



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
YVES BOT
apresentadas em 6 de setembro de 2018¹

Processos apensos C-412/17 e C-474/17

Bundesrepublik Deutschland
contra
Touring Tours und Travel GmbH (C-412/17),
Sociedad de Transportes SA (C-474/17)

[pedidos de decisão prejudicial apresentados pelo Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal, Alemanha)]

«Reenvio prejudicial — Espaço de liberdade, segurança e justiça — Regulamento (CE) n.º 562/2006 — Código comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (Código das Fronteiras Schengen) — Artigos 20.º e 21.º — Supressão do controlo nas fronteiras internas do espaço Schengen — Regulamentação de um Estado-Membro que impõe a um operador de viagens de autocarro que atravessa as fronteiras internas do espaço Schengen a obrigação de controlar os passaportes e as autorizações de residência dos passageiros — Diretiva 2002/90/CE — Decisão-Quadro 2002/946/JAI — Auxílio à entrada irregular»

I. Introdução

1. Se, por um lado, as ligações rodoviárias internacionais de autocarro permitem aos cidadãos da União Europeia e aos nacionais de países terceiros em situação regular circular livremente no interior da União, constituem também uma oportunidade para os nacionais de países terceiros em situação irregular de beneficiarem das facilidades oferecidas por este espaço de livre circulação e, portanto, um veículo de imigração clandestina.

2. Fora da reintrodução temporária dos controlos nas fronteiras internas, como combater esta imigração irregular no espaço de liberdade, de segurança e de justiça, no âmbito do qual se integra o espaço Schengen, sem comprometer a liberdade de circulação prometida aos cidadãos da União e aos nacionais de países terceiros que nela residem legalmente?

¹ Língua original: francês.

3. Um Estado-Membro pode exigir às empresas de transporte² em autocarro cujas carreiras atravessam uma fronteira interna Schengen, que verifiquem, antes da passagem da fronteira interna, se os passageiros estão munidos dos documentos de viagem exigidos para a entrada no território nacional e punir o incumprimento dessa obrigação sem restabelecer as fronteiras onde estas foram, em princípio, suprimidas?

4. As presentes questões foram suscitadas no âmbito dos litígios que opõem a Touring Tours und Travel GmbH e a Sociedad de Transportes SA, duas empresas de transporte em autocarro, estabelecidas respetivamente na Alemanha e em Espanha, à Bundesrepublik Deutschland (República Federal da Alemanha), relativamente às decisões que as proibiram de transportar estrangeiros para o território alemão sem o passaporte ou título de residência exigido pelo artigo 13.º, n.º 1, da Gesetz über den Aufenthalt, die Erwerbstätigkeit und die Integration von Ausländern im Bundesgebiet (Lei relativa à residência, ao trabalho e à integração dos estrangeiros no território federal)³, de 30 de julho de 2004, sob a cominação de uma sanção pecuniária de 1 000 euros por estrangeiro em caso de violação da proibição.

5. A fim de garantir que os estrangeiros preencham as condições exigidas pela referida disposição para a transposição da fronteira, o legislador alemão exige, com efeito, às empresas de transporte aéreo, marítimo e terrestre, com exceção do tráfego ferroviário transfronteiriço, que verifiquem se aqueles estão efetivamente munidos dos documentos de viagem exigidos.

6. Assim, o § 63 da AufenthG, sob a epígrafe «Obrigações das empresas de transporte»⁴, cuja legalidade à luz do direito da União importa apreciar, dispõe:

«1. Um transportador só pode transportar estrangeiros no território da República Federal da Alemanha quando estes estiverem munidos de passaporte e do título de residência exigidos.

2. O Bundesministerium des Innern [Ministério Federal da Administração Interna, Alemanha] ou a autoridade por ele determinada pode, de comum acordo com o Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur [Ministério Federal dos Transportes e das Infraestruturas Digitais, Alemanha], proibir a um transportador o transporte de estrangeiros no território da República Federal da Alemanha em violação do n.º 1 e cominar-lhe sanções pecuniárias em caso de infração. [...]

3. O montante das sanções pecuniárias aplicadas ao transportador é de 1 000 euros, no mínimo, e de 5 000 euros, no máximo, por cada estrangeiro que transporte em violação de uma decisão adotada nos termos do n.º 2. [...]

4. O Ministério Federal da Administração Interna ou a autoridade por ele determinada podem acordar com os transportadores regras destinadas a implementar a obrigação referida no n.º 1.»

2 Para os presentes efeitos, deve entender-se por «transportador» «qualquer pessoa singular ou coletiva que assegure, a título profissional, o transporte de pessoas», conforme definido pelo legislador da União no artigo 2.º, n.º 14, do Regulamento (CE) n.º 562/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2006, que estabelece o código comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (JO 2006, L 105, p. 1), na redação que lhe foi dada pelo Regulamento (UE) n.º 610/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013 (JO 2013, L 182, p. 1) (a seguir «Código das Fronteiras Schengen»). O Regulamento n.º 562/2006 foi revogado e substituído pelo Regulamento (UE) 2016/399 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2016, que estabelece o código da União relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (Código das Fronteiras Schengen) (JO 2016, L 77, p. 1). O Regulamento n.º 562/2006 era aplicável à data dos factos nos processos principais.

3 BGBl. 2004 I, p. 1950, na versão aplicável aos factos dos processos principais (a seguir «AufenthG»).

4 A aplicação deste artigo é desenvolvida nos pontos 63.1 e 63.2 da Allgemeine Verwaltungsvorschrift zum AufenthG (disposição administrativa geral relativa à lei sobre a residência dos estrangeiros), de 26 de outubro de 2009 (GMBL. 2009, p. 878; a seguir «disposição administrativa geral relativa à AufenthG»).

7. Esta legislação transpõe, tanto na obrigação que impõe como na sanção que fixa, as obrigações adotadas no artigo 26.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen⁵, conforme completadas pela Diretiva 2001/51/CE⁶. Não se trata, portanto, de legislação isolada⁷. Nos termos do artigo 26.º da CAAS, esta legislação deve aplicar-se às transportadoras provenientes de um Estado no qual não se aplique o acervo de Schengen.

8. O § 63 da *AufenthG* não é, portanto, criticável se aplicado aos transportadores que transportam um estrangeiro através da fronteira externa de um Estado-Membro.

9. O que já é mais criticável, em contrapartida, ou que, em qualquer caso, suscita dificuldades, é a aplicação desta disposição às empresas de transporte em autocarro cujas carreiras atravessam uma fronteira interna Schengen e que conduzem, por conseguinte, um estrangeiro à fronteira interna de um Estado-Membro⁸. Com efeito, a inexistência de controlos nas fronteiras internas constitui a própria essência do espaço Schengen⁹.

10. Foi neste contexto que o *Bundesverwaltungsgericht* (Tribunal Administrativo Federal, Alemanha) decidiu suspender a instância nos litígios que lhe foram submetidos e submeter ao Tribunal de Justiça questões prejudiciais.

11. Com as duas questões prejudiciais, aquele órgão jurisdicional pergunta ao Tribunal de Justiça se o artigo 67.º, n.º 2, TFUE, bem como os artigos 20.º e 21.º do Código das Fronteiras Schengen, se opõem a que um Estado-Membro aplique a empresas de transporte em autocarro cujas carreiras atravessam uma fronteira interna Schengen uma legislação nacional que, por um lado, exige aos transportadores que verifiquem, antes da passagem da fronteira, se os respetivos passageiros estão munidos de passaporte e do título de residência exigidos para a entrada regular no território nacional e, por outro, pune o incumprimento desta obrigação de controlo.

12. As questões submetidas pelo *Bundesverwaltungsgericht* (Tribunal Administrativo Federal) são inéditas.

13. Com efeito, nos processos que deram origem aos Acórdãos de 22 de junho de 2010, *Melki e Abdeli*¹⁰, de 19 julho de 2012, *Adil*¹¹, e de 21 de junho de 2017, *A.*¹², o Tribunal de Justiça examinou a conformidade com as disposições do Código das Fronteiras Schengen dos controlos exercidos por autoridades detentoras do poder público e realizados no interior do próprio território de um

5 Convenção de 14 de junho de 1985, entre os Governos dos Estados da União Económica Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa, relativa à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns, assinada em Schengen (Luxemburgo), em 19 de junho de 1990 (JO 2000, L 239, p. 19; a seguir «CAAS»).

6 Diretiva do Conselho, de 28 de junho de 2001, que completa as disposições do artigo 26.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen (JO 2001, L 187, p. 45).

7 Ver, a este respeito, a análise comparada de Bruycker, P., «Rapport de synthèse concernant la transposition de la directive visant à compléter les dispositions de l'article 26 de la Convention d'Application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985» [Relatório de síntese sobre a transposição da diretiva que completa as disposições do artigo 26.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen de 14 de junho de 1985], *Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 417 a 424, bem como a análise da Rede Europeia das Migrações, intitulada «Ad-Hoc Query on implementing Council Directive 2001/51/EC» [*ad hoc query* sobre a transposição da diretiva 2001/51/CE do Conselho], de 13 de dezembro de 2012, disponível no seguinte endereço Internet: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/ad-hoc-queries/eu-acquis/436_emn_ad-hoc_query_on_implementing_council_directive_200151ec_5november2012_wider_dissemination_en.pdf.

8 Conforme resulta do estudo da Rede Europeia das Migrações, citado na nota 7 das presentes conclusões, a legislação nacional em causa, como, aparentemente, muitas outras, não distingue consoante as transportadoras transportem os passageiros de um Estado-Membro do espaço Schengen ou de um Estado terceiro.

9 V. Labayle, H., «La suppression des contrôles aux frontières intérieures de l'Union» [A supressão dos controlos nas fronteiras internas da União], *Les frontières de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 19 a 53. O autor salienta que «este movimento de supressão está na base de uma das conquistas mais notáveis da União [...], a de um «espaço» aberto à livre circulação de pessoas» (N. do T.: tradução livre) (p. 19).

10 C-188/10 e C-189/10, EU:C:2010:363.

11 C-278/12 PPU, EU:C:2012:508.

12 C-9/16, EU:C:2017:483.

Estado-Membro, na respetiva fronteira ou zona fronteiriça. Ora, os controlos por força do § 63 da AufenthG são efetuados pelo pessoal de empresas de transporte privadas, que não dispõem de poderes de polícia, e devem ser realizados antes da passagem da fronteira interna e, portanto, no exterior do território do Estado-Membro.

14. A importância das respostas às questões prejudiciais submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio é clara.

15. Trata-se de determinar em que medida uma legislação como a que está aqui em causa — que priva os nacionais de países terceiros em situação irregular da possibilidade de se deslocarem de um Estado-Membro para outro através de um meio de transporte, no caso em apreço, as carreiras de autocarro — constitui, na aceção do artigo 3.º TUE, uma «medida adequada» em matéria de imigração, num espaço que se pretende que seja um espaço de liberdade, de segurança e de justiça sem fronteiras internas, mas numa altura em que o terrorismo, a criminalidade transfronteiriça e o risco de movimentos secundários de pessoas que atravessaram as fronteiras externas de forma irregular ameaçam a ordem pública e a segurança interna dos Estados-Membros.

16. Atualmente, muitos são os que reclamam o restabelecimento das fronteiras internas — invocando as lacunas e as deficiências que afetam os controlos nas fronteiras externas do espaço Schengen — e procedem a adaptações nas respetivas legislações¹³. Na decisão de reenvio, o Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal) salienta, assim, que a legislação em causa é suscetível de constituir uma «contramedida eficaz» face a esses movimentos secundários, que permite, assim, mitigar a permeabilidade ou a porosidade das fronteiras externas do espaço Schengen onde não houve uma reintrodução temporária dos controlos nas fronteiras internas.

17. Num primeiro momento, examinarei os controlos em causa à luz das disposições do Código das Fronteiras Schengen nas quais o órgão jurisdicional de reenvio baseia o seu pedido de decisão prejudicial.

18. A este respeito, apresentarei as razões pelas quais esses controlos devem, em minha opinião, ser equiparados a «controlos de fronteira» proibidos nos termos do artigo 20.º do Código das Fronteiras Schengen. Considero, com efeito, que, ao instituir um tal dever de controlo, o Estado-Membro utiliza uma legislação destinada na origem aos controlos das fronteiras externas, restabelece de forma dissimulada fronteiras onde foram, em princípio, suprimidas e contorna a proibição de princípio enunciada nos artigos 1.º e 20.º do Código das Fronteiras Schengen.

19. Apesar de os Estados-Membros terem um interesse perfeitamente legítimo em controlar a imigração clandestina, penso que não é criando um dispositivo instituído fora do âmbito e dos limites do Código das Fronteiras Schengen e que obriga as empresas de transporte a executar controlos no território de outro Estado-Membro e a fazer apreciações que são, em princípio, da competência exclusiva das autoridades policiais que se deve combater a imigração irregular.

20. Um tal dispositivo é ineficaz e criticável à luz da proteção de determinados direitos fundamentais, como o direito de asilo consagrado no artigo 18.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia¹⁴.

¹³ Assim, alguns Estados-Membros isentam as empresas de transporte em autocarro da coima prevista em caso de violação da obrigação de controlo na passagem das fronteiras externas se estas demonstrarem a existência de um controlo à entrada no território de um dos Estados com os quais se aplica o acervo de Schengen, ou de um controlo, pelos serviços competentes, à entrada do território nacional.

¹⁴ Penso que este dispositivo é criticável, na medida em que não faz qualquer distinção consoante o nacional de um país terceiro sem documentos de viagem adequados seja um clandestino ou um requerente de asilo. Ora, os movimentos migratórios secundários incluem pessoas que podem beneficiar de proteção internacional. Embora, no estado atual do direito da União, os requerentes de asilo devam apresentar o seu pedido no primeiro Estado-Membro de entrada, são muitos os que se deslocam irregularmente no espaço Schengen, porque pensam ter mais possibilidades de aceder ao estatuto de refugiado num determinado Estado-Membro do que noutros, na medida em que, não obstante a harmonização realizada, os sistemas de asilo são ainda nacionais.

21. A legitimação de um tal dispositivo far-se-ia, a meu ver, à custa não só dos princípios subjacentes ao espaço Schengen, mas também da sua própria realidade, uma vez que este espaço permite agora aos cidadãos da União e aos nacionais de países terceiros em situação regular beneficiar plenamente da livre circulação que assegura. Equivaleria também a não ter em conta as competências policiais que os Estados-Membros conservam para garantir a ordem pública e a segurança interna no respetivo território e os instrumentos de cooperação que são igualmente colocados à sua disposição. Seria, por último, ignorar os numerosos instrumentos legislativos que foram adotados na União para controlar melhor os fluxos migratórios e, em especial, as medidas adotadas no domínio da gestão e do controlo das fronteiras externas e da luta contra o tráfico ilícito de migrantes.

22. Num segundo momento, a fim de dar ao órgão jurisdicional de reenvio uma resposta útil que lhe permita decidir os litígios submetidos à sua apreciação, proporei ao Tribunal de Justiça que examine a legislação em questão à luz das disposições do direito da União que visam especificamente a luta contra a imigração clandestina e, em especial, das disposições previstas na Diretiva 2002/90/CE¹⁵ e na Decisão-Quadro 2002/946/JAI¹⁶, para efeitos de repressão do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares.

23. Indicarei, a este respeito, que, na hipótese de as autoridades nacionais competentes constatarem que empresas de transporte, como as dos processos principais, tiram de facto partido da respetiva atividade para auxiliar, de forma deliberada, nacionais de países terceiros a entrar ilegalmente no território nacional, e considerarem que se encontram reunidos tanto os elementos objetivos como os elementos subjetivos da infração de auxílio à entrada irregular, cabe-lhes tomar as medidas necessárias para garantir que a referida infração seja passível de uma sanção penal efetiva, proporcionada e dissuasiva, em consonância com os princípios enunciados na Diretiva 2002/90 e na Decisão-Quadro 2002/946.

II. Matéria de facto dos processos principais

24. As empresas de transporte em causa oferecem viagens em autocarro e exploram, nomeadamente, carreiras com destino à Alemanha que atravessam as fronteiras germano-neerlandesa e germano-belga.

25. Considerando que estas empresas tinham transportado para a Alemanha um elevado número de estrangeiros sem os documentos de viagem exigidos, em violação do § 63, n.º 1, da AufenthG, o Bundespolizeipräsidium (Direção da Polícia Federal, Alemanha) enviou-lhes, respetivamente no mês de novembro de 2013 e no mês de março de 2014, um «aviso» que enumera os casos de transporte não autorizado e anuncia, com fundamento no § 63, n.º 2, da AufenthG, que, em caso de continuação da infração, lhes será proibido o transporte de estrangeiros no território nacional sempre que estes não estejam munidos dos documentos de viagem exigidos.

26. Posteriormente, tendo constatado a continuação da infração, a Direção da Polícia Federal adotou as referidas decisões de proibição, respetivamente em 26 de setembro de 2014 e 18 de novembro de 2014, as quais foram acompanhadas da cominação de sanções pecuniárias no montante de 1 000 euros por cada nova infração.

¹⁵ Diretiva 2002/90 do Conselho, de 28 de novembro de 2002, relativa à definição do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares (JO 2002, L 328, p. 17).

¹⁶ Decisão-Quadro do Conselho, de 28 de novembro de 2002, relativa ao reforço do quadro penal para a prevenção do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares (JO 2002, L 328, p. 1).

27. As referidas decisões enunciavam, a título de fundamentação, que as empresas de transporte em causa estavam obrigadas, por força do § 63, n.º 1, da *AufenthG*, a envidar esforços suficientes para impedir o transporte no território alemão de estrangeiros sem os documentos de viagem exigidos, obrigações estas que as mesmas podiam satisfazer tanto em termos de facto como de direito. Para o efeito, as empresas estavam obrigadas a verificar tais documentos no momento do controlo dos bilhetes à subida para o autocarro e podiam recusar a subida dos estrangeiros sem os documentos de viagem exigidos.

28. Nos recursos que lhe foram submetidos pelas empresas de transporte em causa das referidas decisões, o *Verwaltungsgericht* (Tribunal Administrativo, Alemanha) anulou-as, considerando, no essencial, que, tendo em conta o primado do direito da União, o § 63, n.º 2, da *AufenthG* devia permanecer inaplicado sempre que a sua aplicação às empresas que transportam estrangeiros para a Alemanha através de uma fronteira interna do espaço Schengen fosse contrária ao artigo 67.º, n.º 2, TFUE, bem como aos artigos 20.º e 21.º do Código das Fronteiras Schengen. Com efeito, os controlos impostos às empresas em causa deviam ser qualificados como «medidas que tenham um efeito equivalente a um controlo de fronteira», na aceção do artigo 21.º do referido código, tendo em conta, nomeadamente, o seu carácter sistemático e o facto de serem efetuados antes de a fronteira ser atravessada.

29. A República Federal da Alemanha interpôs recurso de «Revision» desta decisão para o órgão jurisdicional de reenvio, alegando, designadamente, que o direito da União e, em especial, a Diretiva 2002/90 e a Decisão-Quadro 2002/946, que são disposições especiais relativamente às previstas no Código das Fronteiras Schengen, impõem a obrigação de punir as infrações a proibições de transporte, como as previstas no § 63 da *AufenthG*.

30. Em todo o caso, o controlo de documentos de viagem exigido por esta disposição de direito nacional não pode ser qualificado de «medida de efeito equivalente a um controlo de fronteira», na aceção do artigo 21.º, alínea a), do Código das Fronteiras Schengen. Com efeito, o objetivo prosseguido não é o de controlar a passagem das fronteiras, mas o de fazer respeitar as disposições relativas à entrada no território. Além disso, não sendo estes controlos efetuados por agentes públicos, mas por pessoal privado, o seu alcance e a sua intensidade são inferiores à de um controlo de fronteira. Assim, não é possível recorrer a medidas de coação ou de investigação em caso de recusa de sujeição ao controlo.

III. Questões prejudiciais

31. Nestas circunstâncias, o *Bundesverwaltungsgericht* (Tribunal Administrativo Federal) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) O artigo 67.º, n.º 2, TFUE e os artigos [20.º e 21.º] do [Código das Fronteiras Schengen] opõem-se ao regime nacional de um Estado-Membro que tem por efeito obrigar as empresas de autocarros cujas carreiras atravessam uma fronteira interna Schengen a controlar os documentos de viagem dos seus passageiros antes de atravessar uma fronteira interna, para impedir o transporte para o território da República Federal da Alemanha de estrangeiros sem passaporte nem título de residência?

Em especial:

- a) A obrigação geral, resultante da lei, ou a obrigação imposta pelas autoridades aos transportadores individuais de não transportar para o território federal estrangeiros não munidos, como exigido, de passaporte ou título de residência, que só pode ser cumprida pelos

transportadores através de um controlo dos documentos de viagem de todos os passageiros antes de atravessar a fronteira interna, constitui um controlo das pessoas nas fronteiras internas na aceção do artigo [20.º] do Código das Fronteiras Schengen ou é equivalente a este?

- b) Deve a imposição das obrigações referidas na questão 1) ser apreciada à luz do artigo [21.º], alínea a), do Código das Fronteiras Schengen, embora os transportadores não exerçam “competências de polícia” na aceção desta norma e, apesar da obrigação de controlo imposta pelo Estado, também não estejam formalmente investidos de poderes de autoridade pública?
 - c) Em caso de resposta afirmativa à questão 1 b): atendendo aos critérios do artigo [21.º], alínea a), segundo período, do Código das Fronteiras Schengen, o controlo exigido dos transportadores constitui uma medida ilegal, de efeito equivalente a um controlo nas fronteiras?
 - d) Deve a imposição das obrigações referidas na questão 1), na medida em que se aplica a empresas que operam carreiras de autocarros, ser apreciada à luz do artigo [21.º], alínea b), do Código das Fronteiras Schengen, nos termos do qual a ausência do controlo nas fronteiras internas não prejudica a faculdade de os transportadores efetuarem controlos de segurança sobre as pessoas em portos ou aeroportos? Deve assim concluir-se que os controlos referidos na questão 1) realizados igualmente fora de portos e aeroportos são ilegais, quando não constituem controlos de segurança e não são igualmente efetuados sobre pessoas que viajam no interior de um Estado-Membro?
- 2) Os artigos [20.º] e [21.º] do Código das Fronteiras Schengen permitem disposições nacionais que, para garantir o cumprimento da obrigação [de controlo referida em 1)], preveem que pode ser adotada uma decisão de proibição, com cominação de sanções pecuniárias, contra uma empresa de autocarros quando, por não terem sido efetuados controlos, foram transportados para o território da República Federal da Alemanha estrangeiros sem passaporte nem título de residência?»

32. A República Federal da Alemanha, representada pelo Bundespolizeipräsidentium (Direção da Polícia Federal), o Governo alemão e a Comissão Europeia apresentaram observações escritas e orais.

IV. Observações preliminares

33. Antes de proceder ao exame das questões prejudiciais submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, parece-me importante fazer uma observação preliminar sobre as obrigações a que estão sujeitos os Estados-Membros numa situação como a que está aqui em causa.

34. Nos termos do artigo 3.º, n.º 2, TUE, «[a] União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno».

35. Neste espaço sem fronteiras internas, que é o espaço de liberdade, de segurança e de justiça, os Estados-Membros devem, por um lado, assegurar a livre circulação de pessoas e, por outro, o controlo dos fluxos migratórios, o qual implica a luta contra a imigração clandestina.

36. Em primeiro lugar, os Estados-Membros estão, portanto, obrigados a não entravar, mediante controlos nas suas fronteiras internas, a livre circulação dos cidadãos da União e dos nacionais de países terceiros que entraram ou residem legalmente na União, independentemente da sua nacionalidade.

37. Tal resulta, por um lado, das «[d]isposições gerais» do artigo 67.º, n.º 2, TFUE, que prevê que União assegura a inexistência de controlos de pessoas nas fronteiras internas, bem como, por outro, do artigo 77.º, n.º 1, alínea a), TFUE, que enuncia, no título das «[p]olíticas relativas aos controlos nas fronteiras, ao asilo e à imigração», que a União desenvolve uma política que visa assegurar a inexistência de controlos de pessoas, independentemente da sua nacionalidade, na passagem dessas fronteiras.

38. Para os cidadãos da União, o direito de circular livremente e sem entraves no território dos Estados-Membros constitui um direito fundamental ao abrigo do artigo 3.º, n.º 2, TUE, bem como do artigo 20.º, n.º 2, e do artigo 21.º TFUE.

39. Para os nacionais de países terceiros em situação regular, a supressão da cláusula de nacionalidade efetuada pelo artigo 20.º do Código das Fronteiras Schengen e pelo artigo 67.º TFUE torna-os igualmente beneficiários da livre circulação sem controlos nas fronteiras internas, durante o período de tempo que lhes fixa a regulamentação.

40. Os Estados-Membros estão, assim, obrigados a suprimir os controlos nas fronteiras internas, em aplicação do artigo 20.º do Código das Fronteiras Schengen, e demais medidas de efeito equivalente ao exercício desses controlos, na aceção do artigo 21.º deste código.

41. Não obstante, nos termos do artigo 72.º TFUE, a supressão do controlo nas fronteiras internas não prejudica o exercício das responsabilidades que incumbem aos Estados-Membros em matéria de manutenção da ordem pública e de garantia da segurança interna.

42. O legislador da União autoriza, assim, nos termos do artigo 21.º, alínea a), do código das Fronteiras Schengen, as autoridades nacionais competentes a exercerem as competências de polícia, ao abrigo do direito nacional, na medida em que o exercício dessas competências não tenha efeito equivalente a um controlo de fronteira, o mesmo se aplicando nas zonas fronteiriças. Nos termos desta disposição, o exercício das competências de polícia não pode «considerar-se equivalente ao exercício de controlos de fronteira, nomeadamente nos casos em que essas medidas policiais:

- i) não tiverem como objetivo o controlo fronteiriço,
- ii) se basearem em informações policiais de carácter geral e na experiência em matéria de possíveis ameaças à ordem pública e se destinarem particularmente a combater o crime transfronteiras,
- iii) forem concebidas e executadas de forma claramente distinta dos controlos sistemáticos de pessoas nas fronteiras externas,
- iv) forem aplicadas com base em controlos por amostragem [...]

43. De acordo com o artigo 21.º, alínea b), do Código das Fronteiras Schengen, o legislador da União autoriza igualmente as autoridades nacionais competentes a exercerem controlos de segurança sobre as pessoas nos portos e aeroportos.

44. Em segundo lugar, os Estados-Membros estão igualmente obrigados a adotar as medidas adequadas para lutar contra a imigração ilegal, na medida em que os nacionais de países terceiros que entram ou permanecem de forma irregular na União não podem beneficiar dos direitos conferidos pelos Tratados¹⁷.

45. O legislador da União introduziu, assim, diversas medidas.

¹⁷ Estas medidas são aplicáveis sem prejuízo da proteção concedida aos refugiados e aos requerentes de asilo.

46. As primeiras medidas criam, à semelhança do dispositivo previsto na legislação nacional em causa, obrigações de controlo a cargo dos transportadores que transportam para a fronteira externa do espaço Schengen nacionais de países terceiros, a fim de prevenir a imigração clandestina.

47. Estas medidas foram adotadas no âmbito da CAAS. Trata-se de «[m]edidas de acompanhamento», cujos termos são definidos no artigo 26.º da CAAS. Este artigo dispõe:

«1. Sem prejuízo dos compromissos decorrentes da sua adesão à Convenção de Genebra[,] de 28 de julho de 1951[,] relativa ao estatuto dos refugiados, tal como alterada pelo Protocolo de Nova Iorque[,] de 31 de janeiro de 1967, as partes contratantes comprometem-se a introduzir na sua legislação nacional as seguintes regras:

- a) Se a entrada no território de uma das partes contratantes for recusada a um estrangeiro, o transportador que o conduziu à fronteira externa por via aérea, marítima ou terrestre deve imediatamente retomá-lo a seu cargo. [...];
- b) O transportador deve tomar as medidas necessárias para se assegurar de que o estrangeiro transportado por via aérea ou marítima se encontra na posse dos documentos de viagem exigidos para a entrada nos territórios das partes contratantes.

2. As partes contratantes comprometem-se, sem prejuízo dos compromissos decorrentes da sua adesão à Convenção de Genebra[,] de 28 de julho de 1951[,] relativa ao estatuto dos refugiados, tal como alterada pelo Protocolo de Nova Iorque[,] de 31 de janeiro de 1967, e em conformidade com o seu direito constitucional, a prever sanções contra os transportadores que conduzam por via aérea ou marítima, de um Estado terceiro para o seu território, estrangeiros que não possuam os documentos de viagem exigidos.

3. O disposto na alínea b) do n.º 1 e no n.º 2 é aplicável aos transportadores de grupos que assegurem ligações rodoviárias internacionais de autocarro, com exceção do tráfego fronteiriço.»

48. Estas disposições foram completadas pela Diretiva 2001/51.

49. Os considerandos 1, 2 e 4 desta diretiva enunciam:

«(1) Para poderem combater eficazmente a imigração clandestina, é fundamental que todos os Estados-Membros adotem um dispositivo que fixe as obrigações das empresas que efetuam o transporte de nacionais de países terceiros para o território dos Estados-Membros. Acresce que para se conferir eficácia a este objetivo, as sanções pecuniárias atualmente previstas pelos Estados-Membros em caso de incumprimento das obrigações de controlo pelas transportadoras devem ser harmonizadas [...].

(2) A presente medida insere-se num dispositivo global de controlo dos fluxos migratórios e de luta contra a imigração clandestina.

[...]

(4) A liberdade de os Estados-Membros manterem ou instituírem medidas ou sanções suplementares em relação às transportadoras, contempladas ou não na presente diretiva, não deve ser afetada.»

50. A referida diretiva especifica, nos seus artigos 2.º e 3.º, as condições de aplicação da obrigação de reencaminhamento e, nos seus artigos 4.º e 5.º, a natureza e o montante das sanções aplicáveis no caso de violação pelas transportadoras das obrigações de controlo.

51. Os Estados-Membros devem, assim, assegurar, de acordo com o artigo 4.º da Diretiva 2001/51, que as sanções aplicáveis às transportadoras nos termos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 26.º da CAAS sejam dissuasivas, eficazes e proporcionadas e o legislador da União define um montante máximo e mínimo das referidas sanções. Além disso, nos termos do artigo 5.º da referida diretiva, os Estados-Membros podem aprovar ou manter sanções de outro tipo, tal como a suspensão temporária ou a anulação da licença de exploração.

52. As segundas medidas de luta contra a imigração clandestina foram adotadas no âmbito da Diretiva 2002/90 e da Decisão-Quadro 2002/946 e destinam-se a punir o auxílio à imigração irregular¹⁸.

53. De acordo com o artigo 5.º da Diretiva 2002/90 e com o artigo 10.º da Decisão-Quadro 2002/946, as referidas medidas revogam o mecanismo inicialmente criado pelo artigo 27.º da CAAS¹⁹.

54. De acordo com o considerando 2 da Diretiva 2002/90 e da Decisão-Quadro 2002/946, estas aplicam-se ao momento da passagem irregular das fronteiras internas de um Estado-Membro²⁰.

55. Enquanto a Diretiva 2002/90 define as infrações relativas ao auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares, a Decisão-Quadro 2002/946 estabelece as regras mínimas no que diz respeito à natureza das sanções que podem ser impostas, à responsabilidade das pessoas coletivas e à competência entre os Estados-Membros.

56. O artigo 1.º da Diretiva 2002/90, sob a epígrafe «Infração geral», prevê, assim, no seu n.º 1:

«Os Estados-Membros devem adotar sanções adequadas:

a) Contra quem auxilie intencionalmente uma pessoa que não seja nacional de um Estado-Membro a entrar ou a transitar através do território de um Estado-Membro, em infração da legislação aplicável nesse Estado em matéria de entrada ou trânsito de estrangeiros;

[...]»

57. Nos termos do artigo 2.º da referida diretiva, as sanções devem ser aplicadas a quem incite a ou seja cúmplice de ou tente praticar a infração.

58. O artigo 1.º da Decisão-Quadro 2002/946 exige que a infração de auxílio à entrada irregular no território seja passível de sanções penais efetivas, proporcionadas e dissuasivas. A infração praticada pode, assim, dar origem a uma «extradição», à perda do meio de transporte que serviu para a prática da infração, à proibição do exercício da atividade profissional exercida no momento da prática da infração e a uma pena privativa de liberdade, caso esta tenha sido praticada no âmbito da atividade de uma organização criminosa ou que a sua prática tenha posto em perigo a vida das pessoas visadas.

59. Estas medidas, na medida em que se apliquem às passagens das fronteiras internas de um Estado-Membro, podem ser pertinentes no âmbito da apreciação da regulamentação nacional em causa.

18 Em conformidade com o artigo 6.º da Decisão-Quadro 2002/946, este mecanismo é aplicável sem prejuízo da proteção concedida aos refugiados e aos requerentes de asilo.

19 No capítulo 6, sob a epígrafe «Medidas de acompanhamento», o artigo 27.º, n.º 1, da CAAS exigia que «[a]s partes contratantes comprometem-se a prever sanções adequadas contra quem fomenta ou tenta fomentar, com fins lucrativos, um estrangeiro a entrar ou a permanecer no território de uma parte contratante violando a legislação desta parte contratante em matéria de entrada e residência de estrangeiros».

20 Com efeito, o legislador da União indicou, no considerando 2 da Diretiva 2002/90 e da Decisão-Quadro 2002/946, que há que «combater o auxílio à imigração clandestina, não só no caso de esse auxílio se traduzir na passagem irregular *da fronteira stricto sensu*, mas também quando for praticado com o objetivo de alimentar redes de exploração de seres humanos» (o sublinhado é meu).

V. Análise

60. Com a primeira questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se o artigo 67.º, n.º 2, TFUE, bem como os artigos 20.º e 21.º do Código das Fronteiras Schengen, se opõem a que um Estado-Membro aplique a empresas de transporte em autocarro cujas carreiras atravessam uma fronteira interna Schengen uma legislação nacional que exige que as empresas transportadoras controlem, antes da passagem da fronteira, se os seus passageiros são detentores do passaporte e do título de residência exigidos para a entrada regular no território nacional.

61. Em especial, o órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre a questão de saber se os controlos efetuados em aplicação da referida legislação constituem ou podem ser equiparados a um «controlo [de fronteira]» na aceção do artigo 20.º do Código das Fronteiras Schengen ou se constituem «controlos no interior do território», na aceção do artigo 21.º, alínea a), deste código. Nesta última hipótese, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta ao Tribunal de Justiça se, tendo em conta os critérios mencionados na referida disposição, tais controlos podem ter um efeito equivalente ao dos controlos de fronteira.

62. Com a segunda questão prejudicial, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta ainda ao Tribunal de Justiça se os artigos 20.º e 21.º do Código das Fronteiras Schengen devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional como a que está em causa, que permite adotar uma decisão que proíbe às empresas de transporte em autocarro cujas carreiras atravessam uma fronteira interna Schengen o transporte no território nacional de nacionais de países terceiros em situação irregular e que permite, além disso, cominar às mesmas uma sanção pecuniária se persistirem na infração.

63. Na sua decisão de reenvio, o Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal) concentra a sua análise nas disposições previstas nos artigos 20.º e 21.º do Código das Fronteiras Schengen, que aplicam a supressão dos controlos nas fronteiras internas do espaço Schengen.

64. As questões que submete ao Tribunal de Justiça são, como já referi, inéditas.

65. Com efeito, no âmbito do litígio que lhe foi submetido, o Tribunal de Justiça examinou a conformidade com as disposições do Código das Fronteiras Schengen de controlos efetuados por autoridades detentoras do poder público e no interior do território de um Estado-Membro, ou na respetiva fronteira ou zona fronteiriça.

66. Antes de mais, no processo que deu origem ao Acórdão de 22 de junho de 2010, Melki e Abdeli²¹, os interessados foram, de facto, controlados pela polícia francesa, em aplicação do artigo 78-2, quarto parágrafo, do Código de Processo Penal, na zona situada entre a fronteira terrestre de França com a Bélgica e uma linha traçada a 20 quilómetros a baixo dessa fronteira. Este controlo tinha por objetivo verificar o respeito das obrigações de posse, porte e apresentação dos títulos e documentos previstos na lei.

67. Em seguida, no processo que deu origem ao Acórdão de 19 de julho de 2012, Adil²², o interessado foi objeto de um controlo efetuado pela Koninklijke Marechaussee (polícia militar real, Países Baixos), em aplicação do artigo 4.17, alínea a), do Vreemdelingenbesluit 2000 (portaria relativa aos estrangeiros de 2000), quando viajava a bordo de um autocarro da sociedade Eurolines. O controlo teve lugar na via da autoestrada proveniente da Alemanha, no território de um município fronteiriço com este Estado-Membro. Em conformidade com a regulamentação nacional em causa no referido processo,

²¹ C-188/10 e C-189/10, EU:C:2010:363.

²² C-278/12 PPU, EU:C:2012:508.

este controlo devia permitir determinar a identidade, a nacionalidade e o direito de residência da pessoa, no âmbito da luta contra a residência ilegal após uma passagem de fronteira, e, no que diz respeito ao transporte terrestre, era exclusivamente exercido no quadro do controlo dos estrangeiros nas estradas, numa zona de 20 quilómetros a partir da fronteira comum com a Bélgica e a Alemanha.

68. Por último, no processo que deu origem ao Acórdão de 21 de junho de 2017, A²³, o interessado foi sujeito a um controlo de identidade efetuado por uma patrulha da Bundespolizei (Polícia Federal, Alemanha), quando acabava de transpor a pé a Ponte da Europa, de Estrasburgo (França) a Kehl (Alemanha), e se tinha dirigido à estação ferroviária, aproximadamente a 500 metros de distância. O § 23, n.º 1, ponto 3, da Gesetz über die Bundespolizei (Lei relativa à Polícia Federal)²⁴, de 19 de outubro de 1994, autoriza efetivamente a referida polícia a controlar a identidade de uma pessoa numa zona que se estenda até 30 quilómetros para lá da fronteira para evitar ou impedir entradas irregulares no território federal ou prevenir infrações penais.

69. Assim, os controlos efetuados em aplicação do § 63 da AufenthG distinguem-se muito claramente dos que foram até à presente data apreciados pelo Tribunal de Justiça e cujo perímetro estava limitado às zonas fronteiriças compreendidas no interior de um Estado-Membro. Com efeito, os controlos em causa são realizados por pessoal das empresas de transporte privadas, que não dispõe de poderes de polícia, e devem ser efetuados antes da passagem da fronteira interna e, por conseguinte, fora do território do Estado-Membro.

70. A República Federal da Alemanha sustenta veementemente, por seu lado, que a legislação nacional em causa, longe de criar um controlo de fronteira proibido pelo artigo 20.º do Código das Fronteiras Schengen, destina-se, na realidade, a pôr em prática as medidas de luta contra a imigração clandestina adotadas a nível internacional e europeu.

71. Dedicar, assim, as suas observações a demonstrar que a legislação em causa é imposta pelo artigo 11.º do protocolo contra o tráfico ilícito de migrantes por via terrestre, marítima e aérea, adicional à Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional²⁵, que é, por outro lado, admissível tendo em conta os termos da Diretiva 2001/51, que precisa as obrigações de controlo impostas às transportadoras pelo artigo 26.º da CAAS, e, por último, que foi adotada «em conformidade e em aplicação» da Diretiva 2002/90 e da Decisão-Quadro 2002/946, que reprimem o auxílio à entrada irregular no território de um Estado-Membro.

72. No âmbito das presentes conclusões, examinarei os controlos em causa à luz das disposições do Código das Fronteiras Schengen nas quais o órgão jurisdicional de reenvio baseia o seu pedido de decisão prejudicial, antes de analisar as disposições do direito da União que visam especificamente a luta contra a imigração clandestina e, em especial, a repressão do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares nas quais a República Federal da Alemanha se concentra.

23 C-9/16, EU:C:2017:483.

24 BGBl. 1994 I, p. 2978.

25 Este protocolo foi aprovado, em nome da Comunidade Europeia, pela Decisão 2006/616/CE do Conselho, de 24 de julho de 2006, relativa à celebração, em nome da Comunidade Europeia, do protocolo contra o tráfico ilícito de migrantes por via terrestre, marítima e aérea, adicional à Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional nas matérias regidas pelo protocolo, na medida em que as disposições do protocolo sejam abrangidas pelo âmbito de aplicação dos artigos 179.º e 181.º-A do Tratado que institui a Comunidade Europeia (JO 2006, L 262, p. 24), e pela Decisão 2006/617/CE do Conselho, de 24 de julho de 2006, relativa à celebração, em nome da Comunidade Europeia, do protocolo contra o tráfico ilícito de migrantes por via terrestre, marítima e aérea, adicional à Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional nas matérias regidas pelo protocolo, na medida em que as disposições do protocolo sejam abrangidas pelo âmbito de aplicação do título IV da parte III do Tratado que institui a Comunidade Europeia (JO 2006, L 262, p. 34) (a seguir «Protocolo Adicional das Nações Unidas»).

A. Quanto à interpretação das disposições do Código das Fronteiras Schengen

73. Pelas razões que passarei agora a desenvolver, considero que os controlos em causa devem ser equiparados a um «controlo de fronteira» proibido por força do artigo 20.º do Código das Fronteiras Schengen.

74. De acordo com o seu artigo 1.º, o Código das Fronteiras Schengen «prevê a ausência de controlo de pessoas na passagem das fronteiras internas entre os Estados-Membros da União [...]».

75. Nos termos do artigo 2.º, n.º 9, do referido código, o controlo fronteiriço abrange «a atividade que é exercida numa fronteira [...] unicamente com base na intenção ou no ato de passar essa fronteira, independentemente de qualquer outro motivo, e que consiste nos controlos de fronteira e [na] vigilância de fronteiras».

76. Os controlos de fronteira abrangem, em aplicação do artigo 2.º, n.º 10, do referido código, «os controlos efetuados nos pontos de passagem de fronteira^{26]} a fim de assegurar que as pessoas, incluindo os seus meios de transporte e objetos na sua posse, podem ser autorizadas a entrar no território dos Estados-Membros ou autorizadas a abandoná-lo».

77. O artigo 20.º do Código das Fronteiras Schengen concretiza o princípio enunciado no seu artigo 1.º, ao prever que «[a]s fronteiras internas podem ser transpostas em qualquer local sem que se proceda ao controlo das pessoas, independentemente da sua nacionalidade».

78. Esta disposição tem, portanto, como objetivo proibir os controlos de fronteira quando estes são realizados «na fronteira» ou no momento da passagem da fronteira²⁷.

79. O artigo 21.º do Código das Fronteiras Schengen, sob a epígrafe «Controlos no interior do território», proíbe, por sua vez, os controlos que ocorrem em todo o território de um Estado-Membro ou nas zonas fronteiriças e que, ao abrigo do exercício das competências de polícia, têm um efeito equivalente a um controlo de fronteira²⁸.

80. Sob que perspetiva devem os controlos realizados em aplicação do § 63 da AufenthG ser considerados?

81. Desde logo, parece-me que estes controlos estão excluídos do âmbito de aplicação do artigo 21.º do Código das Fronteiras Schengen. Com efeito, não são realizados no território do Estado-Membro, mas no exterior deste, devendo os transportadores controlar os passageiros no momento do controlo dos bilhetes aquando da subida para os autocarros.

82. Em contrapartida, estes controlos podem ser considerados na perspetiva do artigo 20.º do Código das Fronteiras Schengen, uma vez que, na minha opinião, são equiparáveis a «controlos de fronteira».

26 O artigo 2.º, n.º 8, do referido código define os pontos de passagem de fronteira como qualquer ponto de passagem autorizado pelas autoridades competentes para a passagem das fronteiras externas.

27 V., a este respeito, Acórdãos de 19 de julho de 2012, Adil (C-278/12 PPU, EU:C:2012:508, n.º 56 e jurisprudência referida), e de 21 de junho de 2017, A (C-9/16, EU:C:2017:483, n.º 42).

28 V., a este respeito, considerando 5 e recomendação 1 da Recomendação da Comissão, de 12 de maio de 2017, sobre controlos policiais proporcionados e cooperação policial no espaço Schengen [C(2017) 3349 final].

83. É verdade que os controlos executados em aplicação do § 63 da AufenthG não têm lugar no momento da passagem da fronteira, mas antes da sua passagem. Não existe, portanto, no sentido da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à Diretiva 2008/115/CE²⁹, um «nexo temporal e espacial estreito» com a passagem da fronteira³⁰.

84. Não obstante, estes controlos são, pela sua própria natureza, equiparáveis a controlos de fronteira.

85. Tal resulta muito claramente do teor do ponto 63.1.1 da disposição administrativa geral relativa à AufenthG, onde se indica que «[a] obrigação de controlo [prevista no § 63 da AufenthG] se destina a assegurar que o estrangeiro preencha as condições exigidas no § 13, n.º 1, [da AufenthG], *para transpor a fronteira*»³¹. Aliás, a República Federal da Alemanha admitiu facilmente, na audiência, que estes controlos são gerados pela passagem da fronteira interna. Estes controlos têm, portanto, por único objetivo garantir que as pessoas a bordo do autocarro, que tencionam atravessar a fronteira do Estado-Membro de destino, possam, de facto, ser autorizadas a entrar no território deste último. Têm, além disso, o efeito de impedir os passageiros de chegarem ao território desse Estado, caso não disponham dos documentos de viagem exigidos, da mesma forma que os controlos efetuados pelos guardas de fronteira quando da passagem das fronteiras internas. A recusa de transporte de um estrangeiro em situação irregular assemelha-se neste caso a uma repulsão.

86. Na realidade, o dispositivo que é objeto de apreciação tem por efeito quebrar o nexo espacial e temporal direto com a passagem da fronteira, alargando, deste modo, as fronteiras territoriais e instaurando o que os comentadores qualificam como «controlo à distância» ou controlo «deslocalizado»³². A repulsão não é feita na fronteira, mas muito antes da sua passagem.

87. Além disso, a partir do momento em que a lei proíbe aos transportadores o transporte para o território nacional de nacionais de países terceiros sem os documentos de viagem exigidos para efeitos de uma entrada regular e lhes comina uma sanção pecuniária em caso de violação da proibição, é possível considerar que se trata de uma obrigação de controlo sistemático, cujo cumprimento é incondicional e cuja violação conduz a uma condenação. Por outro lado, resulta claramente do teor do ponto 63.2.0 da disposição administrativa geral relativa à AufenthG que esses controlos são concebidos e devem ser executadas «em todos os casos».

88. O facto de esses controlos serem efetuados pelo pessoal das empresas de transporte não basta, em minha opinião, para excluí-los do âmbito de aplicação do artigo 20.º do Código das Fronteiras Schengen. Se assim fosse, seria fácil contornar as proibições estabelecidas.

89. Por um lado, esta delegação, salvo influenciar a eficácia dos controlos efetuados, não altera o objeto nem as características essenciais destes últimos.

29 Diretiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2008, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular (JO 2008 L 348, p. 98).

30 Este critério foi utilizado pelo Tribunal de Justiça no n.º 72 do Acórdão de 7 de junho de 2016, Affum (C-47/15, EU:C:2016:408), a propósito da interpretação do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2008/115. A referida disposição precisa que a detenção ou interceção de nacionais de países terceiros deve ter lugar «quando da passagem ilícita» de uma fronteira externa. Segundo o Tribunal de Justiça, estes termos implicam um nexo temporal e espacial estreito com a passagem da fronteira, visando os nacionais dos países terceiros que foram detidos ou intercetados pelas autoridades competentes no próprio momento da passagem ilícita da fronteira externa ou após essa passagem na proximidade dessa fronteira.

31 O sublinhado é meu.

32 V., a este respeito, Lantero, C., «La politique de sanction des transporteurs» [A política de sanção dos transportadores], *Les flux migratoires au sein de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelas, 2017, pp. 265 a 281, que evoca «dispositivos de não entrada» (p. 265), Cuttitta, P., «Le monde frontière. Le contrôle de l'immigration dans l'espace globalisé» [O mundo fronteira. O controlo da imigração no espaço globalizado], *Cultures et conflits*, OpenEdition, Marselha, 2007, n.º 68, pp. 61 a 84, que fala, por sua vez, de uma «flexibilização [...] da fronteira através da deslocalização dos controlos» (p. 69), Guiraudon, V., «Logiques e pratiques de l'État délégué: les compagnies de transport dans le contrôle migratoire à distance, parties 1 et 2» [Lógicas e práticas do Estado delegante: as empresas de transporte no controlo migratório à distância, partes 1 e 2], *Cultures et conflits*, OpenEdition, Marselha, 2002, n.º 45, pp. 51 a 79, e Rossetto, J., «Le contrôle de l'immigration» [O controlo da imigração], *Les frontières de l'Union européenne*, Bruylant, Bruxelas, 2013, pp. 111 a 129, em especial p. 121.

90. Por outro lado, tendo em conta o âmbito das obrigações que lhes incumbem e o risco de sanção em que incorrem, os transportadores assumem agora um papel de controlador ou de polícia de fronteira que é impossível negar³³ e que continua a suscitar questões de princípio regularmente debatidas na doutrina jurídica.

91. A responsabilização e punição dos transportadores são instrumentos de política migratória que não são novos³⁴.

92. O artigo 26.º da CAAS, que foi completado pela Diretiva 2001/51, impõe aos transportadores aéreos, marítimos e terrestres que transportam nacionais de um país terceiro através das fronteiras externas do espaço Schengen obrigações de controlo e de recondução, cuja violação sujeita estes transportadores a sanções.

93. A Diretiva 2004/82/CE³⁵ acrescenta às referidas obrigações a obrigação de comunicar, a pedido das autoridades responsáveis pelos controlos de pessoas nas fronteiras externas, informações relativas aos passageiros, cuja violação também sujeita os transportadores a sanções. De acordo com o artigo 1.º da referida diretiva, pretende-se assim melhorar os controlos de fronteira e combater a imigração ilegal através da transmissão antecipada, pelas transportadoras, dos dados dos passageiros às autoridades nacionais competentes. A referida diretiva afigura-se complementar da Diretiva 2001/51, na medida em que prossegue os mesmos objetivos, recorrendo a meios diferentes.

94. Mais recentemente, os transportadores sofreram a imposição de novas obrigações.

95. O artigo 13.º, n.º 3, do Regulamento (UE) 2017/2226³⁶ complementa as obrigações de controlo referidas no artigo 26.º, n.º 1, alínea b), da CAAS. No âmbito deste controlo, os transportadores estão agora obrigados a comunicar, através do serviço Web introduzido no âmbito da gestão integrada das fronteiras exteriores, o apelido, os nomes próprios, a data de nascimento, a nacionalidade e o sexo dos nacionais de países terceiros titulares de um visto de curta duração, bem como o tipo, o número, a data do termo do período de validade do documento de viagem e o código de três letras do Estado de emissão do documento, a fim de verificar se estes já utilizaram o número de entradas autorizado pelo visto³⁷. Com exceção da imagem facial, trata-se de dados com base nos quais as autoridades responsáveis pelas fronteiras criam o processo individual dos nacionais em questão.

33 V. Cruz, A., *Nouveaux contrôleurs d'immigration: transporteurs menacés de sanctions* [Novos controladores da imigração: transportadores ameaçados com sanções], L'Harmattan, Paris, 1995.

34 V., a este respeito, para além das obras e dos artigos já citados, Carlier, J.-Y., «Les transporteurs, nouveaux contrôleurs des migrations internationales? À propos des sanctions à charge des transporteurs que prennent à leur bord des personnes non munies des documents requis pour leur entrée dans le pays de destination» [Os transportadores, novos controladores das migrações internacionais? A propósito das sanções aplicadas aos transportadores que aceitam transportar pessoas não munidas dos documentos exigidos para a entrada no país de destino], *Liber amicorum Jacques Putzeys, études de droit des transports*, Bruylant, Bruxelas, 1996, pp. 15 a 35, Dumas, P., *L'accès des nationaux de pays tiers au territoire des États membres de l'Union européenne* [O acesso dos nacionais de países terceiros ao território dos Estados-Membros da União Europeia], tese de doutoramento defendida em 2010, Bruylant, Bruxelas, 2013, pp. 220 e segs., e Le Bourhis, K., *Les transporteurs et le contrôle des flux migratoires* [Os transportadores e o controlo dos fluxos migratórios], L'Harmattan, Paris, 2001, p. 61.

35 Diretiva do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa à obrigação de comunicação de dados dos passageiros pelas transportadoras (JO 2004 L 261, p. 24).

36 Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de novembro de 2017, que estabelece o Sistema de Entrada/Saída (SES) para registo dos dados das entradas e saídas e dos dados das recusas de entrada dos nacionais de países terceiros aquando da passagem das fronteiras externas dos Estados-Membros, que determina as condições de acesso ao SES para efeitos de aplicação da lei, e que altera a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen e os Regulamentos (CE) n.º 767/2008 e (UE) n.º 1077/2011 (JO 2017, L 327, p. 20).

37 Com base nesses dados, o serviço Web dá aos transportadores uma resposta afirmativa ou negativa (OK/NOT OK). Os transportadores podem armazenar as informações enviadas e a resposta recebida e devem criar um sistema de autenticação para garantir que só o pessoal autorizado tenha acesso a este serviço.

96. Além disso, a nível nacional, vários Estados-Membros, como a República Francesa, exigiram que as transportadoras verificassem a autenticidade e a validade dos documentos de viagem, o que deveria incluir a avaliação de irregularidades como a usurpação, a falsificação, a contrafação ou a expiração do prazo de validade³⁸. Alguns Estados-Membros, como o Reino de Espanha, previram também, expressamente, a obrigação de as empresas de transporte formarem o respetivo pessoal na deteção de documentos falsificados, o que levanta a questão do papel das mesmas quando realizam os controlos³⁹.

97. Segundo o Conseil constitutionnel (Conselho Constitucional, França), as disposições relativas às sanções dos transportadores «não podem ser entendidas como conferindo ao transportador um poder de polícia em substituição do poder público», na medida em que, quando este controla a regularidade dos documentos de viagem de um passageiro, o transportador deve limitar-se «a compreender a situação do interessado, sem ter de realizar qualquer investigação»⁴⁰. Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, também não existe uma transferência para as empresas de transporte de prerrogativas de poder público. A verificação dos documentos de viagem dos passageiros está integrada no processo de transporte que se desenrola no âmbito do contrato de transporte de direito privado. Além disso, o legislador deixa ao transportador a escolha da forma e dos meios utilizados para dar cumprimento às respetivas obrigações.

98. No entanto, não é menos verdade que os transportadores devem neste caso fazer apreciações e adotar medidas que, pela sua própria natureza, são da competência das autoridades aduaneiras ou policiais, apesar de não ser esse o seu objetivo e de não terem necessariamente os meios para tal⁴¹.

99. Tal compromete a eficácia do dispositivo. Com efeito, os transportadores são obrigados a recusar o acesso a bordo das pessoas em situação irregular, as quais permanecem no território do Estado-Membro de partida, sem que possa ser adotada, em conformidade com o artigo 13.º do Código das Fronteiras Schengen⁴², uma «decisão de recusa de entrada» no território, com as garantias que a mesma contém, e sem que possam aplicar-se as disposições complementares relativas ao direito de asilo e à proteção internacional.

100. Ao instituir uma tal obrigação de controlo, o Estado-Membro aplica, na realidade, uma legislação originalmente destinada aos controlos das fronteiras externas, restabelece, de forma dissimulada e com uma eficácia menos evidente, fronteiras que tinham, em princípio, sido suprimidas, e contorna a proibição de princípio enunciada nos artigos 1.º e 20.º do Código das Fronteiras Schengen. O Estado-Membro exige, assim, de operadores privados que procedam a controlos que as autoridades nacionais competentes já não estão autorizadas a efetuar nas fronteiras internas, em conformidade com as referidas disposições, nem podem efetuar no território de outro Estado-Membro.

101. Tendo em conta estes elementos, e para não pôr em perigo a realização do objetivo da supressão dos controlos nas fronteiras internas enunciado no artigo 3.º, n.º 2, TUE, no artigo 26.º, n.º 2, TFUE, bem como no artigo 67.º, n.º 2, TFUE e previsto nos artigos 1.º e 20.º do Código das Fronteiras Schengen, parece-me essencial que os controlos realizados em aplicação do § 63 da AufenthG sejam equiparados a «controlos de fronteira» na aceção do artigo 20.º do Código das Fronteiras Schengen.

38 Ministère de l'Intérieur [Ministério da Administração Interna], « Rapport au Parlement: responsabilité des transporteurs. L'application de la loi n.º 92-190 du 26 février 1992 du 1^{er} mars 1993 au 31 décembre 1995 » [Relatório ao Parlamento: responsabilidade dos transportadores. A aplicação da lei n.º 92-190 de 26 de fevereiro de 1992, de 1 de março de 1993 a 31 de dezembro de 1995], Direction des Libertés publiques et de l'action judiciaire, Paris, 1996.

39 Garcia Coso, E., «Spain — Report on the transposition of the Directive supplementing Article 26 of the Schengen Convention» [Espanha - Relatório sobre a transposição da Diretiva que complementa o artigo 26.º da Convenção de Schengen], *Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile*, Bruylant, Bruxelas, 2005, pp. 481 a 485, em especial p. 484.

40 V. decisão n.º 92-307 do Conseil constitutionnel (França), de 25 de fevereiro de 1992, sobre a lei que altera o Decreto n.º 45-2658, de 2 de novembro de 1945, alterada, relativa às condições de entrada e residência de estrangeiros em França (considerando 32).

41 V., a este respeito, Lochak, D., «Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 25 février 1992 (Entrée et séjour des étrangers)» [Comentário da decisão do Conselho Constitucional de 25 de fevereiro de 1992 (Entrada e residência dos estrangeiros)], *Journal du droit international (Clunet)*, LexisNexis, Paris, julho de 1992, pp. 669 a 692, em especial p. 690 e Dumas, P., *op. cit.*, em especial p. 224.

42 Se se aplicar o artigo por analogia às fronteiras internas.

102. Face a estes elementos, considero que os controlos que devem ser efetuados por empresas de transporte em autocarro cujas carreiras atravessam uma fronteira interna Schengen, e através dos quais estas estão obrigadas a verificar, antes da passagem da fronteira interna, se os passageiros estão munidos dos documentos de viagem exigidos para a entrada no território nacional, são equiparáveis a «controlos de fronteira» proibidos nos termos do artigo 20.º do Código das Fronteiras Schengen⁴³.

103. Uma vez que considero que as obrigações de controlo em causa são contrárias a o direito da União, as sanções pecuniárias adotadas com fundamento na violação dessas obrigações, que, tendo em conta a sua função (dissuasão e punição), se assemelham a multas, não têm justificação.

104. À luz de todas estas considerações, considero que o artigo 67.º, n.º 2, TFUE e o artigo 20.º do Código das Fronteiras Schengen se opõem a uma legislação nacional, como a que está em causa nos processos principais, que exige às empresas transportadoras que verifiquem, antes da passagem da fronteira, se os passageiros estão munidos do passaporte e do título de residência exigidos para a entrada regular no território nacional e lhes comina uma sanção pecuniária em caso de incumprimento da referida obrigação, quando esta legislação se aplique a empresas de transporte em autocarro cujas carreiras atravessam uma fronteira interna Schengen.

105. Impõem-se duas observações quanto a esta conclusão.

106. Em primeiro lugar, esta interpretação das regras do Código das Fronteiras Schengen nem por isso significa que os Estados-Membros se encontrem privados de meios que lhes permitam lutar legitimamente contra a imigração clandestina no seu território.

107. Com efeito, primeiro, em circunstâncias como as que estão aqui em causa, em que, como expôs a República Federal da Alemanha nas suas observações escritas e orais, as autoridades nacionais competentes dispõem de elementos precisos que permitem definir as linhas rodoviárias mais expostas a um risco de imigração clandestina, nada se opõe a que o Estado-Membro de partida e o Estado-Membro de destino utilizem os instrumentos de cooperação operacional existentes para lutar em conjunto contra a imigração irregular, exercendo a respetiva competência de polícia nos respetivos territórios, nomeadamente nas estações rodoviárias e zonas circundantes.

108. A cooperação operacional assenta, em conformidade com as conclusões do Conselho Europeu de Tampere, de 15 e 16 de outubro de 1999, na solidariedade entre os Estados-Membros e na partilha das responsabilidades. Trata-se de uma obrigação consagrada no artigo 16.º do Código das Fronteiras Schengen, nos termos do qual os Estados-Membros devem trocar entre si toda a informação pertinente, prestar assistência mútua e assegurar entre si uma cooperação estreita tendo em vista uma execução eficaz do controlo nas fronteiras externas. Em circunstâncias como as que estão aqui em causa, em que os Estados-Membros salientam as deficiências dos controlos nas fronteiras externas, nada se opõe, em minha opinião, a que estes recorram a tais instrumentos para coordenarem conjuntamente as medidas de combate à imigração clandestina no próprio espaço Schengen.

109. Tal permitiria garantir um controlo muito mais eficaz do que o instituído no âmbito da legislação aqui em causa, além de se inscrever perfeitamente no âmbito das competências reservadas aos Estados-Membros no artigo 21.º, alínea a), do Código das Fronteiras Schengen.

110. Recorde-se que esta disposição permite aos Estados-Membros proceder a controlos de identidade e de títulos no interior do seu território e das respetivas zonas de fronteira para prevenir ou pôr termo a uma entrada ilegal no território ou prevenir a prática de infrações, desde que, na prática, o exercício desses controlos não tenha um efeito equivalente ao dos controlos de fronteira.

⁴³ Tendo em conta a interpretação que proponho ao Tribunal de Justiça acolher, não responderei às subquestões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, relativas à interpretação do artigo 21.º, alíneas a) e b), do Código das Fronteiras Schengen.

111. Assim, conforme já referido, no Acórdão de 21 de junho de 2017, A⁴⁴, o Tribunal de Justiça teve a oportunidade de apreciar as medidas de controlo previstas para o efeito pela República Federal da Alemanha na Lei relativa à Polícia Federal. No referido processo, o interessado foi sujeito a um controlo de identidade efetuado por uma patrulha da Polícia Federal alemã quando acabava de atravessar a pé a Ponte da Europa, que une Estrasburgo a Kehl, tendo-se dirigido à estação ferroviária, a cerca de 500 metros de distância.

112. Recordo, igualmente, que os Estados-Membros estão atualmente autorizados a intensificar os seus controlos policiais em todo o território. Com efeito, a Comissão avaliou não só as pressões exercidas sobre a ordem pública e a segurança interna dos Estados-Membros pelo afluxo maciço de migrantes em situação irregular e pela multiplicação dos ataques terroristas, mas também as lacunas suscetíveis de comprometer a eficácia da arquitetura de Schengen.

113. Assim, na sua Recomendação de 12 de maio de 2017⁴⁵, a Comissão centrou-se na forma como os Estados-Membros devem exercer as suas competências policiais em todo o seu território e nas zonas de fronteira. Considerando que o «bom funcionamento desse espaço depende não só da aplicação uniforme do acervo da [União], mas também do exercício das competências nacionais em matéria de manutenção da lei e da ordem e a garantia da segurança interna em consonância com os objetivos do acervo de Schengen»⁴⁶, a Comissão insistiu no facto de que a intensificação dos controlos policiais em todo o território dos Estados-Membros pode ser considerada necessária e justificada, dado que estes últimos são mais eficazes do que os controlos nas fronteiras internas e mais adaptados à evolução dos riscos⁴⁷.

114. Segundo, no caso de as autoridades nacionais competentes constatarem ainda que determinadas empresas de transporte em autocarro não cumprem as suas obrigações de controlo com o objetivo de participarem no tráfico ilícito de migrantes, podem condenar estas últimas com base nas regras previstas na Diretiva 2002/90 e na Decisão-Quadro 2002/946, uma vez que o auxílio à entrada irregular constitui uma infração penal cujos elementos constitutivos desenvolverei a seguir. De resto, a República Federal da Alemanha transpôs essas disposições no âmbito dos §§ 95 a 97 da AufenthaltG.

115. Terceiro, se as autoridades nacionais considerarem que existe uma ameaça grave para a ordem pública ou para a segurança interna, podem, nos termos do artigo 23.º, n.º 1, do Código das Fronteiras Schengen, reintroduzir temporariamente o controlo nas suas fronteiras internas⁴⁸. É interessante sublinhar que, tendo em conta a amplificação dos movimentos secundários de migrantes em situação irregular e o maior número de ameaças terroristas transnacionais, a Comissão propõe a reformulação do quadro existente, a fim de melhor enfrentar estes fenómenos⁴⁹.

44 C-9/16, EU:C:2017:483.

45 Recomendação já citada na nota 28 das presentes conclusões.

46 V. considerando 1 da referida recomendação.

47 V. considerando 6 da referida recomendação.

48 Na sua proposta de regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera as normas do Regulamento (UE) 2016/399 aplicáveis à reintrodução temporária do controlo nas fronteiras internas [COM(2017) 571 final], a Comissão recorda, no ponto 1, que, devido à crise migratória e aos atentados terroristas, o controlo nas fronteiras internas, cujo princípio e regras de aplicação foram estabelecidos pelo Código das Fronteiras Schengen, foi reintroduzido e prolongado cerca de cinquenta vezes desde o mês de setembro de 2015, quer por ameaça grave para a ordem pública ou para a segurança interna (artigo 25.º do código) quer por circunstâncias excecionais que punham em risco o funcionamento global do espaço Schengen (artigo 26.º do código).

49 V. a proposta referida na nota anterior.

116. Em segundo lugar, esta interpretação das regras do Código das Fronteiras Schengen deve remeter os Estados-Membros para o exercício das suas responsabilidades para que o conjunto das medidas destinadas a reforçar os controlos e a gestão das fronteiras externas⁵⁰ seja implementado. Refira-se que, nos termos do artigo 14.º do Código das Fronteiras Schengen⁵¹, os Estados-Membros devem prever os efetivos e meios adequados em número suficiente para o controlo das fronteiras externas, a fim de assegurar um nível de controlo eficiente, elevado e uniforme nas suas fronteiras externas.

B. Quanto à interpretação das disposições do direito da União que visam combater a imigração clandestina

117. Importa agora examinar a questão de saber se, como sustenta veementemente a República Federal da Alemanha nas suas observações, estes controlos podem ser considerados impostos ao abrigo das disposições de direito internacional e europeu que foram adotadas para combater a imigração clandestina.

1. Repressão do auxílio à entrada irregular na Diretiva 2002/90 e na Decisão-Quadro 2002/946

118. Em primeiro lugar, a República Federal da Alemanha dedica as suas observações à demonstração de que a legislação em causa foi adotada «em conformidade e em aplicação»⁵² das disposições da Diretiva 2002/90 e da Decisão-Quadro 2002/946, que reprimem o auxílio à entrada irregular no território de um Estado-Membro.

119. «[E]m conformidade», por um lado, porque uma legislação como a que está aqui em causa constitui uma medida importante de luta contra a imigração ilegal no espaço Schengen e permite às empresas de transporte não ser condenadas por auxílio à entrada irregular.

120. «[E]m aplicação», por outro lado, porque a Diretiva 2002/90 e a Decisão-Quadro 2002/946 habilitam e obrigam os Estados-Membros a aplicarem sanções a quem preste auxílio à entrada irregular através das fronteiras internas, incluindo sanções penais aos responsáveis individuais e sanções administrativas às pessoas coletivas.

121. Ora, a República Federal da Alemanha sustenta que qualquer empresa de transporte que tome a cargo um estrangeiro sem os documentos de viagem exigidos e que o transporte para o território de um Estado-Membro em violação da legislação deste último presta necessariamente ao interessado um auxílio à entrada irregular na aceção do artigo 1.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2002/90. Tal empresa, que terá sido informada pelas autoridades competentes de que as suas carreiras já foram utilizadas para fins de entrada irregular e que está, portanto, plenamente consciente das suas irregularidades, mas que se abstém, no entanto, de proceder aos controlos exigidos, quando estes são realizáveis e aceitáveis, deve ser considerada disposta, pelo menos parcialmente, a permitir novas entradas irregulares e como agindo de forma parcialmente deliberada (*dolus eventualis*).

122. Não partilho da opinião expressa pela República Federal da Alemanha nas suas observações.

50 Entre estas medidas, que a Comissão enumera na sua Comunicação ao Parlamento Europeu e ao Conselho «sobre a preservação e o reforço de Schengen» [COM(2017) 570 final], incluem-se, em especial, o novo regulamento relativo à Guarda Europeia de Fronteiras e Costeira (Frontex), a criação de zonas de urgência migratória e a introdução, em resposta às ameaças terroristas, de controlos sistemáticos nas bases de dados pertinentes nas fronteiras externas em relação a todos os viajantes, incluindo os cidadãos da União (pp. 5 a 7).

51 Esta disposição está redigida em termos idênticos aos do artigo 15.º do Regulamento 2016/399, que substituiu o Código das Fronteiras Schengen aplicável aos factos do litígio nos processos principais.

52 Na língua do processo: «in Übereinstimmung und in Umsetzung».

123. Em primeiro lugar, a República Federal da Alemanha não refere que a infração de auxílio à entrada irregular prevista e punida no artigo 1.º da Diretiva 2002/90 foi transposta para a ordem jurídica alemã pelos §§ 95 a 97 da AufenthG, relativos ao auxílio à imigração ilegal⁵³.

124. Em segundo lugar, sendo certo que a legislação em causa contribui efetivamente para a luta contra a imigração clandestina, na medida em que tem por objeto a imposição aos transportadores de uma obrigação de controlo das pessoas a fim de prevenir a entrada irregular no território nacional, tal não basta para se considerar que foi adotada «em conformidade e em aplicação» das disposições da Diretiva 2002/90 e da Decisão-Quadro 2002/946.

125. Com efeito, afirmar o contrário é ignorar o objeto e o âmbito de aplicação da Diretiva 2002/90 e da Decisão-Quadro 2002/946.

126. É também subestimar a natureza penal das disposições adotadas no âmbito deste pacote de medidas, que, em conformidade com o princípio da legalidade dos crimes e das penas, exige a interpretação estrita dos elementos objetivos e subjetivos constitutivos da referida infração.

127. A Diretiva 2002/90 e a Decisão-Quadro 2002/946 formam um conjunto de medidas indissociáveis, destinadas a completar o conjunto de instrumentos de luta contra a imigração clandestina⁵⁴. Denominadas de «pacote relativo aos traficantes»⁵⁵, combatem as redes de imigração clandestina e, em especial, as redes de transporte clandestino.

128. Tal resulta muito claramente do considerando 2 da Diretiva 2002/90 e da Decisão-Quadro 2002/946, nos termos do qual o legislador da União pretende, através destas medidas, «combater o auxílio à imigração clandestina, não só no caso de esse auxílio se traduzir na passagem irregular da fronteira *stricto sensu*, mas também quando for praticado com o objetivo de alimentar redes de exploração de seres humanos»⁵⁶. Na verdade, este considerando traduz de forma clara e inequívoca a origem do pacote de medidas, o qual foi adotado na sequência da descoberta macabra em Douvres (Grã-Bretanha), em 2000, dos corpos sem vida de 58 chineses, vítimas da imigração clandestina, num contentor selado de um camião com matrícula holandesa. Os Estados-Membros encarregaram a República Francesa, que exercia então a presidência da União, de propor medidas para lutar contra estes crimes e contra o desenvolvimento rápido das redes de imigração clandestina na União.

129. Para evitar que as redes criminosas tirem partido da falta de criminalização e de sanções em alguns Estados-Membros para desenvolverem as suas atividades e selecionarem uma via de entrada através de um *forum shopping*⁵⁷, o pacote destina-se a aproximar as legislações nacionais, estabelecendo, por um lado, na Diretiva 2002/90, uma definição comum da infração de auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares e, por outro, na Decisão-Quadro 2002/946, normas mínimas sobre a natureza das sanções que podem ser aplicadas, bem como as normas relativas à responsabilidade das pessoas coletivas e as regras de competência aplicáveis entre os Estados-Membros⁵⁸.

53 As referidas disposições foram examinadas pelo Tribunal de Justiça no âmbito do Acórdão de 10 de abril de 2012, Vo (C-83/12 PPU, EU:C:2012:202).

54 V. respetivo considerando 5.

55 V. nota informativa do Parlamento Europeu intitulada « Lutter contre le trafic de migrants vers l'Union européenne, principaux instruments » [Lutar contra o tráfico de migrantes em direção à União Europeia, principais instrumentos], abril 2016, disponível no seguinte endereço Internet: http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/581391/EPRS_BRI%282016%29581391_FR.pdf (pp. 2, 6 e 14).

56 O sublinhado é meu.

57 O mercado do tráfico ilícito é extremamente flexível; os operadores deste mercado adaptam as suas estratégias em função do reforço das legislações nacionais e dos controlos na fronteira.

58 V. considerando 3 das referidas diretiva e decisão-quadro.

130. O auxílio à entrada irregular é definido nos seus elementos objetivos e subjetivos no artigo 1.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2002/90, nos seguintes termos:

«Os Estados-Membros devem adotar sanções adequadas:

- a) Contra quem auxilie intencionalmente uma pessoa que não seja nacional de um Estado-Membro a entrar [...] [n]o território de um Estado-Membro, em infração da legislação aplicável nesse Estado em matéria de entrada ou trânsito de estrangeiros[.]»⁵⁹

131. A infração de auxílio à entrada irregular é introduzida no direito da União como uma «infração geral», tal como resulta da epígrafe do artigo 1.º da Diretiva 2002/90, mas também da generalidade dos termos utilizados pelo legislador da União. O âmbito de aplicação da infração é, pois, consideravelmente amplo e explica-se pelo imperativo de luta contra as redes de imigração clandestina. O conceito de «auxílio», não obstante ser um dos elementos constitutivos da infração, não é aqui definido de forma estrita, o que permite englobar as diversas formas que o auxílio à imigração ilegal pode assumir e, por conseguinte, o *modus operandi* dos traficantes, do transporte *stricto sensu* à gestão deste transporte, ao fabrico ou ao fornecimento de documentos falsificados, à organização de casamentos de conveniência ou a quaisquer outros meios que tendam a facilitar a entrada, o trânsito ou a residência⁶⁰.

132. Além disso, ao punir o auxílio prestado por «[qualquer pessoa]», o legislador da União teve em conta o número e a diversidade dos perfis das pessoas suscetíveis de estar implicadas, com fins lucrativos ou não⁶¹, de modo a abranger todos os membros de uma rede de traficantes, nomeadamente os traficantes, dirigentes, recrutadores, ou ainda os motoristas ou *skippers*, mensageiros, vigias, falsificadores de passaporte, fornecedores (proprietários de embarcações, de automóveis, de autocarros), funcionários e prestadores de serviços corruptos⁶².

133. Por outro lado, a infração existe independentemente da questão de saber se o auxílio à imigração clandestina se refere à passagem irregular de uma fronteira interna ou externa do Espaço Schengen. De facto, o legislador da União criminaliza o auxílio à imigração clandestina sempre que este seja relativo à entrada «no território de um Estado-Membro», depois de ter previamente referido, no considerando 2 da Diretiva 2002/90, que era necessário combater este auxílio quando este se traduz na passagem irregular da fronteira «*stricto sensu*».

134. Por último, a qualificação de «sanção pecuniária» utilizada para definir a medida efetivamente aplicada ao transportador não parece, em meu entender, corresponder à sua realidade jurídica.

59 Nos termos do artigo 3.º da referida diretiva, a infração deve ser sujeita a sanções efetivas, proporcionadas e dissuasivas, cuja natureza e montante são fixados no artigo 1.º da Decisão-Quadro 2002/946.

60 «Le trafic des migrants est un problème complexe et le *modus operandi* des passeurs est souvent très souple et changeant. Il importe donc de s'attaquer à ce phénomène en adoptant une approche globale» [O tráfico de migrantes é um problema complexo e o *modus operandi* dos traficantes é frequentemente muito flexível e dinâmico. É, pois, importante atacar este fenómeno, adotando uma abordagem global], nota informativa do Parlamento Europeu citada na nota 55 das presentes conclusões (p. 14).

61 A infração definida no artigo 1.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva 2002/90 tende a reprimir as redes de traficantes com fins lucrativos, tal como o artigo 27.º da CAAS que o precedeu.

62 A Rede Europeia das Migrações sublinhou que estes intervenientes se encontram tanto em países terceiros como nos Estados-Membros da União, onde facilitam as deslocações secundárias. Na União, os facilitadores são, na maior parte dos casos, da nacionalidade do país de trânsito ou destino; v. «Étude sur le trafic illicite de migrants, caractéristiques, réponses et coopération avec les pays tiers, synthèse générale, septembre 2015» [Estudo sobre o tráfico ilícito de migrantes, características, respostas e cooperação com países terceiros, síntese geral, de setembro de 2015], disponível no seguinte endereço Internet:

https://emnbelgium.be/sites/default/files/publications/study_on_smuggling_of_migrants_executive_summary_french_091115_pdf.pdf (n.º 1.3.2).

135. Conforme expressamente indicado na audiência, a sanção pecuniária prevista no § 63, n.º 3, da AufenthG consiste numa sanção pecuniária de um montante considerável (no montante mínimo de 1 000 euros e máximo de 5 000 euros), que é aplicada ao transportador o número de vezes correspondente ao número de passageiros em infração dos diplomas que regem as condições de entrada dos estrangeiros no território alemão. O objetivo, também claramente expresso, desta legislação é o de dissuadir o transportador de não efetuar o controlo exigido e de puni-lo sempre que se constate que o controlo não foi feito.

136. A função desta sanção, a saber, prevenir e punir simultaneamente, é exatamente a função da pena que pune uma infração. Por conseguinte, coloca-se a questão incontornável da intenção devido ao princípio da legalidade dos crimes e das penas, que exige que a lei defina todos os elementos constitutivos da infração e, em especial, os seus elementos objetivos e subjetivos.

137. Ora, a minha convicção é a de que, no artigo 1.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2002/90, o legislador pretendeu condenar não o que corre o risco de ajudar uma pessoa em situação irregular a entrar no território (dolo eventual), mas o que é motivado pela intenção criminosa de praticar o ato especificamente proibido pela lei (dolo específico).

138. Nas suas observações, a República Federal da Alemanha faz efetivamente referência a uma forma de dolo que qualifica como «*dolus eventualis*», que define como uma «intenção parcialmente deliberada». Esta forma de dolo visa quem não quis realizar a infração na sua totalidade. Está-se perante uma situação em que o interessado não é movido pela vontade criminosa demonstrada de praticar uma infração grave, que consiste em colaborar com uma rede de traficantes, mas age por descuido, imprudência ou negligência. É certo que é permitido ao legislador da União criminalizar a negligência face à legislação, mas para isso é necessário que tal seja claramente expresso e definido, bem como punido de forma não desproporcionada na norma incriminadora.

139. Não se pode deixar de observar que esta definição do «*dolus eventualis*» e o sistema repressivo que daí resulta são incompatíveis com o disposto no artigo 1.º da Diretiva 2002/90, que constitui a base legal do sistema repressivo e que não deixa margem para dúvidas, tanto no que diz respeito à sua redação como no que diz respeito ao seu objetivo e à sua economia.

140. Na versão em língua francesa, o legislador da União exige que a pessoa singular ou coletiva tenha agido «*sciemment*» [conscientemente], a versão em língua alemã utiliza o termo «*vorsätzlich*», a inglesa «*intentionally*», a italiana «*intenzionalmente*», a neerlandesa «*opzettelijk*», a romena «*în mod conștient*» e por último a eslovaca «*úmyselne*».

141. Estes termos devem ter uma interpretação autónoma e uniforme em toda a União e o seu sentido deve, antes de mais, ser procurado tendo em conta o princípio da autonomia do direito penal e dos princípios gerais do mesmo.

142. Ora, o termo «*sciemment*», traduzido indistintamente nas outras versões linguísticas da diretiva pelos termos «intencionalmente», «deliberadamente» ou ainda «voluntariamente», exclui, por si só, o conceito de «dolo eventual». Há que reconhecer que a pessoa que ajuda «intencionalmente» ou «deliberadamente» um nacional de um país terceiro a entrar no território de forma irregular não é movida pela mesma intenção criminosa que a pessoa que apenas corre o risco devido à sua negligência.

143. Além disso, a economia em que se insere o artigo 1.º da Diretiva 2002/90 demonstra de forma bastante evidente que o legislador da União pretende combater os indivíduos que atuam de forma refletida e deliberada para realizar o ato proibido. Com efeito, trata-se de punir penalmente não apenas aqueles que praticam a infração, mas também, nos termos do artigo 2.º da referida diretiva, os que tentam praticá-la, os que instigam ou os que são cúmplices. Quanto às sanções aplicáveis, definidas no artigo 1.º da Decisão-Quadro 2002/946, estas devem ser dissuasivas. Ora, só se pode

dissuadir quem tem a intenção de praticar o ato reprimido pela lei ou de reincidir. Além disso, a severidade das sanções, que podem traduzir-se numa medida de «extradição» ou em penas privativas da liberdade, exclui, em meu entender, que estas sejam aplicadas a quem apenas corre o risco de praticar a infração.

144. Finalmente, o objetivo claramente identificado da Diretiva 2002/90 é realmente o de lutar contra aqueles que integram redes de tráfico e se alimentam da imigração ilegal.

145. Face a estas considerações, não posso partilhar do ponto de vista da República Federal da Alemanha, de que toda a empresa de transporte em autocarro que oferece carreiras transfronteiras no espaço Schengen que autoriza a subida a bordo de estrangeiros sem os documentos de viagem exigidos fornece necessariamente a estes últimos um auxílio à entrada irregular no sentido do artigo 1.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2002/90. Não se pode, portanto, alargando o significado do conceito de «dolo eventual», acabar por equiparar os que agiram de forma «parcialmente deliberada» a cúmplices ou coautores.

146. Mesmo que o auxílio à imigração ilegal abranja efetivamente atividades de transporte e possa incluir prestadores de serviços como as empresas de transportes que exercem atividade no território da União, é ainda necessário provar que se encontram reunidos os elementos objetivos e subjetivos da infração. Tal compete ao juiz nacional, que deve verificar casuisticamente se, ao transportar o estrangeiro para o território nacional, a transportadora participou de forma deliberada numa atividade criminosa para fazer entrar no território nacional pessoas em situação irregular, ao desempenhar o papel de facilitar a deslocação secundária dessas pessoas no espaço Schengen.

147. Tendo em conta estes elementos, considero que, na hipótese de as autoridades nacionais competentes constatarem que uma empresa de transporte em autocarro cujas carreiras atravessam uma fronteira interna Schengen tira partido da respetiva atividade para auxiliar, de forma deliberada, nacionais de países terceiros a entrar ilegalmente no território do Estado-Membro de destino, e considerarem que se encontram reunidos tanto os elementos objetivos como os elementos subjetivos da infração de auxílio à entrada irregular, na aceção do artigo 1.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2002/90, cabe-lhes tomar as medidas necessárias para garantir que a referida infração seja passível de uma sanção penal efetiva, proporcionada e dissuasiva, em consonância com os princípios enunciados na Decisão-Quadro 2002/946.

2. Repressão do tráfico ilícito de migrantes no Protocolo Adicional das Nações Unidas

148. Em segundo lugar, a República Federal da Alemanha sustenta que a legislação nacional em causa está em conformidade com as disposições previstas no âmbito do Protocolo Adicional das Nações Unidas, que vincula tanto a União como os Estados-Membros.

149. É verdade que, nos termos do artigo 11.º do referido protocolo, os Estados Partes devem reforçar os controlos fronteiriços necessários para prevenir e detetar o tráfico ilícito de migrantes e, neste contexto, adotar as medidas fronteiriças adequadas para prevenir a utilização de meios de transporte explorados por transportadores comerciais para a prática desta infração penal⁶³. Caso aplicável, os Estados Partes estão obrigados a prever a obrigação de as transportadoras comerciais, incluindo as empresas de transporte ou operadores de qualquer meio de transporte, verificarem, sob pena de sanções, se todos os passageiros estão munidos dos documentos de viagem exigidos para a entrada no Estado de acolhimento.

⁶³ O tráfico ilícito de migrantes constitui uma infração penal na aceção do artigo 6.º, n.º 1, alínea a), do Protocolo Adicional das Nações Unidas. Nos termos do artigo 3.º, alínea a), deste protocolo, a infração é definida, nos seus elementos objetivos e subjetivos, como o facto de assegurar intencionalmente e para obter, direta ou indiretamente, um benefício financeiro ou outro benefício material, a entrada ilegal num Estado Parte do qual a pessoa não é nacional nem residente permanente.

150. Contudo, importa ter em conta a reserva formulada no artigo 11.º, n.º 1, do Protocolo Adicional das Nações Unidas e recordada no n.º 3 da disposição, nos termos da qual estas obrigações se aplicam «sem prejuízo dos compromissos internacionais relativos à liberdade de circulação de pessoas» assumidos pelos Estados.

151. Importa igualmente tomar em consideração a declaração formulada pela União no momento da sua adesão ao Protocolo Adicional das Nações Unidas, em 6 de setembro de 2006, em que assinala «que tem competência no que diz respeito à passagem das fronteiras externas dos Estados-Membros, aprovando as regras e procedimentos relativos à realização de controlos sobre as pessoas nessas fronteiras [...] [bem como as] medidas em matéria de política de imigração no que se refere às condições de entrada e residência e [as] medidas destinadas a combater a imigração clandestina e a residência ilegal [...]».

152. A República Federal da Alemanha é um Estado Parte da CAAS e um Estado-Membro da União e só pode dar cumprimento às obrigações estabelecidas no artigo 11.º, n.ºs 2 a 4, do referido protocolo na medida em que estas sejam compatíveis com as disposições pertinentes do direito da União e, em especial, com as disposições adotadas no âmbito da CAAS, da Diretiva 2002/90 e da Decisão-Quadro 2002/946.

153. Nestas circunstâncias, não penso que a República Federal da Alemanha possa invocar presentemente os termos do Protocolo Adicional das Nações Unidas para demonstrar a legalidade desses controlos.

3. Obrigações impostas às transportadoras pela Diretiva 2001/51

154. Em terceiro e último lugar, a República Federal da Alemanha sustenta que os termos da Diretiva 2001/51 e, em especial, do seu considerando 4, autorizam os Estados-Membros a manterem ou instituírem controlos como os executados com base no § 63 do AufenthG.

155. A República Federal da Alemanha equivoca-se sobre o alcance desta diretiva e, em especial, do seu considerando 4.

156. De acordo com o seu título, a Diretiva 2001/51 tem por objetivo «completar as disposições do artigo 26.º da [CAAS]».

157. Nos termos do referido artigo 26.º, as Partes Contratantes devem impor aos transportadores de grupos que assegurem ligações rodoviárias internacionais de autocarro e que, no âmbito deste serviço, transportem um estrangeiro para a «*fronteira externa*»⁶⁴, a obrigação de controlo dos documentos de viagem e a obrigação de reenaminhamento, cuja violação deve ser punida⁶⁵. Estas obrigações constituem, tal como resulta da epígrafe do capítulo 6 em que se inserem, «[m]edidas de acompanhamento» da supressão do controlo das pessoas nas fronteiras internas, cujo princípio é enunciado no artigo 2.º da CAAS.

158. No considerando 4 da Diretiva 2001/51 — em que se baseia a República Federal da Alemanha — o legislador da União esclarece que a presente diretiva não prejudica a liberdade de os Estados-Membros manterem ou instituírem medidas ou sanções suplementares «em relação às transportadoras, contempladas ou não na presente diretiva». Segundo a República Federal da Alemanha, tal considerando autoriza, portanto, os Estados-Membros a manterem ou instituírem obrigações de controlo em relação aos transportadores que transportam em autocarro nacionais de países terceiros para fronteiras internas de um Estado-Membro.

64 V. n.º 1, alínea a), deste artigo (o sublinhado é meu).

65 V. as novas disposições previstas no âmbito do Regulamento 2017/2226, em especial o considerando 16 e o artigo 13.º, n.º 3.

159. A expressão «contempladas ou não na presente diretiva» utilizada pelo legislador da União no considerando 4 da Diretiva 2001/51 é infeliz, na medida em que introduz, pela sua generalidade, um elemento de incerteza num texto destinado a impor sanções de natureza penal ou administrativa aos transportadores. Deve, portanto, ser interpretada de forma estrita, tendo em conta o objetivo e a economia da diretiva em que este considerando se insere.

160. No que respeita ao objetivo da referida diretiva, é manifesto que esta não se destina a alterar ou a alargar o âmbito das obrigações de controlo impostas às transportadoras para além do âmbito de aplicação das obrigações definidas no artigo 26.º da CAAS. O objetivo da Diretiva 2001/51, tal como expressamente enunciado no seu título e no seu artigo 1.º, consiste em completar estas disposições. Enquanto os artigos 2.º e 3.º desta diretiva precisam as condições de aplicação da obrigação de reencaminhamento, os artigos 4.º e 5.º da diretiva limitam-se a especificar a natureza e o montante das sanções aplicáveis no caso de violação pelas transportadoras da sua obrigação de controlo.

161. O considerando 4 da Diretiva 2001/51 não pode, pois, ser interpretado no sentido de ter, por si só, um tal efeito, sob pena de se ignorar manifestamente o sentido e o alcance do texto em que se insere e de se privar de todo o efeito útil o princípio da supressão dos controlos nas fronteiras internas enunciado no artigo 3.º, n.º 2, TUE, no artigo 26.º, n.º 2, TFUE e no artigo 67.º, n.º 2, TFUE e previsto no artigo 20.º do Código das Fronteiras Schengen em que se baseia a presente diretiva.

162. No que se refere à economia da Diretiva 2001/51, é forçoso constatar que o princípio estabelecido no considerando 4, segundo o qual os Estados-Membros dispõem de uma margem de apreciação para manterem ou instituírem medidas ou sanções suplementares em relação às transportadoras, é concretizado, apenas em parte, no artigo 5.º desta diretiva, uma vez que o legislador se limita a evocar as «transportadoras», sem fazer qualquer menção à expressão «contempladas ou não na presente diretiva».

163. Tendo em conta estes elementos, considero que os termos da Diretiva 2001/51 e, em especial, do seu considerando 4, não podem ser interpretados no sentido de que autorizam os Estados-Membros a manterem ou instituírem obrigações de controlo em relação às transportadoras de grupos, que, ao assegurarem ligações rodoviárias internacionais em autocarro, transportam nacionais de países terceiros para as fronteiras internas de um Estado-Membro, sob pena de ignorar manifestamente o objetivo do artigo 26.º da CAAS e os princípios que presidem a esta última.

164. As medidas adotadas no âmbito do artigo 26.º da CAAS, cujas regras de aplicação são especificadas na Diretiva 2001/51, aplicam-se exclusivamente no momento da passagem das fronteiras externas.

VI. Conclusão

165. À luz das considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões prejudiciais submetidas pelo Bundesverwaltungsgericht (Tribunal Administrativo Federal, Alemanha), do seguinte modo:

- 1) Os controlos que devem ser efetuados por empresas de transporte em autocarro cujas carreiras atravessam uma fronteira interna Schengen e através dos quais estas empresas estão obrigadas a verificar, antes da passagem da fronteira interna, se os passageiros estão munidos dos documentos de viagem exigidos para a entrada no território nacional são equiparáveis a «controlos de fronteira», na aceção do artigo 20.º do Regulamento (CE) n.º 562/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2006, que estabelece o código comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras, conforme alterado pelo Regulamento (UE) n.º 610/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013.

- 2) O artigo 67.º, n.º 2, TFUE e o artigo 20.º do Regulamento n.º 562/2006 opõem-se a uma legislação nacional, como a que está em causa nos processos principais, que exige aos transportadores que verifiquem, antes da passagem da fronteira, se os passageiros estão munidos do passaporte e do título de residência exigidos para a entrada regular no território nacional e que lhes comina uma sanção pecuniária em caso de incumprimento da obrigação, quando a referida legislação se aplique a empresas de transporte em autocarro cujas carreiras atravessam uma fronteira interna Schengen.
- 3) Na hipótese de as autoridades nacionais competentes constatarem que uma empresa de transporte em autocarro cujas carreiras atravessam uma fronteira interna Schengen tira partido da respetiva atividade para auxiliar, de forma deliberada, nacionais de países terceiros a entrar ilegalmente no território do Estado-Membro de destino, e considerarem que se encontram reunidos tanto os elementos objetivos como os elementos subjetivos da infração de auxílio à entrada irregular, na aceção do artigo 1.º, n.º 1, alínea a), da Diretiva 2002/90/CE do Conselho, de 28 de novembro de 2002, relativa à definição do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares, cabe-lhes tomar as medidas necessárias para garantir que a referida infração seja passível de uma sanção penal efetiva, proporcionada e dissuasiva, em consonância com os princípios enunciados na Decisão-Quadro 2002/946/JAI do Conselho, de 28 de novembro de 2002, relativa ao reforço do quadro penal para a prevenção do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares.