de apoio a uma organização implicada em atos criminosos, sem uma análise da responsabilidade individual do refugiado em causa na implementação destas ações tendo em conta factos precisos⁶². Esta conclusão parece-me válida no que diz respeito tanto à interpretação do artigo 24.º, n.º 1, da Diretiva 2011/95 como à do artigo 27.º da Diretiva 2004/38, uma vez que o Tribunal de Justiça considerou, no acórdão H. T.⁶³, que o conceito de «ordem pública» na aceção destas duas disposições deve ser objeto de uma interpretação semelhante.

100. É aos órgãos jurisdicionais de reenvio que competirá apreciar se as medidas restritivas em causa no processo principal foram ou não adotadas na sequência de uma análise individual — ela própria efetuada com base em verificações que tenham fundamentado a exclusão do estatuto de refugiado de K. e H. F. — de todas as circunstâncias pertinentes, à luz das considerações que precedem.

56 H. F. faz referência a um documento, constante do processo submetido ao Tribunal de Justiça pelo órgão jurisdicional de reenvio do processo C-366/16, no qual o ACR questionou publicamente a conformidade com a Convenção de Genebra da prática neerlandesa que consiste em presumir a aplicabilidade das causas de exclusão aos requerentes de asilo afegãos que tenham ocupado posições de funcionário e de funcionário comissionado no KhAD. V., também, ACR, Note on the Structure and Operation of the KhAD/WAD in Afghanistan 1978-1992, maio de 2008.

57 Quando a decisão de exclusão emana de outro Estado-Membro, questioná-la seria, de resto, incompatível com a confiança mútua que fundamenta, tal como sublinha o considerando 22 deste regulamento, o sistema estabelecido pelo Regulamento (UE) n.º 604/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de proteção internacional apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro ou por um apátrida (JO 2013, L 180, p. 31).

58 V., a este respeito, acórdão de 4 de dezembro de 1974, van Duyn (41/74, EU:C:1974:133, n.º 17), referido no n.º 3.2 das Orientações da Comissão.

59 Acórdão de 24 de junho de 2015 (C-373/13, EU:C:2015:413).

60 Acórdão de 9 de novembro de 2010 (C-57/09 e C-101/09, EU:C:2010:661, n.ºs 88 a 99).

61 Acórdão de 24 de junho de 2015, H. T. (C-373/13, EU:C:2015:413, n.ºs 77 e 79).

62 Acórdão de 24 de junho de 2015, H. T. (C-373/13, EU:C:2015:413, n.ºs 86 a 90).

63 Acórdão de 24 de junho de 2015 (C-373/13, EU:C:2015:413, n.º 77).

b) Quanto à pertinência do tempo decorrido desde a suposta prática dos crimes e a inexistência de propensão à sua repetição

101. Os crimes contra a paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade, previstos no artigo 1.º, secção F, alínea a), da Convenção de Genebra, designam geralmente factos praticados num país terceiro antes da chegada do requerente de asilo em causa ao território do Estado-Membro de acolhimento. Conforme salientaram K. e os Governos francêss, neerlandês e do Reino Unido, é altamente improvável que esses crimes sejam repetidos neste Estado-Membro após a chegada daquele⁶⁴. O mesmo se diga quando, por hipótese, como salientou o Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (Conselho do Contencioso dos Estrangeiros), estes factos estão associados ao contexto geográfico, histórico e social específico desse país terceiro e, em especial, a uma situação de conflito nesse país.

102. Em meu entender, estas considerações não são necessariamente determinantes em situações como as que estão em causa no processo principal.

103. *Em primeiro lugar*, como resulta da jurisprudência referida no n.º 72 das presentes conclusões, a atualidade da ameaça não pressupõe necessariamente a existência de um risco de repetição de um comportamento atentatório da ordem pública ou da segurança pública. Em determinadas circunstâncias, basta o comportamento passado para justificar a verificação segundo a qual o comportamento pessoal do indivíduo em causa representa uma ameaça que preenche os requisitos enunciados no artigo 27.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38.

104. Estas circunstâncias englobam, em meu entender, situações nas quais um Estado-Membro invoca, em apoio de uma medida restritiva, uma ameaça que afeta um interesse fundamental da sociedade que não depende do risco de repetição de um comportamento criminal⁶⁵.

105. No caso em apreço, as decisões impugnadas não foram adotadas com vista a prevenir o risco de K. e H. F. cometerem, no futuro, no território do Estado-Membro de acolhimento, crimes contra a paz, crimes de guerra ou crimes contra a humanidade. Estas decisões visavam, pelo contrário, prevenir as perturbações da ordem social e das relações internacionais que a sua presença neste território poderia implicar, devido à gravidade excecional dos comportamentos passados de que são suspeitos, independentemente do seu comportamento atual e futuro. Tendo em conta os interesses fundamentais invocados, é, assim, a própria presença de pessoas suspeitas de terem outrora praticado esses crimes, e não o seu comportamento presente ou futuro no Estado-Membro de acolhimento, que constitui a ameaça em causa. Essa ameaça pode preencher o requisito de atualidade previsto no artigo 27.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38, na medida em que, como sublinharam os Governos neerlandês e do Reino Unido, é a ameaça, e não o comportamento do interessado, que deve ser atual.

106. *Em segundo lugar*, o lapso de tempo decorrido desde a suposta prática dos crimes em causa, embora deva ser tido em conta para efeitos de verificar se a ameaça alegada apresenta um caráter atual⁶⁶, não priva necessariamente a ameaça desse caráter. Com efeito, os riscos de perturbação da ordem social e das relações internacionais que poderia suscitar a presença no território de um Estado-Membro de uma pessoa suspeita de crimes contra a paz, de crimes de guerra ou de crimes

64 O Tribunal de Justiça, por outro lado, já esclareceu que a aplicação de uma causa de exclusão do estatuto de refugiado não depende da existência de um «perigo atual» para o Estado-Membro em causa (v. n.º 82 das presentes conclusões).

65 É, em meu entender, também nesta perspetiva que importa interpretar a afirmação constante do n.º 3.2 das Orientações da Comissão, segundo a qual «é essencial ter em conta o risco de reincidência». Esta afirmação apenas é pertinente no que respeita às medidas restritivas que visam proteger a tranquilidade e a segurança física da população contra o risco de reincidência de um comportamento criminal. Não é aplicável às medidas restritivas cujo objetivo consiste em salvaguardar interesses fundamentais de um tipo distinto.

66 V., por analogia, acórdão de 11 de junho de 2015, Zh. e O. (C-554/13, EU:C:2015:377, n.º 62). Com efeito, de acordo com a jurisprudência, a existência de uma ameaça na aceção do artigo 27.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 deve ser avaliada à data em que a medida restritiva em causa tem lugar [acórdão de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos e Oliveri (C-482/01 e C-493/01, EU:C:2004:262, n.ºs 77 a 79)].

contra a humanidade podem subsistir mesmo — e, por vezes, sobretudo — quando esta pessoa beneficiou de um longo período de impunidade. Os crimes abrangidos pelo artigo 1.º, secção F, alínea a), da Convenção de Genebra revestem, de resto, um carácter imprescritível por força de diversos instrumentos de direito penal internacional⁶⁷.

107. No caso de a análise do comportamento individual dos interessados, efetuado à luz das considerações que precedem, conduzir à verificação de uma ameaça, na aceção do artigo 27.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38, importa ainda verificar se a adoção das medidas restritivas em causa no processo principal respeita o princípio da proporcionalidade e os direitos fundamentais daqueles.

C. Quanto à análise da proporcionalidade das medidas restritivas e da sua conformidade com o direito à vida privada e familiar

108. Com a sua terceira questão, o Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (Tribunal de Haia, sede de Middelburg), questiona o Tribunal de Justiça sobre as modalidades de apreciação da proporcionalidade exigida no âmbito da adoção de uma medida restritiva contra um indivíduo que tenha sido anteriormente excluído do estatuto de refugiado ao abrigo do artigo 1.º, secção F, alínea a), da Convenção de Genebra.

109. Este órgão jurisdicional pergunta, em especial, se os fatores enunciados no artigo 28.º, n.º 1, da Diretiva 2004/38 — e reproduzidos no n.º 3.3 das Orientações da Comissão —, devem ser tidos em conta neste contexto. Além disso, este órgão jurisdicional pretende saber, no essencial, se a proteção reforçada de que beneficiam, por força do artigo 28.º, n.º 3, alínea a), desta diretiva, os cidadãos da União que residiram, nos dez anos anteriores, no Estado-Membro de acolhimento, é aplicável à situação de K.

110. O Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (Conselho do Contencioso dos Estrangeiros) também questionou o Tribunal de Justiça sobre a compatibilidade de uma medida restritiva como a decisão impugnada no processo C-366/16 com o artigo 7.º da Carta. Ora, tal como exporei adiante, a análise da proporcionalidade de uma medida restritiva está intrinsecamente ligada à verificação da sua conformidade com os direitos fundamentais. Nestas circunstâncias, para fornecer uma resposta útil a este órgão jurisdicional, importa fornecer-lhe também determinadas indicações relativas às modalidades desta análise no contexto do processo que lhe foi submetido.

1. Quanto à exigência de adequação e de necessidade das medidas restritivas

111. O princípio da proporcionalidade, cujo cumprimento o artigo 27.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 impõe, implica que qualquer medida restritiva seja «adequada para garantir a realização do objetivo que prossegue» e não «ultrapasse o que é necessário para atingir esse objetivo»⁶⁸.

112. Com vista a cumprir estes requisitos, o Estado-Membro de acolhimento deve, designadamente, verificar a possibilidade de adotar medidas alternativas menos ofensivas da liberdade de circulação e de residência do interessado que sejam igualmente eficazes para assegurar a proteção dos interesses fundamentais invocados⁶⁹.

⁶⁷ V., em especial, artigo 29.º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, bem como a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, assinada em 25 de janeiro de 1974 (*Série des traités européens*, n.º 82).

⁶⁸ V., designadamente, acórdãos de 26 de novembro de 2002, Oteiza Olazabal (C-100/01, EU:C:2002:712, n.º 43); de 10 de julho de 2008, Jipa (C-33/07, EU:C:2008:396, n.º 29); e de 17 de novembro de 2011, Gaydarov (C-430/10, EU:C:2011:749, n.º 40).

⁶⁹ Acórdãos de 17 de novembro de 2011, Aladzhev (C-434/10, EU:C:2011:750, n.º 47), e, por analogia, de 23 de novembro de 2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, n.º 49).

113. A este respeito, pode questionar-se se, como alegou K. na audiência, os interesses fundamentais invocados no caso em apreço não estariam melhor servidos com a prossecução, no Estado-Membro de acolhimento, de ações judiciais contra o interessado⁷⁰, uma vez que este Estado-Membro dispõe de competência extraterritorial para este efeito⁷¹. O afastamento do interessado para outro Estado-Membro (como na situação de K.) ou para um Estado terceiro na ausência de garantias de que este aí será apresentado à justiça não é, com efeito, suscetível de solucionar os problemas associados à impunidade dos autores presumidos dos crimes previstos no artigo 1.º, secção F, alínea a), da Convenção de Genebra⁷².

114. Todavia, importa, a meu ver, ter contenção a este propósito e admitir que, sem prejuízo das obrigações de exercer a competência extraterritorial que impendem sobre os Estados-Membros ao abrigo do direito penal internacional⁷³, estes permanecem livres para fazer face à ameaça que pode constituir a presença de uma pessoa excluída do estatuto de refugiado, recusando-lhe a residência em vez de a apresentar à justiça. Como alegou o Governo do Reino Unido, um Estado-Membro pode, em determinados casos, considerar não ter condições — nem que seja tendo em conta a dificuldade de recolher provas e de demonstrar os factos relevantes — para a prossecução da ação penal contra essa pessoa⁷⁴. Estas questões ultrapassam, parece-me, o âmbito dos presentes processos.

2. Quanto à ponderação dos interesses legítimos em presença

a) Quanto aos princípios aplicáveis

115. A exigência de proporcionalidade de uma medida restritiva ao abrigo do artigo 27.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38 também pressupõe a procura de um justo equilíbrio entre, por um lado, a proteção dos direitos que decorrem desta diretiva para os cidadãos da União e para os membros das suas famílias e, por outro, a dos interesses fundamentais da sociedade de acolhimento⁷⁵.

70 A este respeito, o considerando 7 da Decisão 2003/335/JAI do Conselho, de 8 de maio de 2003, relativa à investigação e instauração e perseguição penal de crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra (JO 2003, L 118, p. 12), refere que «[a]o receberem informações de que uma pessoa que requereu uma autorização de residência é suspeita de ter cometido ou participado em crimes de genocídio, crimes contra a humanidade ou crimes de guerra, as autoridades competentes dos Estados-Membros devem garantir que esses atos possam ser investigados, e, quando tal se justifique, perseguidos criminalmente, de acordo com a sua legislação nacional». No caso em apreço, o Governo neerlandês referiu, na audiência, que algumas pessoas que foram excluídas do estatuto de refugiado foram, de seguida, objeto de processos penais nos Países Baixos.

71 Se necessário, os processos podem ser instaurados com base na competência universal. Em especial, as quatro Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949, relativas à proteção das vítimas de conflitos armados internacionais, impõem aos Estados Partes que exerçam esta competência sobre os crimes abrangidos pelo seu âmbito de aplicação [v. artigo 49.º da Convenção de Genebra (I) para a melhoria das condições dos feridos e dos enfermos das forças armadas em campanha; artigo 50.º da Convenção de Genebra (II) para a melhoria das condições dos feridos, enfermos e náufragos das forças armadas no mar; artigo 129.º da Convenção de Genebra (III) relativa ao tratamento dos prisioneiros de guerra; e artigo 146.º da Convenção de Genebra (IV) relativa à proteção dos civis em tempo de guerra]. V., também, considerando 3 e 7 da Decisão 2002/494/JAI do Conselho, de 13 de junho de 2002, que cria uma Rede Europeia de pontos de contacto relativa a pessoas responsáveis por genocídios, crimes contra a humanidade e crimes de guerra (JO 2002, L 167, p. 1).

72 V., neste sentido, nota informativa do ACR, n.º 4, nos termos da qual «o desenvolvimento da competência universal e a criação de tribunais penais internacionais reduzem o papel da exclusão como meio de assegurar que os fugitivos são apresentados à justiça, o que reforça os argumentos a favor de uma abordagem restritiva».

73 V. nota 71 das presentes conclusões.

74 Para uma exposição dos desafios associados à prossecução, pelas autoridades judiciais nacionais, de ações penais contra autores presumidos de crimes graves de direito internacional, v. Rede relativa aos inquéritos e ações penais relativos aos genocídios, aos crimes contra a humanidade e aos crimes de guerra, «Stratégie du Réseau génocide de l'UE pour lutter contre l'impunité du crime de génocide, des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre au sein de l'Union européenne et de ses États membres», Haia, novembro de 2014, pp. 15 a 23.

75 V., designadamente, acórdão de 29 de abril de 2004, Orfanopoulos e Oliveri (C-482/01 e C-493/01, EU:C:2004:262, n.º 95).

116. Essa ponderação está intrinsecamente ligada à análise de uma medida restritiva sob o ângulo dos direitos fundamentais cujo respeito é assegurado pelo Tribunal de Justiça e, em especial, do direito ao respeito pela vida privada e familiar consagrado no artigo 7.º da Carta e no artigo 8.º da CEDH⁷⁶. Com efeito, estas disposições implicam a busca por um equilíbrio entre os interesses coletivos invocados em apoio de uma ingerência neste direito e os interesses individuais da pessoa em causa. Estas disposições devem, se necessário, ser conjugadas com a obrigação de tomar em consideração o superior interesse da criança, reconhecido em direito da União no artigo 24.º, n.º 2, da Carta⁷⁷.

117. O artigo 27.º da Diretiva 2004/38, com a epígrafe «Princípios gerais», abrange todas as medidas restritivas. Esta disposição não fixa os critérios a ter em consideração para apreciar a proporcionalidade destas medidas e a sua conformidade com os direitos fundamentais dos seus destinatários. Em contrapartida, o artigo 28.º, n.º 1, desta diretiva, com a epígrafe «Proteção contra o afastamento», aplica-se às «decisões de afastamento» e enumera, de forma não exaustiva, os fatores que os Estados-Membros devem ter em conta antes de adotar tais decisões. Estes incluem a duração da residência do interessado no território do Estado-Membro de acolhimento, a sua idade, o seu estado de saúde, a sua situação familiar e económica, a sua integração social e cultural no Estado-Membro de acolhimento e a importância dos laços com o seu país de origem.

118. Estes fatores, também reproduzidos no n.º 3.3 das Orientações da Comissão, refletem amplamente aqueles que, segundo a jurisprudência do TEDH desenvolvida em especial nos seus acórdãos *Boultif c. Suíça*⁷⁸ e *Üner c. Países Baixos*⁷⁹, permitem verificar a conformidade de uma medida de afastamento com o artigo 8.º da CEDH.

119. Sublinho, todavia, que a análise da proporcionalidade de uma restrição às liberdades de circulação e de residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias não coincide necessariamente com a análise na perspetiva desta disposição. Com efeito, a jurisprudência do TEDH toma como ponto de partida que o artigo 8.º da CEDH não garante o direito de um estrangeiro de entrar e residir num determinado país⁸⁰. Em contrapartida, os cidadãos da União e os membros das suas famílias dispõem do direito de entrar e de residir no Estado-Membro de acolhimento nas condições previstas na Diretiva 2004/38, devendo este Estado justificar qualquer restrição a este direito⁸¹. O peso relativo dos critérios em ponderação pode, assim, variar, tendo também em conta os objetivos específicos desta diretiva, de entre os quais consta, tal como resulta dos seus considerandos 23 e 24, o reforço da integração destas pessoas na sociedade de acolhimento.

76 V., designadamente, acórdãos de 23 de novembro de 2010, *Tsakouridis* (C-145/09, EU:C:2010:708, n.º 52); de 13 de setembro de 2016, *Rendón Marín* (C-165/14, EU:C:2016:675, n.º 81); e de 13 de setembro de 2016, *CS* (C-304/14, EU:C:2016:674, n.º 41). De acordo com o artigo 52.º, n.º 3, da Carta, na medida em que esta contém direitos que correspondem a direitos garantidos pela CEDH, o seu sentido e o seu alcance são os mesmos que os que esta confere. No entanto, esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma proteção mais alargada. Assim, na medida em que o artigo 7.º da Carta prevê direitos correspondentes aos garantidos pelo artigo 8.º da CEDH, importa dar-lhe o mesmo sentido e o mesmo alcance que os conferidos pelo artigo 8.º da CEDH, tal como interpretado pela jurisprudência do TEDH [v. acórdão de 5 de outubro de 2010, *McB.* (C-400/10 PPU, EU:C:2010:582, n.º 53)].

77 Acórdãos de 13 de setembro de 2016, *Rendón Marín* (C-165/14, EU:C:2016:675, n.º 81), e de 13 de setembro de 2016, *CS* (C-304/14, EU:C:2016:674, n.º 36). V., também, TEDH, 3 de outubro de 2014, *Jeunesse c. Países Baixos* (CE:ECHR:2014:1003JUD001273810, § 109 e jurisprudência referida).

78 TEDH, 2 de agosto de 2001 (CE:ECHR:2001:0802JUD005427300, § 48).

79 TEDH, 18 de outubro de 2006 (CE:ECHR:2006:1018JUD004641099, §§ 57 e 58).

80 V., designadamente, TEDH, 2 de agosto de 2001, *Boultif c. Suíça* (CE:ECHR:2001:0802JUD005427300, § 39).

81 V., também, a este respeito, *Guild, E., Peers, S., e Tomkin, J., The EU Citizenship Directive, A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 267.

b) Quanto à aplicabilidade dos critérios enunciados no artigo 28.º, n.º 1, da Diretiva 2004/38 a situações como as que estão em causa no processo principal

1) Quanto às situações como as de K.

120. Conforme resulta do processo enviado ao Tribunal de Justiça pelo órgão jurisdicional de reenvio, a declaração de *persona non grata* adotada contra K. nos Países Baixos incluía uma ordem para abandonar o território neerlandês. O Governo neerlandês afirmou na audiência que K. é suscetível de ser objeto de uma medida de afastamento coercivo se não cumprir esta ordem no prazo fixado.

121. Por conseguinte, a decisão impugnada no processo C-331/16 está abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 28.º, n.º 1, da Diretiva 2004/38, como, aliás, este governo reconheceu.

122. A este respeito, não importa, *em primeiro lugar*, como o referido governo esclareceu na audiência, que K. não tenha sido objeto de uma medida de afastamento coercivo. Com efeito, como resulta da jurisprudência⁸², esta disposição aplica-se a qualquer medida que implique o afastamento de um cidadão da União ou de um membro da sua família. Esta disposição não se limita a visar as medidas de repatriamento forçado através das quais são, eventualmente, implementadas determinadas decisões de afastamento na falta de execução voluntária pelos seus destinatários⁸³.

123. *Em segundo lugar*, a tomada em consideração dos fatores enumerados no artigo 28.º, n.º 1, da Diretiva 2004/38 impõe-se, não obstante o facto de, como resulta da leitura da decisão de reenvio e sem prejuízo da verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, K. não ter tido, nos Países Baixos, um direito de residência que não fosse provisório, que lhe permitisse permanecer neste Estado-Membro enquanto aguardava uma decisão relativa aos seus pedidos de asilo e aos seus eventuais recursos. K. parece ter permanecido nos Países Baixos sem ter aí um direito de residência após as decisões de exclusão do estatuto de refugiado e de proibição de entrada no território adotadas contra si se terem tornado definitivas⁸⁴.

⁸² Em especial, nos acórdãos de 23 de novembro de 2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, n.º 2); de 22 de maio de 2012, I (C-348/09, EU:C:2012:300, n.º 2); e de 17 de março de 2016, Bensada Benallal (C-161/15, EU:C:2016:175, n.º 2), o Tribunal de Justiça tratou como decisões de afastamento, na aceção do artigo 28.º, n.º 1, da Diretiva 2004/38, as medidas que implicam a perda do direito de entrada e de residência no território de um Estado-Membro e ordenam aos interessados o abandono deste território sob pena de dele serem expulsos, sem que esta ameaça se tenha concretizado.

⁸³ Entrevejo, neste sentido, uma certa analogia entre o conceito de «decisão de afastamento», na aceção do artigo 28.º, n.º 1, da Diretiva 2004/38, e o de «decisão de regresso» adotada contra um nacional de um país terceiro, na aceção do artigo 3.º, ponto 4, da Diretiva 2008/115. Este último conceito designa «uma decisão ou ato administrativo ou judicial que estabeleça ou declare a situação irregular de um nacional de país terceiro e imponha ou declare o dever de regresso». Por força do artigo 8.º, n.º 3, daquela diretiva, conjugado com o artigo 3.º, ponto 5, desta, um Estado-Membro pode, com vista a executar uma decisão de regresso, adotar uma decisão ou um ato distinto que ordene a execução da obrigação de regresso, isto é, o transporte físico para fora do seu território.

⁸⁴ Resulta da decisão de reenvio que K., desde logo, durante o período que intermediou a sua chegada aos Países Baixos em 2001 e a confirmação pelo Raad van State (Conselho de Estado, em formação jurisdicional) do indeferimento do seu pedido de asilo em 2005, residiu legalmente neste Estado-Membro a título provisório enquanto aguardava por uma decisão definitiva relativa a este pedido. De seguida, K. permaneceu nos Países Baixos, não obstante a primeira decisão de exclusão do estatuto de refugiado, datada de 15 de maio de 2003. A decisão de reenvio não esclarece se K. estava, então, autorizado a aí permanecer a outro título. Por último, K. não abandonou os Países Baixos na sequência da segunda decisão de exclusão do estatuto de refugiado, acompanhada por uma proibição de entrada no território, adotada em 16 de janeiro de 2013.

124. A este propósito, o TEDH já declarou que a ponderação dos interesses coletivos e individuais à luz do conjunto dos fatores enunciados, em especial, nos acórdãos *Boultif c. Suíça*⁸⁵ e *Üner c. Países Baixos*⁸⁶ é exigida mesmo quando os laços de integração no Estado-Membro de acolhimento foram estabelecidos pelo interessado sem que aí dispusesse de um direito de residência. Esta circunstância pode, no entanto, ser tida em conta no âmbito desta ponderação⁸⁷, que competirá ao órgão jurisdicional nacional efetuar.

2) *Quanto às situações como as de H. F.*

125. O Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (Conselho do Contencioso dos Estrangeiros) destacou que a decisão de recusa de residência de que H. F. foi objeto não estava acompanhada de uma ordem para abandonar o território. A presença do interessado no território belga era, de certa maneira, «tolerada», sem que, porém, aquele aí dispusesse de um direito de residência e de um estatuto especial⁸⁸.

126. Coloca-se, assim, a questão de saber se a adoção dessa medida restritiva, embora não implique o afastamento do seu destinatário, requer, porém, a tomada em consideração dos critérios elencados no artigo 28.º, n.º 1, da Diretiva 2004/38.

127. A este respeito, observo que a privação de um direito de residência é — assim como, embora em menor medida, uma medida de afastamento — suscetível de colocar em perigo a integração do interessado no Estado-Membro de acolhimento e de prejudicar a sua vida privada e familiar.

128. Ora, vários dos fatores enunciados no artigo 28.º, n.º 1, da Diretiva 2004/38, tais como a duração da residência e a intensidade dos laços com o Estado-Membro de acolhimento, estão intrinsecamente ligados à integração consecutiva à residência neste Estado-Membro. Nesta ótica, estes fatores podem ser pertinentes para verificar a proporcionalidade e a conformidade com o artigo 7.º da Carta de uma medida restritiva que não implica o afastamento do interessado, na medida em que este já tenha estado em condições de se integrar e de desenvolver uma vida privada e familiar no referido Estado-Membro pelo facto de aí ter residido⁸⁹. Tal como alegaram os Governos belga e do Reino Unido, os referidos fatores são, em contrapartida, despropositados quando se trata de decisões que implicam, em primeira instância, a recusa de entrada num Estado-Membro. Por hipótese, os seus destinatários não tiveram, assim, oportunidade de aí se integrarem nem de aí construírem uma vida privada e familiar.

85 TEDH, 2 de agosto de 2001 (CE:ECHR:2001:0802JUD005427300, § 48).

86 TEDH, 18 de outubro de 2006 (CE:ECHR:2006:1018JUD004641099, §§ 57 e 58).

87 V., designadamente, TEDH, 3 de novembro de 2011, *Arvelo Aponte c. Países Baixos* (CE:ECHR:2011:1103JUD002877005, §§ 55 e 59), e 3 de outubro de 2014, *Jeunesse c. Países Baixos* (CE:ECHR:2014:1003JUD001273810, §§ 108 e 113 a 123). Nos acórdãos de 23 de novembro de 2010, *Tsakouridis* (C-145/09, EU:C:2010:708, n.º 53); de 13 de setembro de 2016, *Rendón Marín* (C-165/14, EU:C:2016:675, n.º 86); e de 13 de setembro de 2016, *CS* (C-304/14, EU:C:2016:674, n.º 42), o Tribunal de Justiça também mencionou o caráter legal da residência entre os fatores a ter em conta para verificar a proporcionalidade de uma medida restritiva e a sua conformidade com os direitos fundamentais.

88 Como o Tribunal de Justiça sublinhou no acórdão de 9 de novembro de 2010, *B e D* (C-57/09 e C-101/09, EU:C:2010:661, n.º 110), a exclusão de uma pessoa do estatuto de refugiado não implica uma tomada de posição relativamente à questão distinta de saber se essa pessoa pode ser expulsa para o seu país de origem. Podem ocorrer situações em que uma pessoa não é admitida nem é suscetível de ser expulsa, uma vez que o artigo 4.º da Carta e o artigo 3.º da CEDH — os quais não admitem qualquer derrogação — se opõem ao seu afastamento para um país onde correrá um risco real de ser submetida a tortura ou a tratamentos desumanos ou degradantes. A decisão de reenvio não esclarece se a impossibilidade de afastar H. F. decorre destas disposições.

89 Pode proceder-se a uma certa aproximação com a conclusão, adotada no acórdão de 9 de novembro de 2000, *Yiadam* (C-357/98, EU:C:2000:604, n.º 43), segundo a qual uma decisão de recusa de residência adotada contra um cidadão da União após este ter permanecido vários meses no território do Estado-Membro em causa aguardando pela decisão relativa ao seu pedido não pode ser equiparada a uma recusa de entrada na aceção do artigo 8.º da Diretiva 64/221/CEE do Conselho, de 25 de fevereiro de 1964, para a coordenação de medidas especiais relativas aos estrangeiros em matéria de deslocação e estada justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública (JO 1964, 56, p. 850), entretanto revogada. Essa decisão devia ser tratada como uma «decisão de afastamento» na aceção do artigo 9.º desta diretiva e ser acompanhada, a este título, de garantias processuais mais alargadas. O advogado-geral P. Léger [conclusões no processo *Yiadam* (C-357/98, EU:C:2000:174)] tinha constatado, em apoio dessa abordagem, que «a pessoa presente em território nacional, incluindo a fase em que aguarda pela regularização da sua situação, tem, objetivamente, maiores oportunidades de estabelecer relações sociais, de índole pessoal ou profissional, do que aquele que não transpôs ainda a fronteira. Estará, em suma, mais integrado no Estado de acolhimento.»

129. É à luz destas considerações que entendo o n.º 3.3 das Orientações da Comissão, o qual estabelece que os fatores enumerados no artigo 28.º, n.º 1, da Diretiva 2004/38 devem ser tomados em consideração aquando da adoção de qualquer medida restritiva na aceção do artigo 27.º desta diretiva. Este ponto significa, em meu entender, que estes fatores devem ser tomados em consideração na medida em que se mostrem pertinentes num determinado caso concreto.

130. A abordagem que proponho também reflete a jurisprudência do TEDH segundo a qual o teste do «justo equilíbrio» entre os interesses da ordem pública e os interesses individuais é aplicável no âmbito da verificação do respeito, por um Estado Contratante, tanto das suas «obrigações negativas» de não prejudicar o direito à vida privada e familiar de um indivíduo ao afastá-lo do seu território, como das suas «obrigações positivas» de lhe permitir o exercício efetivo deste direito, designadamente conferindo-lhe um direito de residência. Conforme resulta desta jurisprudência, a demarcação entre estas duas categorias de obrigações não se presta, de resto, a uma definição precisa⁹⁰.

131. Aliás, o TEDH já examinou um processo cujos factos eram análogos aos do processo C-366/16. A decisão K. contra Países Baixos⁹¹ dizia respeito à conformidade com o artigo 8.º da CEDH de uma medida de expulsão, adotada pelos Países Baixos contra um nacional afegão excluído do estatuto de refugiado em aplicação do artigo 1.º, secção F, da Convenção de Genebra, cuja execução estava suspensa. Conforme resulta desta decisão, o teste do «justo equilíbrio» acima descrito permanece aplicável nesse contexto.

132. No entanto, o TEDH mencionou, de entre os fatores a tomar em consideração para este efeito, o grau em que a vida familiar pode ser efetivamente prejudicada pela medida estatal em causa. O TEDH esclareceu, a este respeito, que pode ser atribuído um peso considerável ao facto de o interessado não estar em risco de ser afastado do território do país de acolhimento nem, por conseguinte, de ser separado da sua família⁹².

133. Este elemento também é, em meu entender, pertinente no âmbito da análise da proporcionalidade de uma medida restritiva sob o ângulo do artigo 27.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38, que competirá ao órgão jurisdicional de reenvio efetuar. Acrescento, no entanto, que os elementos relativos à integração do interessado revestem uma importância particular no âmbito da aplicação desta disposição, tendo em conta os objetivos prosseguidos pela Diretiva 2004/38⁹³.

90 V., designadamente, TEDH, 28 de junho de 2011, Nunez c. Noruega (CE:ECHR:2011:0628JUD005559709, § 68); TEDH, 3 de novembro de 2011, Arvelo Aponte c. Países Baixos (CE:ECHR:2011:1103JUD002877005, § 53); e TEDH, 3 de outubro de 2014, Jeunesse c. Países Baixos (CE:ECHR:2014:1003JUD001273810, § 106).

91 TEDH, decisão de 25 de setembro de 2012 (CE:ECHR:2012:0925DEC003340311, § 42). Nestas circunstâncias, o TEDH teve dúvidas quanto à qualidade de «vítima» do requerente, na aceção do artigo 34.º da CEDH, e considerou que, mesmo que aquele tenha revestido essa qualidade, as autoridades neerlandesas não tinham cometido qualquer erro na procura de um equilíbrio entre os interesses coletivos e individuais em presença.

92 TEDH, decisão de 25 de setembro de 2012, K. c. Países Baixos (CE:ECHR:2012:0925DEC003340311, § 47).

93 V. n.º 119 das presentes conclusões.

3. Quanto à aplicabilidade do artigo 28.º, n.º 3, alínea a), numa situação como a de K.

134. O Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (Tribunal de Haia, sede de Middelburg), salientou que K. residia de forma ininterrupta nos Países Baixos havia mais de dez anos no momento da adoção da decisão impugnada no processo C-331/16⁹⁴. Este órgão jurisdicional pretende, assim, saber se aquele beneficia das garantias reforçadas contra o afastamento que o artigo 28.º, n.º 3, alínea a), da Diretiva 2004/38 prevê — o qual também constitui uma expressão do princípio da proporcionalidade⁹⁵.

135. Conforme mencionam os considerandos 23 e 24 desta diretiva, esta institui um sistema de proteção gradual contra o afastamento que depende do grau de integração no Estado-Membro de acolhimento. Este grau de integração é, de algum modo, presumido de forma objetiva em função da duração da residência neste Estado-Membro. Quanto mais longa for esta duração, mais estreitos se presumem os laços de integração estabelecidos na sociedade de acolhimento e, por conseguinte, mais completa será a proteção contra o afastamento⁹⁶.

136. É nesta ótica que, não só o artigo 28.º, n.º 1, desta diretiva exige a tomada em consideração da duração da residência para verificar a proporcionalidade de uma medida de afastamento, mas, também, que os n.ºs 2 e 3 deste artigo preveem, respetivamente, que uma pessoa apenas pode ser afastada do Estado-Membro de acolhimento por «razões graves de ordem pública ou de segurança pública» se aí adquiriu um direito de residência permanente e por «razões imperativas de segurança pública» se aí residiu os dez anos anteriores à adoção dessa medida.

137. A situação de K. apresenta uma configuração específica na medida em que este residiu nos Países Baixos antes de adquirir o estatuto de cidadão da União na sequência da adesão da República da Croácia à União. Além disso, conforme sublinhei no n.º 123 das presentes conclusões, a decisão de reenvio parece indicar, sempre sem prejuízo da verificação pelo órgão jurisdicional de reenvio, que K. residiu nos Países Baixos sem aí dispor de um direito de residência.

138. A este respeito, considero, *em primeiro lugar*, que o facto de este período de residência ter precedido a adesão da República da Croácia à União não impede, por si só, que este seja tomado em consideração para calcular a duração da residência de K. nos Países Baixos para efeitos de aplicação do artigo 28.º, n.º 3, alínea a), da Diretiva 2004/38.

139. Com efeito, o Tribunal de Justiça declarou no acórdão Ziolkowski e Szeja⁹⁷ que, sem prejuízo de eventuais disposições transitórias no ato de adesão deste Estado-Membro à União⁹⁸, os períodos de residência de um nacional de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro, cumpridos previamente à adesão do primeiro Estado-Membro à União e efetuados no respeito pelas condições previstas pela Diretiva 2004/38, devem ser tomados em consideração para efeitos de aquisição do direito de residência permanente no segundo Estado-Membro ao abrigo do artigo 16.º, n.º 1, desta diretiva.

94 O Governo neerlandês contesta a apresentação dos factos efetuada pelo órgão jurisdicional de reenvio no que respeita à continuidade da residência de K. nos Países Baixos. Competirá a este órgão jurisdicional elucidar esta questão. Assim, o Tribunal de Justiça deve basear-se na premissa factual na qual assenta a decisão de reenvio (v. nota 16 das presentes conclusões).

95 V., a este respeito, considerando 23 da Diretiva 2004/38, bem como o Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, de 10 de dezembro de 2008, sobre a aplicação da Diretiva 2004/38/CE relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros [COM(2008) 840 final, p. 9].

96 V. conclusões do advogado-geral Y. Bot no processo Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:322, n.º 45).

97 Acórdão de 21 de dezembro de 2011 (C-424/10 e C-425/10, EU:C:2011:866, n.ºs 60 a 62). O Tribunal de Justiça reiterou esta conclusão no acórdão de 6 de setembro de 2012, Czop e Punakova (C-147/11 e C-148/11, EU:C:2012:538, n.º 35).

98 O anexo V do Ato relativo às condições de adesão à União Europeia da República da Croácia e às adaptações do [TUE], do [TFUE] e do [Tratado Euratom] (JO 2012, L 112, p. 21) permite aos Estados-Membros derrogar, a título transitório, determinadas disposições da Diretiva 2004/38.

140. O mesmo é válido, segundo o Tribunal de Justiça, quando as disposições da Diretiva 2004/38 devam ser aplicadas para efeitos atuais e futuros de situações geradas anteriormente à adesão à União do Estado-Membro no qual o interessado possui a nacionalidade e, assim, à data da transposição desta diretiva neste Estado. Este raciocínio também vale, em meu entender, no âmbito da interpretação do artigo 28.º, n.º 3, alínea a), da referida diretiva.

141. No entanto, *em segundo lugar*, como alegam o Governo dos neerlandês e a Comissão, a circunstância segundo a qual K. não dispunha de um direito de residência que lhe permitisse permanecer legalmente nos Países Baixos por força do direito nacional deste Estado-Membro, admitindo-a provada, não obsta, em meu entender, ao benefício da proteção que confere esta disposição.

142. A este respeito, a redação do artigo 28.º, n.º 3, alínea a), da Diretiva 2004/38 não esclarece se o período de residência que confere o direito à proteção contra o afastamento ao abrigo desta disposição designa unicamente os períodos de residência legal. Esta redação distingue-se, neste sentido, da do artigo 16.º, n.º 1, desta diretiva, o qual prevê que apenas um período de «residência legal» ininterrupta de cinco anos permite a aquisição de um direito de residência permanente — e, por conseguinte, a proteção correlativa contra o afastamento previsto no artigo 28.º, n.º 2, da referida diretiva. Conforme resulta do considerando 17 da Diretiva 2004/38, a exigência de legalidade da residência enunciada no artigo 16.º, n.º 1, desta diretiva não só implica que o interessado não tenha sido objeto de uma decisão de afastamento, mas, também, que esta residência seja conforme com as condições que decorrem da referida diretiva⁹⁹. O Tribunal de Justiça ainda não esclareceu se o período de residência exigido para beneficiar da proteção prevista no artigo 28.º, n.º 3, alínea a), da Diretiva 2004/38 também pressupõe o respeito destas condições¹⁰⁰.

143. Abstenho-me de me pronunciar sobre esta questão em termos gerais, uma vez que o tratamento do processo C-331/16 exige, unicamente, determinar, de forma mais direcionada, se este período de residência inclui os períodos de residência cumpridos pelo interessado, antes da adesão à União do Estado-Membro de que possui a nacionalidade, sem dispor de um direito de residência que lhe permita permanecer legalmente no Estado-Membro de acolhimento por força do direito nacional deste último.

144. Esta questão requer, a meu ver, uma resposta negativa.

145. Observo, a este propósito, que, como o indicam os considerandos 23 e 24 da Diretiva 2004/38, o artigo 28.º, n.º 3, alínea a), desta diretiva tem como objetivo proteger contra o afastamento as pessoas que estão verdadeiramente integradas no Estado-Membro de acolhimento. Esta disposição prossegue uma finalidade própria, relativa à promoção da integração dos cidadãos da União nesta¹⁰¹, e vai além das garantias que decorrem do artigo 7.º da Carta e do artigo 8.º da CEDH.

⁹⁹ Estas condições compreendem, em especial, as enunciadas no artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 2004/38, relativas à disponibilidade de recursos suficientes para não se tornar uma sobrecarga para o sistema de segurança social do Estado-Membro de acolhimento. V. acórdão de 21 de dezembro de 2011, Ziolkowski e Szeja (C-424/10 e C-425/10, EU:C:2011:866, n.º 47).

¹⁰⁰ No processo pendente C-424/16 (JO 2016, C 350, p. 19), foi submetida ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial conexa, através da qual a Supreme Court of the United Kingdom (Supremo Tribunal do Reino Unido) pergunta se a aquisição de um direito de residência permanente, na aceção do artigo 16.º e do artigo 28.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38, constitui uma condição prévia ao benefício da proteção prevista no n.º 3, alínea a), deste artigo. Nas suas conclusões nos processos apensos B e Secretary of State for the Home Department (C-316/16 e C-424/16, EU:C:2017:797, n.º 59), o advogado-geral M. Szpunar propôs ao Tribunal de Justiça que respondesse de forma afirmativa a esta questão.

¹⁰¹ No acórdão de 23 de novembro de 2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, n.º 50), o Tribunal de Justiça salientou que as questões relativas à integração de um cidadão da União dizem respeito, para além do interesse individual deste, aos interesses da União em geral.

146. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o critério determinante para avaliar se os laços de integração do interessado no Estado-Membro de acolhimento são suficientemente sólidos para que beneficie da proteção que institui o artigo 28.º, n.º 3, alínea a), da Diretiva 2004/38 prende-se com a questão de saber se esta pessoa residiu nesse Estado-Membro durante os dez anos que precederam a decisão de afastamento¹⁰².

147. No entanto, o Tribunal de Justiça não excluiu a tomada em consideração de qualquer fator qualitativo no âmbito dessa avaliação. Assim, no acórdão G.¹⁰³, o Tribunal de Justiça declarou que os períodos de prisão não estão incluídos no cálculo do período de residência de dez anos que confere o direito à proteção prevista no artigo 28.º, n.º 3, alínea a), da Diretiva 2004/38. Obviamente, o não cumprimento das regras de direito nacional relativas à entrada e à residência dos estrangeiros dificilmente é equiparável à prática de uma infração criminal. A abordagem seguida pelo Tribunal de Justiça implica, todavia, a aceitação da tomada em consideração, embora de forma muito limitativa, de determinados elementos qualitativos associados à integração exigida com vista a beneficiar desta proteção, tal como a que preside à aquisição do direito de residência permanente instaurado pelo artigo 16.º, n.º 1, desta diretiva¹⁰⁴.

148. A este respeito, o Tribunal de Justiça declarou, no acórdão Dias¹⁰⁵, que um período de presença no território do Estado-Membro de acolhimento, cumprido antes da entrada em vigor da Diretiva 2004/38 sem dispor de qualquer direito de residência, põe em causa o laço de integração com este Estado-Membro. Esse período não deve, assim, ser tomado em consideração para a obtenção do direito de residência permanente.

149. Esta mesma lógica implica, em meu entender, que uma pessoa não possa, quando tenha, antes de adquirir o estatuto de cidadão da União, residido de forma precária no Estado-Membro de acolhimento na medida em que o direito nacional deste não o autorizava, prevalecer-se de uma verdadeira integração para que lhe seja concedido o direito à proteção mais elevada contra o afastamento que prevê a Diretiva 2004/38. O mesmo é ainda mais válido quando, como no caso em apreço, o indivíduo em causa, à data da decisão de afastamento em causa, residia no Estado-Membro de acolhimento em desrespeito de uma medida de proibição de entrada no território anteriormente adotada contra si.

V. Conclusão

150. Tendo em conta tudo quanto precede, proponho que se responda do seguinte modo às questões submetidas pelo Rechtbank Den Haag, zittingsplaats Middelburg (Tribunal de Haia, sede de Middelburg, Países Baixos), e pelo Raad voor Vreemdelingenbetwistingen (Conselho do Contencioso dos Estrangeiros, Bélgica):

1. O artigo 27.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que altera o Regulamento (CEE) n.º 1612/68 e que revoga as Diretivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE, deve ser interpretado no sentido de que o facto de um cidadão da União ou de um membro da sua família ter, no passado, sido excluído do estatuto de refugiado em aplicação do artigo 1.º, secção F, alínea a), da Convenção de Genebra,

¹⁰² Acórdão de 23 de novembro de 2010, Tsakouridis (C-145/09, EU:C:2010:708, n.º 31), e de 16 de janeiro de 2014, G. (C-400/12, EU:C:2014:9, n.º 23).

¹⁰³ Acórdão de 16 de janeiro de 2014 (C-400/12, EU:C:2014:9, n.ºs 32 e 33).

¹⁰⁴ V. acórdãos de 21 de julho de 2011, Dias (C-325/09, EU:C:2011:498, n.º 64), e de 16 de janeiro de 2014, Onuekwere (C-378/12, EU:C:2014:13, n.º 25).

¹⁰⁵ Acórdão de 21 de julho de 2011 (C-325/09, EU:C:2011:498, n.ºs 55 e 63).

relativa ao Estatuto dos refugiados, embora não possa automaticamente fundamentar a verificação de uma ameaça real, atual e suficientemente grave que afete um interesse fundamental da sociedade, pode ser tido em conta para este efeito desde que as circunstâncias que conduziram à aplicação desta disposição apontem para um comportamento pessoal constitutivo dessa ameaça.

A este respeito, o Estado-Membro de acolhimento deve efetuar uma apreciação individual do comportamento pessoal do indivíduo em causa à luz, designadamente, das constatações das autoridades de asilo no que respeita à gravidade dos crimes que lhe são imputados, do nível de implicação pessoal deste na perpetração desses crimes, bem como da existência eventual de causas de exclusão da responsabilidade penal.

A ausência de risco de o indivíduo em causa reiterar crimes de um tipo previsto no artigo 1.º, secção F, alínea a), da Convenção de Genebra no Estado-Membro de acolhimento, bem como a passagem de um lapso de tempo importante desde a suposta prática desses crimes, não se opõem, por si só, à verificação de uma ameaça real, atual e suficientemente grave que afete um interesse fundamental da sociedade.

2. O artigo 27.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38, conjugado com o artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, deve ser interpretado no sentido de que qualquer restrição por um Estado-Membro às liberdades de circulação e de residência de um cidadão da União ou de um membro da sua família deve ser conforme ao princípio da proporcionalidade e respeitar o direito à vida privada e familiar deste indivíduo. Neste contexto, este Estado-Membro deve ponderar, por um lado, a proteção dos interesses fundamentais invocados em apoio dessa restrição e, por outro, os interesses do referido indivíduo relativos ao exercício destas liberdades, bem como da sua vida privada e familiar. O referido Estado-Membro deve ter em conta, designadamente, os fatores estabelecidos no artigo 28.º, n.º 1, desta diretiva na medida em que sejam pertinentes na situação específica em causa.
3. O artigo 28.º, n.º 3, alínea a), da Diretiva 2004/38 deve ser interpretado no sentido de que o período de dez anos de residência no Estado-Membro de acolhimento, que confere o direito à proteção contra o afastamento que esta disposição institui, não inclui os períodos durante os quais um cidadão da União tenha, antes da adesão à União do Estado-Membro de que possui a nacionalidade, residido no Estado-Membro de acolhimento sem aí estar autorizado por força do direito nacional deste Estado-Membro.