



Coletânea da Jurisprudência

TOMADA DE POSIÇÃO DO ADVOGADO-GERAL
MELCHIOR WATHELET
apresentada em 23 de agosto de 2013¹

Processo C-383/13 PPU

**M. G.,
N. R.
contra
Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Raad van State (Países Baixos)]

«Diretiva 2008/115/CE — Regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular — Procedimento de afastamento — Artigo 15.º, n.º 6 — Medidas de detenção — Artigo 41.º, n.º 2, alínea a), da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia — Princípio do respeito dos direitos de defesa — Direito de ser ouvido»

I — Introdução

1. O presente pedido de decisão prejudicial, submetido pelo Raad van State (Países Baixos) em 5 de julho de 2013, foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe M. G. e N. R., dois nacionais de países terceiros que permaneciam em situação irregular nos Países Baixos, ao Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie (a seguir «Staatssecretaris»), acerca da legalidade das medidas de prorrogação da sua detenção adotadas em aplicação do artigo 15.º, n.º 6, 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»), à luz do artigo 41.º, n.º 2, alínea a), da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»).
2. Resulta do pedido de decisão prejudicial que os requisitos substanciais relativos à prorrogação das medidas de detenção de M. G. e N. R. estavam preenchidas, baseando-se tais medidas na falta de colaboração de M. G. e N. R. na sua condução à fronteira e na falta da documentação, proveniente de países terceiros, necessária para o efeito.
3. No entanto, o órgão jurisdicional de reenvio indica que os direitos de defesa de M. G. e N. R. foram violados na elaboração destas medidas.
4. A questão que se coloca no presente pedido de decisão prejudicial é relativa ao âmbito do direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de ser tomada a seu respeito qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente, consagrado no artigo 41.º, n.º 2, alínea a), da Carta, e, mais especificamente, às consequências jurídicas duma violação deste direito.

1 — Língua original: francês.

2 — JO L 348, p. 98.

5. O órgão jurisdicional de reenvio questiona-se, em primeiro lugar, quanto a saber se a violação, pela Administração nacional, do princípio geral do respeito dos direitos de defesa, cometida na elaboração de uma medida de prorrogação da detenção na aceção do artigo 15.º, n.º 6, da diretiva «regresso», implica, incondicionalmente e em todos os casos, o levantamento da detenção e, em segundo lugar, sobre a eventual possibilidade de proceder a uma ponderação, por um lado, da lesão aos interesses do interessado em resultado desta violação e, por outro, dos interesses do Estado-Membro prosseguidos pela medida de prorrogação da detenção.

II — Quadro jurídico

A — *Direito da União*

1. Carta

6. O artigo 41.º da Carta, intitulado «Direito a uma boa administração», dispõe, nos seus n.ºs 1 e 2:

«1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

2. Este direito compreende, nomeadamente:

a) O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente;

[...]»

7. O artigo 47.º, primeiro parágrafo, da Carta prevê que «[t]oda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal nos termos previstos no presente artigo». O artigo 47.º, segundo parágrafo, da Carta, é relativo ao direito de qualquer pessoa a uma ação perante um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Este artigo indica que todas as pessoas têm a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo. Em conformidade com o artigo 48.º, n.º 2, da Carta, é garantido a todos os arguidos o respeito dos direitos de defesa.

8. O artigo 51.º da Carta, intitulado «Âmbito de aplicação», no seu n.º 1, dispõe:

«As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições, órgãos e organismos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, bem como os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respetivas competências e observando os limites das competências conferidas à União pelos Tratados.»

2. Diretiva «regresso»

9. O artigo 15.º da diretiva «regresso», integrado no capítulo relativo à detenção para efeitos de afastamento, dispõe o seguinte:

«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.»

2. A detenção é ordenada por autoridades administrativas ou judiciais.

A detenção é ordenada por escrito com menção das razões de facto e de direito. Quando a detenção tiver sido ordenada por autoridades administrativas, os Estados-Membros:

- a) Preveem o controlo jurisdicional célere da legalidade da detenção, a decidir o mais rapidamente possível a contar do início da detenção; ou
- b) Concedem ao nacional de país terceiro em causa o direito de intentar uma ação através da qual a legalidade da sua detenção seja objeto de controlo jurisdicional célere, a decidir o mais rapidamente possível a contar da instauração da ação em causa. Neste caso, os Estados-Membros informam imediatamente o nacional de país terceiro em causa sobre a possibilidade de intentar tal ação.

O nacional de país terceiro em causa é libertado imediatamente se a detenção for ilegal.

3. Em todo o caso, a detenção é objeto de reapreciação a intervalos razoáveis, quer a pedido do nacional de país terceiro em causa, quer oficiosamente. No caso de períodos de detenção prolongados, as reapreciações são objeto de fiscalização pelas autoridades judiciais.

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».

B — *Direito neerlandês*

10. Nos termos do artigo 2:1, n.º 1, da Lei geral em matéria administrativa (*Algemene wet bestuursrecht*), toda e qualquer pessoa pode ser assistida ou fazer-se representar por um mandatário, para tutela dos seus interesses nas suas relações com a Administração.

11. O artigo 4:8, n.º 1, da referida Lei geral em matéria administrativa prevê que, antes de tomar uma decisão que irá previsivelmente lesar um interessado que não tenha requerido essa decisão, a Administração dar-lhe-á oportunidade de ser ouvida, se:

- «a) A decisão tiver por base elementos sobre factos e interesses respeitantes ao interessado; e
- b) Esses elementos não tiverem sido transmitidos pelo próprio interessado».

12. Nos termos do artigo 59.º, n.º 1, proémio e alínea a), da Lei dos estrangeiros de 2000 (*Vreemdelingenwet 2000*, a seguir «Vw 2000»), se o interesse da ordem pública ou da segurança nacional o impuserem, o estrangeiro que permaneça ilegalmente no território nacional pode ser colocado em detenção pelo *Staatssecretaris*, para efeitos da sua condução à fronteira. Nos termos do n.º 5 deste artigo, a detenção a que se refere o n.º 1 não pode exceder seis meses. Segundo o n.º 6 do referido artigo, o período a que se refere o n.º 5 poderá ser prorrogado por um período adicional de doze meses se, apesar de todos os esforços razoáveis, for provável que a condução à fronteira exija mais tempo porque o estrangeiro não colabora na mesma ou porque continua a faltar a documentação, proveniente de países terceiros, necessária para o efeito.

13. O artigo 5.1a, n.º 1, do decreto de 2000 relativo aos estrangeiros (*Vreemdelingenbesluit 2000*), dispõe que o estrangeiro que permaneça em situação ilegal pode ser detido se o interesse da ordem pública ou da segurança nacional o impuser e:

- «a) Existir risco de fuga do estrangeiro; ou
- b) O estrangeiro evitar ou entravar a preparação do regresso ou do procedimento de condução à fronteira».

14. O artigo 94.º, n.º 4, da Vw 2000 dispõe que o *rechtbank* dá provimento ao recurso interposto de uma medida de detenção se entender que a aplicação da mesma é contrária à Vw 2000 ou se, depois de ponderados todos os interesses em causa, essa medida não puder ser considerada razoavelmente justificada. Neste caso, o *rechtbank* decreta o levantamento da medida. O artigo 106.º, n.º 1, da Vw 2000 permite que o *rechtbank* atribua ao estrangeiro uma indemnização a cargo do Estado, se ordenar o levantamento de uma medida privativa de liberdade ou se a privação da liberdade cessar antes da apreciação do pedido de levantamento dessa medida. O n.º 2 deste artigo prevê que o n.º 1 seja aplicável *mutatis mutandis* se a Secção de Contencioso Administrativo do Raad van State decretar o levantamento da medida privativa de liberdade.

III — Litígio no processo principal e questão prejudicial

15. Por decisões de 24 de outubro e de 11 de novembro de 2012, M. G. e N. R., respetivamente, foram colocados em detenção ao abrigo do artigo 59.º, n.º 1, proémio e alínea a), da Vw 2000.

16. Por decisões de 19 e 29 de abril de 2013, a duração das medidas de detenção aplicadas respetivamente a M. G. e N. R. foi prorrogada nos termos do artigo 59.º, n.º 6, da Vw 2000, por um período máximo de doze meses (a seguir «decisões controvertidas»). Estas decisões tiveram por base a falta de colaboração de M. G. e N. R. na sua condução à fronteira e o facto de faltar a documentação, proveniente de países terceiros, necessária para o efeito.

17. Por sentença de 22 de maio de 2013 e sentença proferida oralmente em 24 de maio de 2013, o Rechtbank Den Haag negou provimento aos recursos interpostos respetivamente por M. G. e N. R. dessas decisões e julgou improcedentes os pedidos de indemnização.

18. O Rechtbank Den Haag considerou que M. G. não tinha sido lesado de tal modo que se justificasse a anulação da decisão de prorrogação da sua detenção. Este órgão jurisdicional considerou, a este respeito, que resulta da ata de uma reunião relativa ao regresso, realizada com M. G. em 5 de abril de 2013, que lhe foi explicado que o Staatssecretaris tencionava prorrogar a detenção por um período máximo de doze meses e que ele teve a possibilidade de entrar em contacto com o seu mandatário. Quanto a N. R., o Rechtbank Den Haag considerou igualmente que não tinha sido lesado de tal modo que se justificasse uma anulação da decisão de prorrogação. Segundo o referido Rechtbank, N. R. e o seu mandatário conheciam suficientemente as razões da detenção de N. R. e o que se esperava deste para limitar o mais possível a duração da mesma.

19. M. G. e N. R. interpuseram recurso destas sentenças e, além disso, submeteram à Secção de Contencioso Administrativo do Raad van State um pedido de indemnização. Estes dois processos foram apensos, dada a conexão entre ambos quanto ao mérito.

20. O órgão jurisdicional de reenvio sublinha que os requisitos substanciais relativos à prorrogação das medidas de detenção estão preenchidos no que respeita a M. G. e a N. R. Acrescenta que, em aplicação da sua própria jurisprudência constante, se estes requisitos não estiverem preenchidos, uma medida de detenção estará incondicionalmente afetada por uma irregularidade, tendo por consequência o levantamento da medida.

21. Nos processos principais, não é contestado que o princípio dos direitos de defesa foi violado na elaboração das decisões controvertidas, uma vez que o Raad van State deu esse ponto como adquirido na apreciação dos recursos e, aliás, no seu reenvio a título prejudicial.

22. No entanto, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, irregularidades cometidas na elaboração da decisão que tenham por objeto a detenção ou a sua prorrogação não implicam, incondicionalmente, que se conclua que a medida de detenção é ilegal e, portanto, também não implicam o levantamento puro e simples desta medida. Com efeito, nestes casos, é efetuada uma ponderação de interesses, designadamente, entre, por um lado, os interesses prosseguidos com a detenção e, por outro, a medida em que a irregularidade prejudica os detidos. Dito de outro modo, se todos os requisitos substanciais enunciados pela Vw 2000 para o efeito estiverem preenchidos, tais irregularidades só tornam a detenção ou a sua prorrogação ilegal se os interesses prosseguidos por estas medidas não forem razoavelmente proporcionados à gravidade da irregularidade e dos interesses por ela lesados.

23. Por último, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, após uma anulação de uma decisão fundada em irregularidades constatadas na preparação e elaboração desta, normalmente, a Administração tem ainda a possibilidade de sanar estes incumprimentos adotando uma decisão correta sobre a mesma questão. No entanto, o órgão jurisdicional de reenvio salienta que, nos processos de detenção como o presente, o direito neerlandês não dá essa possibilidade ao Staatssecretaris.

24. Indicando que apenas questiona o Tribunal de Justiça sobre as consequências jurídicas a atribuir, à luz do direito da União, a uma violação dos direitos de defesa, o Raad van State suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça a questão prejudicial seguinte:

«A violação, pelo órgão da Administração Pública nacional, do princípio geral do respeito pelos direitos de defesa, igualmente expresso no artigo 41.º, n.º 2, da [Carta], ao adotar uma decisão de prorrogação de uma medida de detenção, na aceção do artigo 15.º, n.º 6, da diretiva [‘regresso’], implica, sem mais e em todos os casos, que a detenção deve ser levantada?»

Este princípio geral do respeito pelos direitos de defesa deixa margem para uma ponderação de interesses em que também sejam levados em conta, além da gravidade da violação deste princípio e os interesses do estrangeiro lesados por essa violação, os interesses prosseguidos pelo Estado-Membro com a prorrogação da detenção?»

IV — Quanto à tramitação urgente

25. Na sua decisão de reenvio de 5 de julho de 2013, o Raad van State requereu que o presente reenvio prejudicial fosse submetido à tramitação urgente prevista no artigo 107.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.

26. O órgão jurisdicional de reenvio fundamentou este pedido alegando que M. G. e N. R. se encontravam em detenção e que, em caso de resposta afirmativa à primeira questão prejudicial, as medidas de detenção deviam ser imediatamente levantadas. Em contrapartida, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, de uma resposta negativa a esta primeira parte resultaria que é efetivamente possível uma ponderação de interesses a que o mesmo devia proceder apreciando com celeridade se esta ponderação deve ou não determinar o levantamento das medidas de detenção. O órgão jurisdicional de reenvio salientou igualmente que se encontra pendente em diversos tribunais neerlandeses um determinado número de processos análogos.

27. A Segunda Secção do Tribunal de Justiça decidiu, em 11 de julho de 2013, sob proposta do juiz-relator, ouvido o advogado-geral, deferir o pedido do órgão jurisdicional de reenvio no sentido de submeter o presente reenvio prejudicial a tramitação urgente.

V — Observações apresentadas ao Tribunal de Justiça

28. Foram apresentadas observações escritas por M. G. e por N. R., pelo Governo neerlandês e pela Comissão Europeia. Todos eles, bem como o Governo polaco, estiveram presentes na audiência, que se realizou em 8 de agosto de 2013.

29. M. G. salienta que o Tribunal de Justiça, no acórdão *Dokter e o.*³, entendeu que a proteção da saúde pública podia justificar que a autoridade competente decreta medidas adequadas sem obter previamente o ponto de vista do interessado. No processo que deu lugar a este acórdão, tratava-se de decretar medidas contra o aparecimento e a expansão da febre aftosa. Salienta igualmente que o Tribunal de Justiça, no seu acórdão *Kadi e Al Barakaat International Foundation/Conselho e Comissão*⁴, seguiu um raciocínio análogo. No entanto, M. G. considera que os interesses superiores correspondentes à proteção da saúde pública ou à segurança da União não intervêm na apreciação da questão de saber se é necessário prorrogar uma medida de detenção imposta para proceder a um afastamento fundado em situação de permanência irregular. No caso vertente, não pode tratar-se de uma situação excepcional que justifique uma violação estrutural dos direitos de defesa de todos os nacionais de países terceiros em situação de permanência irregular que se encontrem em detenção. Sublinha que o direito à liberdade é um dos direitos humanos mais fundamentais e que exige uma proteção eficaz. M. G. acrescenta que, geralmente, as pessoas colocadas em detenção são vulneráveis. Além disso, segundo M. G., as autoridades em questão podiam prever com grande antecedência a eventual prorrogação da medida de detenção que exceda a duração, em princípio máxima, de seis meses. Por último, considera que não é muito complicada de respeitar a obrigação de adequação do procedimento de modo a que o nacional de país terceiro em questão e o seu mandatário tenham a possibilidade de reagir adequadamente no que respeita aos elementos da medida prevista.

3 — Acórdão de 15 de junho de 2006 (C-28/05, Colet., p. I-5431).

4 — Acórdão de 3 de setembro de 2008 (C-402/05 P e C-415/05 P, Colet., p. I-6351, a seguir «acórdão Kadi I»).

30. Para N. R., uma violação dos direitos de defesa pela Administração nacional implica, incondicionalmente e em todos os casos, a anulação da decisão de prorrogação e o levantamento da detenção uma vez que, sem uma decisão regular de prorrogação, esta não pode ser mantida além de seis meses. Considera que jamais é impossível proceder a uma audição com vista à decisão de prorrogação, durante a qual o ato previsto e o seu objetivo, o seu âmbito e as suas consequências jurídicas são explicados ao interessado e este é convidado a manifestar-se. Além disso, N. R. considera que o princípio do direito de defesa é a este ponto fundamental por natureza e que a sua violação é tão irremediável que a violação deste princípio não justifica que se proceda a uma ponderação dos interesses. N. R. alega que uma ponderação de interesses, na qual os interesses do Estado-Membro desempenhassem um papel em caso de prorrogação da detenção, reduziria os direitos de defesa a uma ilusão.

31. Segundo N. R., se devesse proceder-se a uma ponderação de interesses, esta penderia para o lado do interesse do nacional de um país terceiro que permaneça em situação irregular, uma vez que o princípio do respeito dos direitos de defesa foi violado, que este nacional se encontra numa posição de inferioridade e de dependência e que as normas e os procedimentos relativos ao respeito dos direitos de defesa são desde há muito conhecidos pelos Estados-Membros, que podem cumpri-los com muita facilidade.

32. O Governo neerlandês alega que, embora o direito administrativo nacional reconheça a faculdade de se fazer representar por um mandatário na fase administrativa prévia à adoção de medidas no âmbito da diretiva «regresso», esta faculdade não é uma obrigação que resulte desta diretiva nem de outra disposição do direito da União. Considera que uma violação do direito administrativo nacional não deve implicar automaticamente a conclusão de que houve violação do princípio dos direitos de defesa em direito da União.

33. O Governo neerlandês salienta que efetivamente houve várias reuniões com M. G. e com N. R. durante a sua detenção. Os motivos da detenção e da prorrogação da mesma eram, pois, bem conhecidos daqueles. Segundo este Governo, as irregularidades na elaboração das decisões de prorrogação foram, consoante os casos, evitadas ou «sanadas», porque os interessados não foram lesados a ponto de se poder concluir que houve violação dos seus direitos de defesa.

34. Sustenta que as consequências jurídicas da violação do direito de defesa, no presente caso, são determinadas pelo direito nacional. Essa violação não implica, incondicionalmente e em todos os casos, a cessação da detenção. A este respeito, o Governo neerlandês salienta que, segundo jurisprudência constante, uma irregularidade processual só leva à anulação total ou parcial de uma decisão se se provar que, na falta dessa irregularidade, a decisão controvertida poderia ter tido um conteúdo diferente⁵.

35. Segundo o Governo neerlandês, se a mais pequena irregularidade, ainda que marginal, na elaboração de uma decisão de prorrogação, pela qual os direitos de defesa são afetados, devesse implicar a cessação da detenção, isso perturbaria a efetividade da diretiva «regresso» e, portanto, a execução de uma política de regresso eficaz.

36. Entende, portanto, que a determinação das consequências da violação do princípio dos direitos de defesa deixa uma margem para a ponderação dos interesses, especialmente se o efeito útil da medida de prorrogação da detenção pudesse ser irreversivelmente afetada. No que respeita à gravidade da violação, o Governo neerlandês observa que cumpre examinar a natureza da violação e os seus efeitos para o interessado. Considera que, nos processos principais, a violação dos direitos de defesa era limitada e que as situações respetivas de M. G. e de N. R. não foram agravadas, tendo em conta que,

5 — Acórdãos de 10 de julho de 1980, *Distillers Company/Comissão* (30/78, Recueil, p. 2229, n.º 26) (processo em matéria de concorrência); de 21 de março de 1990, *Bélgica/Comissão* (C-142/87, Colet., p. I-959, n.º 48) (processo em matéria de auxílios do Estado); e de 2 de outubro de 2003, *Thyssen Stahl/Comissão* (C-194/99 P, Colet., p. I-10821, n.º 31) (processo em matéria de concorrência).

em ambos os casos, é juridicamente certo que os requisitos materiais da detenção estavam preenchidos. Além disso, segundo o Governo neerlandês, importa tomar em consideração o interesse geral e, designadamente, a necessária luta contra a imigração clandestina, bem como o objetivo da diretiva «regresso» de instaurar uma «política de regresso eficaz».

37. O Governo polaco defendeu na audiência que as consequências a retirar de uma violação do direito de ser ouvido em aplicação do artigo 41.º, n.º 2, alínea a), da Carta, na adoção de uma medida de prorrogação da detenção ao abrigo do artigo 15.º, n.º 6, da diretiva «regresso», são fixadas não por estas disposições, mas pelo direito nacional em aplicação do princípio da autonomia processual. Uma solução distinta violaria os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Segundo este Governo, o artigo 15.º, n.º 6, da diretiva «regresso» fixa unicamente os requisitos necessários à prorrogação da detenção e a sua duração máxima, remetendo diretamente para o direito nacional quanto ao mais, sem prejuízo do respeito dos princípios da equivalência, da eficácia e da proteção jurisdicional efetiva. No que respeita às consequências do incumprimento de garantias processuais, segundo o Governo polaco, incumbe ao órgão jurisdicional nacional apreciá-las à luz do conteúdo integral do processo que lhe é submetido. Não é, pois, obrigado a anular automaticamente uma decisão adotada em violação dos direitos de defesa e pode tomar em consideração outros elementos, como a influência desta violação sobre o resultado do processo.

38. A Comissão sublinha, em primeiro lugar, que a privação de liberdade no âmbito de medidas de detenção em aplicação da diretiva «regresso», por mais radical que possa ser para o interessado, não tem caráter penal. Considera, em seguida, que, na aplicação de um procedimento de regresso, designadamente no caso da prorrogação de uma detenção, os Estados-Membros têm a obrigação de ouvir previamente os interessados, mas entende que não resulta do artigo 15.º, n.º 2, da diretiva «regresso» que uma violação do direito de audiência prévia implique que o interessado deva ser imediatamente libertado. Em caso de violação dos direitos de defesa, deve pois ser possível proceder a uma ponderação dos interesses. Com efeito, os direitos de defesa não são prerrogativas absolutas e podem incluir restrições. Por conseguinte, a Comissão entende que, para determinar as consequências de uma violação dos direitos de defesa, em particular, do direito a ser previamente ouvido, o órgão jurisdicional nacional deve ter a possibilidade de ter em conta todos os elementos do processo.

39. Para este efeito, o juiz deve poder ter em conta, por um lado, a gravidade da violação dos direitos de defesa e a possibilidade de reparação da infração, eventualmente, através de uma nova decisão e, por outro, o interesse geral prosseguido pela cessação da situação de permanência irregular e uma política de regresso eficaz em conformidade com o quarto e sexto considerando da diretiva «regresso». Segundo a Comissão, uma resposta afirmativa, sem matizes, à primeira parte da questão prejudicial significaria, assim, que um interessado, que continue a preencher os requisitos de detenção referidos no artigo 15.º, n.ºs 1 e 4, da diretiva «regresso», deveria automaticamente ser libertado, mesmo em caso de violação eventualmente muito limitada dos direitos de defesa. Tendo em conta a natureza das condições de detenção conforme definidas no artigo 15.º, n.º 1, da diretiva «regresso», é provável que uma reparação da infração por uma nova decisão de detenção, desta vez correta, não fosse muito eficaz, porque, entretanto, o interessado teria podido fugir e assim impedir o regresso.

40. Em contrapartida, segundo a Comissão, uma resposta negativa a esta primeira parte da questão prejudicial deixa ao órgão jurisdicional nacional uma margem de apreciação para avaliar plenamente a gravidade da violação dos direitos de defesa. O órgão jurisdicional nacional pode igualmente tomar em consideração a possibilidade eventual de sanar a violação através de uma nova decisão ou ter em conta o interesse geral em pôr termo à situação irregular e assegurar uma política eficaz em matéria de regresso.

41. Segundo a Comissão, a ponderação de interesses não pode, em caso nenhum, levar a que o interesse geral seja sempre preponderante na detenção e no regresso. O juiz nacional deve, *in concreto*, ponderar globalmente todos os interesses, uns relativamente aos outros. Nesta apreciação concreta, o órgão jurisdicional nacional deve ter especialmente em conta não só a gravidade da

infração, mas também os elementos pertinentes que o interessado poderia ter invocado no procedimento administrativo e a probabilidade de estes elementos poderem ter influenciado a conclusão do procedimento administrativo. Esta perspectiva pode encontrar apoio, *mutatis mutandis*, na posição adotada pelo Tribunal de Justiça no acórdão *Distillers Company/Comissão*, já referido, no domínio do direito da concorrência. A Comissão considera que, nas circunstâncias do caso em apreço, em que os interessados foram ouvidos, mas de maneira incorreta, e em que, à primeira vista, não há elementos suscetíveis de influenciar o resultado do procedimento administrativo, o órgão jurisdicional nacional pode fazer pender a balança *in concreto* a favor do interesse geral.

VI — Análise

A — *Existência de uma violação do direito de ser ouvido*

42. Importa salientar de imediato que o órgão jurisdicional de reenvio pediu ao Tribunal de Justiça que se pronunciasse apenas sobre a questão dos efeitos jurídicos, à luz do direito da União, da violação que constatou dos direitos de defesa de M. G. e N. R.

43. As dúvidas manifestadas a este respeito pelo Governo neerlandês nas suas observações escritas⁶ não podem pois ser tomadas em consideração, dado que o Tribunal de Justiça responde às questões de interpretação do direito da União com base no quadro regulamentar e factual definido, sob a sua responsabilidade, pelo juiz de reenvio⁷.

B — *Direito de ser ouvido em direito da União*

44. O respeito dos direitos de defesa constitui um princípio fundamental do direito da União, e o direito de ser ouvido em qualquer processo faz dele parte integrante. O direito de ser ouvido está consagrado não só nos artigos 47.º e 48.º da Carta, que garantem o respeito dos direitos de defesa e o direito a um processo equitativo no âmbito de qualquer processo jurisdicional, como também no seu artigo 41.º, que assegura o direito a uma boa administração⁸. O direito de ser ouvido garante que qualquer pessoa tenha a possibilidade de dar a conhecer, de maneira útil e efetiva, o seu ponto de vista no decurso do procedimento administrativo e antes da adoção de qualquer decisão suscetível de afetar desfavoravelmente os seus interesses⁹.

45. Na audiência, o Governo neerlandês indicou que o direito neerlandês previa um controlo judicial acelerado da legalidade das medidas de detenção¹⁰, mas, na realidade, o direito de acesso ao tribunal não está em causa no presente caso. Além disso, saliente-se que, quando são ordenadas medidas de detenção ou de prorrogação da detenção pelas autoridades judiciais, o artigo 41.º, n 2, alínea a), da Carta não é aplicável. No entanto, nos processos principais, as medidas de prorrogação da detenção são ordenadas pelo *Staatssecretaris*, que é uma autoridade administrativa.

6 — Ainda que, na audiência, este governo tenha reconhecido certos erros da Administração na elaboração das decisões controvertidas.

7 — V., por analogia, acórdão de 20 de maio de 2010, *Ioannis Katsivardas — Nikolaos Tsitsikas* (C-160/09, Colet., p. I-4591, n.º 27).

8 — Acórdão de 22 de novembro de 2012, M. (C-277/11, n.º 82).

9 — *Ibidem* (n.º 87).

10 — Nos processos principais, M. G. e N. R. recorreram para o *Rechtbank Den Haag*, que se pronunciou sobre a legalidade da prorrogação da sua detenção num prazo de cerca de um mês. V. n.ºs 16 e 17 da presente tomada de posição.

46. Apesar do facto de a expressão «direitos de defesa» poder (mas não necessariamente) abranger os direitos consagrados pelos artigos 41.º e 47.º da Carta, considero que os referidos direitos são muito distintos e se aplicam em contextos diferentes, a saber, o primeiro num contexto administrativo pré-contencioso e o segundo num contexto de contencioso judiciário. Consequentemente, os direitos em questão não podem fundir-se sob pena de «varrer» o direito de um particular de ser ouvido sempre que a Administração se proponha adotar, relativamente a ele, um ato lesivo dos seus interesses.

47. A vontade do legislador da União de proteger os administrados ao longo de todo o processo resulta claramente da articulação dos artigos 41.º e 47.º da Carta. Não se podem amalgamar, de modo nenhum, estes dois direitos bem distintos sob pena de abrir uma brecha na continuidade do sistema dos direitos de defesa garantido pela Carta.

48. Considero que o facto de o juiz nacional, em aplicação do artigo 15.º, n.º 2, da diretiva «regresso», deliberar sobre a legalidade da detenção ordenada pelas autoridades administrativas não pode sanar retroativamente o incumprimento do artigo 41.º da Carta por parte destas últimas. Uma violação do artigo 41.º da Carta na adoção da decisão de prorrogação da detenção pelas autoridades administrativas não pode ser regularizada pelo mero facto de, posteriormente, estar disponível um controlo jurisdicional.

49. A obrigação das autoridades nacionais de respeitarem o direito de ser ouvido antes da adoção de uma decisão suscetível de afetar desfavoravelmente os interesses de uma pessoa é amplamente consagrada por jurisprudência constante do Tribunal de Justiça¹¹ e o artigo 41.º, n.º 2, alínea a), da Carta confirma esta obrigação¹², conferindo-lhe valor constitucional.

50. Assim, o artigo 41.º, n.º 2, alínea a), da Carta garante a «qualquer pessoa», incluindo, portanto, nacionais de países terceiros que permaneçam em situação irregular, o direito a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente.

51. Resulta assim da letra desta disposição que a mesma tem aplicação geral e deve ser aplicada a qualquer processo que possa ter como resultado um ato lesivo. Além disso, esta disposição é aplicável mesmo quando a regulamentação aplicável não preveja expressamente essa formalidade¹³.

52. É manifesto que, de acordo com o artigo 51.º da Carta, o seu artigo 41.º, n.º 2, alínea a), é aplicável às autoridades nacionais competentes quando aplicam a diretiva «regresso»¹⁴. Considero que resulta, designadamente, dos acórdãos, já referidos, Dokter e o. e M., assim como do acórdão Honeywell Aerospace¹⁵, que não só as administrações nacionais têm a obrigação de respeitar os direitos de defesa quando aplicam o direito da União, mas também que, a fim de evitar que estes direitos sejam letra morta ou puramente formais, os interessados devem poder invocá-los diretamente perante os órgãos jurisdicionais nacionais.

11 — V., nomeadamente, acórdão de 24 de outubro de 1996, Comissão/Lisrestal e o. (C-32/95 P, Colet., p. I-5373, n.º 21); de 28 de março de 2000, Krombach (C-7/98, Colet., p. I-1935, n.º 42); de 21 de setembro de 2000, Mediocurso/Comissão (C-462/98 P, Colet., p. I-7183, n.º 36); de 9 de junho de 2005, Espanha/Comissão (C-287/02, Colet., p. I-5093, n.º 37); e de 18 de dezembro de 2008, Sopropé (C-349/07, Colet., p. I-10369, n.º 37).

12 — V. acórdão de 18 de julho de 2013, Comissão e o./Kadi (C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, n.º 99).

13 — V., neste sentido, acórdão M., já referido (n.ºs 84 e 86).

14 — V. artigo 1.º e vigésimo quarto considerando da diretiva «regresso».

15 — Acórdão de 20 de janeiro de 2005 (C-300/03, Colet., p. I-689).

53. O direito de ser ouvido, consagrado pelo artigo 41.º, n.º 2, alínea a), da Carta, aplica-se necessariamente a medidas de prorrogação da detenção dos nacionais de países terceiros que permaneçam em situação irregular tomadas pelas autoridades nacionais em aplicação das disposições do direito nacional que transpõem o artigo 15.º, n.º 6, da diretiva «regresso»¹⁶. Tais medidas, que implicam a privação de liberdade dos nacionais de países terceiros que permaneçam em situação irregular, são indiscutivelmente lesivas para aqueles.

54. Embora a Comissão tenha, corretamente, indicado que as medidas de detenção adotadas em aplicação do artigo 15.º da diretiva «regresso» não tinham caráter penal¹⁷ e não constituíam penas de prisão, importa recordar que o Tribunal de Justiça afirmou neste acórdão El Dridi que o recurso a uma medida de detenção constitui a mais grave medida restritiva de liberdade que a diretiva «regresso» permite no âmbito de um procedimento de afastamento coercivo¹⁸. Por isso, uma medida de detenção que, embora não tenha caráter penal, não deixa de implicar uma privação completa de liberdade é concebida como uma medida de último recurso, prevista unicamente quando a execução da decisão de regresso sob a forma de um afastamento pode ficar comprometida pelo comportamento do interessado. Esta medida é estritamente regulada, em aplicação dos artigos 15.º e 16.º da referida diretiva, nomeadamente com a finalidade de garantir a observância dos direitos fundamentais dos nacionais de países terceiros em causa¹⁹. A diretiva «regresso», ao prosseguir a instauração de uma política eficaz de afastamento e repatriamento, baseada em normas comuns, visa proceder aos repatriamentos em condições humanamente dignas e com pleno respeito pelos direitos fundamentais e pela dignidade das pessoas²⁰.

55. Nesta fase, gostaria de salientar com firmeza que, contrariamente aos argumentos do Governo neerlandês²¹ e da Comissão²², uma violação declarada do direito de ser ouvido aquando da adoção de uma medida de prorrogação da detenção em aplicação do artigo 15.º, n.º 6, da diretiva «regresso» não pode, em caso nenhum, ser considerada como uma violação «marginal» ou «limitada» deste direito. À semelhança das observações de M. G.²³, considero que o direito à liberdade é um dos direitos humanos mais fundamentais²⁴. Ainda que este direito não seja absoluto e conheça algumas limitações, designadamente, no domínio da imigração clandestina, como no presente caso, cada decisão das autoridades públicas baseada nestas limitações deve respeitar estritamente todos os requisitos legais que as rodeiam.

16 — Considero que a expressão «de acordo com a lei nacional» que figura no artigo 15.º, n.º 6, da diretiva «regresso» são unicamente relativos à faculdade dos Estados-Membros de fixarem a data de uma eventual prorrogação da detenção por um prazo máximo de doze meses.

17 — V. n.º 38 da presente tomada de posição. V., neste sentido, a tomada de posição do advogado-geral J. Mázak no processo El Dridi (acórdão de 28 de abril de 2011, C-61/11 PPU, Colet., p. I-3015, n.º 35).

18 — N.º 42 do referido acórdão. Com efeito, é dada prioridade à execução voluntária de uma decisão de regresso adotada nos termos do artigo 6.º, n.º 1, da diretiva «regresso». O artigo 7.º, n.º 1, da diretiva «regresso» dispõe que esta decisão prevê um prazo adequado para a partida voluntária, entre sete e trinta dias. Numa situação em que a obrigação de regresso não tenha sido cumprida no prazo concedido para a partida voluntária, resulta do artigo 8.º, n.ºs 1 e 4, da diretiva «regresso» que, com a finalidade de garantir a eficácia dos procedimentos de regresso, essas disposições impõem ao Estado-Membro que adotou uma decisão de regresso contra um nacional de país terceiro em situação irregular a obrigação de proceder ao afastamento, tomando todas as medidas necessárias, incluindo, se for caso disso, medidas coercivas, de forma proporcionada e com observância, designadamente, dos direitos fundamentais. V., neste sentido, acórdão El Dridi, já referido (n.ºs 36 a 38).

19 — V., neste sentido, acórdão El Dridi, já referido (n.º 42).

20 — V. acórdão El Dridi, já referido (n.º 31), e segundo considerando da diretiva «regresso».

21 — V. n.ºs 35 e 36 da presente tomada de posição.

22 — V. n.º 39 da presente tomada de posição.

23 — V. n.º 29 da presente tomada de posição.

24 — V. artigo 6.º da Carta. Além disso, sob a epígrafe «Direito à liberdade e à segurança», o artigo 5.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de novembro de 1950, dispõe:

«1.

Toda 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:

[...]

f) Se se tratar de prisão ou detenção legal de uma pessoa para lhe impedir a entrada ilegal no território ou contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição.

[...]

56. Além disso, contrariamente ao que alegam o Governo neerlandês²⁵ e a Comissão²⁶, considero que o raciocínio do Tribunal de Justiça, no n.º 26 do acórdão *Distillers Company/Comissão*, já referido, segundo o qual uma irregularidade processual só leva à anulação total ou parcial de uma decisão se provar que, na falta dessa irregularidade, a decisão controvertida poderia ter tido um conteúdo diferente, não pode ser aplicado, por analogia, no âmbito de medidas tão restritivas da liberdade das pessoas como a detenção.

57. Por princípio, a tese segundo a qual a audição dos interessados não podia influenciar o resultado do processo em questão não pode ser aceite, sob pena de infringir a própria essência dos direitos de defesa, tanto mais que tal tese não tem qualquer fundamento.

C — Quanto aos efeitos de uma violação do direito de ser ouvido

1. A título principal

58. Assim sendo, ainda que fosse necessário renunciar a falar de violação marginal, o Governo neerlandês sustenta que as consequências jurídicas da violação do princípio dos direitos de defesa, no presente caso, são determinadas pelo direito nacional²⁷. Segundo este governo, a diretiva «regresso» não inclui nenhuma disposição que especifique as consequências jurídicas que o órgão jurisdicional nacional deve atribuir à violação do princípio dos direitos de defesa na elaboração de uma medida de prorrogação na aceção do artigo 15.º, n.º 6, desta diretiva. Considera que resulta do n.º 38 do acórdão *Sopropé*, já referido, que, não existindo regras fixadas pelo direito da União, incumbe ao órgão jurisdicional nacional determinar as consequências jurídicas a atribuir à violação do princípio do direito de defesa no respeito dos princípios da equivalência e da efetividade.

59. Não partilho desta posição.

60. Como resulta inequivocamente do n.º 38 do acórdão *Sopropé*, já referido, o princípio de autonomia processual aplica-se unicamente quando o direito da União não fixa as modalidades de aplicação de uma regulamentação, as quais, consequentemente, se regem pela ordem jurídica interna dos Estados-Membros²⁸.

61. Ainda que se trate de uma das raras situações em que o próprio direito da União prevê a sanção de uma ilegalidade²⁹, parece-me que, no presente caso, as consequências jurídicas a retirar pelo órgão jurisdicional nacional de uma violação do direito de ser ouvido, consagrado pelo artigo 41.º, n.º 2, alínea a), da Carta, na prorrogação da detenção de um nacional de um país terceiro em situação irregular são fixadas pelo artigo 15.º, n.º 2, da diretiva «regresso».

62. Com efeito, o artigo 15.º, n.º 2, da diretiva «regresso» prevê expressamente e de maneira clara que «[o] nacional de país terceiro em causa é libertado imediatamente se a detenção for ilegal».

25 — V. n.º 34 da presente tomada de posição.

26 — V. n.º 41 da presente tomada de posição.

27 — V. n.º 34 da presente tomada de posição.

28 — Com efeito, no n.º 38 do referido acórdão *Sopropé*, o Tribunal de Justiça declarou que, «[n]o que diz respeito à execução [do princípio do respeito dos direitos de defesa] e, mais concretamente, aos prazos para o exercício dos direitos de defesa, importa precisar que, quando esses prazos não são, como no processo principal, fixados pelo direito comunitário, são regidos pelo direito nacional, desde que, por um lado, sejam equivalentes àqueles de que beneficiam os particulares ou as empresas em situações de direito nacional comparáveis e, por outro, não tornem, na prática, impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos de defesa conferidos pela ordem jurídica comunitária».

29 — No n.º 47 do acórdão *El Dridi*, já referido, o Tribunal de Justiça declarou que «os artigos 15.º e 16.º da diretiva [‘regresso’] são incondicionais e suficientemente precisos para não carecerem de outros elementos específicos para permitir a respetiva execução pelos Estados-Membros».

63. Esta disposição imperativa não deixa nenhuma margem de manobra aos Estados-Membros e reflete a vontade expressa do legislador da União de assegurar que nenhum nacional de um país terceiro em situação irregular pode ser privado da sua liberdade se o direito não for respeitado.

64. Segundo a Comissão, o artigo 15.º, n.º 2, da diretiva «regresso» não pode estabelecer as consequências jurídicas de uma violação do direito de ser ouvido quando da adoção de uma medida de prorrogação, porque esta disposição abrange unicamente os requisitos substanciais³⁰ a preencher para ordenar a detenção ou a sua prorrogação, «e não a decisão que a ela conduz». Não posso partilhar desta interpretação do artigo 15.º, n.º 2, da diretiva «regresso», que excluiria o respeito dos direitos fundamentais da questão de saber se se está ou não em presença de uma «detenção legal». Além disso, não compreendo a distinção feita, na audiência, pela Comissão entre a legalidade da detenção e a legalidade da decisão que ordena a detenção. Não concebo que uma detenção continue a ser legal quando a decisão que a ordena não o seja.

65. Proponho pois ao Tribunal de Justiça que responda à questão prejudicial no sentido de que uma violação, pela Administração nacional, do princípio geral do respeito dos direitos de defesa [no caso, do direito de ser ouvido, conforme previsto pelo artigo 41.º, n.º 2, alínea a), da Carta], cometida quando da elaboração de uma medida de prorrogação da detenção na aceção do artigo 15.º, n.º 6, da diretiva «regresso», implica a anulação desta medida e a imediata libertação do interessado, de acordo com o artigo 15.º, n.º 2, da diretiva «regresso».

2. A título subsidiário

66. Na hipótese de o Tribunal de Justiça não aderir a esta interpretação do artigo 15.º, n.º 2, da diretiva «regresso» e do artigo 41.º, n.º 2, alínea a), da Carta, é meu dever analisar a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa às consequências de uma violação declarada dos direitos de defesa, especialmente do direito de ser ouvido num procedimento administrativo nacional que aplica o direito da União, a fim de determinar os direitos que daí podem advir para uma vítima desta violação.

67. Não falarei de uma ponderação de interesses, como sugere o órgão jurisdicional de reenvio. Com efeito, como mostraram as reflexões do juiz-relator na audiência, este conceito suscita dúvidas designadamente quanto aos elementos ou interesses a comparar, aspeto que não foi clarificado na audiência.

68. Embora, segundo o Tribunal de Justiça, a regra geral seja certamente a anulação pura e simples das decisões controvertidas³¹, também segundo jurisprudência constante, o respeito do direito de ser ouvido não constitui uma prerrogativa absoluta e pode comportar restrições, na condição de que estas correspondam efetivamente a objetivos de interesse geral prosseguidos pela medida em causa e não constituam, à luz da finalidade prosseguida, uma intervenção desmedida e intolerável que atente contra a própria substância dos direitos assim garantidos³².

69. Assim, em casos de grande urgência e quando razões imperiosas o exijam, as autoridades, tanto nacionais como da União, podem adotar medidas individuais que afetam desfavoravelmente pessoas sem obterem previamente o seu ponto de vista.

70. Deste modo, o Tribunal de Justiça afirmou que uma restrição do direito de ser ouvido pode ser justificada e, portanto, tolerada quando a saúde pública estava ameaçada pela febre aftosa ou quando a segurança pública estava ameaçada pelo terrorismo.

30 — A saber, os requisitos materiais estabelecidos pelo artigo 15.º, n.º 1, da diretiva «regresso», tais como o perigo de fuga ou o impedimento do regresso ou do procedimento de afastamento.

31 — V. acórdãos Comissão/Lisrestal, já referido (n.º 45); Mediocurso/Comissão, já referido (n.º 50), e de 29 de junho de 1994, Fiskano/Comissão (C-135/92, Colet., p. I-2885, n.º 44).

32 — V., neste sentido, acórdão Dokter e o., já referido (n.º 75 e jurisprudência referida).

71. No acórdão Dokter e o., já referido, o Tribunal de Justiça entendeu que, tendo em conta a natureza altamente contagiosa da febre aftosa e a necessidade de lutar rápida e eficazmente contra ela para proteger a saúde pública, a autoridade competente podia tomar as medidas adequadas sem que todas as pessoas potencialmente interessadas tivessem tomado previamente conhecimento dos factos e documentos em que essas medidas se basearam e sem que tivessem tomado posição sobre tais factos e documentos. Segundo o Tribunal de Justiça, tal restrição só pode constituir uma intervenção desmedida se os interessados forem privados da possibilidade de contestar as referidas medidas num processo posterior e de fazer valer utilmente o seu ponto de vista no quadro desse processo³³.

72. Além disso, no seu acórdão França/People's Mojahedin Organization of Iran³⁴, o Tribunal de Justiça recordou que pode ser admitida uma exceção ao direito fundamental ao respeito dos direitos de defesa no que respeita às decisões iniciais de congelamento de fundos perante pessoas e entidades ligadas a redes terroristas.

73. Com efeito, estas medidas, adotadas sem audição prévia dos interessados, são justificadas pela necessidade de assegurar a eficácia das medidas de congelamento e, em definitivo, por considerações imperiosas atinentes à segurança ou à condução das relações internacionais da União e dos seus Estados-Membros³⁵. No entanto, o Tribunal de Justiça declarou que estas autoridades deviam comunicar aos interessados os elementos que justificam estas medidas e proceder a uma audição destes últimos, concomitantemente ou imediatamente após essas medidas³⁶.

74. Ainda que, como defende o Governo neerlandês, aceite o argumento segundo o qual há que ter em conta todas as circunstâncias do caso em apreço, considero, tal como M. G.³⁷, que as circunstâncias excepcionais, caracterizadas por uma urgência grave e extrema, presentes nos acórdãos, já referidos, Kadi I e França/People's Mojahedin Organization of Iran, relativos às medidas de congelamento de fundos, ou no acórdão Dokter e o., já referido, relativo à febre aftosa, que justificaram restrições do direito de ser ouvido, estão totalmente ausentes dos processos principais.

75. Em primeiro lugar, a ameaça global do terrorismo, que carece da adoção urgente de medidas de congelamento de fundos, e o perigo grave para a saúde pública que representa a febre aftosa não têm o mesmo nível de gravidade ou de interesse público que o perigo de fuga de um nacional de países terceiros em situação irregular.

76. Além disso, como indica N. R., nada impediu as autoridades neerlandesas de procederem a uma audição efetiva e prévia dos interessados com vista à adoção das medidas de prorrogação da detenção, garantia processual que não era difícil de assegurar, tanto mais que não havia nenhuma urgência dado os interessados estarem já em detenção e, conseqüentemente, não apresentarem nenhum perigo de fuga³⁸.

77. Por último, de modo algum decorre do dossiê apresentado ao Tribunal de Justiça que M. G. e N. R. tenham tentado instrumentalizar abusivamente os procedimentos estabelecidos pela diretiva «regresso», incluindo as disposições relativas a medidas de detenção, com o objetivo de provocar a violação dos seus direitos em causa nos processos principais.

33 — *Ibidem* (n.º 76).

34 — Acórdão de 21 de dezembro de 2011 (C-27/09, Colet., p. I-13427, n.ºs 61 a 67).

35 — Acórdãos Kadi I (n.º 342) e França/People's Mojahedin Organization of Iran, já referido (n.º 67).

36 — Acórdãos Kadi I (n.º 345) e França/People's Mojahedin Organization of Iran, já referido (n.º 61).

37 — V. n.º 29 da presente tomada de posição.

38 — A este respeito, saliente-se, a título de analogia, que o Tribunal de Justiça decidiu que, no caso de uma decisão subsequente de congelamento de fundos pela qual as medidas tomadas contra uma pessoa ou entidade são mantidas (decisão comparável a uma decisão de prorrogação de uma detenção, como as que estão em causa nos processos principais), já não é necessário esse efeito surpresa para assegurar a eficácia das medidas, pelo que a adoção de tais medidas deve, em princípio, ser precedida de uma comunicação dos elementos que lhe são imputados, bem como da oportunidade concedida à pessoa ou à entidade em causa de ser ouvida (acórdão França/People's Mojahedin Organization of Iran, já referido, n.º 62).

78. Em segundo lugar, as restrições ao direito patrimonial em questão nos acórdãos, já referidos, Dokter e o., Kadi I e France/People's Mojahedin Organization of Iran não são comparáveis a uma medida extrema, ou «radical»³⁹, segundo a Comissão, como a prorrogação por um período de doze meses da privação de liberdade dos nacionais de países terceiros que permaneçam em situação irregular.

79. Em terceiro lugar, a existência de circunstâncias suscetíveis de justificar a adoção de medidas que infringem o direito de ser ouvido deve ser verificada na ocasião da adoção de tais medidas, e não posteriormente.

80. Com efeito, considero que uma modulação das consequências de uma violação de um direito fundamental não pode responder ao objetivo de sanção posterior dessa violação na ausência de razões imperiosas existentes quando da adoção da medida litigiosa.

81. À luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça e das circunstâncias dos processos principais, a violação do direito de ser ouvido não pode deixar de dar lugar à anulação das decisões controvertidas e à libertação dos interessados.

D — *Uma alternativa?*

82. Fora das consequências previstas pelo órgão jurisdicional de reenvio, a saber, a anulação das decisões controvertidas seguida da libertação dos interessados ou a manutenção destas decisões e, portanto, das detenções, foi referida na audiência uma terceira via, a saber, a anulação das decisões controvertidas e a adoção concomitante de novas decisões legais (ou a adoção de novas decisões administrativas legais antes da anulação das decisões controvertidas).

83. O próprio Tribunal de Justiça reconheceu, no acórdão Kadi I, já referido, a possibilidade de matizar as consequências jurídicas de uma decisão que viola o direito de ser ouvido.

84. Com efeito, nos n.ºs 373 a 376 do acórdão Kadi I, já referido, o Tribunal de Justiça, perante os efeitos sérios e irreversíveis da anulação das medidas de congelamento dos fundos sobre a eficácia destas medidas restritivas, manteve os efeitos das medidas adotadas com violação do direito de ser ouvido durante um curto período para permitir às autoridades a sanção das violações constatadas.

85. Observe-se, antes de mais, que esta solução era relativa a decisões iniciais de congelamento de fundos em que o efeito de surpresa era necessário, o que não acontece no presente caso. No entanto, saliente-se, sobretudo, que, como foi confirmado na audiência e o órgão jurisdicional de reenvio indicou, tanto para a decisão de colocação em detenção como para a decisão de prorrogação desta, o Staatssecretaris não detém esta faculdade em direito nacional⁴⁰.

VII — Conclusão

86. À luz do conjunto das considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça responda à questão prejudicial que lhe foi submetida pelo Raad van State do seguinte modo:

«A título principal, uma violação, pela administração nacional, do direito de qualquer pessoa de ser ouvida antes de, a seu respeito, ser adotada uma medida individual que a afete desfavoravelmente, consagrado pelo artigo 41.º, n.º 2, alínea a), da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, cometida quando da elaboração de uma medida de prorrogação da detenção na aceção do artigo 15.º,

39 — V. n.º 38 da presente tomada de posição.

40 — V. n.º 23 da presente tomada de posição.

n.º 6, da Diretiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2008, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular, implica a anulação dessa medida e a imediata libertação do interessado, em aplicação do artigo 15.º, n.º 2, desta diretiva.

A título subsidiário, a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa às consequências a atribuir em direito da União a uma violação do direito de ser ouvido implica, em casos como os que estão em causa nos processos principais, a anulação das decisões controvertidas de prorrogação da detenção e a libertação dos nacionais de países terceiros em detenção.»