



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MELCHIOR WATHELET
apresentadas em 31 de janeiro de 2013¹

Processo C-534/11

Mehmet Arslan

contra

Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Nejvyšší správní soud (República Checa)]

«Nacional de um país terceiro — Permanência irregular — Detenção para efeitos de recondução à fronteira — Diretiva 2008/115/CE — Pedido de proteção internacional — Diretiva 2005/85/CE — Diretiva 2003/9/CE — Abuso de direito»

I — Introdução

1. O presente pedido de decisão prejudicial, apresentado na Secretaria do Tribunal de Justiça em 20 de outubro de 2011, tem por objeto, designadamente, a interpretação do artigo 2.º, n.º 1, lido em conjugação com o considerando 9, da Diretiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2008, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular² (a seguir «diretiva 'regresso'»), e a conjugação destas disposições com a Diretiva 2005/85/CE do Conselho, de 1 de dezembro de 2005, relativa a normas mínimas aplicáveis ao procedimento de concessão e retirada do estatuto de refugiado nos Estados-Membros³.

2. O presente reenvio prejudicial inscreve-se no âmbito de um litígio entre M. Arslan, cidadão turco, e a Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie (polícia da República Checa, Direção Regional da Polícia da Região de Ústí nad Labem, Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (a seguir «recorrida no processo principal»). M. Arslan entrou e permaneceu no território da República Checa sem autorização adequada. A recorrida no processo principal decidiu detê-lo durante um período de 60 dias a fim de proceder ao seu afastamento administrativo. M. Arslan recorreu para os tribunais checos da decisão da recorrida no processo principal de prorrogar a sua detenção por um período suplementar de 120 dias. M. Arslan alega que, à data da adoção da decisão de prorrogar a sua detenção, já não existia nenhuma perspetiva razoável de que o seu afastamento pudesse ter lugar antes

1 — Língua original: francês.

2 — JO L 348, p. 98.

3 — JO L 326, p. 13, e retificação no JO 2006, L 236, p. 36.

da expiração do período máximo de detenção previsto pela legislação nacional, a saber, 180 dias. Com efeito, em seu entender, este prazo foi necessariamente excedido devido ao seu pedido de proteção internacional (a seguir «pedido de asilo»)⁴ e à sua intenção de exercer e esgotar todas as vias processuais e jurisdicionais aplicáveis no âmbito deste último pedido.

3. O órgão jurisdicional de reenvio questiona-se, em primeiro lugar, sobre a aplicabilidade da diretiva «regresso» ao nacional de um país terceiro em situação irregular que apresente um pedido de asilo na aceção da Diretiva 2005/85 e, em segundo lugar, sobre se esse pedido deve ter como consequência o termo da sua detenção para efeitos de afastamento ao abrigo da diretiva «regresso».

4. Com estas questões como pano de fundo, o reenvio prejudicial suscita o problema da possível instrumentalização das disposições relativas ao asilo com o objetivo de tornar inoperante a aplicação da diretiva «regresso».

II — Quadro jurídico

A — Direito da União

1. Diretiva «regresso»

5. O considerando 9 da diretiva «regresso» prevê:

«Nos termos da Diretiva [2005/85], um nacional de país terceiro que tenha requerido asilo num Estado-Membro não deverá considerar-se em situação irregular no território desse Estado-Membro enquanto não entrar em vigor a decisão de indeferimento do pedido ou a decisão que ponha termo ao seu direito de permanência enquanto requerente de asilo.»

6. O artigo 2.º, n.º 1, da diretiva «regresso» dispõe:

«A presente diretiva é aplicável aos nacionais de países terceiros em situação irregular no território de um Estado-Membro.»

7. O artigo 3.º, ponto 2, da diretiva «regresso» define o conceito de «situação irregular» como «a presença, no território de um Estado-Membro, de um nacional de país terceiro que não preencha ou tenha deixado de preencher as condições [...] aplicáveis à entrada, permanência ou residência nesse Estado-Membro».

8. Por força do artigo 5.º da diretiva «regresso», os Estados-Membros respeitam o princípio da não repulsão, consagrado pelo artigo 33.º da Convenção de Genebra⁵, incluindo na aplicação desta diretiva.

4 — Segundo o artigo 2.º, alínea b), da Diretiva 2005/85, entende-se por «pedido» ou «pedido de asilo» «um pedido apresentado por um nacional de país terceiro ou apátrida que possa ser considerado um pedido de proteção internacional dirigido a um Estado-Membro, ao abrigo da [Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, assinada em Genebra, em 28 de julho de 1951 [*Recueil des traités des Nations unies*, vol. 189, p. 150, n.º 2545 (1954)], que entrou em vigor em 22 de abril de 1954 e foi completada pelo Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados, concluído em Nova Iorque, em 31 de janeiro de 1967, que entrou em vigor em 4 de outubro de 1967 (a seguir 'Convenção de Genebra')]. Presume-se que qualquer pedido de proteção internacional é um pedido de asilo, salvo se a pessoa em questão requerer expressamente outro tipo de proteção que possa ser objeto de um pedido distinto». Nas presentes conclusões, utilizo as expressões «pedido de asilo» e «requerente de asilo». V., igualmente, artigo 2.º, alínea b), da Diretiva 2003/9/CE do Conselho, de 27 de janeiro de 2003, que estabelece normas mínimas em matéria de acolhimento dos requerentes de asilo nos Estados-Membros (JO L 31, p. 18).

5 — O referido artigo 33.º, intitulado «Proibição de expulsar e de repelir», prevê, no seu n.º 1, que «[n]enhum dos Estados contratantes expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, para as fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas».

9. O artigo 6.º, n.º 1, da diretiva «regresso» prevê que «[...] os Estados-Membros devem emitir uma decisão de regresso relativamente a qualquer nacional de país terceiro que se encontre em situação irregular no seu território».

10. O artigo 9.º, n.º 1, alínea a), da diretiva «regresso» dispõe que os Estados-Membros adiam o afastamento no caso de este representar uma violação do princípio da não repulsão.

11. O artigo 15.º da diretiva «regresso» enuncia:

«1. A menos que no caso concreto possam ser aplicadas com eficácia outras medidas suficientes mas menos coercivas, os Estados-Membros só podem manter detidos nacionais de países terceiros objeto de procedimento de regresso, a fim de preparar o regresso e/ou efetuar o processo de afastamento, nomeadamente quando:

- a) Houver risco de fuga; ou
- b) O nacional de país terceiro em causa evitar ou entravar a preparação do regresso ou o procedimento de afastamento.

A detenção tem a menor duração que for possível, sendo apenas mantida enquanto o procedimento de afastamento estiver pendente e for executado com a devida diligência.

[...]

4. Quando, por razões de natureza jurídica ou outra ou por terem deixado de se verificar as condições enunciadas no n.º 1, se afigure já não existir uma perspetiva razoável de afastamento, a detenção deixa de se justificar e a pessoa em causa é libertada imediatamente.

5. A detenção mantém-se enquanto se verificarem as condições enunciadas no n.º 1 e na medida do necessário para garantir a execução da operação de afastamento. Cada Estado-Membro fixa um prazo limitado de detenção, que não pode exceder os seis meses.

6. Os Estados-Membros não podem prorrogar o prazo a que se refere o n.º 5, exceto por um prazo limitado que não exceda os doze meses seguintes, de acordo com a lei nacional, nos casos em que, independentemente de todos os esforços razoáveis que tenham envidado, se preveja que a operação de afastamento dure mais tempo, por força de:

- a) Falta de cooperação do nacional de país terceiro em causa; ou
- b) Atrasos na obtenção da documentação necessária junto de países terceiros.»

2. Diretiva 2005/85

12. A Diretiva 2005/85 define normas mínimas aplicáveis ao processo de concessão e de retirada do estatuto de refugiado. Regula essencialmente a apresentação dos pedidos de asilo, o processo de tratamento destes pedidos e os direitos e obrigações dos requerentes de asilo ao longo deste processo.

13. O artigo 7.º da Diretiva 2005/85 prevê:

«1. Os requerentes de asilo são autorizados a permanecer no Estado-Membro, unicamente para efeitos do processo, até à pronúncia de uma decisão pelo órgão de decisão nos termos dos procedimentos em primeira instância contemplados no capítulo III. Este direito de permanência não habilita o requerente de asilo à autorização de residência.

2. Os Estados-Membros só podem prever derrogações a este princípio nos casos em que, de acordo com os artigos 32.º e 34.º, não seja prosseguida a apreciação de um pedido de asilo subsequente ou quando, conforme o caso, entregarem ou extraditarem uma pessoa, quer para outro Estado-Membro, por força de uma obrigação decorrente de um mandado de detenção europeu ou por outro motivo, quer para um país terceiro ou para tribunais penais internacionais ou outros órgãos jurisdicionais.»

14. O artigo 18.º da Diretiva 2005/85 dispõe:

«1. Os Estados-Membros não mantêm uma pessoa detida pelo simples facto de ser requerente de asilo.

2. Se um requerente de asilo for mantido em detenção, os Estados-Membros garantem a possibilidade de acelerar o controlo jurisdicional.»

15. O artigo 23.º, n.º 4, da Diretiva 2005/85 prevê:

«Além disso, os Estados-Membros podem estabelecer que um procedimento de apreciação [...] seja considerado prioritário ou acelerado se:

[...]

g) O requerente tiver feito declarações incoerentes, contraditórias, inverosímeis ou insuficientes que retirem claramente credibilidade à alegação de ter sido alvo de perseguição nos termos da Diretiva 2004/83/CE [6]; ou

[...]

j) O requerente apresentar o pedido apenas com o intuito de atrasar ou impedir a aplicação de uma decisão anterior ou iminente que se traduza no seu afastamento; ou

[...]

l) O requerente tiver entrado ou prolongado ilegalmente a sua permanência no território do Estado-Membro e, sem motivo válido, não se tiver apresentado às autoridades assim que possível, dadas as circunstâncias da sua entrada no território [...]

[...]»

3. Diretiva 2003/9

16. O artigo 7.º da Diretiva 2003/9 dispõe:

«1. Os requerentes de asilo podem circular livremente no território do Estado-Membro de acolhimento ou no interior de uma área que lhes for fixada por esse Estado-Membro. A área fixada não deve afetar a esfera inalienável da vida privada e deve deixar uma margem de manobra suficiente para garantir o acesso a todos os benefícios ao abrigo da presente diretiva.

2. Os Estados-Membros podem decidir da residência do requerente de asilo por razões de interesse público, de ordem pública ou, sempre que necessário, para o rápido tratamento e acompanhamento eficaz do seu pedido.

6 — Diretiva do Conselho, de 29 de abril de 2004, que estabelece normas mínimas relativas às condições a preencher por nacionais de países terceiros ou apátridas para poderem beneficiar do estatuto de refugiado ou de pessoa que, por outros motivos, necessite de proteção internacional, bem como relativas ao respetivo estatuto, e relativas ao conteúdo da proteção concedida (JO L 304, p. 12).

3. Os Estados-Membros podem, quando necessário, por exemplo por razões de direito ou de ordem pública, confinar um requerente a um local determinado nos termos do direito nacional.

[...]»

B — *Direito checo*

17. A diretiva «regresso» foi transposta para o direito checo, no essencial, através de uma alteração da Lei n.º 326/1999 Sb. relativa à permanência dos estrangeiros no território da República Checa (a seguir «lei relativa à permanência dos estrangeiros»).

18. Nos termos do artigo 124.º, n.º 1, desta lei, a polícia «pode deter um estrangeiro com mais de 15 anos de idade ao qual tenha sido notificada a abertura de um processo de afastamento administrativo, em relação ao qual já tenha sido adotada uma decisão definitiva de afastamento administrativo, ou ao qual tenha sido imposta por outro Estado-Membro da União Europeia uma proibição de entrada válida no território dos Estados-Membros da União Europeia, quando a adoção de uma medida especial relativa à saída voluntária do país seja insuficiente», e caso esteja preenchida pelo menos uma das condições estabelecidas nas alíneas b) e e) da referida disposição, isto é, «exista o perigo de o estrangeiro poder frustrar ou dificultar a execução da decisão de afastamento administrativo» e «o estrangeiro esteja registado no sistema de informação das Partes Contratantes».

19. Segundo o artigo 125.º, n.º 1, da lei relativa à permanência dos estrangeiros, o período de detenção não pode, em princípio⁷, ser superior a 180 dias.

20. O artigo 127.º da lei relativa à permanência dos estrangeiros dispõe:

«1. A detenção cessará, sem atraso indevido:

a) logo que os motivos para a detenção deixem de existir;

[...]

d) se for concedido asilo ou proteção subsidiária ao cidadão estrangeiro; ou

e) se for concedida ao cidadão estrangeiro uma autorização de residência de longa duração, para efeitos da sua proteção no território.

2. A apresentação de um pedido de proteção internacional no decurso da detenção não constitui um motivo de cessação desta última.»

21. A Diretiva 2005/85 foi transposta para o direito checo, no essencial, através de uma alteração da Lei n.º 325/1999 relativa ao asilo. O artigo 85.ºa desta lei prevê:

«1) A declaração para efeitos de proteção internacional põe termo à validade do visto de longa duração ou da autorização de residência de longa duração concedida de acordo com a legislação específica aplicável.

2) O estatuto jurídico dos estrangeiros resultante da sua colocação num centro de detenção não é afetado por uma eventual declaração para efeitos de proteção internacional ou por um eventual pedido de proteção internacional (artigo 10.º).

⁷ — O artigo 125.º, n.º 2, da referida lei estabelece as exceções que permitem exceder este prazo. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, estas exceções não são aplicáveis a M. Arslan.

- 3) Sem prejuízo do respeito das condições enunciadas na legislação específica aplicável, o cidadão estrangeiro que tenha apresentado uma declaração para efeitos de proteção internacional ou um pedido de proteção internacional é obrigado a permanecer no centro de detenção.»

III — Litígio no processo principal e questões prejudiciais

22. Em 1 de fevereiro de 2011, M. Arslan foi detido por uma patrulha da polícia checa. Em 2 de fevereiro de 2011, foi tomada contra o mesmo uma decisão de afastamento. Por decisão de 8 de fevereiro de 2011, foi decretada a detenção de M. Arslan por 60 dias, com o fundamento de que, tendo em conta o seu comportamento no passado, se podia presumir que procuraria impedir a execução da decisão de afastamento administrativo. A decisão referia que M. Arslan, titular de um bilhete de identidade da República da Turquia, tinha entrado clandestinamente no espaço Schengen e tinha permanecido sucessivamente na Áustria e na República Checa sem passaporte e sem visto. Além disso, esta decisão salientava que M. Arslan já tinha sido interpelado em 2009 em território grego na posse de um passaporte falso, tinha sido enviado para o seu país de origem e tinha sido registado no Sistema de Informação Schengen como pessoa proibida de entrar no território dos Estados do espaço Schengen no período compreendido entre 26 de janeiro de 2010 e 26 de janeiro de 2013.

23. Em 8 de fevereiro de 2011, ou seja, sete dias após ter sido colocado em detenção e seis dias após a decisão de afastamento tomada contra ele, mas na mesma data da adoção da decisão de detenção por 60 dias, M. Arslan apresentou um pedido de asilo às autoridades checas.

24. Em 25 de março de 2011, a recorrida no processo principal prorrogou por decisão a detenção de M. Arslan por mais 120 dias, com o fundamento de que esta prorrogação era necessária ao prosseguimento dos preparativos da execução da decisão de afastamento do interessado, dado que, durante o período de apreciação do seu pedido de asilo, a decisão de afastamento administrativo não podia ser executada. Segundo a decisão de 25 de março de 2011, o pedido de asilo foi apresentado por M. Arslan com o objetivo de dificultar a execução da decisão de afastamento. Esta decisão indicava, além disso, que, até esta data, a Embaixada da Turquia ainda não tinha emitido um documento de viagem provisório para M. Arslan, o que também impedia a execução da decisão de afastamento.

25. Recorde-se que M. Arslan recorreu para o Krajský soud d'Ústí nad Labem (Tribunal Regional de Ústí nad Labem, República Checa) da decisão de 25 de março de 2011, alegando que, quando da adoção da mesma, já não existia, tendo em conta o seu pedido de asilo, qualquer perspetiva razoável de que a sua expulsão ainda pudesse ter lugar durante o período de detenção máximo de 180 dias, previsto pela lei relativa à permanência dos estrangeiros. Aliás, M. Arslan comunicava a sua intenção de, no caso de o seu pedido de asilo ser indeferido pelo Ministério do Interior, impugnar a decisão deste ministério interpondo um recurso, que, nos termos legais, tem efeitos suspensivos. Referia ainda, no caso de ser negado provimento a esse recurso, a possibilidade de interpor recurso de cassação para o Nejvyšší správní soud (Tribunal Administrativo Supremo), o qual tem igualmente efeito suspensivo.

26. Tendo em conta a duração habitual dos processos judiciais neste domínio, M. Arslan considerou que era irrealista que a decisão de afastamento administrativo pudesse ser executada no referido prazo de 180 dias. Nestas condições, a decisão de prorrogação de 25 de março de 2011 era contrária ao artigo 15.º, n.ºs 1 e 4, da diretiva «regresso» e à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem relativa ao artigo 5.º, n.º 1, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, em 4 de novembro de 1950⁸.

8 — O artigo 5.º, intitulado «Direito à liberdade e à segurança», prevê que «[t]oda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal [...]».

27. Segundo M. Arslan, a decisão em causa era ilegal não por ser contrária ao direito de asilo, mas porque não estava preenchida uma condição essencial da sua colocação em detenção, a saber, uma perspectiva razoável de afastamento antes do termo do prazo máximo desta detenção.

28. O Krajský soud negou provimento ao recurso por acórdão de 27 de abril de 2011, considerando que a argumentação apresentada por M. Arslan «apenas servia interesses próprios e era especulativa», uma vez que não se podia excluir que o processo relativo ao pedido de asilo, incluindo qualquer processo judicial posterior, estivesse concluído no prazo fixado pela decisão de 25 de março de 2011. M. Arslan interpôs um recurso de cassação para o órgão jurisdicional de reenvio, apoiando-se, no essencial, nos mesmos argumentos que invocou em primeira instância.

29. Por decisão de 12 de abril de 2011, o Ministério do Interior indeferiu o pedido de asilo de M. Arslan. Este último interpôs recurso dessa decisão.

30. Em 27 de julho de 2011, ou seja, praticamente quando da expiração do prazo fixado pela decisão impugnada por M. Arslan, as autoridades checas puseram termo à detenção de M. Arslan «uma vez que deixaram de existir os motivos que a justificavam»⁹.

31. O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se quanto à questão de saber se o artigo 2.º, n.º 1, da diretiva «regresso» não deve ser interpretado no sentido de que deve ser posto termo à detenção de um estrangeiro para efeitos de regresso quando este apresente um pedido de asilo e, ao mesmo tempo, não existam outros motivos para o manter detido, a não ser preparar o regresso e/ou proceder ao afastamento¹⁰. O órgão jurisdicional de reenvio inclina-se para uma resposta afirmativa, considerando que a detenção só pode ser prorrogada na condição de ser adotada uma nova decisão de detenção, que, no entanto, se apoia não na diretiva «regresso», mas numa outra disposição que permita colocar em detenção um requerente de asilo. No entanto, ainda segundo o órgão jurisdicional de reenvio, tal conclusão poderia favorecer o recuso abusivo aos processos de asilo.

32. O órgão jurisdicional de reenvio observa igualmente que o legislador checo não partilha em absoluto desta interpretação, nem aliás da defendida pelo advogado-geral J. Mazák na sua tomada de posição no processo Kadzoev¹¹.

33. Nestas condições, o Nejvyšší správní soud decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

- «1) Deve o artigo 2.º, n.º 1, em conjugação com o considerando 9, da [d]iretiva [‘regresso’] ser interpretado no sentido de que esta diretiva não é aplicável a um nacional de um país terceiro que tenha apresentado um pedido de proteção internacional na aceção da Diretiva [2005/85]?
- 2) [Em] caso de resposta afirmativa à primeira questão, deve ser posto termo à detenção de um estrangeiro para efeitos de regresso quando este apresente um pedido de proteção internacional na aceção da Diretiva 2005/85 e não existam outros motivos para o manter detido?»

9 — Este período consta da decisão de reenvio e tem por objeto o artigo 127.º, n.º 1, alínea a), da lei relativa à permanência dos estrangeiros (v. n.º 20 das presentes conclusões).

10 — V. artigo 15.º, n.º 1, da diretiva «regresso».

11 — Acórdão de 30 de novembro de 2009 (C-357/09 PPU, Colet., p. I-11189).

IV — Tramitação processual no Tribunal de Justiça

34. Na sua decisão de reenvio, o Nejvyšší správní soud pediu ao Tribunal de Justiça que submetesse o processo a tramitação acelerada nos termos do artigo 104.º-A, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, aplicável à época dos factos no processo principal. O órgão jurisdicional de reenvio explicou, designadamente, que, apesar de a detenção de M. Arslan ter terminado em 27 de julho de 2011, era oportuno submeter o presente processo a esta tramitação acelerada devido à existência de um número significativo de casos semelhantes em que a detenção de estrangeiros prosseguia ou em casos de detenção que pudessem ocorrer num futuro próximo.

35. Por despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 10 de janeiro de 2012, este pedido foi indeferido.

36. Os Governos checo, alemão, francês, eslovaco e suíço, bem como a Comissão Europeia, apresentaram observações escritas. Os Governos checo, alemão e francês, bem como a Comissão, formularam observações orais na audiência de 7 de novembro de 2012.

V — Análise

A — Quanto à admissibilidade das questões prejudiciais

37. O Governo francês manifesta dúvidas quanto à admissibilidade da primeira questão submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio, porque não resulta da decisão de reenvio que M. Arslan tenha contestado a aplicabilidade da diretiva «regresso» com o fundamento de que apresentou um pedido de asilo. Parece, antes, que está em causa a questão de saber se, quando esta diretiva é aplicada a um requerente de asilo, a condição da sua manutenção em detenção, a saber, a existência de uma perspectiva razoável de afastamento, continua a estar preenchida. O Governo francês considera que não é evidente que a primeira questão seja necessária para permitir ao órgão jurisdicional de reenvio dirimir o litígio. Nestas condições, esta primeira questão tem caráter hipotético.

38. Segundo jurisprudência assente, desde que as questões submetidas pelos órgãos jurisdicionais nacionais incidam sobre a interpretação de uma disposição de direito da União, o Tribunal de Justiça tem, em princípio, o dever de decidir¹². No entanto, o Tribunal de Justiça não pode pronunciar-se sobre uma questão prejudicial quando for manifesto que a interpretação de uma regra da União solicitada não tem qualquer relação com a realidade ou com o objeto do litígio no processo principal, quando o problema for hipotético ou ainda quando o Tribunal não disponha dos elementos de facto e de direito necessários para dar uma resposta útil às questões que lhe foram submetidas¹³.

39. Com efeito, a função confiada ao Tribunal de Justiça no quadro do reenvio prejudicial, consiste em contribuir para a administração da justiça nos Estados-Membros e não em formular opiniões de caráter consultivo sobre questões gerais ou hipotéticas¹⁴.

40. Como refere o Governo francês, considero que a primeira questão prejudicial é hipotética, porque a resolução do litígio no processo principal não depende da resposta do Tribunal de Justiça a esta questão.

12 — V. acórdão de 8 de novembro de 1990, Gmurzynska-Bscher (C-231/89, Colet., p. I-4003, n.º 20).

13 — V., designadamente, acórdãos de 13 de março de 2001, PreussenElektra (C-379/98, Colet., p. I-2099, n.º 39); de 15 de junho de 2006, Acereda Herrera (C-466/04, Colet., p. I-5341, n.º 48); e de 5 de dezembro de 2006, Cipolla e o. (C-94/04 e C-202/04, Colet., p. I-11421, n.º 25).

14 — V., designadamente, acórdãos de 12 de junho de 2003, Schmidberger (C-112/00, Colet., p. I-5659, n.º 32), e de 8 de setembro de 2009, Budějovický Budvar (C-478/07, Colet., p. I-7721, n.º 64).

41. A este respeito, resulta claramente da decisão de reenvio que M. Arslan não põe, de modo nenhum, em causa a fundamentação da decisão de proceder ao seu afastamento administrativo e de o colocar em detenção com esse objetivo. Invoca unicamente o facto de, à data da decisão de prorrogar a sua detenção, já existir, independentemente da sua qualidade de requerente de asilo, o fundamento que impunha que se pusesse fim a esta detenção, dado que já não havia perspectiva razoável de execução da decisão do seu afastamento antes da expiração do prazo máximo de detenção previsto na legislação nacional. Saliente-se que, segundo a decisão de reenvio, M. Arslan alegou mesmo perante os órgãos jurisdicionais nacionais que as disposições nacionais deviam ser interpretadas apenas à luz do artigo 15.º (n.ºs 1 e 4) da diretiva «regresso».

42. Além disso, resulta também da decisão de reenvio apresentada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 20 de outubro de 2011 que, nesta data, a detenção de M. Arslan já tinha terminado «uma vez que deixaram de existir quaisquer motivos que a justificassem». Saliente-se, aliás, que, em 27 de julho de 2011, data da cessação da detenção de M. Arslan, a duração máxima de 180 dias de detenção, em aplicação do artigo 125.º, n.º 1, da lei relativa à permanência dos estrangeiros, estava praticamente atingida.

43. Acresce que resulta dos autos e da audiência que M. Arslan fugiu imediatamente e desapareceu logo após ter cessado a sua detenção, em 27 de julho de 2011. Aliás, não participou no presente processo prejudicial.

44. Atendendo ao facto de o litígio no órgão jurisdicional de reenvio ter por objeto um recurso da decisão da recorrida no processo principal, de 25 de março de 2011, de prorrogar a detenção de M. Arslan e de, à luz dos factos expostos nos n.ºs 42 e 43 das presentes conclusões, a sua detenção ter terminado, considero que a resposta às questões prejudiciais não permite deduzir elementos de interpretação de direito da União que o órgão jurisdicional de reenvio possa utilmente aplicar para, em função deste direito, dirimir o litígio que lhe foi submetido¹⁵. A minha opinião é confirmada pelo facto de o órgão jurisdicional de reenvio ter justificado o seu pedido de tramitação acelerada pela existência ou pela iminência de um número significativo de casos semelhantes.

45. Por conseguinte, considero que as questões prejudiciais apresentadas pelo órgão jurisdicional de reenvio são inadmissíveis.

46. No entanto, para o caso de o Tribunal de Justiça decidir responder a estas questões, submeto-lhe as conclusões que se seguem sobre o conteúdo das referidas questões.

B — *Quanto ao conteúdo das questões prejudiciais*

1. Argumentos

47. O Governo checo considera que, embora o Tribunal de Justiça tenha declarado, no seu acórdão Kadzoev, já referido, que a detenção para efeitos de afastamento e as medidas de detenção ordenadas contra um requerente de asilo são reguladas por regimes jurídicos distintos, no entanto, esse acórdão não exclui que a pessoa em detenção no âmbito do regime da diretiva «regresso» seja colocada em detenção no âmbito do mesmo regime depois de ter apresentado um pedido de asilo.

15 — V., neste sentido, acórdão de 16 de setembro de 1982, Vlaeminck (132/81, Recueil, p. 2953, n.º 13).

48. Tendo em conta que a colocação de um estrangeiro em detenção para efeitos de afastamento deve ser justificada por motivos sérios, o Governo checo considera que a finalidade da diretiva «regresso» seria gravemente afetada se essa pessoa pudesse evitar o regime desta diretiva e a detenção ordenada em aplicação da referida diretiva pela mera apresentação de um pedido de asilo. Se assim fosse, a apresentação de um pedido de asilo seria equivalente a «uma fórmula mágica» graças à qual uma pessoa colocada em detenção no âmbito do regime da diretiva «regresso» poderia facilmente «abrir as portas» da detenção.

49. A República Checa considera que as pessoas colocadas em detenção, em aplicação da diretiva «regresso», deviam continuar a estar abrangidas por esta diretiva mesmo após a apresentação de um pedido de asilo. Isso não impede essas pessoas de serem igualmente abrangidas pelas disposições materiais e processuais aplicáveis aos requerentes de asilo.

50. O Governo alemão considera que resulta dos artigos 2.º, n.º 1, e 3.º, n.º 2, da diretiva «regresso», bem como do considerando 9 da mesma, que esta diretiva não é aplicável, durante o período do processo de asilo, aos nacionais de países terceiros que tenham apresentado um pedido de asilo. Com efeito, segundo o Governo alemão, um nacional de um país terceiro que apresentou um pedido de proteção nos termos da Diretiva 2005/85 está autorizado a permanecer no Estado-Membro ao abrigo do artigo 7.º, n.º 1, desta diretiva.

51. Na opinião do Governo alemão, cabe aos Estados-Membros determinar em que condições um requerente de asilo pode ser colocado em detenção. Considera que o artigo 18.º da Diretiva 2005/85 não se opõe à colocação em detenção de um nacional de um país terceiro e que a Diretiva 2003/9 pressupõe igualmente, nos seus artigos 2.º, alínea k), 6.º, n.º 2, 13.º, n.º 2, e 14.º, n.º 8, que o requerente de asilo possa encontrar-se em detenção.

52. O Governo alemão considera que a eficácia do processo de regresso impõe que, em certos casos, exista a possibilidade de deixar em detenção os nacionais de países terceiros que foram colocados em detenção para efeitos do seu regresso ou do seu afastamento, mesmo quando estes últimos apresentam um pedido de asilo durante a sua detenção. Segundo esse governo, a apresentação de pedidos de asilo abusivos seria incentivada se implicasse obrigatoriamente a libertação do nacional de um país terceiro em situação irregular. O Governo alemão salienta que o artigo 15.º da diretiva «regresso» não autoriza a colocação em detenção, para efeitos de regresso ou de afastamento, a não ser em condições restritas, a saber, praticamente enquanto *ultima ratio* do processo de regresso.

53. O Governo eslovaco considera que o objetivo da diretiva «regresso» ficaria comprometido se não fosse possível opor-se à fuga de uma pessoa em permanência irregular, colocando-a em detenção por motivos e com fundamento na diretiva «regresso», mesmo após um pedido de asilo. Segundo esse governo, isso podia justificar que se mantivesse em detenção um nacional de um país terceiro ao abrigo do regime da diretiva «regresso» após a apresentação de um pedido de asilo. Mesmo que esta conclusão não fosse aplicável, a República Eslovaca considera que é indispensável que as autoridades competentes disponham, após a apresentação de um pedido de asilo quando da detenção para efeitos de regresso, de um prazo adequado para apreciar a possibilidade de colocar em detenção a pessoa em causa com base nas diretivas em matéria de asilo e no direito interno.

54. O Governo francês considera que incumbe ao legislador da União assegurar um justo equilíbrio entre o respeito do princípio da não repulsão e os objetivos de prevenção e de luta reforçada contra a imigração ilegal.

55. O Governo francês entende que o princípio da não repulsão é igualmente aplicado na diretiva «regresso», designadamente, no seu artigo 2.º, interpretado à luz do considerando 9 da mesma. No entanto, esse governo considera que o artigo 2.º da diretiva «regresso», à luz desta diretiva no seu conjunto, bem como das Diretivas 2003/9 e 2005/85, deve ser interpretado no sentido de que a diretiva «regresso» é aplicável a nacionais de um país terceiro em situação irregular que apresentaram um

pedido de asilo, desde que as garantias conferidas pelo regime de asilo nacional, em conformidade com as Diretivas 2003/9 e 2005/85, sejam respeitadas e que, se o cumprimento do princípio da não repulsão o exigir, a execução da decisão de afastamento seja adiada. Além disso, a detenção do requerente de asilo ou a manutenção desta detenção estão subordinadas, por um lado, ao respeito do princípio da proporcionalidade, à luz do artigo 15.º, n.º 1, da diretiva «regresso», e, por outro, à existência de uma perspetiva razoável de afastamento, em aplicação do artigo 15.º, n.º 4, desta diretiva.

56. O Governo suíço e a Comissão consideram que, por força do artigo 2.º, n.º 1, e do considerando 9 da diretiva «regresso», um requerente de asilo deixa de estar abrangido por esta diretiva até que exista uma decisão negativa definitiva sobre o seu pedido de asilo. O Governo suíço e a Comissão salientam que, se um nacional de um país terceiro que se encontre em detenção com fundamento na diretiva «regresso» apresenta um pedido de asilo, há que pôr termo à detenção ordenada ao abrigo desta diretiva.

57. Segundo a Comissão, o estatuto jurídico do interessado, enquanto requerente de asilo, é então essencialmente regulado pelas Diretivas 2003/9 e 2005/85. Portanto, só por força destas diretivas é que um requerente de asilo pode ser colocado em detenção. Além disso, considera que a detenção do interessado enquanto requerente de asilo só pode manter-se se for adotada uma nova decisão de detenção, fundada no disposto na legislação em matéria de asilo, que autoriza a detenção dos requerentes de asilo.

2. Análise

58. Antes de responder às questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, saliente-se, a título liminar, que o princípio orientador da não repulsão, como consagrado pelo artigo 33.º da Convenção de Genebra, é aplicável não só à Diretiva 2005/85 mas também à diretiva «regresso».

59. Apesar de o legislador da União ter adotado a diretiva «regresso» a fim de aplicar uma política de luta contra a imigração ilegal, constituindo o regresso um elemento indispensável de uma política de migração bem gerida¹⁶, a legitimidade da prática do regresso, pelos Estados-Membros, dos nacionais de países terceiros em situação irregular só é reconhecida desde que seja respeitado o regime de asilo e, em particular, o princípio da não repulsão¹⁷. Com efeito, segundo o artigo 5.º da diretiva «regresso», quando aplicam esta diretiva, os Estados-Membros devem respeitar o princípio da não repulsão. Além disso, de acordo com o artigo 9.º da diretiva «regresso», os Estados-Membros devem adiar o afastamento, designadamente nos casos em que este representa uma violação do princípio da não repulsão¹⁸.

60. Quanto à detenção nos termos do artigo 15.º da diretiva «regresso», resulta da redação desta disposição que a detenção tem carácter excecional e de última instância. Só pode ser imposta se outras medidas menos coercivas forem inadequadas e se determinados critérios muito restritivos estiverem e continuarem a estar cumpridos¹⁹. A este respeito, o nacional de um país terceiro só pode ser mantido em detenção se for «objeto de procedimento de regresso, a fim de preparar o regresso e/ou efetuar o

16 — V. considerando 4 da diretiva «regresso». Com efeito, segundo os artigos 6.º e 8.º da diretiva «regresso», e salvo nos casos de algumas exceções enumeradas nesta diretiva, os Estados-Membros devem emitir uma decisão de regresso relativamente a qualquer nacional de país terceiro que se encontre em situação irregular no seu território e tomar todas as medidas necessárias para executar a decisão de regresso. V., neste sentido, n.º 59 do acórdão de 28 de abril de 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, Colet., p. I-3015), em que o Tribunal de Justiça declarou que o objetivo prosseguido pela diretiva «regresso» era a instauração de uma política eficaz de afastamento e de repatriamento dos nacionais de países terceiros em situação irregular.

17 — V. considerando 8 da diretiva «regresso».

18 — V., também, considerando 23 da diretiva «regresso», que dispõe que «a diretiva [‘regresso’] é aplicável sem prejuízo das obrigações decorrentes da Convenção de Genebra [...]».

19 — Considero que a detenção em aplicação da diretiva «regresso» é, além disso, estritamente regulada pelo princípio da proporcionalidade. Segundo o considerando 16 da diretiva «regresso», «[o] recurso à detenção para efeitos de afastamento deverá ser limitado e sujeito ao princípio da proporcionalidade no que respeita aos meios utilizados e aos objetivos perseguidos. A detenção só se justifica para preparar o regresso ou para o processo de afastamento e se não for suficiente a aplicação de medidas coercivas menos severas».

processo de afastamento», e apresentar «risco de fuga», «evitar ou entravar a preparação do regresso» ou «o procedimento de afastamento». A detenção do interessado deve ser tão breve quanto possível e apenas pode ser mantida enquanto o procedimento de afastamento estiver pendente e for executado com a devida diligência²⁰. A detenção deve ser ordenada por autoridades administrativas ou judiciais, com menção das razões de facto e de direito. Quando já não existir uma perspetiva razoável de afastamento antes da expiração do prazo máximo de detenção, esta deixa de se justificar e a pessoa em causa é libertada imediatamente²¹.

a) Quanto à primeira questão

61. Com a sua primeira questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, ao Tribunal de Justiça se a diretiva «regresso» continua a ser aplicável a um nacional de um país terceiro que tenha apresentado um pedido de asilo.

62. Por força da redação do artigo 2.º, n.º 1, da diretiva «regresso», esta diretiva é aplicável aos nacionais de países terceiros em situação irregular no território de um Estado-Membro. O artigo 3.º, ponto 2, da diretiva «regresso» define o conceito de «situação irregular» como a presença, no território de um Estado-Membro, de um nacional de país terceiro que não preencha ou tenha deixado de preencher as condições de entrada, permanência ou residência nesse Estado-Membro. Ora, resulta do artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 2005/85 e do considerando 13 da mesma que um requerente de asilo tem o direito de permanecer no Estado-Membro enquanto aguarda a apreciação do seu pedido, mesmo que não tenha direito a uma autorização de residência.

63. Embora seja verdade que este direito de permanecer está previsto no artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 2005/85 «unicamente para efeitos do processo», é também verdade que o direito de permanecer apenas pode ser limitado pelos Estados-Membros em condições muito restritivas, fixadas no n.º 2 do mesmo artigo.

64. A intenção do legislador da União de subtrair, pelo menos temporariamente, à aplicação da diretiva «regresso» um requerente de asilo resulta também claramente do considerando 9 da diretiva «regresso», que prevê que um nacional de um país terceiro que tenha requerido asilo num Estado-Membro não deve considerar-se em situação irregular no território desse Estado-Membro enquanto não entrar em vigor a decisão de indeferimento do pedido ou a decisão que ponha termo ao seu direito de permanência enquanto requerente de asilo²². Por conseguinte, a situação de um nacional de um país terceiro que tenha apresentado um pedido de asilo, em princípio, só é regulada pelo quadro regulamentar relativo ao direito de asilo²³.

20 — Segundo o artigo 15.º, n.ºs 5 e 6, da diretiva «regresso», a detenção não pode exceder os seis meses, com a possibilidade de prorrogação que não exceda os doze meses seguintes, quando se preveja que a operação de afastamento dure mais tempo, por força da falta de cooperação do interessado ou de atrasos na obtenção da documentação necessária junto de países terceiros. Recorde-se que o legislador checo limitou a 180 dias a duração máxima da detenção (sem prejuízo do que se refere na nota de pé de página n.º 7 sobre as exceções que permitem exceder este prazo).

21 — Em caso de detenção ordenada pelas autoridades administrativas, os Estados-Membros devem prever o controlo jurisdicional célere da legalidade da detenção. O interessado é libertado imediatamente se a detenção for ilegal. V. artigo 15.º, n.º 2, da diretiva «regresso».

22 — Saliente-se que, no n.º 82 da sua tomada de posição no processo Kadzoev, já referido, o advogado-geral J. Mazák considerou «que o nacional de um país terceiro que tenha pedido asilo não é abrangido — ou, consoante o caso, deixa de ser abrangido — pelo âmbito de aplicação da diretiva ‘regresso’ enquanto é analisado o seu pedido de asilo».

23 — V., neste sentido, a tomada de posição do advogado-geral J. Mazák no processo Kadzoev, já referido (n.º 84).

65. No entanto, e sem prejuízo do respeito do princípio orientador da não repulsão, das obrigações decorrentes da Convenção de Genebra e, mais em geral, dos direitos fundamentais²⁴, considero que a minha posição deverá ser moderada quando existirem indícios claros e concordantes de instrumentalização do quadro regulamentar relativo à atribuição do direito de asilo com o objetivo de tornar inoperante a aplicação da diretiva «regresso», suscetíveis de criar um abuso do direito de asilo²⁵.

66. Este aspeto será analisado no quadro da resposta à segunda questão.

67. À luz do exposto, considero que a resposta do Tribunal de Justiça à primeira questão devia ser que, salvo em caso de abuso de direito, a diretiva «regresso» deixa de ser aplicável a um nacional de um país terceiro que tenha apresentado um pedido de asilo, enquanto decorrer o processo relativo a este pedido.

b) Quanto à segunda questão

68. Com a sua segunda questão, a que devo responder dado que a minha resposta à primeira questão é, em princípio, afirmativa, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se, conseqüentemente, deve ser posto termo à detenção de um nacional de um país terceiro para efeitos de regresso quando este apresente um pedido de asilo e não existam outros motivos para o manter detido²⁶.

69. Considero que resulta diretamente da minha resposta à primeira questão que, não ocorrendo abuso de direito, deve ser posto termo à detenção de um nacional de um país terceiro em aplicação do disposto na diretiva «regresso», quando este último apresente um pedido de asilo e enquanto decorrer o processo relativo a este pedido. A diretiva «regresso» deixa de ser aplicável, pelo menos temporariamente, nesta situação. Além disso, resulta do artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva 2003/9 que os requerentes de asilo podem, em princípio, circular livremente no território do Estado-Membro de acolhimento ou no interior de uma área que lhes for fixada por esse Estado-Membro.

70. Antes de abordar a questão do abuso de direito, coloca-se então a de saber se um nacional de um país terceiro que tenha apresentado um pedido de asilo pode ser colocado ou mantido em detenção ao abrigo de outras disposições jurídicas, a saber, o quadro regulamentar relativo ao asilo.

71. Embora seja verdade que a situação do interessado, em princípio, já não é regulada pela diretiva «regresso», mas pelas disposições em matéria de asilo, resulta do artigo 7.º, n.º 3, da Diretiva 2003/9 que os Estados-Membros podem, quando necessário, por exemplo, por razões de direito ou de ordem pública, confinar um requerente a um local determinado nos termos do seu direito nacional²⁷. É

24 — V. considerandos 23 e 24 da diretiva «regresso».

25 — A este respeito, saliente-se que, numa reunião de trabalho realizada no Conselho da União Europeia, em 24 de novembro de 2011, sobre a Proposta alterada de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que estabelece normas em matéria de acolhimento dos requerentes de asilo [COM(2011) 320 final], foi proposto alterar o artigo 8.º, n.º 3, desta proposta acrescentando uma disposição prevendo a colocação em detenção de um requerente de asilo quando este já estiver detido com base na diretiva «regresso», a fim de preparar o seu afastamento e/ou de dar seguimento ao processo de afastamento, e o seu pedido de asilo tem unicamente por objetivo atrasar ou frustrar a execução da decisão de regresso. Observe-se, no entanto, que esta sugestão não figura no texto atual da proposta datada de 1 de junho de 2011 nem *a fortiori* no direito positivo.

26 — Um nacional de um Estado terceiro em situação irregular que tenha apresentado um pedido de asilo poderia eventualmente ser detido em aplicação, por exemplo, de disposições penais nacionais, se for suspeito de ter cometido — ou se tiver cometido — um ato ilícito.

27 — V. acórdão Kadzoev, já referido (n.º 42). Cabe salientar que, nos termos do artigo 2.º, alínea k), da Diretiva 2003/9, a «retenção» é definida como «qualquer medida de isolamento de um requerente de asilo por um Estado-Membro numa zona especial, no interior da qual o requerente é privado da liberdade de circulação». No entanto, ainda que continue a tratar-se de uma privação de liberdade, «a detenção para efeitos de afastamento regulada pela [d]iretiva [‘regresso’] e a detenção ordenada contra um requerente de asilo, designadamente por força das Diretivas 2003/9 e 2005/85 e das disposições nacionais aplicáveis, pertencem a regimes jurídicos distintos» (v. acórdão Kadzoev, já referido, n.º 45). Além disso, «o período durante o qual uma pessoa esteve colocada num centro de instalação temporária com fundamento numa decisão tomada ao abrigo das disposições nacionais e comunitárias relativas aos requerentes de asilo não deve ser considerado uma detenção para efeitos de afastamento na aceção do artigo 15.º da diretiva [‘regresso’]» (v. acórdão Kadzoev, já referido, n.º 48).

manifesto que esta disposição não impõe aos Estados-Membros a adoção das regras nacionais relativas à detenção dos requerentes de asilo, dando-lhes antes a possibilidade de adotarem regras a este respeito. Além disso, apesar de uma referência geral às «razões de direito ou de ordem pública», não há harmonização quanto aos critérios específicos para colocar um requerente de asilo em detenção.

72. Consequentemente, o requerente de asilo só pode ser colocado em detenção se o direito nacional em matéria de asilo estabelecer essa possibilidade²⁸ e definir as condições da mesma. Dito isto, nos termos do artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2005/85, os Estados-Membros não mantêm uma pessoa detida pelo simples facto de ser requerente de asilo e, de acordo com o n.º 2 deste mesmo artigo, se um requerente de asilo for mantido em detenção, os Estados-Membros garantem a possibilidade de acelerar o controlo jurisdicional.

73. Embora seja facto assente que a detenção para efeitos de afastamento regulada pela diretiva «regresso» e a detenção ordenada contra um requerente de asilo pertencem a regimes jurídicos distintos²⁹, considero que, para não tornar inoperantes as disposições nacionais adotadas em conformidade com o artigo 7.º, n.º 3, da Diretiva 2003/9 e à semelhança do raciocínio do Tribunal de Justiça no acórdão Achughbabian³⁰, as autoridades nacionais devem dispor de um breve prazo, limitado ao estritamente necessário, para adotar uma decisão de detenção do interessado baseada nas disposições nacionais em matéria de asilo³¹, antes de pôr termo à sua detenção em aplicação da diretiva «regresso».

74. Falta-me analisar a questão do eventual abuso de direito.

75. Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que os particulares não podem, abusiva ou fraudulentamente, invocar normas do direito da União e que os órgãos jurisdicionais nacionais podem, casuisticamente, baseando-se em elementos objetivos, ter em conta o comportamento abusivo ou fraudulento das pessoas interessadas para lhes recusarem, se necessário, o benefício das disposições do referido direito. No entanto, os referidos órgãos jurisdicionais devem, na apreciação de tal comportamento, tomar em consideração os objetivos prosseguidos pelas disposições do direito da União em causa³².

76. A constatação de que se trata de uma prática abusiva carece, por um lado, de um conjunto de circunstâncias objetivas das quais resulte que, apesar do respeito formal das condições previstas na legislação da União, o objetivo pretendido por essa legislação não foi alcançado. Por outro lado, requer um elemento subjetivo que consiste na vontade de obter um benefício resultante da legislação da União, criando artificialmente as condições exigidas para a sua obtenção. Compete ao órgão jurisdicional nacional verificar a existência destes dois elementos, cuja prova deve ser produzida nos termos das regras do direito nacional, na medida em que não seja afetada a eficácia do direito da União³³.

28 — Na falta de disposições nacionais, o que parece ser o caso na República Checa, um Estado-Membro não pode apoiar-se unicamente no artigo 7.º, n.º 3, da Diretiva 2003/9 para deter um requerente de asilo. V., por analogia, acórdão de 5 de julho de 2007, Kofoed (C-321/05, Colet., p. I-5795, n.ºs 42 e 45).

29 — V. acórdão Kadzoev, já referido (n.º 45).

30 — Acórdão de 6 de dezembro de 2011 (C-329/11, Colet., p. I-12695, n.ºs 30 e 31).

31 — Adotadas em conformidade com o artigo 7.º, n.º 3, da Diretiva 2003/9.

32 — V. acórdãos de 9 de março de 1999, Centros (C-212/97, Colet., p. I-1459, n.ºs 24 e 25), e de 21 de novembro de 2002, X e Y (C-436/00, Colet., p. I-10829, n.º 42).

33 — V., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de dezembro de 2000, Emsland-Stärke (C-110/99, Colet., p. I-11569, n.ºs 52 a 54).

77. Segundo o considerando 1 da Diretiva 2005/85, a política comum de asilo foi instaurada para aqueles que, por força das circunstâncias, procuram «legitimamente» proteção na União³⁴. É manifesto que um simples pedido de asilo de um nacional de um país terceiro que se encontre detido, com base na diretiva «regresso», não pode, por si só, criar uma presunção de abuso do direito de asilo, apesar de esta detenção ser ela própria excecional e subordinada a critérios muito restritivos³⁵. Dado que está em causa a liberdade³⁶ do interessado, as circunstâncias individuais e específicas de cada caso devem ser escrupulosa e pormenorizadamente examinadas pelos órgãos jurisdicionais nacionais, a fim de distinguir entre «a prevalência de uma possibilidade conferida pela lei e um abuso de direito»³⁷.

78. No que respeita a esta apreciação, o órgão jurisdicional de reenvio pode, designadamente, tomar em consideração, no presente processo, os seguintes elementos:

- as anteriores entradas irregulares de M. Arslan no território de diversos Estados-Membros sem que seja mencionado qualquer pedido de asilo;
- o facto de o interessado ter indicado claramente que, ao requerer o asilo, a sua intenção era pôr termo à sua detenção demonstrando que, pela utilização de todos os recursos suspensivos que um processo de pedido de asilo lhe podia proporcionar, a sua detenção ia necessariamente além do prazo máximo autorizado pelo direito nacional, o que aniquilava à partida qualquer perspectiva razoável de conclusão do processo de afastamento; e
- o facto de, depois da sua libertação, M. Arslan ter imediatamente desaparecido e, como se pode deduzir das observações feitas na audiência pelo Governo checo, não ter prosseguido o processo de pedido de asilo.

79. Em caso de abuso do direito de asilo, embora o interessado possa ser mantido em detenção ao abrigo da diretiva «regresso» e os preparativos para o seu afastamento possam continuar, é na estrita condição de o afastamento não ser executado enquanto o processo de asilo não estiver concluído, de o princípio da não repulsão ser aplicável em todo o seu rigor e de o pedido de asilo ser analisado e tratado de acordo com todas as regras impostas, designadamente pela Diretiva 2005/85, respeitando todas as garantias atribuídas aos requerentes de asilo a este respeito. Isso implica, igualmente, que a manutenção em detenção com base na diretiva «regresso» deva respeitar todas as garantias previstas nos artigos 15.º a 18.º desta diretiva, incluindo no que respeita à duração máxima de detenção³⁸.

34 — O Regulamento (CE) n.º 343/2003 do Conselho, de 18 de fevereiro de 2003, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise e um pedido de asilo apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro (JO L 50, p. 1), e as Diretivas 2003/9 e 2004/83 também «fazem referência, no seu [considerando 1], ao facto de que uma política comum no domínio do asilo, que inclua um sistema europeu comum de asilo, faz parte integrante do objetivo da União que consiste em estabelecer progressivamente um espaço de liberdade, de segurança e de justiça aberto às pessoas que, forçadas pelas circunstâncias, procuram *legitimamente* proteção na Comunidade» (o sublinhado é meu). V. acórdão de 21 de dezembro de 2011, N. S. e o. (C-411/10 e C-493/10, Colet., p. I-13905, n.º 14).

35 — V. n.º 60 das presentes conclusões.

36 — A possibilidade de um Estado colocar em detenção, sob certas condições, um requerente de asilo foi reconhecida pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, no seu acórdão Saadi c. Reino Unido de 29 de janeiro de 2008. Neste processo, a Grande Secção do referido Tribunal interpretou designadamente o artigo 5.º, n.º 1, alínea f), primeira parte, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que estabelece uma exceção ao direito à liberdade «[s]e se tratar de prisão ou detenção legal de uma pessoa para lhe impedir a entrada ilegal no território [...]».

37 — V. n.º 127 das conclusões da advogada-geral E. Sharpston no processo Comissão/Paises Baixos (acórdão de 14 de junho de 2012, C-542/09). V., igualmente, conclusões da advogada-geral J. Kokott no processo Kofoed, já referido (n.º 58).

38 — V. artigo 15.º, n.ºs 5 e 6, da diretiva «regresso», relativo à duração máxima de detenção, bem como o n.º 57 do acórdão Kadzoev, já referido, em que o Tribunal de Justiça interpretou restritivamente estas disposições e declarou que «o artigo 15.º, n.ºs 5 e 6, da [d]iretiva [‘regresso’] deve ser interpretado no sentido de que o período durante o qual a execução do despacho de condução coerciva à fronteira esteve suspensa devido a um processo de recurso judicial interposto pelo interessado contra tal despacho é tomado em conta para o cálculo do período de detenção para efeitos de afastamento quando, durante todo o período de apreciação do processo, o interessado permaneceu num centro de instalação temporária». Os Estados-Membros têm a faculdade de adotar disposições mais favoráveis relativas à duração máxima da detenção. V., neste sentido, artigos 4.º e 15.º, n.ºs 5 e 6, da diretiva «regresso». Recorde-se que resulta dos elementos do processo pendente no Tribunal de Justiça que a República Checa não utilizou a possibilidade facultada pelo artigo 15.º, n.ºs 5 e 6, da diretiva «regresso» de estabelecer 18 meses de duração máxima de detenção, tendo previsto uma duração mais curta, a saber, um total de 180 dias, no máximo.

80. Saliente-se igualmente que os Estados-Membros dispõem da faculdade de aplicar uma tramitação acelerada ou prioritária aos pedidos de asilo, em aplicação do artigo 23.º, n.º 4, da Diretiva 2005/85 se estiverem preenchidas determinadas condições³⁹.

81. Tendo em conta o exposto, proponho ao Tribunal de Justiça que responda da seguinte forma à segunda questão prejudicial:

- deve ser posto termo à detenção de um nacional de um país terceiro fundada no disposto na diretiva «regresso», desde que este último apresente um pedido de asilo e enquanto decorrer o processo relativo a este pedido;
- o artigo 7.º, n.º 3, da Diretiva 2003/9 permite que um Estado-Membro preveja, no seu direito nacional em matéria de asilo, a possibilidade de, sob certas condições, confinar um requerente de asilo a um local determinado, por exemplo, por razões de direito ou de ordem pública. Nesta hipótese, a autoridade nacional dispõe de um breve prazo, apenas o estritamente necessário, para adotar uma decisão de detenção baseada nas disposições nacionais em matéria de asilo, antes de pôr termo à detenção do interessado com base na diretiva «regresso»; e
- em caso de abuso do direito de asilo, isto é, quando existam indícios claros e concordantes de instrumentalização do quadro regulamentar relativo à atribuição do direito de asilo com o objetivo de tornar inoperante a aplicação da diretiva «regresso», o interessado pode ser mantido em detenção em aplicação desta diretiva e continuarem todos os preparativos para o seu afastamento, desde que o afastamento não seja executado enquanto o processo de asilo não estiver concluído, o princípio da não repulsão seja aplicável em todo o seu rigor e o pedido de asilo seja analisado e tratado de acordo com todas as regras impostas, designadamente, pela Diretiva 2005/85, respeitando todas as garantias atribuídas aos requerentes de asilo a este respeito. Isso implica, igualmente, que a manutenção em detenção com base na diretiva «regresso» deva respeitar todas as garantias previstas nos artigos 15.º a 18.º desta diretiva, incluindo quanto à duração máxima de detenção.

VI — Conclusão

82. Tendo em conta as considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda da seguinte forma às questões prejudiciais submetidas pelo Nejvyšší správní soud:

- «— salvo em caso de abuso de direito, a Diretiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2008, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular, deixa de ser aplicável a um nacional de um país terceiro que tenha apresentado um pedido de asilo, enquanto decorrer o processo relativo a este pedido. Deve, pois, ser posto termo à detenção de um nacional de um país terceiro fundada no disposto na Diretiva 2008/115, desde que este último apresente um pedido de asilo e enquanto decorrer o processo relativo a este pedido;
- o artigo 7.º, n.º 3, da Diretiva 2003/9/CE do Conselho, de 27 de janeiro de 2003, que estabelece normas mínimas em matéria de acolhimento dos requerentes de asilo nos Estados-Membros, permite que um Estado-Membro preveja, no seu direito nacional em matéria de asilo, a possibilidade de, sob certas condições, confinar um requerente de asilo a um local determinado, por exemplo, por razões de direito ou de ordem pública. Nesta hipótese, a autoridade nacional

39 — Quanto às circunstâncias em causa no processo principal, considero que, em casos semelhantes, os termos do artigo 23.º, n.º 4, alíneas g), j) e l), da Diretiva 2005/85 podiam eventualmente ser invocados pelas autoridades nacionais para aplicar uma tramitação acelerada ou prioritária aos pedidos de asilo.

dispõe de um breve prazo, apenas o estritamente necessário, para adotar uma decisão de detenção baseada nas disposições nacionais em matéria de asilo, antes de pôr termo à detenção do interessado com base na Diretiva 2008/115; e

- em caso de abuso do direito de asilo, isto é, quando existam indícios claros e concordantes de instrumentalização do quadro regulamentar relativo à atribuição do direito de asilo com o objetivo de tornar inoperante a aplicação da Diretiva 2008/115, o interessado pode ser mantido em detenção em aplicação desta diretiva e continuarem todos os preparativos para o seu afastamento, desde que o afastamento não seja executado enquanto o processo de asilo não estiver concluído, o princípio da não repulsão seja aplicável em todo o seu rigor e o pedido de asilo seja analisado e tratado de acordo com todas as regras impostas, designadamente, pela Diretiva 2005/85/CE do Conselho, de 1 de dezembro de 2005, relativa a normas mínimas aplicáveis ao procedimento de concessão e retirada do estatuto de refugiado nos Estados-Membros, respeitando todas as garantias atribuídas aos requerentes de asilo neste a este respeito. Isso implica, igualmente, que a manutenção em detenção com base na Diretiva 2008/115 deva respeitar todas as garantias previstas nos artigos 15.º a 18.º desta diretiva, incluindo quanto à duração máxima de detenção.»