

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL  
CHRISTINE STIX-HACKL  
apresentadas em de 2 de Junho de 2005<sup>1</sup>

Índice

I — Introdução .....	I - 3455
II — Quadro jurídico (remissão) .....	I - 3455
III — Matéria de facto, fase pré-contenciosa e fase contenciosa .....	I - 3455
IV — Observações preliminares .....	I - 3457
A — Relevância da prática administrativa para a apreciação das disposições jurídicas .....	I - 3457
B — Relevância de casos individuais para a apreciação da prática administrativa ...	I - 3458
V — Primeiro fundamento: o carácter do afastamento do território .....	I - 3459
A — A acusação de transposição incorrecta .....	I - 3459
1. Argumentação das partes .....	I - 3459
2. Apreciação jurídica .....	I - 3460
B — A acusação de aplicação incorrecta .....	I - 3464
1. Conteúdo da acusação .....	I - 3464
2. Quanto à acusação de que a prática administrativa não satisfaz as exigências do direito comunitário .....	I - 3464
VI — Segundo fundamento: as exigências impostas às restrições da liberdade .....	I - 3467
A — A acusação de transposição incorrecta .....	I - 3467
1. Argumentação das partes .....	I - 3467

1 — Língua original: alemão.

2. Apreciação jurídica .....	I - 3468
a) Falta de clareza do regime relativo aos títulos de residência temporária (§ 12, n.º 1, primeira frase, da AufenthG/EWG) .....	I - 3468
b) Falta de clareza do regime relativo aos títulos de residência permanente (§ 12, n.º 1, segunda frase, da AufenthG/EWG) .....	I - 3470
B — A acusação de aplicação incorrecta .....	I - 3471
1. Quanto à admissibilidade .....	I - 3471
a) Argumentação das partes .....	I - 3471
b) Apreciação jurídica .....	I - 3471
2. Quanto ao mérito .....	I - 3473
a) Argumentação das partes .....	I - 3473
b) Apreciação jurídica .....	I - 3474
VII — Terceiro fundamento: a consideração inadmissível de aspectos de prevenção geral ..	I - 3475
A — A acusação de transposição incorrecta .....	I - 3475
1. Quanto à admissibilidade .....	I - 3475
a) Argumentação das partes .....	I - 3475
b) Apreciação jurídica .....	I - 3476
2. Quanto ao mérito .....	I - 3477
a) Argumentação das partes .....	I - 3477
b) Apreciação jurídica .....	I - 3477
B — A acusação de aplicação incorrecta .....	I - 3478
1. Argumentação das partes .....	I - 3478
2. Apreciação jurídica .....	I - 3478
	I - 3453

VIII — Quarto fundamento: o direito fundamental ao respeito da vida familiar .....	I - 3480
A — Falta de ponderação dos interesses .....	I - 3481
B — Ponderação incorrecta dos interesses .....	I - 3482
C — Conclusão .....	I - 3484
IX — Quinto fundamento: a decisão de execução imediata .....	I - 3484
A — Argumentação das partes .....	I - 3484
B — Apreciação jurídica .....	I - 3485
1. O alcance do acórdão Orfanopoulos e Oliveri .....	I - 3485
2. A falta de exame de um motivo de urgência .....	I - 3486
X — Quanto às despesas .....	I - 3487
XI — Conclusão .....	I - 3488
ANEXO (Quadro jurídico) .....	I - 3490
A — Direito comunitário .....	I - 3490
1. Directiva 64/221/CEE .....	I - 3490
2. Regulamento (CEE) n.º 1612/68 .....	I - 3491
3. Directiva 73/148/CEE .....	I - 3492
4. Directiva 90/364/CEE .....	I - 3496
B — Direito nacional .....	I - 3498
1. A Ausländergesetz (lei sobre os estrangeiros) .....	I - 3498
2. A Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (lei sobre a entrada e residência dos nacionais dos Estados-Membros da Comunidade Económica Europeia, Aufenthaltsgesetz/EWG) .....	I - 3503
3. O § 80, n.º 2, do Verwaltungsgerichtsordnung (Código do Contencioso Administrativo, VwGO) .....	I - 3504

**I — Introdução**

1. Na presente acção por incumprimento, a Comissão critica o facto de as regras comunitárias não se reflectirem com a necessária clareza na legislação alemã relativa à expulsão de estrangeiros nacionais de Estados-Membros da União Europeia nem na prática administrativa que se baseia nesta legislação.

2. Em especial, a Comissão alega que foram violadas as seguintes disposições: os artigos 18.º CE e 39.º CE, a Directiva 64/221/CEE, para a coordenação de medidas especiais relativas aos estrangeiros em matéria de deslocação e estada<sup>2</sup>, o Regulamento (CEE) n.º 1612/68, relativo à livre circulação dos trabalhadores<sup>3</sup>, a Directiva 73/148/CEE, relativa à supressão das restrições à deslocação e à permanência dos nacionais dos Estados-Membros na Comunidade, em matéria de estabelecimento e de prestação de serviços<sup>4</sup> e a Directiva 90/364/CEE, relativa ao direito de residência<sup>5</sup>.

2 — Directiva 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; EE 05 F1 p. 36).

3 — Regulamento (CEE) n.º 1612/68 do Conselho, de 15 de Outubro de 1968, relativo à livre circulação dos trabalhadores na Comunidade (JO L 257, p. 2; EE 05 F1 p. 18).

4 — Directiva 73/148/CEE do Conselho, de 21 de Maio de 1973, relativa à supressão das restrições à deslocação e à permanência dos nacionais dos Estados-Membros na Comunidade, em matéria de estabelecimento e de prestação de serviços (JO L 172, p. 14; EE 06 F1 p. 132).

5 — Directiva 90/364/CEE do Conselho, de 28 de Junho de 1990, relativa ao direito de residência (JO L 180, p. 26).

**II — Quadro jurídico (remissão)**

3. As disposições pertinentes do direito comunitário e do direito alemão são reproduzidas no anexo.

**III — Matéria de facto, fase pré-contenciosa e fase contenciosa**

4. Na sequência de petições e denúncias recebidas pelo Parlamento Europeu e pela Comissão relativamente à expulsão de vários cidadãos italianos pelas autoridades do Land Baden-Württemberg, a Comissão deu início a investigações no ano de 1998.

5. Após ter concluído que determinadas disposições e práticas administrativas alemãs no domínio do direito de residência não são compatíveis com o direito comunitário, a Comissão enviou ao Governo federal alemão, em 8 de Julho de 1998, uma notificação para apresentar as suas observações.

6. No entender da Comissão, a resposta do Governo alemão, datada de 25 de Março de 1999, não afastou a suspeita de violação do direito comunitário. Em consequência, enviou ao Governo alemão, em 24 de Julho de 2000, um parecer fundamentado em que

indicava os incumprimentos e interpelava a Alemanha para adoptar, num prazo de dois meses, as medidas necessárias para pôr termo aos incumprimentos de que era acusada.

7. Mesmo após a resposta do Governo alemão, de 26 de Setembro de 2000, a Comissão entendeu que a Alemanha não tomou as medidas necessárias para cumprir as obrigações que lhe incumbem por força do direito comunitário. Em consequência, por petição de 4 de Dezembro de 2002, inscrita no registo do Tribunal de Justiça em 5 de Dezembro de 2002, intentou uma acção por incumprimento contra a República Federal da Alemanha ao abrigo do artigo 226.º CE.

8. Nesta acção, a Comissão conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne

1. declarar que:

a) ao não tornar suficientemente claro na sua legislação que as ordens de expulsão de cidadãos da União não se podem basear numa norma de habilitação que, com fundamento numa condenação penal transitada

em julgado, obriga, ou obriga por regra, à expulsão, ou ao basear ordens de expulsão de cidadãos da União nesta norma de habilitação que não é clara,

b) ao não ter procedido, no § 12, n.º 1, da Aufenthaltsgesetz/EWG (Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, lei sobre a entrada e a residência dos nacionais dos Estados-Membros da Comunidade Económica Europeia, a seguir «AufenthG/EWG»), a uma transposição suficientemente clara das exigências resultantes do direito comunitário em matéria de restrição da liberdade de circulação, ou ao basear ordens de expulsão nesta norma de habilitação que não é clara,

c) ao não tornar suficientemente claro na sua legislação que as ordens de expulsão de cidadãos da União não se podem basear numa norma de habilitação que prossegue fins de prevenção geral ou ao justificar ordens de expulsão de cidadãos da União com a dissuasão de outros estrangeiros,

d) ao emitir ordens de expulsão de cidadãos da União que não observam a adequação entre, por um lado, o direito fundamental ao respeito da vida familiar e, por outro, a manutenção da ordem pública,

- e) ao decidir a execução imediata de ordens de expulsão de cidadãos da União sem que existisse motivo de urgência,

a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 18.º CE e 39.º CE, do direito fundamental ao respeito da vida familiar como princípio geral do direito comunitário, bem como dos artigos 3.º e 9.º da Directiva 64/221/CEE, 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, do artigo 1.º do Regulamento (CEE) n.º 1612/68, relativo à livre circulação dos trabalhadores, dos artigos 1.º, 4.º, 5.º, 8.º e 10.º da Directiva 73/148/CEE, relativa à supressão das restrições à deslocação e à permanência dos nacionais dos Estados-Membros na Comunidade, em matéria de estabelecimento e de prestação de serviços, e dos artigos 1.º e 2.º da Directiva 90/364/CEE, relativa ao direito de residência;

2. condenar a República Federal da Alemanha nas despesas.

#### IV — Observações preliminares

9. No presente processo, colocam-se, designadamente, duas questões de direito fundamentais quanto à relevância jurídica de uma determinada prática administrativa, as quais devem ser apreciadas em primeiro lugar.

#### A — Relevância da prática administrativa para a apreciação das disposições jurídicas

10. Esta acção por incumprimento respeita, designadamente, à questão de saber se a prática administrativa também é relevante para a interpretação das disposições nacionais nas quais essa prática se baseia. Em especial, trata-se de saber se é possível concluir com base numa determinada prática que as disposições nacionais não são suficientemente claras e são, por conseguinte, ilegais.

11. Neste contexto, deve tomar-se como ponto de partida o acórdão fundamental proferido no processo Comissão/Itália<sup>6</sup>. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça apreciou o alcance das disposições legislativas, regulamentares ou administrativas nacionais tendo em conta a interpretação que os órgãos jurisdicionais nacionais lhes dão<sup>7</sup>.

12. No mesmo acórdão, o Tribunal de Justiça estabeleceu o seguinte critério:

«32. A este respeito, não podem ser tomadas em conta as decisões judiciais isoladas ou

<sup>6</sup> — Acórdão de 9 de Dezembro de 2003, Comissão/Itália (C-129/00, Colect., p. I-14637).

<sup>7</sup> — N.ºs 30 e segs.

francamente minoritárias num contexto jurisprudencial marcado por diversa orientação, ou ainda uma interpretação desmentida pelo órgão jurisdicional nacional supremo. O mesmo não sucede com uma interpretação jurisprudencial significativa não desmentida pelo referido órgão jurisdicional supremo, ou mesmo por este confirmada».

13. O Tribunal de Justiça também se baseou nas «interpretações jurisprudenciais» no n.º 33 do referido acórdão. Daqui decorre que, por si só, uma prática administrativa não é suficiente. A esta conclusão também não se opõem as considerações tecidas no n.º 41 desse acórdão, no qual o Tribunal de Justiça se refere igualmente à interpretação e à aplicação efectuadas pela administração, porque neste número se refere simultaneamente à interpretação e à aplicação por «uma parte significativa dos órgãos jurisdicionais», incluindo o órgão jurisdicional nacional supremo competente.

14. Em contrapartida, no presente processo constata-se que os órgãos jurisdicionais, em especial os órgãos jurisdicionais administrativos, não confirmam precisamente a prática administrativa.

15. Por conseguinte, uma prática administrativa como a que está em causa no presente

processo, constituída quase exclusivamente por decisões de Regierungspräsidien, cuja importância relativa é indiscutível, não deve, por si só, fornecer qualquer critério quanto à interpretação a dar a uma disposição legislativa, regulamentar ou administrativa nacional.

16. Isto não exclui, porém, certamente que uma prática administrativa possa, por si só, também violar o direito comunitário.

*B — Relevância de casos individuais para a apreciação da prática administrativa*

17. Na sua petição, a Comissão sublinha que se refere a casos individuais apenas a título exemplificativo e para ilustrar determinados modelos de decisão e práticas administrativas. Daqui decorre que a Comissão não pede que o Estado-Membro demandado seja condenado em cada um destes casos individuais.

18. No entanto, estes casos revestem relevância, dado que a Comissão alega também a incompatibilidade da própria prática administrativa com o direito comunitário. Em

consequência, não é necessário examinar a questão de saber a partir de que limiar existe uma prática administrativa cuja compatibilidade com o direito comunitário pode ser examinada. Também não é necessário analisar se existiu uma violação sistemática de determinadas disposições do direito derivado<sup>8</sup>.

é claro quanto ao carácter obrigatório ou ao carácter-regra da expulsão e que a administração alemã baseou ordens de expulsão de cidadãos da União nesta norma de habilitação imprecisa.

19. Com efeito, como o Tribunal de Justiça já declarou em várias matérias, um caso único da prática administrativa também pode constituir um incumprimento do direito comunitário. Isto verifica-se, por exemplo, no domínio dos contratos públicos<sup>9</sup>, do direito do ambiente<sup>10</sup> e — como referência para o presente caso — também do direito de residência ao abrigo das directivas ora pertinentes<sup>11</sup>.

A — *A acusação de transposição incorrecta*

1. Argumentação das partes

## V — Primeiro fundamento: o carácter do afastamento do território

20. Através do primeiro fundamento, a Comissão pede ao Tribunal de Justiça que declare que o § 47 da Ausländergesetz (lei sobre os estrangeiros, a seguir «AuslG») não

21. A Comissão sustenta que as disposições do § 47 da AuslG estão em clara e irremediável contradição com os requisitos do artigo 3.º, n.ºs 1 e 2, da Directiva 64/221, porque o § 47 da AuslG obriga, ou obriga por regra, à expulsão quando um estrangeiro tenha sido condenado pela prática de um dos crimes referidos nesta disposição. A autoridade deve expulsar o estrangeiro e não dispõe de qualquer margem de discricionariedade para tomar uma decisão diferente.

22. O Governo italiano, que interveio no processo em apoio da Comissão, afirma também que a legislação alemã aplicável aos estrangeiros não é compatível com o

8 — V., a este respeito, o recente acórdão de 26 de Abril de 2005, Comissão/Irlanda (C-494/01, Colect., p. I-3331).

9 — Acórdão de 10 de Abril de 2003, Comissão/Alemanha (C-20/01 e C-28/01, Colect., p. I-3609).

10 — Acórdão de 7 de Abril de 1992, Comissão/Grécia (C-45/91, Colect., p. I-2509).

11 — Acórdão de 14 de Abril de 2005, Comissão/Espanha (C-157/03, Colect., p. I-2911).



direito comunitário, na medida em que prevê a expulsão automática de um cidadão de outro Estado-Membro apenas com base numa condenação penal.

das normas da *AufenthG/EWG* face ao regime da *AuslG*. Isto significa que a consequência jurídica da expulsão, obrigatória ou por regra, de cidadãos da União só pode verificar-se quando estão preenchidos os pressupostos do § 12 da *AufenthG/EWG*.

23. Em contrapartida, o Governo alemão alega que, nos termos do direito alemão, a expulsão obrigatória de cidadãos da União só pode ter lugar quando estão reunidas as condições impostas pelo direito comunitário. Com efeito, para a expulsão de cidadãos da União é decisivo não só o § 47 da *AuslG*, mas também o § 12 da *AufenthG/EWG* e o § 4 do *Verordnung über die allgemeine Freizügigkeit von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union* (regulamento relativo à livre circulação dos nacionais dos Estados-Membros da União Europeia, a seguir «*Freizügigkeitsverordnung/EG*»).

## 2. Apreciação jurídica

25. Como o Tribunal de Justiça já declarou várias vezes<sup>12</sup>, uma medida de expulsão do território decidida de forma automática na sequência de uma condenação penal, sem ter em conta quer o comportamento pessoal do autor da infracção quer o perigo que ele representa para a ordem pública, não é compatível com os princípios do direito comunitário e, em especial, com os artigos 39.º, n.º 3, CE e 3.º da Directiva 64/221<sup>13</sup>.

24. No seu entender, o estatuto mais favorável dos cidadãos da União face a nacionais de Estados terceiros decorre do facto de a Alemanha ter adoptado, além de uma lei geral sobre os estrangeiros, uma lei especial, a *AufenthG/EWG*, e o *Freizügigkeitsverordnung/EG*, apenas aplicáveis a cidadãos da União. A adopção de uma lei geral que é materialmente completada em alguns domínios através de uma lei especial constitui uma técnica legislativa corrente. O § 2, n.º 2, da *AuslG* consagra expressamente o primado

26. O Tribunal de Justiça argumenta que a justificação de uma medida de expulsão, enquanto entrave ao exercício das liberdades dos cidadãos da União, por razões de ordem

12 — Acórdãos de 19 de Janeiro de 1999, *Calfa* (C-348/96, *Colect.*, p. I-11, n.º 27), de 10 de Fevereiro de 2000, *Nazli* (C-340/97, *Colect.*, p. I-957, n.º 40), e de 29 de Abril de 2004, *Orfanopoulos e o.* (C-482/01 e C-493/01, *Colect.*, p. I-5257, n.º 68).

13 — Acórdão *Orfanopoulos e o.* (já referido na nota 12, n.ºs 70 e 71).

pública só pode ser aceite quando existe, afora a perturbação da ordem social que qualquer infracção à lei constitui, uma ameaça real e suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade<sup>14</sup>. Por conseguinte, uma condenação penal só pode justificar uma expulsão na medida em que as circunstâncias que lhe deram origem revelam a existência de um comportamento pessoal que constitua uma ameaça actual para a ordem pública<sup>15</sup>.

27. Daqui resulta que um regime que, sem atender às circunstâncias pessoais do indivíduo a expulsar, prevê a expulsão obrigatória ou por regra, é contrário ao direito comunitário.

28. No processo Orfanopoulos foi colocada ao Tribunal de Justiça, designadamente, a questão de saber se os artigos 39.º, n.º 3, CE e 3.º da Directiva 64/221 se opõem a uma legislação nacional que obriga as autoridades a expulsar cidadãos de outros Estados-Membros que foram condenados, com trânsito em julgado, a uma pena por delinquência juvenil de, no mínimo, dois anos ou a uma pena privativa de liberdade pela prática de um crime doloso previsto na Betäubungsmittelgesetz (lei sobre os estupefacientes), na medida em que a execução da pena não tenha sido suspensa.

29. O Tribunal de Justiça declarou que a expulsão baseada numa legislação nacional que impõe a expulsão do território de cidadãos de outros Estados-Membros que foram condenados a determinadas penas por delitos específicos é decidida *de forma automática*, sem ter em conta quer o comportamento pessoal do autor da infracção quer o perigo que ele representa para a ordem pública<sup>16</sup>.

30. Nos processos apensos Orfanopoulos e Oliveri, o Tribunal de Justiça não se pronunciou, porém, sobre a questão da compatibilidade do § 47 da AuslG com o artigo 39.º CE e o artigo 3.º da Directiva 64/221. Assim, esta questão não foi até agora definitivamente esclarecida. Em consequência, importa agora verificar se as normas do direito alemão prevêem esse automatismo.

31. O § 47 da AuslG prevê, em caso de condenação penal transitada em julgado, a expulsão obrigatória pela prática de certos crimes dolosos (n.º 1) e a expulsão por regra pela prática de outros crimes dolosos (n.º 2, ponto 1). Por força do § 1, n.º 2, da AuslG, segundo o qual é estrangeiro quem não tem nacionalidade alemã, estas disposições também abrangem cidadãos da União.

14 — Acórdãos de 27 de Outubro de 1977, Bouchereau (30/77, Colect., p. 715, n.º 35), e Orfanopoulos e o. (já referido na nota 12, n.º 66).

15 — V. acórdão Orfanopoulos e o. (já referido na nota 12, n.º 67).

16 — Acórdão Orfanopoulos e o. (já referido na nota 12, n.º 69 e segs.).

32. Assim, o n.º 1 do § 47 da AuslG prevê obrigatoriamente a expulsão em caso de condenação penal transitada em julgado e não permite ter em conta circunstâncias pessoais. Em última análise, o mesmo é válido para a expulsão por regra, que é prevista pelo § 47, n.º 2, da AuslG. É certo que há aqui uma margem para considerações discricionárias, mas só podem justificar uma consequência jurídica diferente circunstâncias que tornariam a expulsão por regra desproporcionada, o que só se verifica no caso de situações atípicas. Contudo, não se prevê precisamente que, como regra, seja tomado em conta o comportamento pessoal do indivíduo em causa.

33. Por conseguinte, o § 47, n.º 1, e — também o — n.º 2, ponto 1, da AuslG impõem a expulsão automática. Logo, analisadas isoladamente, estas disposições não são conformes ao direito comunitário.

34. Note-se, porém, que através da AufenthG/EWG, o legislador alemão criou um regime especial para a expulsão de cidadãos da União. O § 12, n.º 3, da AufenthG/EWG determina que as medidas em questão só podem ser tomadas quando o comportamento pessoal do indivíduo em causa as justificar. O § 12, n.º 4, da mesma

lei prevê expressamente que uma condenação penal não pode, por si só, servir de fundamento à aplicação de decisões ou medidas que restrinjam o direito de residência. Por conseguinte, o § 12 respeita suficientemente as disposições da directiva.

35. O § 2, n.º 2, da AuslG regula o conflito destas duas leis, estabelecendo que a AuslG só é aplicável na falta de disposição em contrário do direito comunitário e da AufenthG/EWG.

36. Por conseguinte, a questão central consiste em saber se esta economia das leis aplicáveis, isto é, a aplicação a cidadãos da União da AuslG como *lex generalis* e da AufenthG/EWG como *lex specialis* é conforme às disposições da Directiva 64/221.

37. Ao transpor uma directiva, o Estado-Membro tem competência para escolher livremente a forma e os meios, a directiva só o vincula quanto ao resultado a alcançar<sup>17</sup>. Isto visa permitir ao Estado-Membro incorporar o regime a adoptar no seu sistema jurídico, de modo a que não constitua um

17 — Acórdãos de 23 de Outubro de 2003, Scherndl (C-40/02, Colect., p. I-12647, n.º 43), e de 23 de Novembro de 1977, Enka (38/77, Recueil, p. 2203, n.º 11, Colect., p. 813).

corpo estranho nesse sistema. Neste âmbito, incumbe também ao Estado-Membro regular eventuais conflitos de leis e dirimir estes conflitos do modo mais adequado à sua ordem jurídica, mas efectuando simultaneamente uma transposição correcta do direito comunitário.

38. O legislador alemão transpôs a Directiva 64/221 através da AufenthG/EWG e criou, deste modo, as normas especiais que regulam a permanência de cidadãos da União no território federal em conformidade com o direito comunitário.

39. Compilou estas disposições especiais numa lei autónoma e regulou, por via legislativa, a sua relação face à AuslG, a qual se aplica a todos os estrangeiros, estabelecendo que a primeira tem primazia sobre esta última.

40. A aplicação de uma lei como *lex specialis* significa que esta afasta a aplicação da lei mais geral. Nesta medida, a nível material, é aplicável exclusivamente a lei mais especial.

41. Assim, os cidadãos da União são, em princípio, abrangidos pelo âmbito de aplica-

ção da AuslG. Porém, o regime jurídico-material decorre apenas da AufenthG/EWG na medida em que os seus pressupostos estejam preenchidos. Em consequência, os cidadãos da União, aos quais o direito comunitário garante a livre circulação na acepção dos artigos 18.º CE e 39.º CE, beneficiam da protecção contra a expulsão conferida pela AufenthG/EWG, mais precisamente como o direito comunitário prevê na Directiva 64/221.

42. Finalmente, o princípio do primado da *lex specialis* é um princípio comum às tradições jurídicas dos Estados-Membros e, em consequência, não suscita quaisquer dúvidas quanto à questão da lei aplicável. Isto foi também expressamente declarado pelo Tribunal de Justiça a propósito do princípio do primado das leis posteriores<sup>18</sup>.

43. Em consequência, importa concluir que o § 47 da AuslG não é pouco claro nesta matéria e, portanto, também não contradiz as regras comunitárias do artigo 3.º, n.ºs 1 e 2, da Directiva 64/221.

44. Por conseguinte, a primeira parte do primeiro fundamento não é procedente.

18 — Acórdão de 7 de Março de 2002, Comissão/Itália (C-145/99, Colect., p. I-2235, n.º 38).

B — *A acusação de aplicação incorrecta*

1. Conteúdo da acusação

45. A Comissão critica uma prática administrativa que, em seu entender, assenta no automatismo da expulsão, conforme exposto na sua petição. Antes de mais, coloca-se pois a questão de saber o que é que a Comissão entende aqui por prática administrativa.

46. No n.º 15 da petição, a Comissão afirma que a presente acção não tem por objectivo o exame de questões particulares em casos individuais. Por conseguinte, os casos individuais são, segundo ela, referidos apenas a título exemplificativo e como ilustração. A menção de casos individuais não exclui que outros casos possam também ser considerados exemplos da ilegalidade respectivamente alegada.

47. Daqui resulta que a Comissão entende o conceito de prática administrativa como uma multiplicidade de decisões individuais.

2. Quanto à acusação de que a prática administrativa não satisfaz as exigências do direito comunitário

48. A Comissão acusa as autoridades alemãs de, em todos os casos indicados, terem fundado as ordens de expulsão de cidadãos da União na base jurídica do § 47 da AuslG e, em consequência, terem afirmado expressamente em vários despachos, a título de fundamentação da decisão administrativa em questão, que se tratava de uma decisão obrigatória que não estava sujeita ao poder discricionário das autoridades.

49. O Governo alemão admite que, em caso de expulsão de cidadãos da União, são sempre cumulativamente aplicáveis todas as disposições pertinentes, ou seja, que só é possível recorrer ao § 47 da AuslG no contexto do § 12 da AufenthG/EWG. De resto, remete nas suas observações para as Verwaltungsvorschriften zum Ausländergesetz (regras administrativas para a aplicação da lei sobre os estrangeiros, a seguir também «AuslG-VwV»), segundo as quais uma decisão de expulsão ao abrigo da AuslG está sujeita às limitações do § 12 da AufenthG/EWG (AuslG-VwV n.º 45.0.5.1 e n.º 47.0.2.1).

50. A Comissão criticou apenas um número reduzido de decisões. Isto pode decorrer do facto de que, em princípio, não é fácil para a Comissão examinar oficiosamente cada caso individual e, por maioria de razão, expor a prática administrativa na sua totalidade para determinar em que medida todas as decisões das autoridades respeitaram os critérios comunitários. Por conseguinte, é normal-

mente necessário que lhe sejam comunicados casos individuais em que se denuncie a existência de um incumprimento. No presente caso, a Comissão recebeu a maior parte das informações dos próprios interessados, pelo que também baseia a sua análise, essencialmente, nestas informações sobre as referidas decisões.

51. Neste contexto, coloca-se a questão de saber sobre quem recai, na presente acção por incumprimento, o ónus de alegação e de prova de determinadas circunstâncias.

52. Decorre imperativamente do direito comunitário e foi confirmado em jurisprudência assente<sup>19</sup> que o ónus da prova da existência de um incumprimento recai sobre a Comissão, isto é, compete à Comissão provar que o Estado-Membro não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do Tratado.

53. Não obstante, em vários acórdãos, sobretudo no domínio da agricultura, foram estabelecidas regras que facilitam o ónus da prova em benefício da Comissão<sup>20</sup>. Esta facilitação do ónus da prova em benefício da Comissão explica-se pelo facto de o Estado-

-Membro estar melhor colocado para recolher e verificar determinados dados, incumbindo-lhe, conseqüentemente, apresentar prova detalhada e completa da sua veracidade e, se necessário for, da inexactidão das afirmações da Comissão.

54. Coloca-se a questão de saber se isto pode ser generalizado quanto à repartição do ónus da prova. Em princípio, deve presumir-se que o Estado-Membro está sempre melhor informado do que a Comissão e, por conseguinte, que se encontra numa posição de vantagem em termos de conhecimentos face a ela. Mas isto não basta para justificar uma inversão geral do ónus da prova, que seria contrária aos princípios gerais do direito processual.

55. A inversão do ónus da prova é admissível quando a própria norma de direito comunitário impõe ao Estado-Membro um dever de alegação, pois em tais casos o Estado tem o dever de conservar e eventualmente apresentar informações documentadas. Porém, apesar das suas conseqüências graves, tal não se verifica em caso de expulsão, enquanto restrição ao direito de livre circulação.

19 — V., nomeadamente, acórdãos de 19 de Março de 1991, Comissão/Bélgica (C-249/88, Colect., p. I-1275, n.º 6), de 9 de Fevereiro de 1994, Comissão/Itália (C-119/92, Colect., p. I-393, n.º 37), e de 23 de Outubro de 1997, Comissão/Espanha (C-160/94, Colect., p. I-5851, n.º 17).

20 — V. acórdãos de 6 de Março de 2001, Países Baixos/Comissão (C-278/98, Colect., p. I-1501, n.ºs 39 a 41), de 19 de Junho de 2003, Espanha/Comissão (C-329/00, Colect., p. I-6103, n.º 68), e de 4 de Março de 2004, Alemanha/Comissão (C-344/01, Colect., p. I-2081, n.º 58).

56. Por outro lado, a Comissão também não tem de demonstrar exaustivamente o incumprimento. Pelo contrário, mesmo exemplos podem ser suficientes para produzir prova de uma violação do direito comunitário.

57. Das alegações não contestadas da Comissão que também incluem, é certo, referências a decisões que foram anuladas em sede de recurso ou que não foram executadas por outros motivos, resulta, porém, claramente que várias decisões administrativas foram adoptadas com o fundamento de que a autoridade que profere a decisão não dispõe de qualquer margem de livre decisão e está vinculada pelo § 47 da AuslG<sup>21</sup>.

58. Além disso, estas decisões não foram apenas tomadas por um número reduzido de autoridades numa região limitada, mas estendem-se a todo o território do Land Baden-Württemberg<sup>22</sup>. Acresce que numerosas expulsões foram confirmadas por despachos de Regierungspräsidenten hierarquicamente superiores em sede de recurso hierárquico.

59. Por último, há que observar que uma única decisão administrativa manifestamente

contrária ao direito comunitário já é suficiente para fundamentar um incumprimento<sup>23</sup>.

60. No presente processo, existe uma decisão de expulsão contrária ao direito comunitário proferida pela administração alemã, pelo menos, no caso da decisão do Regierungspräsident de Freiburg de 23 de Março de 2000.

61. Nessa decisão, o serviço de estrangeiros expulsa do território federal um cidadão da União com base no § 47, n.º 2, ponto 1, da AuslG. Como fundamentação, indica que está obrigado a proceder à expulsão por força desta disposição, não possuindo qualquer margem de discricionariedade. Indica que nem se está na presença de um caso excepcional atípico diferente do normal nem o estrangeiro beneficia de uma protecção acrescida contra a expulsão ao abrigo do § 47, n.º 3, da AuslG. Na referida decisão não foram tomadas em conta as regras administrativas pertinentes referidas pelo Governo alemão.

62. Pelo menos neste caso, o serviço de estrangeiros baseou a expulsão de um cidadão da União numa norma de habilitação que não respeita de modo suficiente as

21 — V. petição, p. 18.

22 — V. acórdão de 9 de Novembro de 1999, Comissão/Itália (C-365/97, Colect., p. I-7773, n.º 69).

23 — Acórdão Comissão/Espanha (já referido na nota 11).

disposições especiais em matéria de permanência de cidadãos da União, na acepção da Directiva 64/221. Ordenou a expulsão apenas com fundamento numa condenação penal nos termos do § 47 da AuslG, isto é, nem aplicou o § 12, n.º 4, da AufenthG/EWG, que proíbe exactamente esta prática, nem o § 12, n.º 3, da AufenthG/EWG, nos termos do qual deve ser tomado em conta o comportamento pessoal do cidadão da União.

restrições à livre circulação de pessoas por razões de ordem pública e que as autoridades administrativas alemãs basearam ordens de expulsão de cidadãos da União nesta norma de habilitação imprecisa.

*A — A acusação de transposição incorrecta*

63. Embora só se tenha analisado aqui, a título de exemplo, um único caso concreto em que se constatou ter sido violado o direito comunitário, isto é suficiente para concluir que a administração aplicou incorrectamente a legislação, tanto mais que procedeu do mesmo modo em vários casos.

1. Argumentação das partes

64. Em consequência, a segunda parte do primeiro fundamento é procedente.

**VI — Segundo fundamento: as exigências impostas às restrições da liberdade**

65. Através do segundo fundamento, a Comissão alega que a disposição do § 12, n.º 1, da AufenthG/EWG não é suficientemente clara quanto às exigências impostas às

66. A Comissão alega que o § 12 da AufenthG/EWG não transpõe o direito comunitário derivado de modo suficientemente claro. Com efeito, a distinção entre a expulsão de titulares de autorização de residência permanente («por razões graves de segurança pública e de ordem pública») e a expulsão de titulares de autorização de residência temporária («por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública») suscita a impressão de que, no caso dos títulos de residência temporária, são suficientes «meras» razões de segurança e ordem públicas. Ora, isto diverge consideravelmente das exigências a que o Tribunal de Justiça sujeita o conceito de ordem pública no âmbito da apreciação do artigo 39.º, n.º 4, CE.



67. Pelo contrário, o Governo alemão alega que a remissão da *AufenthG/EWG* para as disposições do Tratado CE torna suficientemente claro que os conceitos devem ser interpretados de acordo com a interpretação que o Tribunal de Justiça faz do Tratado CE, o que também não gera qualquer insegurança jurídica.

## 2. Apreciação jurídica

a) Falta de clareza do regime relativo aos títulos de residência temporária (§ 12, n.º 1, primeira frase, da *AufenthG/EWG*)

68. Embora a Comissão alegue, essencialmente, a violação do artigo 39.º CE, é evidente que deve ser também examinada a violação do regime da Directiva 64/221, tanto mais que este concretiza as exigências a que estão sujeitas as restrições à livre circulação dos trabalhadores e à liberdade de estabelecimento. O artigo 2.º, n.º 1, da Directiva 64/221 prevê que a expulsão do território só pode ser decidida por razões de ordem pública, segurança pública ou saúde pública.

69. Este é também o conteúdo essencial do texto da *AufenthG/EWG* alemã. A questão que se coloca agora é saber se a mera

reprodução do regime comunitário conduz a uma imprecisão, isto é, se as exigências impostas pela directiva quanto à expulsão do território nacional de estrangeiros nacionais de Estados-Membros da União Europeia não decorrem com a clareza necessária do regime de transposição alemão.

70. As disposições de uma directiva devem ser transpostas com carácter obrigatório incontestável e com a especificidade, precisão e clareza necessárias para satisfazer a exigência da segurança jurídica<sup>24</sup>.

71. Por um lado, a transposição de uma directiva não exige necessariamente que as suas disposições sejam retomadas formal e literalmente numa disposição legal expressa e específica, podendo ser satisfeita através de um regime jurídico geral, desde que este garanta efectivamente a plena aplicação da directiva de forma suficientemente clara e precisa<sup>25</sup>.

72. Por outro lado, o princípio da segurança jurídica exige uma publicidade adequada

24 — V., nomeadamente, acórdãos de 24 de Março de 1994, Comissão/Bélgica (C-80/92, Colect., p. I-1019, n.º 20), de 26 de Outubro de 1995, Comissão/Luxemburgo (C-151/94, Colect., p. I-3685, n.º 18), de 27 de Fevereiro de 2003, Comissão/Bélgica (C-415/01, Colect., p. I-2081, n.º 21), e de 20 de Novembro de 2003, Comissão/França (C-296/01, Colect., p. I-13909, n.º 54).

25 — Acórdãos de 7 de Janeiro de 2004, Comissão/Espanha (C-58/02, Colect., p. I-621, n.º 26), e de 9 de Setembro de 1999, Comissão/Alemanha (C-217/97, Colect., p. I-5087, n.º 31).

para as medidas nacionais adoptadas com base numa regulamentação comunitária, de forma a permitir que os sujeitos jurídicos afectados por essas medidas possam conhecer o alcance dos seus direitos e obrigações no domínio especial regido pelo direito comunitário<sup>26</sup>.

73. Assim, em princípio, não basta reproduzir literalmente as disposições de uma directiva para satisfazer os requisitos da sua transposição. Porém, no caso em apreço, está apenas em causa a questão de saber se os conceitos utilizados na *AufenthG/EWG* permitem esclarecer o seu alcance comunitário, isto é, se o âmbito de protecção da directiva coincide com o da disposição nacional.

74. O § 12 da *AufenthG/EWG* remete, a seguir aos conceitos de «ordem pública, segurança pública ou saúde pública», directamente para os artigos 48.º, n.º 3, e 56.º, n.º 1, do Tratado CEE. A referência a estas normas torna claro que devem ser aplicados os critérios do direito comunitário determinantes para as liberdades fundamentais que, por seu turno, são concretizados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça<sup>27</sup>.

75. Porém, coloca-se em seguida a questão de saber se a mera remissão para normas do direito primário é suficiente para satisfazer os requisitos estabelecidos pelo Tribunal de Justiça. Segundo este, a transposição de uma norma de uma directiva exige que a disposição nacional seja, *em si mesma*, inteligível e tão clara e precisa que a exigência da segurança jurídica possa ser satisfeita. Assim, se a disposição só pode ser interpretada no contexto do direito comunitário, incluindo o de criação jurisprudencial pelo Tribunal de Justiça, é posta em causa a necessária clareza jurídica.

76. Por último, através da leitura do § 12, n.º 1, da *AufenthG/EWG*, a pessoa sujeita a esta norma não pode saber a que restrições a jurisprudência do Tribunal de Justiça sujeita o elemento da previsão normativa «razões de ordem pública, segurança pública ou saúde pública», na medida em que se remete única e exclusivamente para normas do direito primário.

77. A falta de clareza do § 12, n.º 1, da *AufenthG/EWG* é ainda agravada pelo facto de, nos casos previstos no § 12, n.º 1, primeira frase, da *AufenthG/EWG*, não se exigir uma razão grave para justificar a expulsão. Ora, isto contradiz precisamente a jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual a justificação de uma medida de expulsão, enquanto entrave ao exercício das liberdades dos cidadãos da União, por razões de ordem pública só pode ser aceite

26 — Acórdãos Comissão/Bélgica (já referido na nota 24, n.º 21), e de 20 de Junho de 2002, *Mulligan e o.* (C-313/99, Colect., p. I-5719, n.ºs 51 e segs.).

27 — V. nota 14.

quando existe uma ameaça real e suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade<sup>28</sup>.

78. É certo que, nos termos da regra administrativa n.º 47.0.2.1, a expulsão só pode ter lugar quando existe uma ameaça suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade. Porém, isto também não torna suficientemente clara a própria norma de transposição. Com efeito, por um lado, as regras administrativas constituem normas internas da administração que, em princípio, não produzem efeitos externos e que o particular desconhece. Em consequência, este não pode conhecer o alcance e a extensão dos seus direitos através de regras administrativas. Por outro lado, a regra administrativa n.º 47.0.2.1 indica que a expulsão só pode ter lugar se existir uma ameaça real e suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade. Porém, não diferencia entre a primeira e a segunda frases do n.º 1 do § 12 da AufenthG/EWG.

79. A regra administrativa n.º 45.0.5.1 também não contribui para esclarecer esta matéria. Esta regra prevê que a expulsão só é admissível por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública. Refere-se,

em geral, ao § 12, n.º 1, da AufenthG/EWG, mas também sem diferenciar entre a primeira e a segunda frases.

80. Face ao exposto, conclui-se que o § 12, n.º 1, primeira frase, da AufenthG/EWG não preenche os requisitos estabelecidos pelo Tribunal de Justiça para a transposição de directivas.

b) Falta de clareza do regime relativo aos títulos de residência permanente (§ 12, n.º 1, segunda frase, da AufenthG/EWG)

81. Quanto aos títulos de residência permanente, o § 12, n.º 1, segunda frase, da AufenthG/EWG prevê expressamente que a expulsão só pode ser decidida por razões graves de ordem pública ou segurança pública.

82. Logo, decorre expressamente da redacção desta disposição que nem toda e qualquer infracção à ordem jurídica é suficiente para justificar a expulsão, mas que as razões desta devem apresentar uma maior intensidade.

28 — Acórdão Bouchereau (já referido na nota 14, n.º 35).

83. Assim, o § 12, n.º 1, segunda frase, da *AufenthG/EWG* transpõe, em conformidade com o direito comunitário, o artigo 3.º da Directiva 64/221, como este é interpretado em jurisprudência assente do Tribunal de Justiça<sup>29</sup>.

da *AufenthG/EWG*, são decididos casos concretos de forma contrária ao direito comunitário.

B — *A acusação de aplicação incorrecta*

1. Quanto à admissibilidade

a) Argumentação das partes

84. O Governo alemão entende que este fundamento constitui uma ampliação considerável em relação à acusação formulada no parecer fundamentado. No parecer fundamentado, a Comissão limitou-se a criticar a forma de transposição, tal como foi efectuada pelo legislador alemão no § 12, n.º 1, da *AufenthG/EWG*. Contudo, há uma diferença considerável entre se a Comissão critica apenas, em abstracto, um acto legislativo de transposição como incumprimento ou formula na petição a acusação adicional de que existe uma prática administrativa pela qual, com base no regime equívoco do § 12, n.º 1,

85. Em contrapartida, a Comissão afirma que não reproduziu literalmente na acção os fundamentos invocados na fase pré-contenciosa, mas que os precisou. Embora precisados, estes fundamentos não vão para além das acusações constantes da notificação para apresentação de observações e do parecer fundamentado. Além disso, a prática incorrecta constitui o cerne das críticas e, portanto, é claramente parte das acusações que já decorrem da fase pré-contenciosa.

b) Apreciação jurídica

86. Numa acção por incumprimento, a fase pré-contenciosa prevista no artigo 226.º CE tem por finalidade dar ao Estado-Membro em questão a oportunidade, por um lado, de cumprir as suas obrigações decorrentes do direito comunitário e, por outro, invocar utilmente os seus meios de defesa contra as acusações formuladas pela Comissão<sup>30</sup>.

29 — Acórdãos *Bouchereau* (já referido na nota 14, n.º 35), e *Ořfanopoulos e o.* (já referido na nota 12, n.º 66).

30 — Acórdãos de 2 de Fevereiro de 1988, *Comissão/Bélgica* (293/85, *Colect.*, p. 305, n.º 13), de 20 de Março de 1997, *Comissão/Alemanha* (C-96/95, *Colect.*, p. I-1653, n.º 22), de 15 de Janeiro de 2002, *Comissão/Itália* (C-439/99, *Colect.*, p. I-305, n.º 10), e de 24 de Junho de 2004, *Comissão/Países Baixos* (C-350/02, *Colect.*, p. I-6213, n.º 18).

87. A regularidade desse procedimento constitui uma garantia essencial pretendida pelo Tratado, não apenas para a protecção dos direitos do Estado-Membro em causa mas igualmente para assegurar que o eventual processo contencioso tenha por objecto um litígio claramente definido<sup>31</sup>.

88. Segundo jurisprudência do Tribunal de Justiça, o parecer fundamentado e a acção devem ter por base as mesmas acusações já constantes da notificação que dá início à fase pré-contenciosa. Todavia, esta exigência não pode ir ao ponto de impor em todos os casos uma coincidência perfeita entre o enunciado das acusações na notificação, a parte decisória do parecer fundamentado e os pedidos formulados na petição, sempre que o objecto do litígio não tenha sido ampliado ou alterado mas, pelo contrário, simplesmente reduzido<sup>32</sup>.

89. A acusação de que a Alemanha baseou ordens de expulsão de cidadãos da União no § 12 da AufenthG/EWG não encontra qualquer correspondência literal nas acusações constantes do parecer fundamentado. O ponto vi) do mesmo refere expressamente apenas a falta de transposição clara do direito comunitário.

90. Note-se, porém, que, no ponto iv) do parecer fundamentado, a Comissão acusa expressamente as autoridades alemãs de terem adoptado decisões de expulsão de cidadãos da União em casos em que não tinha sido provada a existência de uma ameaça real e suficientemente grave para um interesse fundamental da sociedade.

91. Coloca-se a questão de saber se esta acusação, embora não literalmente idêntica, corresponde, pelo menos, ao conteúdo do segundo fundamento, na parte em que este faz referência à actuação incorrecta da administração.

92. O segundo fundamento diz respeito à acusação de que a administração alemã baseou decisões na norma de habilitação do § 12, n.º 1, da AufenthG/EWG, que não procede à transposição de modo suficientemente claro. Resulta dos argumentos da Comissão que, segundo ela, o § 12, n.º 1, da AufenthG/EWG não delimita o bem jurídico protegido, a ordem e segurança públicas, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça.

93. Segundo esta jurisprudência, o bem jurídico «ordem pública» não é imediatamente afectado por qualquer infracção à lei,

31 — Acórdãos de 13 de Dezembro de 2001, Comissão/França (C-1/00, Colect., p. I-9989, n.º 53), de 20 de Junho de 2002, Comissão/Alemanha (C-287/00, Colect., p. I-5811, n.º 17), e Comissão/Países Baixos (já referido na nota 30, n.º 19).

32 — Acórdãos Comissão/Itália (já referido na nota 22, n.º 25), e de 29 de Setembro de 1998, Comissão/Alemanha (C-191/95, Colect., p. I-5449, n.º 56).

devendo, ao invés, existir uma ameaça real e suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade<sup>33</sup>.

94. O ponto iv) do parecer fundamentado contém a mesma acusação. No fundo, é indiferente se a administração é censurada por ter baseado uma decisão numa norma de habilitação que não estabelece expressamente como pressuposto a existência de uma ameaça real e suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade ou por não ter demonstrado esta ameaça grave. Com efeito, num caso como noutro, o conteúdo da acusação é que a administração não verificou a existência dessa ameaça grave.

95. Além disso, resulta claramente da parte do texto do parecer fundamentado intitulada «Ameaça para a ordem pública» que, além da acusação de transposição não suficientemente clara, também é precisamente criticada a prática administrativa.

96. Com efeito, para determinar se o objecto da acção coincide com o do parecer fundamentado, é necessário atender não apenas à redacção dos pontos na parte final deste, mas também às considerações anteriormente tecidas quanto a cada um dos pontos<sup>34</sup>.

97. Assim, nas páginas 7 a 9 do parecer fundamentado, a Comissão critica a forma como a administração aplica o § 12 da AufenthG/EWG, na medida em que o conceito de ordem pública na acepção do § 12, n.º 1, primeira frase, da AufenthG/EWG é interpretado incorrectamente (a), que as decisões não indicam suficientemente elementos de facto concretos e precisos que permitam justificar que o comportamento do indivíduo em causa constitui uma ameaça grave, real e actual para a ordem pública (b) e que uma alteração dos factos ocorrida após a última decisão das autoridades competentes já não pode ser tida em conta (c).

98. Assim, atendendo à jurisprudência do Tribunal de Justiça<sup>35</sup>, o conteúdo da segunda parte do segundo fundamento corresponde ao ponto iv) do parecer fundamentado e foi, portanto, objecto da fase pré-contenciosa.

99. Por conseguinte, esta parte do fundamento é admissível.

## 2. Quanto ao mérito

### a) Argumentação das partes

100. A Comissão critica o facto de em várias decisões se verificar, por princípio, uma

33 — Acórdão Bouchereau (já referido na nota 14, n.º 35).

34 — Acórdão Comissão/Itália (já referido na nota 22, n.ºs 36 e segs.).

35 — Acórdãos Comissão/Itália (já referido na nota 22, n.º 25) e Comissão/Alemanha (já referido na nota 32, n.º 56).

interpretação incorrecta do conceito de «ordem pública» na acepção do § 12, n.º 1, primeira frase, da AufenthG/EWG e remete para 17 decisões.

101. Alega que, em todos estes casos, as autoridades entenderam que a infracção em questão ao Código Penal já constituía, manifestamente ou por si só, uma razão de ordem pública. Os critérios «real», «grave» e «actual» da jurisprudência Bouchereau<sup>36</sup> não são nem mencionados nem analisados quanto ao mérito. Em parte, é mesmo indicado expressamente que não é necessário examinar se existem razões graves de ordem pública, dado que estas só têm de existir no caso do § 12, n.º 1, segunda frase, da AufenthG/EWG, isto é, relativamente a estrangeiros que são titulares de uma autorização de residência permanente CE. A este respeito, a Comissão remete para sete decisões.

102. Neste contexto, a Comissão sublinha de novo que só remete para casos individuais a título exemplificativo. Segundo a Comissão, os exemplos indicados evidenciam sem qualquer dúvida que não estão em causa decisões incorrectas que permaneceram isoladas, mas que estes modelos de decisão se repetem constantemente e apresentam um tal grau de generalidade que conduziram a certas práticas administrativas contrárias ao direito comunitário (embora com configurações diferentes segundo as regiões).

103. O Governo alemão contrapõe que as autoridades administrativas aplicaram correctamente o direito comunitário. Isto demonstram, por exemplo, dois dos casos mencionados pela própria Comissão, nos quais o serviço de estrangeiros revela estar plenamente consciente dos pressupostos rigorosos estabelecidos no direito comunitário. Daí que ambas as ordens de expulsão tenham a seguinte redacção: «Atendendo à jurisprudência do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, que, para a restrição à livre circulação de pessoas na sequência de uma condenação penal, estabelece como pressuposto a existência de uma ameaça suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade, deve exigir-se uma probabilidade suficiente, que deve ser apreciada à luz do princípio da proporcionalidade e, portanto, diferenciada segundo a extensão do dano, de que o estrangeiro em causa continuará no futuro a perturbar a segurança e ordem públicas.»

#### b) Apreciação jurídica

104. No âmbito de uma acção por incumprimento, incumbe à Comissão, na qualidade de demandante, alegar e provar os factos controvertidos. Neste caso, em que é alegado que a administração alemã aplicou o § 12 da AufenthG/EWG de forma contrária ao direito comunitário, esses factos são, portanto, as respectivas decisões administrativas. Porém, a Comissão não produziu as provas necessárias. Não apresentou qualquer

36 — Acórdão Bouchereau (já referido na nota 14, n.º 35).

das decisões referidas ou extractos das mesmas, limitando-se, ao invés, a apresentar listas na petição, tal como já fizera no parecer fundamentado e na notificação para apresentação de observações.

105. O argumento de que se refere a casos individuais apenas a título exemplificativo, visando pôr em causa através da acção toda uma prática administrativa, não justifica qualquer outra conclusão. Como se verificou acima<sup>37</sup>, ao censurar uma prática administrativa contrária ao direito comunitário, a Comissão tem em mente uma pluralidade de casos individuais. Contudo, para determinar se esta prática administrativa viola o direito comunitário, é necessário examinar, pelo menos, se *um* acto administrativo é comprovadamente contrário ao direito comunitário<sup>38</sup>. Todavia, não dispondo das decisões administrativas, o Tribunal de Justiça não pode efectuar essa apreciação.

106. Em consequência, esta parte do segundo fundamento deve ser julgada improcedente atendendo às regras relativas ao ónus da prova.

## VII — Terceiro fundamento: a consideração inadmissível de aspectos de prevenção geral

107. Através do terceiro fundamento, a Comissão pede ao Tribunal de Justiça que declare que o § 47, n.ºs 1 e 2, da AuslG viola o artigo 3.º, n.ºs 1 e 2, da Directiva 64/221, dado que prevê a expulsão obrigatória ou por regra em caso de condenação penal com trânsito em julgado, não permitindo atender ao comportamento pessoal, e, por conseguinte, prossegue fins de prevenção geral. Além disso, a Comissão pede que seja declarado que a prática administrativa alemã justificou ordens de expulsão de cidadãos da União com a dissuasão de outros estrangeiros.

*A — A acusação de transposição incorrecta*

### 1. Quanto à admissibilidade

#### a) Argumentação das partes

108. Segundo o Governo alemão, esta parte do terceiro fundamento constitui uma

37 — V., a este respeito, as considerações tecidas em IV. B.

38 — Acórdão Comissão/Itália (já referido na nota 18, n.º 56).



ampliação inadmissível dos fundamentos, dado que esta acusação ainda não constava do parecer fundamentado. Só foi incluída, pela primeira vez, no terceiro fundamento na ocasião da reformulação do primitivo ponto vii).

109. Ao invés, a Comissão observa já ter alegado na notificação para apresentação de observações que a base jurídica do § 47, n.<sup>os</sup> 1 e 2, da AuslG prossegue fins de prevenção geral, pelo que as decisões nela baseadas apresentam, necessariamente, um elemento de prevenção geral inadmissível e violam, por esta razão, o direito comunitário. O parecer fundamentado mantém esta acusação. A este propósito, a Comissão remete, em especial, para o terceiro parágrafo da página 11 do parecer fundamentado.

b) Apreciação jurídica

110. O ponto do parecer fundamentado intitulado «Dissuasão» contém a acusação de que o § 47, n.<sup>os</sup> 1 e 2, da AuslG prossegue fins de prevenção geral. Assim, torna suficientemente claro que, além da prática administrativa, também é criticada a transposição do direito comunitário.

111. Finalmente, a primeira parte do terceiro fundamento, na qual se refere que a legislação não torna suficientemente claro que as ordens de expulsão de cidadãos da União não podem ser baseadas numa norma de habilitação que prossiga fins de prevenção geral, apresenta um conteúdo idêntico ao do ponto iii) do parecer fundamentado. Segundo este, a legislação alemã não indica de forma suficientemente clara que as ordens de expulsão não podem ser baseadas numa norma de habilitação que, com fundamento numa condenação penal transitada em julgado, obriga, ou obriga por regra, à expulsão.

112. Com efeito, uma base jurídica que permite a expulsão com fundamento numa condenação penal transitada em julgado sem atender a outros aspectos e, em especial, ao comportamento pessoal do indivíduo em causa, prossegue principalmente fins de prevenção geral. Considerações de prevenção especial exigem, porém, uma norma de habilitação que permita ter em conta as circunstâncias particulares do caso concreto.

113. Em consequência, este fundamento já estava incluído no parecer fundamentado, pelo que é admissível.

2. Quanto ao mérito

geral. Com efeito, o § 12 da AufenthG/EWG proíbe que se atenda a fins de prevenção geral relativamente a cidadãos da União.

a) Argumentação das partes

114. A Comissão sustenta que o § 47, n.ºs 1 e 2, da AuslG prossegue fins de prevenção geral, pois a expulsão visa dissuadir outros estrangeiros de cometerem crimes idênticos ou semelhantes. Contudo, isto viola o artigo 3.º, n.ºs 1 e 2, da Directiva 64/221.

b) Apreciação jurídica

115. O Tribunal de Justiça declarou que uma expulsão só é justificada se «o comportamento pessoal do interessado revelar um risco concreto de novas perturbações graves da ordem pública»<sup>39</sup>. Concluiu ainda que uma medida de expulsão por regra decretada na sequência de uma condenação penal por uma infracção específica e com um fim de prevenção geral deve ser considerada incompatível com os princípios consagrados no âmbito da livre circulação de trabalhadores nacionais de um Estado-Membro<sup>40</sup>.

117. Quanto à apreciação jurídica da primeira parte do terceiro fundamento, pode remeter-se, no essencial, para as considerações tecidas relativamente à primeira parte do primeiro fundamento. Com efeito, a presente acusação de que a ordem jurídica alemã atende a aspectos de prevenção geral corresponde à acusação de que a legislação alemã prevê um automatismo no regime de expulsão de cidadãos da União do território federal.

116. O Governo alemão contrapõe que a legislação alemã determina de forma clara e inequívoca que a expulsão de cidadãos da União não pode prosseguir fins de prevenção

118. Com efeito, se o direito vigente prevê, obrigatoriamente ou por regra, a expulsão na sequência de uma condenação penal transitada em julgado para, ao mesmo tempo, dissuadir em geral da prática de crimes, não subsiste qualquer margem para ter em conta o comportamento pessoal do indivíduo em causa e são preponderantes considerações de prevenção geral.

39 — Acórdão Nazli (já referido na nota 12, n.º 61).

40 — Acórdão Nazli (já referido na nota 12, n.º 63).

119. A este respeito, remete-se, por isso, para as considerações tecidas *supra*, devendo concluir-se também aqui que, quando serve de base jurídica para a expulsão de cidadãos da União por razões de ordem pública e de segurança pública, o direito alemão proíbe, através do § 12 da AufenthG/EWG, considerações de prevenção geral.

120. Por conseguinte, a primeira parte do terceiro fundamento é improcedente.

## B — A acusação de aplicação incorrecta

### 1. Argumentação das partes

121. A Comissão alega que as autoridades alemãs declararam firmemente numa série de decisões que a expulsão era motivada, designadamente, por considerações de prevenção geral. A este respeito, refere como exemplo onze decisões. Afirma que, através da expulsão, se pretendia advertir outros estrangeiros e incitá-los a observar a lei. Por vezes, a fundamentação atribui mesmo especial importância ao efeito de prevenção

geral. A este respeito, remete para sete decisões, reproduzindo extractos do seu conteúdo.

122. O Governo alemão alega que as regras administrativas determinam que as ordens de expulsão de cidadãos da União não devem prosseguir fins de prevenção geral. O facto de os serviços de estrangeiros indicarem, além de razões de prevenção especial já por si suficientes para justificar a expulsão, também razões de prevenção geral, fazendo afirmações a este respeito no sentido de advertências adicionais, não é censurável.

### 2. Apreciação jurídica

123. A excepção ao princípio da livre circulação de pessoas por razões de ordem pública deve ser interpretada de forma estrita, na medida em que as circunstâncias pessoais do caso concreto devem revelar a existência de uma ameaça actual para a ordem pública<sup>41</sup>.

<sup>41</sup> — Acórdão Calfá (já referido na nota 12, n.ºs 22 a 24).

124. O Tribunal de Justiça concluiu daqui que o direito comunitário se opõe à expulsão de um nacional de um Estado-Membro baseada em razões de prevenção geral, ou seja, que tenha sido decidida com a finalidade de dissuadir outros estrangeiros<sup>42</sup>, em particular quando a expulsão é decidida de forma automática na sequência de uma condenação penal, sem ter em conta quer o comportamento pessoal do autor da infracção quer o perigo que ele representa para a ordem pública<sup>43</sup>.

125. Importa, antes de mais, notar que o Governo alemão não pode justificar a prática administrativa alegando que as regras administrativas alemãs não permitem que uma fundamentação seja baseada em considerações de prevenção geral. Com efeito, por um lado, não está em causa a base jurídica, mas sim o facto de que várias ordens de expulsão se baseavam em considerações de prevenção geral. Por outro, a proibição de justificar expulsões com considerações de prevenção geral resulta logo do direito primário, que também é vinculativo para a administração.

126. O Governo alemão não contesta que na fundamentação de várias decisões sejam referidas considerações de prevenção geral. Contudo, sublinha que a prevenção geral foi

apenas referida «adicionalmente», estando a própria expulsão já justificada pelas circunstâncias pessoais do indivíduo a expulsar.

127. A fundamentação de uma decisão administrativa em relação a um particular reflecte o que a autoridade considerou relevante para a sua decisão. Ao incluir considerações de prevenção geral na sua fundamentação, revela que tais considerações também a levaram a decidir dessa forma e nessa medida.

128. A fundamentação dos actos administrativos também se destina a proteger o particular, uma vez que este deve poder defender-se dos argumentos dela constantes. Se a fundamentação contém elementos de prevenção geral, a protecção do particular pode ser limitada, na medida em que este não dispõe de qualquer possibilidade de refutar essas acusações, pois os motivos de prevenção geral não radicam na sua pessoa mas em factores gerais que lhe são alheios.

129. Por conseguinte, entendo que para existir um incumprimento é suficiente que a fundamentação contenha elementos de prevenção geral, pois neste caso, pelo menos na perspectiva do particular, a prevenção

42 — Acórdão de 26 de Fevereiro de 1975, *Bonsignore* (67/74, *Colect.*, p. 125, n.º 7).

43 — Acórdão *Orfanopoulos e o.* (já referido na nota 12, n.º 68); v. acórdãos *Calfa* (já referido na nota 12, n.º 27), e *Nazi* (já referido na nota 12, n.º 59).

geral foi vertida na fundamentação e não é evidente que, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, da Directiva 64/221, só pode ser atribuída importância decisiva ao comportamento pessoal e, portanto, apenas a considerações de prevenção especial.

130. Por conseguinte, a segunda parte do terceiro fundamento é procedente.

### **VIII — Quarto fundamento: o direito fundamental ao respeito da vida familiar**

131. Através do quarto fundamento, a Comissão pede que seja declarado que as autoridades alemãs adoptaram ordens de expulsão de cidadãos da União que não observam a adequação entre, por um lado, o direito fundamental ao respeito da vida familiar, consagrado no artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (a seguir «CEDH») e, por outro, a manutenção da ordem pública. A Comissão alega, essencialmente, a violação do princípio da proporcionalidade, que deve ser respeitado no âmbito da ponderação exigida pelo artigo 8.º da CEDH.

132. A CEDH faz parte dos direitos fundamentais que, nos termos do artigo 6.º, n.º 2, UE, confirmado por jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, são protegidos na ordem jurídica comunitária. A CEDH abrange direitos fundamentais e direitos do Homem que também devem ser respeitados pelos Estados-Membros no âmbito de aplicação do direito comunitário<sup>44</sup>.

133. Segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, ao tomarem medidas de ordem pública, os Estados-Membros devem respeitar o princípio da proporcionalidade, assegurando que tais medidas sejam adequadas para garantir a realização do objectivo que prosseguem e não ultrapassem o que é necessário para atingir esse objectivo<sup>45</sup>.

134. Nesta matéria, compete às autoridades nacionais apreciar em cada caso concreto, à luz da condição jurídica especial das pessoas sujeitas ao direito comunitário e da natureza fundamental do princípio da livre circulação

44 — V., quanto ao direito fundamental ao respeito da vida familiar, acórdão de 11 de Julho de 2002, Carpenter (C-60/00, Colect., p. I-6279, n.º 41).

45 — Acórdãos de 26 de Novembro de 2002, Olazabal (C-100/01, Colect., p. I-10981, n.º 43), e Carpenter (já referido na nota 44, n.º 42).

de pessoas, a existência de uma ameaça para a ordem pública<sup>46</sup>.

outro, relativamente à ponderação incorrecta dos mesmos.

135. Neste contexto, deve tomar-se como ponto de partida a jurisprudência pertinente do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (a seguir «TEDH») relativa à aplicação do artigo 8.º, n.º 2, da CEDH. No essencial, está em causa a questão de saber que interesses que devem ser tidos em conta e ponderados para apreciar a necessidade de uma ingerência no direito fundamental ao respeito da vida familiar garantido pela CEDH.

A — *Falta de ponderação dos interesses*

138. A Comissão alega que os serviços de estrangeiros alemães não analisaram, de todo, a questão da proporcionalidade num grande número de casos ou partiram do princípio de que a expulsão automática não permite o exame da proporcionalidade.

136. Há que ter em conta, designadamente, o tipo e a gravidade da infracção cometida, a duração da residência e a integração no país que ordena a expulsão, a nacionalidade do interessado, a sua situação familiar, bem como eventuais dificuldades que ele e os seus familiares possam encontrar no país de origem do interessado<sup>47</sup>.

139. Assim, neste âmbito, não é necessário examinar a questão de saber se a expulsão era efectivamente proporcionada.

137. Com base no fundamento invocado pela Comissão, importa examinar a prática administrativa alemã quanto a dois aspectos, por um lado, relativamente à falta de ponderação dos interesses em causa e, por

140. Note-se que, precisamente no que se refere à aplicação incorrecta do § 47 da AuslG, o conteúdo da presente acusação cobre, no essencial, o da acusação de aplicação incorrecta formulada no primeiro fundamento. De facto, é natural que, se a autoridade entende que a expulsão é obrigatória, mesmo que o direito nacional exija, em princípio, o exame da proporcionalidade,

46 — Acórdão Bouchereau (já referido na nota 14, n.º 29).

47 — V., da jurisprudência mais recente do TEDH, acórdãos Mokrani c. França de 15 de Julho de 2003, n.º 52206/99, § 30, e Boutif c. Suíça de 2 de Agosto de 2001, *Colectânea dos acórdãos e decisões* 2001-IX, §§ 39, 41 e 46.

este não será realizado tão completamente quanto o necessário.

B — *Ponderação incorrecta dos interesses*

141. O Governo alemão não contesta que em várias decisões é expressamente referido que não foi ou não pôde ser efectuado o exame da proporcionalidade. Limita-se a referir que as decisões viciadas por erros foram corrigidas, designadamente, por via judicial.

142. De qualquer modo, as autoridades administrativas alemãs consideraram e decidiram num caso que a expulsão era obrigatória. Isto foi constatado, no âmbito do exame do primeiro fundamento, relativamente à decisão do Regierungspräsidium de Freiburg de 23 de Março de 2000. Além disso, a Comissão referiu vários casos do mesmo tipo que foram decididos de forma semelhante.

143. Por conseguinte, deve concluir-se que os serviços de estrangeiros alemães ordenaram expulsões contrárias ao direito comunitário, na medida em que não examinaram a proporcionalidade da decisão ao aplicarem o § 47 da AuslG e que, em consequência, não tiveram em conta o significado do artigo 8.º da CEDH.

144. A Comissão censura igualmente o carácter desproporcionado das decisões, devido ao facto de as autoridades não terem tido adequadamente em conta a importância do direito fundamental ao respeito da vida privada e familiar. Alega que o incumprimento consiste precisamente na ponderação incorrecta efectuada no caso concreto. Deste modo, admite que os direitos fundamentais foram tomados em consideração, criticando porém o peso que lhes foi atribuído. A este propósito, importa referir que a Comissão não efectuou uma diferenciação clara face aos casos supramencionados em A. Com efeito, a Comissão indica aqui também casos em que as autoridades se consideraram obrigadas a prescindir do exame da proporcionalidade.

145. Quanto à ponderação dos interesses, deve ter-se em conta que, de acordo com a prática do TEDH<sup>48</sup>, os Estados possuem, em princípio, uma grande margem de discricionariedade na execução da sua política de imigração, desde que os direitos consagrados

48 — V., também, TEDH, acórdão Adam c. Alemanha de 4 de Outubro de 2001, n.º 43359/98, na qual não foi declarada qualquer violação do artigo 8.º da CEDH.

na CEDH não sejam afectados de forma desproporcionada<sup>49</sup>.

como com o conteúdo do parecer fundamentado e da notificação para apresentação de observações.

146. Só se deve concluir que existe violação dos direitos fundamentais garantidos pelo direito comunitário quando resulta claramente das circunstâncias que os valores basilares da CEDH e, em consequência, os direitos do interessado foram manifestamente ignorados. Este é o caso, por exemplo, quando a autoridade não se pronuncia sobre os laços familiares concretamente existentes, embora seja manifesto que estes podem revestir importância decisiva no caso em apreço. Assim, não basta declarar que nenhuma razão de natureza familiar pode ser invocada em sentido contrário.

148. O Governo alemão não contesta o argumento da Comissão segundo o qual a fundamentação de várias ordens de expulsão não ilustra suficientemente o contexto familiar. Além disso, sublinha que, em qualquer caso, as ordens de expulsão desproporcionadas foram anuladas pelos tribunais.

147. É certo que só dificilmente é possível extrair das indicações da Comissão se as razões de natureza familiar não foram efectivamente consideradas nas decisões concretas. A Comissão limita-se a indicar vários aspectos da vida familiar que, segundo ela, não foram equacionados com a infracção da pessoa a expulsar. Porém, em última análise, os argumentos da Comissão tornam-se claros através da comparação com vários casos listados noutros pontos da petição bem

149. Ora, em minha opinião, isto não é suficiente para afastar a suspeita de que a administração não atendeu suficientemente a aspectos da vida familiar ao apreciar uma parte não despicienda dos casos. De facto, como foi acima referido, não é decisivo se a expulsão era efectivamente proporcionada, mas sim se as considerações que conduziram à expulsão foram suficientemente expressas na fundamentação.

150. Importa ainda examinar se, em caso de expulsão de cidadãos comunitários, é também necessário considerar, no âmbito da ponderação de interesses, se o interessado tem, em princípio, um direito de residência.

49 — Conclusões apresentadas pelo advogado-geral L. A. Geelhoed em 25 de Maio de 2004 no processo Ayaz (acórdão de 30 de Setembro de 2004, C-275/02. Colect., p. I-8765, n.º 84).



151. Com efeito, enquanto a própria CEDH<sup>50</sup> não garante qualquer direito de residência propriamente dito, o direito comunitário contém uma série de referências ao direito de residência. Segundo o Governo alemão, é possível invocar contra a protecção acrescida de pessoas com direito de residência que a CEDH se opõe a níveis diferentes de protecção dos direitos fundamentais. Porém, este entendimento não é correcto. Ao invés, é mesmo possível inferir da jurisprudência do TEDH que a expulsão de determinados grupos de pessoas, como, por exemplo, imigrantes da segunda geração ou titulares de uma autorização de residência permanente<sup>51</sup>, está sujeita a critérios especialmente rigorosos.

um lado, o direito fundamental ao respeito da vida familiar na acepção do artigo 8.º da CEDH e, por outro, a manutenção da ordem pública.

153. Em consequência, o quarto fundamento é procedente.

#### **IX — Quinto fundamento: a decisão de execução imediata**

#### *C — Conclusão*

152. Face ao exposto, deve concluir-se que a Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do direito comunitário pelo facto de terem sido emitidas ordens de expulsão de cidadãos da União que não observam a adequação entre, por

154. Através do quinto fundamento, a Comissão pede ao Tribunal de Justiça que declare que as autoridades alemãs violaram o artigo 9.º, n.º 1, da Directiva 64/221 ao decidirem a execução imediata de ordens de expulsão de cidadãos da União sem que existisse motivo de urgência.

#### *A — Argumentação das partes*

50 — A este respeito, v. apenas TEDH, acórdãos Radovanovic c. Áustria de 22 de Abril de 2004, n.º 42703/98, § 30, e Abdulaziz, Cabales e Balkandali e Reino Unido de 28 de Maio de 1985, série A, n.º 94, § 68.

51 — TEDH, acórdão Radovanovic c. Áustria (já referido na nota 50, § 36).

155. A Comissão sustenta que a prática administrativa alemã afirma regularmente

— quase sistematicamente — e sem fundamentação suficiente a verificação dos pressupostos para que seja ordenada a execução imediata da expulsão. Está em causa, designadamente, o interesse público na execução imediata da decisão, exigido pelo § 80, n.º 2, primeira frase, ponto 4, da Verwaltungsgerichtsordnung (Código do contencioso administrativo), que prevalece sobre o interesse privado na suspensão dos seus efeitos em caso de interposição de recurso.

156. O Governo alemão admite que, em muitos casos de expulsão de cidadãos da União, é também ordenada a execução imediata dessa decisão. Porém, contesta que a execução imediata seja ordenada sistematicamente sem fundamentação suficiente. Pelo contrário, a execução imediata resulta sempre de um exame autónomo dos seus pressupostos específicos em cada caso.

B — *Apreciação jurídica*

157. No que se refere ao quinto fundamento, importa analisar, em primeiro lugar, a jurisprudência emanada do Tribunal de Justiça na pendência do presente processo.

1. O alcance do acórdão Orfanopoulos e Oliveri

158. No processo de reenvio prejudicial resultante da apensação dos processos C-482/01 e C-493/01<sup>52</sup>, o Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se, nomeadamente, sobre a questão de saber se o artigo 9.º da Directiva 64/221 se opõe a uma legislação que não prevê, relativamente a uma decisão de expulsão adoptada por um Regierungspräsidium, um processo de oposição compreendendo também um exame da oportunidade dessa decisão, quando não foi criada uma autoridade independente dessa administração.

159. Naquele processo estava em causa uma disposição nacional que estabelece que não há lugar a um procedimento pré-contencioso, durante o qual a legalidade e a oportunidade de um acto administrativo são verificadas pela autoridade imediatamente superior, quando o acto administrativo tiver sido adoptado por um Regierungspräsidium (v. § 6a da baden-württembergisches Ausführungsgesetz zur Verwaltungsgerichtsordnung, lei do Land Baden-Württemberg relativa à aplicação do código do contencioso administrativo).

160. O Tribunal de Justiça respondeu que o artigo 9.º, n.º 1, da Directiva 64/221 se opõe a

52 — Acórdão Orfanopoulos e o. (já referido na nota 12, n.ºs 101 e segs.).

uma disposição que não prevê um processo de oposição nem um recurso, que abranja também um exame da oportunidade, contra uma decisão de expulsão de um cidadão de outro Estado-Membro tomada por uma autoridade administrativa, quando não foi criada uma autoridade independente dessa administração.

161. Em contrapartida, no presente processo, a Comissão formula a acusação de que a administração ordenou regularmente a expulsão sem que existisse motivo de urgência.

2. A falta de exame de um motivo de urgência

162. Há que dar razão ao Governo alemão quando afirma que a expulsão está, em princípio, sujeita a exigências muito estritas, pelo que a diferença entre estas exigências e aquelas a que a execução imediata está subordinada não é imediatamente perceptível.

163. Em contrapartida, a comparação entre o artigo 7.º e o artigo 9.º da Directiva 64/221 mostra que, para além dos pressupostos da

ordem de expulsão, a redução do prazo de permanência no território do Estado tem de respeitar exigências especiais.

164. Isto significa que a urgência pressuposta pelo artigo 9.º da Directiva 64/221 não pode dizer respeito à ameaça que, em princípio, existe para a ordem pública, mas que, independentemente dessa ameaça, deve dizer respeito ao facto de não ser possível esperar até que tenha decorrido o prazo para interposição de recurso ordinário.

165. Ao ser ordenada a execução imediata são limitados os direitos de defesa do particular em benefício da ordem pública. Com efeito, se um recurso não tem, em princípio, o efeito suspensivo previsto, é limitada a eficácia dos meios de defesa e o prazo de defesa. Assim, ao examinar a proporcionalidade da decisão de execução imediata é necessário considerar, para além das exigências relativas ao perigo para a ordem pública que condicionam a expulsão, também o direito fundamental a ser ouvido que, no direito comunitário, é garantido pelo artigo 6.º da CEDH. Antes de decidir ordenar a execução imediata, a autoridade administrativa tem de equacionar este direito fundamental no caso concreto para determinar se existe motivo de urgência.

166. Isto foi omitido pelo Landratsamt Göppingen na sua decisão de 23 de Maio

de 1996, que fundamentou nos seguintes termos: «A execução imediata desta decisão foi ordenada por razões preponderantes de interesse público. Para prevenir a prática de novos crimes após uma eventual libertação da prisão, é necessário que abandone o território federal mesmo ainda antes da conclusão de um eventual procedimento administrativo contencioso.»

167. Além disso, a Comissão referiu vários casos em que os serviços de estrangeiros alemães fundamentaram em termos análogos a decisão de execução imediata.

168. É certo que o Governo alemão alega que, na Alemanha, a decisão de execução imediata deve, em princípio, ser examinada autonomamente. Porém, não contesta que, como a Comissão alegou, são indicadas em vários casos as mesmas considerações para fundamentar essa decisão, ou seja, o perigo para a ordem pública.

169. Importa, pois, concluir que a Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do direito comunitário, na medida em que foi decidida a execução imediata de ordens de expulsão de cidadãos da União sem ter sido examinado se os

pressupostos da urgência estavam preenchidos.

170. Em consequência, o quinto fundamento é procedente.

## X — Quanto às despesas

171. Por força do n.º 2 do artigo 69.º do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Contudo, nos termos do artigo 69.º, n.º 3, se cada parte obtiver vencimento parcial, o Tribunal de Justiça pode determinar que as despesas sejam repartidas entre as partes ou que cada uma das partes suporte as suas próprias despesas.

172. Tendo a Comissão e a República Federal da Alemanha sido parcialmente vencidas, devem ser condenadas nas respectivas despesas. Em conformidade com o disposto no artigo 69.º, n.º 4, do Regulamento de Processo, a República Italiana, interveniente no processo, deverá suportar as suas próprias despesas.

## XI — Conclusão

173. Com base no exposto, propomos que o Tribunal de Justiça declare que:

«1. Ao

- ter baseado ordens de expulsão de cidadãos da União na norma de habilitação do § 47, n.<sup>os</sup> 1 e 2, da AuslG, a qual obriga, ou obriga por regra, à expulsão com fundamento numa condenação penal transitada em julgado,
  
- não ter transposto de forma suficientemente clara, para o § 12, n.º 1, primeira frase, da AufenthG/EWG, as exigências resultantes do direito comunitário em matéria de títulos de residência temporária e ao ter justificado ordens de expulsão de cidadãos da União com fins de prevenção geral,
  
- ter adoptado ordens de expulsão de cidadãos da União que não observam a adequação entre, por um lado, o direito fundamental ao respeito da vida privada e familiar e, por outro, a manutenção da ordem pública,

- ter ordenado a execução imediata de ordens de expulsão de cidadãos da União, sem examinar se existia motivo de urgência,

a República Federal da Alemanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 18.º CE e 39.º CE, do artigo 8.º da CEDH enquanto princípio geral do direito comunitário, bem como dos artigos 3.º e 9.º da Directiva 64/221/CEE 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.

2. A acção é julgada improcedente quanto ao restante.

3. A Comissão, a República Federal da Alemanha e a República Italiana são condenadas nas respectivas despesas.»

## ANEXO

### (Quadro jurídico)

#### A — *Direito comunitário*

##### 1. Directiva 64/221/CEE

###### «Artigo 3.º

1. As medidas de ordem pública ou de segurança pública devem fundamentar-se, exclusivamente, no comportamento pessoal do indivíduo em causa.

2. A mera existência de condenações penais não pode, por si só, servir de fundamento à aplicação de tais medidas.

[...]»

###### «Artigo 9.º

1. Não sendo possível interpor recurso para órgãos jurisdicionais, ou, se este recurso apenas permite conhecer da legalidade da decisão, ou, quando não tem efeito suspensivo, a decisão da autoridade administrativa que recuse a renovação da

autorização de residência ou que determine a expulsão do titular de uma autorização de residência, salvo por motivo de urgência, só será proferida após a obtenção do parecer prévio de uma autoridade competente do país de acolhimento, perante o qual o interessado deve poder deduzir os seus meios de defesa e fazer-se assistir ou representar nos termos previstos na legislação nacional.

Esta autoridade deve ser diferente da que for competente para proferir a decisão de recusa de renovação da autorização de residência ou de expulsão.

2. As decisões de recusa de emissão da primeira autorização de residência, bem como as decisões de expulsão proferidas antes da emissão da referida autorização, serão submetidas, a pedido do interessado, à apreciação da autoridade competente para emitir o parecer prévio previsto no n.º 1. O interessado será, então, autorizado a apresentar pessoalmente os seus meios de defesa, salvo quando a isso se oponham os interesses da segurança nacional.»

## 2. Regulamento (CEE) n.º 1612/68

### «Artigo 1.º

1. Os nacionais de um Estado-Membro, independentemente do local da sua residência, têm o direito de aceder a uma actividade assalariada e de a exercer no território de outro Estado-Membro, em conformidade com as disposições legislativas, regulamentares e administrativas que regem o emprego dos trabalhadores nacionais deste Estado.



2. Beneficiarão, nomeadamente, no território de outro Estado-Membro, da mesma prioridade que os nacionais deste Estado no acesso aos empregos disponíveis.»

3. Directiva 73/148/CEE

«Artigo 1.º

1. Os Estados-Membros suprimirão, nas condições previstas na presente directiva, as restrições à deslocação e à permanência:

- a) Dos nacionais de um Estado-Membro estabelecidos ou que desejem estabelecer-se em outro Estado-Membro para nele exercerem uma actividade não assalariada, ou nele desejem efectuar uma prestação de serviços;
- b) Dos nacionais dos Estados-Membros que desejem deslocar-se a outro Estado-Membro na qualidade de destinatários de uma prestação de serviços;
- c) Do cônjuge e filhos com menos de 21 anos destes nacionais independentemente da sua nacionalidade;
- d) Dos ascendentes e descendentes destes nacionais e dos respectivos cônjuges que estejam a seu cargo, independentemente da sua nacionalidade.

2. Os Estados-Membros favorecerão a admissão de qualquer outro familiar dos nacionais referidos no n.º 1, alíneas a) e b), ou do respectivo cônjuge, que se encontre a seu cargo ou que viva sob o mesmo tecto no país de origem.»

«Artigo 4.º

1. Os Estados-Membros reconhecem o direito de residência permanente aos nacionais dos outros Estados-Membros que se estabeleçam no seu território para nele exercerem uma actividade não assalariada quando, por força do Tratado, tiverem sido suprimidas as restrições relativas a essa actividade.

O direito de residência é comprovado pela emissão de um documento denominado 'Cartão de Residência de Nacional de um Estado-Membro das Comunidades Europeias'. Este documento é válido durante, pelo menos, cinco anos a partir da data da emissão e é automaticamente renovável.

As interrupções de residência que não ultrapassem seis meses consecutivos, bem como as ausências motivadas pelo cumprimento de obrigações militares, não afectam a validade do cartão de residência.

O cartão de residência válido não pode ser retirado aos nacionais referidos na alínea a), do n.º 1, do artigo 1.º, pelo simples facto de já não exercerem a actividade por motivo de incapacidade temporária decorrente de doença ou acidente.

Os nacionais de um Estado-Membro não referidos no primeiro parágrafo, mas autorizados a exercer uma actividade no território de outro Estado-Membro por força da legislação deste Estado, obterão a autorização de residência de duração, pelo menos, igual à da autorização concedida para o exercício da actividade.

Todavia, os nacionais referidos no primeiro parágrafo a que se passe a aplicar, na sequência de uma mudança de actividade, o disposto no parágrafo anterior, conservam o cartão de residência até ao termo da sua validade.

2. Relativamente aos prestadores e aos destinatários de serviços, o direito de permanência corresponde à duração da prestação.

Se esta duração for superior a três meses, o Estado-Membro em que se efectuar a prestação emite a autorização de residência comprovativa desse direito.

Se essa duração for inferior ou igual a três meses, o bilhete de identidade ou o passaporte ao abrigo do qual o interessado entrou no território bastam para a sua estada. O Estado-Membro pode, contudo, exigir que o interessado comunique a sua presença no território.

3. Quando um familiar não for nacional de um Estado-Membro, é-lhe concedido um documento de residência com a mesma validade do concedido ao nacional de que depende.»

«Artigo 5.º

O direito de permanência refere-se à totalidade do território do Estado-Membro.»

«Artigo 8.º

Os Estados-Membros só podem derrogar a presente directiva por razões de ordem pública, segurança pública ou saúde pública.»

«Artigo 10.º

1. A directiva do Conselho de 25 de Fevereiro de 1964, relativa à supressão das restrições à deslocação e à permanência dos nacionais dos Estados-Membros na Comunidade em matéria de estabelecimento e de prestação de serviços, continua a aplicar-se até à execução da presente directiva pelos Estados-Membros.

2. Os documentos de residência emitidos nos termos da directiva referida no n.º 1, e válidos no momento da execução da presente directiva, conservam a sua validade até ao final do prazo.»

#### 4. Directiva 90/364/CEE

##### «Artigo 1.º

1. Os Estados-Membros concederão o direito de residência aos nacionais dos Estados-Membros que não beneficiem desse direito por força de outras disposições de direito comunitário e aos membros das respectivas famílias tal como são definidos no n.º 2, na condição de disporem, para si próprios e para as suas famílias, de um seguro de doença que cubra todos os riscos no Estado-Membro de acolhimento e de recursos suficientes para evitar que se tornem, durante a sua permanência, uma sobrecarga para a assistência social do Estado-Membro de acolhimento.

Os recursos referidos no primeiro parágrafo são considerados suficientes quando sejam superiores ao nível de rendimentos aquém do qual o Estado-Membro de acolhimento pode conceder assistência social aos seus nacionais, tendo em conta a situação pessoal do requerente e, eventualmente, das pessoas consideradas beneficiários por força do n.º 2 do presente artigo.

Quando o segundo parágrafo não possa ser aplicado, os recursos do requerente serão considerados suficientes quando forem superiores ao nível da pensão mínima de segurança social paga pelo Estado-Membro de acolhimento.

2. Gozam do direito de se instalar com o titular do direito de residência noutro Estado-Membro, independentemente da sua nacionalidade:

a) O seu cônjuge e os seus descendentes a cargo;

- b) Os ascendentes do titular do direito de residência e do seu cônjuge que se encontrem a cargo daquele.»

«Artigo 2.º

1. O direito de residência é consignado através da emissão de um documento denominado 'Cartão de Residência de Nacional de um Estado-Membro da CEE', cuja validade pode ser limitada a um prazo de cinco anos renovável. Todavia, se o considerarem necessário, os Estados-Membros podem solicitar a revalidação do cartão no termo dos dois primeiros anos de residência. Quando um membro da família não tiver a nacionalidade de um Estado-Membro, ser-lhe-á emitido um documento de residência com a mesma validade do concedido ao nacional de que depende.

Para a emissão do cartão ou do documento de residência, o Estado-Membro apenas pode pedir ao requerente que apresente um bilhete de identidade ou um passaporte válido e que comprove que satisfaz as condições previstas no artigo 1.º

2. Os artigos 2.º e 3.º, o n.º 1, alínea a), e o n.º 2 do artigo 6.º e o artigo 9.º da Directiva 68/360/CEE são aplicáveis *mutatis mutandis* aos beneficiários da presente directiva.

O cônjuge e os filhos a cargo de um nacional de um Estado-Membro beneficiário do direito de residência no território de um Estado-Membro gozam do direito de aceder a qualquer actividade assalariada ou não assalariada em todo o território desse mesmo Estado-Membro, mesmo que não possuam a nacionalidade de um Estado-Membro.

Os Estados-Membros apenas podem derogar o disposto na presente directiva por razões de ordem pública, segurança pública ou saúde pública. Nesse caso, será aplicável a Directiva 64/221/CEE.

3. A presente directiva não prejudica a legislação existente em matéria de aquisição de residências secundárias.»

## B — *Direito nacional*

1. A Ausländergesetz (lei sobre os estrangeiros)

«§ 45 Expulsão

(1) Um estrangeiro pode ser expulso se a sua permanência no território ameaçar a segurança pública, a ordem pública ou outros interesses fundamentais da República Federal da Alemanha.

(2) Ao tomar a decisão de expulsão é necessário ter em conta

1. a duração do período de residência legal e os laços dignos de protecção, designadamente pessoais e económicos, que o estrangeiro tenha no território federal,
2. as consequências da expulsão para os membros da família do estrangeiro que se encontrem legalmente no território federal e com ele residam em comunhão familiar e [...]»

«§ 46 Motivos de expulsão

Pode ser expulso nos termos do § 45, n.º 1, em especial, quem

[...]

2. tenha cometido uma infracção, não apenas isolada ou de pouca gravidade, a disposições jurídicas, decisões ou ordens judiciais ou administrativas ou tenha cometido um crime fora do território federal, que seja considerado um crime doloso no território federal,

3. violar uma disposição jurídica ou uma decisão administrativa relativa ao exercício da prostituição,

4. consumir heroína, cocaína ou um estupefaciente igualmente perigoso e não esteja disposto a submeter-se a um tratamento necessário para a sua reabilitação ou o interrompa, [...]»



«§ 47 Expulsão por comportamento especialmente perigoso

(1) Um estrangeiro é expulso quando,

1. pela prática de um ou mais crimes dolosos, for condenado, com trânsito em julgado, a uma pena de privativa de liberdade ou a uma pena por delinquência juvenil de, no mínimo, três anos, ou, pela prática de crimes dolosos, for condenado, com trânsito em julgado, num período de cinco anos, a várias penas privativas de liberdade ou penas por delinquência juvenil com a duração total de, no mínimo, três anos, ou quando, na última condenação com trânsito em julgado, lhe tenha sido aplicada medida de segurança privativa da liberdade, ou
  
2. pela prática de um crime doloso previsto na Betäubungsmittelgesetz, por ofensa à paz pública nas condições referidas no § 125a, segunda frase, do Strafgesetzbuch ou por ofensa à paz pública cometida no quadro de uma reunião pública proibida ou de um desfile proibido nos termos do § 125 do Strafgesetzbuch, for condenado, com trânsito em julgado, a uma pena por delinquência juvenil de, no mínimo, dois anos ou a uma pena privativa de liberdade, e a execução da pena não tenha sido suspensa.

(2) Um estrangeiro é, em regra, expulso quando,

1. pela prática de um ou vários crimes dolosos, tenha sido condenado, com trânsito em julgado, a uma pena por delinquência juvenil de, no mínimo, dois anos ou a uma pena privativa de liberdade, e a execução da pena não tenha sido suspensa,

2. em violação das disposições da Betäubungsmittelgesetz e sem autorização, cultive, produza, importe, faça transitar ou exporte, venda, ceda a outrem ou de qualquer outro modo ponha em circulação um estupefaciente ou o comercialize, ou instigue à prática de um destes actos ou deles seja cúmplice,
  
3. no quadro de uma reunião pública proibida ou dissolvida ou de um desfile proibido ou dissolvido participe, como autor ou cúmplice, em actos de violência contra pessoas ou coisas, cometidos colectivamente por vários indivíduos de modo que coloque em perigo a segurança pública,

[...]

(3) Um estrangeiro que beneficie de protecção acrescida contra a expulsão nos termos do § 48, n.º 1, deve, em regra, ser expulso nos casos previstos no n.º 1. Nos casos previstos no n.º 2, a expulsão é objecto de decisão discricionária. A expulsão de um estrangeiro de idade compreendida entre 18 e 21 anos que cresceu no território federal e que possua uma autorização de residência permanente ou um direito de residência (Aufenthaltsberechtigung) é objecto de decisão discricionária nos casos previstos nos n.ºs 1 e 2. Os n.ºs 1 e 2, ponto 1, não se aplicam a estrangeiros menores.»

«§ 48 Protecção especial contra a expulsão

(1) Um estrangeiro que

1. possua um direito de residência (Aufenthaltsberechtigung),

2. possua uma autorização de residência permanente e tenha nascido no território federal, ou aí tenha entrado na sua menoridade,
  
3. possua uma autorização de residência permanente e viva casado ou em união de facto com um estrangeiro referido nos pontos 1 e 2,
  
4. resida com um cidadão alemão da sua família,
  
5. seja reconhecidamente beneficiário do direito de asilo, goze do estatuto de refugiado estrangeiro no território federal ou possua um documento de viagem emitido por uma autoridade da República Federal da Alemanha nos termos da Convenção relativa ao estatuto dos refugiados de 28 de Julho de 1951 (BGBl. 1953 11, p. 559),
  
6. possua uma autorização de residência concedida nos termos do § 32a,

só pode ser expulso por razões graves de segurança pública e de ordem pública. Em regra, existem razões graves de segurança e ordem públicas nos casos referidos no § 47, n.º 1.

(2) Um estrangeiro menor, cujos pais ou cujo progenitor que exerça o poder paternal se encontrem legalmente no território federal, não pode ser expulso, a menos que tenha sido condenado, com trânsito em julgado, pela prática reiterada de crimes dolosos cuja gravidade não seja reduzida, de crimes graves ou de um crime particularmente grave. Um adolescente que tenha crescido no território federal e que resida com os seus pais só pode ser expulso nos termos do § 47, n.ºs 1 e 2, ponto 1, e n.º 3.»

2. A Gesetz über Einreise und Aufenthalt von Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (lei sobre a entrada e residência dos nacionais dos Estados-Membros da Comunidade Económica Europeia, Aufenthaltsgesetz/EWG)

«§ 12 Restrições à livre circulação

(1) No quadro da livre circulação garantida por esta lei e sem prejuízo de limitações previstas em disposições anteriores, a recusa de entrada, de autorização de residência CE ou da sua renovação, as medidas restritivas nos termos do § 3, n.º 5, do § 12, n.º 1, segunda frase, e do § 14 da Ausländergesetz, bem como a expulsão ou afastamento do território das pessoas referidas no § 1 só são admissíveis por razões de ordem pública, segurança pública ou saúde pública (artigo 48.º, n.º 3, artigo 56.º, n.º 1, do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia). Os estrangeiros que são titulares de uma autorização de residência permanente CE só podem ser expulsos por razões graves de ordem pública ou segurança pública.

(2) As decisões ou medidas referidas no n.º 1 não devem ser tomadas com objectivos económicos.

(3) As decisões ou medidas referidas no n.º 1 só devem ser tomadas quando o comportamento pessoal de um estrangeiro as justificar. Isto não se aplica a decisões ou medidas tomadas para proteger a saúde pública.

(4) Uma condenação penal não pode, por si só, servir de fundamento à aplicação das decisões ou medidas referidas no n.º 1.

[...]

(7) Se for recusada a emissão ou a renovação da autorização de residência CE, ordenada a expulsão ou ameaçado o afastamento do território, deve ser indicado o prazo concedido ao estrangeiro para abandonar o território onde vigora a presente lei. Excepto se existir motivo de urgência, o prazo não pode ser inferior a quinze dias caso ainda não tenha sido emitida qualquer autorização de residência CE e a um mês caso já tenha sido emitida uma autorização de residência CE.

[...]»

3. O § 80, n.º 2, do Verwaltungsgerichtsordnung (Código do Contencioso Administrativo, VwGO)

«(2) O efeito suspensivo só está excluído

[...]

4. nos casos em que, no interesse público ou no interesse especial preponderante de uma parte, a execução imediata é especificamente ordenada pela autoridade que adoptou o acto administrativo ou que decide do recurso.

Os *Länder* também podem determinar que os recursos não têm efeito suspensivo quando tenham por objecto medidas de execução administrativa por eles adoptadas nos termos do direito federal.

(3) Nos casos do n.º 2, ponto 4, o interesse especial na execução imediata do acto administrativo deve ser fundamentado por escrito. Não é necessária fundamentação especial quando, em caso de perigo iminente, em particular para a vida, a saúde ou o património, a autoridade toma a título preventivo uma medida designada como medida de emergência no interesse público.»