



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MACIEJ SZPUNAR
apresentadas em 20 de outubro de 2020¹

Processo C-673/19

M,
A,
Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid
sendo intervenientes:
Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,
T

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Raad van State (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Países Baixos)]

«Reenvio prejudicial — Controlos nas fronteiras, asilo e imigração — Diretiva 2008/115/CE — Regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular — Detenção para efeitos de afastamento — Proteção internacional noutro Estado-Membro — Inexistência de decisão de regresso»

1. O presente pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Raad van State (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Países Baixos) dará ao Tribunal de Justiça a oportunidade de precisar se as disposições da Diretiva 2008/115/CE² se opõem à detenção de um nacional de um país terceiro em situação irregular com vista à sua transferência para outro Estado-Membro onde esse nacional goza de proteção internacional. Proporei ao Tribunal de Justiça que, embora um Estado-Membro possa, em princípio, recorrer à detenção da pessoa em causa nessas circunstâncias, deve fazê-lo respeitando os objetivos da Diretiva 2008/115 e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»).

Quadro jurídico

Direito da União

2. A finalidade da Diretiva 2008/115, conforme definida no seu artigo 1.º, sob a epígrafe «Objeto», consiste em estabelecer normas e procedimentos comuns a aplicar nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular, no respeito dos direitos fundamentais enquanto princípios gerais do direito da União e do direito internacional, nomeadamente os deveres em matéria de proteção dos refugiados e de direitos do Homem.

¹ Língua original: inglês.

² Diretiva 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).

3. O artigo 2.º da Diretiva 2008/115, sob a epígrafe «Âmbito de aplicação», dispõe:

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

2. Os Estados-Membros podem decidir não aplicar a presente diretiva aos nacionais de países terceiros que:

- a) Sejam objeto de recusa de entrada nos termos do artigo 13.º do Código das Fronteiras Schengen ^[3], ou sejam detidos ou intercetados pelas autoridades competentes quando da passagem ilícita das fronteiras externas terrestres, marítimas ou aéreas de um Estado-Membro e não tenham posteriormente obtido autorização ou o direito de permanência nesse Estado-Membro;
- b) Estejam obrigados a regressar por força de condenação penal ou em consequência desta, nos termos do direito interno, ou sejam objeto de processo de extradição.

3. A presente diretiva não é aplicável aos titulares do direito comunitário à livre circulação a que se refere o n.º 5 do artigo 2.º do Código das Fronteiras Schengen.»

4. Nos termos do artigo 3.º («Definições») da Diretiva 2008/115:

«Para efeitos da presente diretiva, entende-se por:

[...]

3. “Regresso”, o processo de retorno de nacionais de países terceiros, a título de cumprimento voluntário de um dever de regresso ou a título coercivo:

- ao país de origem, ou
- a um país de trânsito, ao abrigo de acordos de readmissão comunitários ou bilaterais ou de outras convenções, ou
- a outro país terceiro, para o qual a pessoa em causa decida regressar voluntariamente e no qual seja aceite;

4. “Decisão de regresso”, uma decisão ou ato administrativo ou judicial que estabeleça ou declare a situação irregular de um nacional de país terceiro e imponha ou declare o dever de regresso.»

5. O artigo 4.º da Diretiva 2008/115 trata das «Disposições mais favoráveis». Nos termos do seu n.º 3, a diretiva «não prejudica o direito dos Estados-Membros de aprovarem ou manterem disposições mais favoráveis relativamente às pessoas abrangidas pelo seu âmbito de aplicação, desde que essas disposições sejam compatíveis com o disposto na presente diretiva».

6. O artigo 5.º da Diretiva 2008/115, sob a epígrafe «Não repulsão, interesse superior da criança, vida familiar e estado de saúde», tem a seguinte redação:

«Na aplicação da presente diretiva, os Estados-Membros devem ter em devida conta o seguinte:

- a) O interesse superior da criança;

3 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 (Código das Fronteiras Schengen) (JO 2006, L 105, p. 1).

- b) A vida familiar;
- c) O estado de saúde do nacional de país terceiro em causa, e respeitar o princípio da não repulsão.»

7. Nos termos do artigo 6.º da mesma diretiva, sob a epígrafe «Decisão de regresso»:

«1. Sem prejuízo das exceções previstas nos n.ºs 2 a 5, os Estados-Membros devem emitir uma decisão de regresso relativamente a qualquer nacional de país terceiro que se encontre em situação irregular no seu território.

2. Os nacionais de países terceiros em situação irregular no território de um Estado-Membro, que sejam detentores de um título de residência válido ou de outro título, emitido por outro Estado-Membro e que lhes confira direito de permanência estão obrigados a dirigir-se imediatamente para esse Estado-Membro. Em caso de incumprimento desta exigência pelo nacional de país terceiro em causa ou se for necessária a partida imediata deste por razões de ordem pública ou de segurança nacional, aplica-se o n.º 1.

[...]»

8. O artigo 15.º da Diretiva 2008/115, sob a epígrafe «Detenção», dispõe:

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

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

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

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

A detenção é ordenada por escrito com menção das razões de facto e de direito.

Quando a detenção tiver sido ordenada por autoridades administrativas, os Estados-Membros:

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

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

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

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

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

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

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

Direito neerlandês

Vreemdelingenwet

9. Nos termos do artigo 59.º, n.º 2, da Vreemdelingenwet 2000 (Lei sobre os Estrangeiros de 2000), de 23 de novembro de 2000 (Stb 2000, n.º 495), conforme alterada com efeitos a partir de 31 de dezembro de 2011, a fim de transpor a Diretiva 2008/115 (a seguir «Vw»), se os documentos necessários para o regresso de um estrangeiro já estiverem disponíveis ou estiverem disponíveis num curto prazo, considera-se que o interesse da ordem pública exige a detenção do estrangeiro, salvo no caso de este ter tido residência regular com base no artigo 8.º, alíneas a) a e), e no artigo 1.º da Vw.

10. Nos termos do artigo 62.ºa, n.º 1, alínea b), da Vw, o ministro deve informar por escrito um estrangeiro, que não seja nacional de um Estado-Membro e que não tenha ou tenha deixado de ter residência legal, da obrigação de abandonar os Países Baixos por sua própria iniciativa e do prazo em que deve cumprir esta obrigação, salvo no caso de o estrangeiro ser detentor de um título de residência válido ou de outro título emitido por outro Estado-Membro que lhe confira direito de permanência.

11. O artigo 62.ºa, n.º 3, da Vw precisa que o estrangeiro referido no artigo 62.ºa, n.º 1, alínea b), deve ser objeto de uma ordem de regresso imediato ao território do Estado-Membro em causa. Se essa ordem não for respeitada ou se a partida imediata do estrangeiro for necessária por razões de ordem pública ou de segurança nacional, deve ser tomada uma decisão de regresso a seu respeito.

12. Nos termos do artigo 63.º, n.ºs 1 e 2, da Vw, um estrangeiro que não tenha residência legal e que não tenha abandonado os Países Baixos por sua própria iniciativa dentro do prazo previsto pela Vw pode ser expulso, sendo o ministro competente para a expulsão.

13. Nos termos do artigo 106.º da Vw, se o tribunal ordenar o levantamento de uma medida privativa de liberdade ou se a privação de liberdade já tiver sido levantada antes da apreciação do pedido de levantamento dessa medida, pode conceder ao estrangeiro uma indemnização a suportar pelo Estado. Os danos a indemnizar devem incluir os inconvenientes que não consistam num prejuízo financeiro. Esta disposição deve aplicar-se, *mutatis mutandis*, no caso de a Secção de Contencioso Administrativo do Conselho de Estado ordenar o levantamento da medida privativa de liberdade.

Vreemdelingencirculaire 2000

14. Nos termos do artigo A3/2 da *vreemdelingencirculaire 2000* (Circular sobre os estrangeiros de 2000), na sua versão aplicável até 1 de janeiro de 2019, se uma decisão de regresso for contrária a obrigações internacionais (proibição da repulsão), o funcionário responsável pelo controlo nas fronteiras ou pelo controlo dos estrangeiros não deve emitir uma decisão de regresso.

Matéria de facto, tramitação processual e questão prejudicial

15. M, A e T, nacionais de países terceiros, apresentaram, cada um deles, um pedido de proteção internacional nos Países Baixos. O *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid* (Secretário de Estado da Justiça e da Segurança, a seguir «*Staatssecretaris*») declarou esses pedidos inadmissíveis por Decisões de, respetivamente, 28 de fevereiro, 9 de outubro e 13 de junho de 2018, porque esses estrangeiros gozavam já um estatuto de refugiado válido, respetivamente, na Bulgária, em Espanha e na Alemanha.

16. Nessas decisões, o *Staatssecretaris* ordenou aos estrangeiros em causa, nos termos do artigo 62.ºa, n.º 3, da *Vreemdelingenwet 2000* (que transpôs o artigo 6.º, n.º 2, da Diretiva 2008/115 para o direito neerlandês), que partissem imediatamente para o território do Estado-Membro onde gozavam de proteção internacional e indicou, além disso, que corriam o risco de serem objeto de uma medida de afastamento se não cumprissem a referida ordem. Os estrangeiros não cumpriram a referida ordem. Em seguida, o *Staatssecretaris* deteve-os, respetivamente, em 28 de setembro, 22 de novembro e 25 de outubro de 2018, nos termos do artigo 59.º, n.º 2, da Vw, a fim de garantir a sua partida para os Estados-Membros em questão.

17. M, A e T interpuseram recursos no *rechtbank Den Haag* (Tribunal de Primeira Instância de Haia, Países Baixos). Em sede de recurso, alegaram, nomeadamente, que a medida de detenção era ilegal na falta de uma decisão de regresso.

18. Nos processos de M e de A, o *rechtbank Den Haag* (Tribunal de Primeira Instância de Haia) considerou que tinham sido legalmente detidos pelo *Staatssecretaris* ao abrigo do artigo 59.º, n.º 2, da Vw, sem ter sido previamente tomada uma decisão de regresso. Segundo esse órgão jurisdicional, não é necessária uma decisão de regresso para uma medida de detenção com fundamento no artigo 59.º, n.º 2, da Vw. Por conseguinte, os recursos foram julgados improcedentes.

19. Pelo contrário, no processo de T, o *rechtbank Den Haag* (Tribunal de Primeira Instância de Haia) considerou, nomeadamente, que não era claro que o artigo 59.º da Vw 2000 oferecesse um fundamento para a detenção de nacionais de países terceiros a fim de garantir a sua partida para outro Estado-Membro. Isso só seria possível se o significado do termo «regresso» utilizado no artigo 59.º, n.º 2, da Vw fosse diferente do seu significado no resto do artigo 59.º Segundo esse tribunal, não se afigurava ter sido essa a intenção do legislador ao transpor a Diretiva 2008/115 no artigo 59.º da Vw, pelo que se impunha uma interpretação restritiva do termo «regresso» na Vw, correspondente à definição desse termo nessa diretiva. Além disso, o *Staatssecretaris* não apresentou ao *rechtbank Den Haag* (Tribunal de Primeira Instância de Haia), de forma atempada e completa, alguns documentos. Por conseguinte, a detenção de T foi considerada ilegal desde o momento em que foi ordenada.

20. M e A interpuseram recurso para o órgão jurisdicional de reenvio, tal como o Staatssecretaris no processo relativo a T.

21. Tendo observado que os litígios em causa apenas dizem respeito ao eventual direito de M, A e T a uma indemnização pelos danos causados pela sua detenção, o órgão jurisdicional nacional salienta que a resolução destes litígios depende da questão de saber se a Diretiva 2008/115 se opõe a que o Staatssecretaris detenha nacionais de países terceiros, como os que estão em causa no processo principal, com fundamento no artigo 59.º, n.º 2, da Vw, a fim de assegurar a sua transferência para outro Estado-Membro, sem que tenha sido adotada uma decisão de regresso, na aceção do artigo 62.º a, n.º 3, da Vw.

22. Nestas circunstâncias, o Raad van State (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Países Baixos) decidiu suspender a instância e, por Decisão de 4 de setembro de 2019, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 11 de setembro de 2019, submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«A Diretiva 2008/115 [...], nomeadamente os artigos 3.º, 4.º, 6.º e 15.º, opõe-se a que um estrangeiro que beneficia de proteção internacional noutro Estado-Membro seja detido nos termos de legislação nacional, atendendo a que a referida detenção visa o afastamento para o outro Estado-Membro e, por esse motivo, foi inicialmente emitida uma ordem de partida para o território do referido Estado-Membro, mas não foi depois tomada qualquer decisão de regresso?»

23. Foram apresentadas observações escritas por M, por T, pelos Governos estónio, neerlandês e polaco, bem como pela Comissão Europeia. Na audiência de 9 de julho de 2020 foram apresentadas observações orais por M, por T, pelo Governo neerlandês e pela Comissão.

Apreciação

24. Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, em substância, se os artigos 3.º, 4.º, 6.º e 15.º da Diretiva 2008/115 se opõem a que um Estado-Membro, ao abrigo do direito nacional, detenha um nacional de um país terceiro em situação irregular, que beneficie de proteção internacional noutro Estado-Membro, quando a detenção tenha por objetivo a transferência do nacional em questão para esse outro Estado-Membro e esse nacional tenha sido objeto de uma ordem de partida imediata para o território desse outro Estado-Membro, mas não de uma decisão de regresso, na aceção da Diretiva 2008/115.

25. Para propor uma resposta a esta questão, começarei por examinar a aplicabilidade da Diretiva 2008/115 em situações como as descritas pelo órgão jurisdicional de reenvio. Concluirei que é aplicável. Seguidamente, debruçar-me-ei sobre a questão das obrigações gerais que incumbem a um Estado-Membro por força desta diretiva, antes de abordar as obrigações específicas que a diretiva impõe aos Estados-Membros no que respeita à detenção de um nacional de um país terceiro.

Aplicabilidade da Diretiva 2008/115

26. Nos termos do seu artigo 2.º, n.º 1, a Diretiva 2008/115 é aplicável aos nacionais de países terceiros em situação irregular no território de um Estado-Membro.

27. O órgão jurisdicional de reenvio concluiu que os três nacionais de países terceiros em questão gozam de proteção internacional, cada um num Estado-Membro diferente. Por conseguinte, cada um goza do direito de permanecer no Estado-Membro que concedeu a proteção internacional.

28. O órgão jurisdicional de reenvio concluiu igualmente que os três nacionais de países terceiros em questão se encontram em situação irregular no território dos Países Baixos. A sua permanência não foi regularizada e as exceções previstas no artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 2008/115 também não são aplicáveis.

29. Por conseguinte, a situação dos três nacionais de países terceiros em questão é abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2008/115 estando, em princípio, sujeitos às normas e aos procedimentos comuns estabelecidos por essa diretiva.

Obrigações gerais decorrentes da Diretiva 2008/115

30. Isto suscita a questão das obrigações que decorrem, nomeadamente para o Reino dos Países Baixos, da Diretiva 2008/115, em especial a questão de saber se esse Estado-Membro estava obrigado a adotar uma decisão de regresso, na aceção do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2008/115.

Interpretação literal e à luz da economia estabelecida pela Diretiva 2008/115 do artigo 6.º, n.º 2, da mesma

31. Por força do artigo 6.º, n.º 2, da Diretiva 2008/115, os nacionais de países terceiros em situação irregular no território de um Estado-Membro, que sejam detentores de um título de residência válido ou de outro título, emitido por outro Estado-Membro e que lhes confira direito de permanência, estão obrigados a dirigir-se imediatamente para esse Estado-Membro. Em caso de incumprimento desta exigência pelo nacional de país terceiro em causa ou se for necessária a partida imediata deste por razões de ordem pública ou de segurança nacional, aplica-se o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2008/115.

32. Uma vez que os três nacionais de países terceiros em causa gozam de proteção internacional, cada um noutro Estado-Membro, têm direito de permanência no outro Estado-Membro em questão. O Reino dos Países Baixos ordenou-lhes que saíssem dos Países Baixos e fossem para esses outros Estados-Membros, mas não cumpriram as ordens respetivas.

33. Em tal situação, o artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2008/115 obriga um Estado-Membro a adotar uma decisão de regresso. Contudo, o Reino dos Países Baixos estava juridicamente impedido de adotar tal decisão, como passo a explicar.

34. «Regresso» é o processo de retorno de nacionais de países terceiros 1) ao país de origem, 2) a um país de trânsito, ao abrigo de acordos de readmissão da União ou bilaterais ou de outras convenções, ou 3) a outro país terceiro, para o qual a pessoa em causa decida regressar voluntariamente e no qual seja aceite⁴.

35. Na falta de um país de trânsito (2) ou de outro país terceiro para o qual os interessados regressassem voluntariamente (3), a única alternativa ao abrigo desta diretiva era o regresso aos países de origem.

36. Contudo, o órgão jurisdicional de reenvio concluiu que não era possível uma decisão de regresso aos países de origem, uma vez que teria violado o princípio da não repulsão. Com efeito, como se prevê no artigo 5.º da Diretiva 2008/115, um Estado-Membro deve, na aplicação dessa diretiva, ter em conta o princípio da não repulsão, princípio que é, aliás, garantido pelos artigos 18.º e 19.º, n.º 2, da Carta.

4 V. artigo 3.º, ponto 3, da Diretiva 2008/115.

37. Por conseguinte, podemos concluir nesta fase que, embora o caso em apreço seja abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2008/115, o Reino dos Países Baixos não era obrigado a adotar uma decisão de regresso nos termos do artigo 6.º, n.º 1, da referida diretiva⁵.

38. Esta interpretação coaduna-se com as observações de todas as partes no processo e parece corresponder à opinião predominante da doutrina⁶.

Interpretação teleológica do artigo 6.º, n.º 2, da Diretiva 2008/115

39. Poder-se-ia, todavia, contemplar uma interpretação diferente do artigo 6.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 2008/115.

40. No caso de o nacional de país terceiro não cumprir a obrigação de se dirigir imediatamente para o território do outro Estado-Membro, a melhor forma de assegurar a plena eficácia do artigo 6.º, n.º 2, da Diretiva 2008/115 parece ser a adoção de uma *decisão de regresso a outro Estado-Membro*. Isto reforçaria o procedimento previsto no artigo 6.º, n.º 2, da diretiva. Implicaria igualmente a alteração do conceito de «regresso», conforme definido no artigo 3.º, ponto 3, da diretiva, no que respeita a determinadas situações específicas.

41. Este procedimento teria a enorme vantagem de ser claro e facilmente aplicável na prática. Haveria uma decisão de regresso, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2008/115, pelo que todas as disposições da diretiva relativas a este procedimento, incluindo, sobretudo, a disposição sobre a detenção (artigo 15.º), poderiam ser aplicadas sem qualquer obstáculo.

42. O Manual do Regresso da Comissão, que, embora não seja vinculativo, é instrutivo, parece apontar neste sentido, ao indicar que «se um nacional de país terceiro não aceita voluntariamente, em conformidade com o artigo 6.º, n.º 2, regressar ao Estado-Membro que lhe concedeu uma autorização, aplica-se o artigo 6.º, n.º 1, devendo ser adotada uma decisão que preveja o regresso direto a um país terceiro. *Não é possível transferir a pessoa para o outro Estado-Membro utilizando a força, salvo [...] em certas circunstâncias, quando o regresso/afastamento para um país terceiro não seja possível e o Estado-Membro que emitiu a autorização aceite receber de volta a pessoa*»⁷.

43. A passagem que acabo de citar não revela duas coisas. Por um lado, não é claro se esse procedimento é obrigatório ou facultativo para o Estado-Membro. Por outro lado, a Comissão não precisa se este procedimento se aplicaria com base no artigo 6.º da Diretiva 2008/115 (o que seria contrário à redação do artigo 3.º, ponto 3, desta diretiva) ou se seria um procedimento regido pelo direito nacional.

44. Nestas circunstâncias, acrescento uma advertência. Por atraente que esta abordagem possa parecer, parece-me difícil conciliá-la com a redação clara do artigo 3.º, ponto 3, ou seja, que o regresso significa o regresso ao país terceiro⁸. Tenho também grandes dúvidas de que a instauração de um «procedimento de regresso entre os Estados-Membros» reflita a vontade do legislador. Além disso, colocar-se-ia então a questão de saber se tal interpretação seria válida apenas para situações como a do processo principal, em que um Estado-Membro está impedido de adotar uma decisão de regresso a

5 Evidentemente, se e quando as condições da não repulsão deixaram de estar preenchidas, torna a existir a obrigação de adotar uma decisão de regresso nos termos do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2008/115.

6 V., a título de exemplo, Lutz, F., «Directive 2008/115/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 2008 on common standards and procedures in Member States for returning illegally staying third-country nationals», em Hailbronner, K., e Thym, D. (ed.), *EU immigration and asylum law — a commentary*, 2.ª edição, 2016, C. H. Beck, Hart, Nomos, Munique, Oxford, Baden-Baden, Artigo 6.º, ponto 13, p. 689.

7 V. Recomendação (UE) 2017/2338 da Comissão, de 16 de novembro de 2017, que estabelece um Manual do Regresso comum a utilizar pelas autoridades competentes dos Estados-Membros no exercício de atividades relacionadas com o regresso (JO 2017, L 339, p. 83, ponto 5.4). O sublinhado é meu.

8 O país de origem, um país de trânsito ou outro país terceiro adequado, como especificado na referida disposição.

um país terceiro em razão do princípio da não repulsão, ou se se aplicaria igualmente a todas as situações abrangidas pelo âmbito de aplicação do artigo 6.º, n.º 2, da diretiva, ou seja, a situações em que o nacional de país terceiro seja detentor de um título de residência válido ou de outro título, emitido por outro Estado-Membro e que lhe confira direito de permanência⁹.

45. Por esta razão não proporei ao Tribunal de Justiça a interpretação que acabo de esboçar. Prefiro aderir à redação do artigo 3.º, ponto 3, e do artigo 6.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva 2008/115 e reafirmar a proposta que esbocei nos n.ºs 31 a 38, *supra*.

Obrigações específicas decorrentes da Diretiva 2008/115: detenção para efeitos de transferência de um nacional de um país terceiro para outro Estado-Membro?

46. Isto conduz -nos à questão de saber se as disposições da Diretiva 2008/115 se opõem a que o Reino dos Países Baixos detenha os nacionais de países terceiros em causa, com vista à sua transferência para o Estado-Membro onde gozam de proteção internacional.

Possibilidade de detenção

47. A disposição da Diretiva 2008/115 especificamente consagrada à detenção é o artigo 15.º Esta disposição estabelece de forma detalhada as condições em que os Estados-Membros podem recorrer à detenção de um nacional de um país terceiro que seja objeto de um procedimento de regresso *a fim de preparar o regresso* e/ou efetuar o processo de afastamento.

48. No entanto, na falta de um procedimento de regresso esta disposição não é aplicável ao caso em apreço. Mais uma vez, o que o Reino dos Países Baixos pretendeu fazer foi apenas transferir os nacionais de países terceiros para um Estado-Membro, e não fazê-los regressar aos seus países de origem fora da União.

49. O Tribunal de Justiça aceitou a detenção de um nacional de um país terceiro com fundamento em permanência irregular em duas situações para além do âmbito do artigo 15.º da Diretiva 2008/115¹⁰, a saber, quando o procedimento de regresso instituído pela Diretiva 2008/115 tenha sido aplicado e esse nacional permaneça (ainda) em situação irregular nesse território sem motivo justificado para o não regresso («situação Achughbadian»¹¹) e quando o procedimento de regresso tenha sido aplicado e a pessoa em questão entre de novo no território desse Estado-Membro em violação de uma proibição de entrada («situação Celaj»¹²)¹³.

9 Caso se aplicasse também um «procedimento de regresso entre os Estados-Membros» nesta última situação, isso implicaria, na prática, que um Estado-Membro (o Estado-Membro A) que concedesse voluntariamente títulos de residência ou títulos que confiram direito de permanência determinaria, na prática, se, numa situação em que o interessado se tenha deslocado para outro Estado-Membro (Estado-Membro B), o Estado-Membro B poderia iniciar um procedimento de «regresso» subsequente para o Estado-Membro A ou o país de origem. Isso conduziria potencialmente a uma aplicação não uniforme da diretiva e alteraria o sistema que a mesma visa instituir, que é o regresso de um nacional de um país terceiro ao seu estado de origem.

10 Ambos os processos aqui discutidos respeitavam à aplicação de uma pena de prisão nos termos do direito penal, o que não é, contudo, pertinente no caso em apreço.

11 V. Acórdão de 6 de dezembro de 2011, Achughbadian (C-329/11, EU:C:2011:807, n.º 50 e primeiro travessão da parte decisória).

12 V. Acórdão de 1 de outubro de 2015, Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640, n.º 33 e parte decisória).

13 A justificação do Tribunal de Justiça a este respeito é o facto de a Diretiva 2008/115 apenas se aplicar ao regresso de nacionais de países terceiros que se encontrem em situação irregular num Estado-Membro, não tendo, portanto, por objeto harmonizar completamente as regras nacionais relativas à permanência de estrangeiros, v. Acórdão de 6 de dezembro de 2011, Achughbadian (C-329/11, EU:C:2011:807, n.º 28). Além disso, a Diretiva 2008/115 não se opõe a uma detenção com o objetivo de determinar se um nacional de um país terceiro está ou não em situação regular, v. Acórdão de 6 de dezembro de 2011, Achughbadian (C-329/11, EU:C:2011:807, n.º 29).

50. Nenhuma das situações descritas no número anterior é aqui aplicável. Tanto na situação Achughbadian como na situação Celaj, o Estado-Membro em questão tinha aplicado um procedimento de regresso, embora sem sucesso no caso Achughbadian. No presente processo, contudo, o Reino dos Países Baixos (com razão), não aplicou um procedimento de regresso, mas sim um procedimento de transferência para outro Estado-Membro.

51. Teria dificuldade em admitir que, numa situação como esta, que é abrangida, em geral, pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2008/115, ainda que não esteja subordinada à plena execução de todas as suas disposições, um Estado-Membro não pudesse, em princípio, deter um nacional de um país terceiro, evidentemente sob certas condições¹⁴.

52. A Diretiva 2008/115 não se opõe, em minha opinião, categoricamente e em princípio, à detenção dos nacionais de países terceiros em causa.

Condições de detenção

53. No que respeita às condições de uma detenção, uma vez que, como já se concluiu acima, o caso em apreço é abrangido pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2008/115 (por força do seu artigo 2.º), qualquer medida de detenção que um Estado-Membro queira impor tem de estar em conformidade com o *objetivo* da diretiva e com os seus *princípios*¹⁵.

54. Resulta do artigo 1.º da Diretiva 2008/115, bem como dos considerandos 2 e 24 da mesma, que a política da diretiva deve prosseguir com pleno respeito pelos direitos humanos e pela dignidade dos nacionais de países terceiros em causa, e que a diretiva respeita os direitos fundamentais e os princípios consagrados, em especial, na Carta.

55. Já sustentei anteriormente que a diretiva visa assegurar o equilíbrio entre os direitos e os interesses dos Estados-Membros relativos ao controlo da entrada, permanência e afastamento dos estrangeiros e os direitos individuais das pessoas afetadas¹⁶. No que respeita a estes últimos, a Diretiva 2008/115 visa ter em conta a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em matéria do direito à liberdade e as «Vinte orientações sobre o regresso forçado», aprovadas pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, em 4 de maio de 2005¹⁷, às quais a Diretiva 2008/115 se refere no seu considerando 3¹⁸.

56. Também já sustentei anteriormente que as disposições nacionais abrangidas pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2008/115 implicam a aplicação do direito da União na aceção do artigo 51.º, n.º 1, da Carta e devem respeitar os princípios gerais do direito da União, incluindo os direitos fundamentais consagrados na Carta¹⁹.

57. O artigo 52.º, n.º 1, da Carta precisa que qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela Carta deve ser prevista por lei e deve respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades e observar o princípio da proporcionalidade. Na medida em que a Carta contém direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do

14 Tanto do ponto de vista de um Estado-Membro como do de um nacional de um país terceiro, uma transferência para outro Estado-Membro, onde esse nacional goza até de proteção internacional, é menos dramática do que um procedimento de regresso a um país terceiro.

15 Aliás, isso seria igualmente aplicável numa «situação Achughbadian». O Tribunal de Justiça precisou nesse caso que a detenção prevista devia ser efetuada «no respeito dos princípios e do objetivo da referida diretiva», v. Acórdão de 6 de dezembro de 2011, Achughbadian (C-329/11, EU:C:2011:807, n.º 46).

16 V. a minha Tomada de posição no processo Direktor na Direktsia «Migratsia» pri Ministerstvo na vatrešnite raboti (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, n.º 45).

17 V. Comité de Ministros, documento CM(2005) 40 final.

18 V. a minha Tomada de posição no processo Direktor na Direktsia «Migratsia» pri Ministerstvo na vatrešnite raboti (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, n.º 45).

19 V. as minhas Conclusões no processo JZ (Pena de prisão em caso de proibição de entrada) (C-806/18, EU:C:2020:307, n.º 45).

Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, em 4 de novembro de 1950 (a seguir «CEDH»), o artigo 52.º, n.º 3, da Carta prevê que o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa convenção, especificando, contudo, que o direito da União pode conferir uma proteção mais ampla. Para efeitos da interpretação do artigo 6.º da Carta, deve, portanto, ter-se em conta o artigo 5.º da CEDH como limiar mínimo de proteção²⁰.

58. De acordo com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, qualquer privação de liberdade deve ser regular não só no sentido de que deve ter uma base legal no direito nacional, mas igualmente no sentido de que essa regularidade diz respeito à qualidade da lei, o que implica que uma legislação nacional que autoriza uma privação de liberdade deve ser suficientemente acessível, precisa e previsível na sua aplicação, de forma a evitar qualquer risco de arbitrariedade²¹.

59. Com base nestas constatações, posso fazer as seguintes observações.

60. Um Estado-Membro que pretenda transferir um nacional de um país terceiro em situação irregular para outro Estado-Membro onde essa situação já não seja irregular contribui sem dúvida para promover não só os objetivos da Diretiva 2008/115 como também os da política de asilo e de imigração da União Europeia em geral.

61. Seguidamente, há que examinar a questão de saber se o Estado-Membro em questão respeita os direitos fundamentais do nacional de país terceiro em causa. Uma vez que o artigo 15.º da Diretiva 2008/115, que embora (como se viu atrás) não sendo aqui aplicável, visa tomar em conta e incorporar a jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo relativa ao artigo 5.º da CEDH, que constitui o equivalente funcional do artigo 6.º da Carta²², podemos utilizar os termos dessa disposição como fonte de inspiração, na medida em que o artigo 15.º da Diretiva 2008/115 protege os direitos e interesses fundamentais da pessoa a deter²³.

62. A detenção só pode ser utilizada para efeitos de procedimento de transferência para o outro Estado-Membro. Deve ser utilizada apenas como último recurso, ou seja, quando exista um risco de fuga ou quando o nacional de país terceiro em causa evite ou entrave o procedimento de transferência. Além disso, qualquer detenção deve ter a menor duração possível e ser mantida apenas enquanto o procedimento de afastamento estiver pendente e for executado com a devida diligência.

63. Isto implica que uma medida de detenção só pode ser ordenada caso a caso e apenas com base no comportamento individual da pessoa em causa.

64. Além disso, deve ser ordenada por autoridades administrativas ou judiciais, por escrito e com menção das razões de facto e de direito, e deve ser previsto um controlo jurisdicional. A detenção deve ser reapreciada regularmente e, no caso de períodos de detenção prolongados, ser objeto de fiscalização pelas autoridades judiciais.

65. Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio analisar a compatibilidade das disposições nacionais em causa com os direitos fundamentais, com base na Carta, lida em conjugação com a CEDH, incluindo a jurisprudência acima referida.

66. Se o órgão jurisdicional de reenvio verificar que estes princípios foram respeitados, então a detenção foi legal, na medida em que a Diretiva 2008/115 não se lhe opunha.

20 V., igualmente, as minhas Conclusões no processo JZ (Pena de prisão em caso de proibição de entrada) (C-806/18, EU:C:2020:307, n.º 46).

21 V., neste sentido, TEDH, 21 de outubro de 2013, Del Río Prada c. Espanha (CE:ECHR:2013:1021JUD004275009, § 125).

22 V., neste sentido, Acórdão de 28 de abril de 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, n.º 43). V., igualmente, a minha Tomada de posição no processo Direktor na Direktsia «Migratsia» pri Ministerstvo na vateshnite raboti (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, n.º 2, incluindo nota 3).

23 Importa sublinhar que isto não constitui de modo algum uma aplicação analógica do artigo 15.º da Diretiva 2008/115. Trata-se antes da possibilidade de recorrer aqui à ponderação efetuada pelo legislador da União entre os interesses do Estado (regresso/afastamento) e os direitos fundamentais do nacional de país terceiro.

Conclusão

67. À luz de todas as considerações precedentes, proponho ao Tribunal de Justiça que responda às questões submetidas pelo Raad van State (Conselho de Estado, em formação jurisdicional, Países Baixos) do seguinte modo:

Os artigos 3.º, 4.º, 6.º e 15.º da Diretiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2008, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular, não se opõem a que um Estado-Membro, ao abrigo do direito nacional, detenha um nacional de um país terceiro em situação irregular, que goze de proteção internacional noutra Estado-Membro, quando a detenção tenha por objetivo a transferência do nacional em questão para esse outro Estado-Membro e esse nacional tenha sido objeto de uma ordem de partida imediata para o território desse outro Estado-Membro, mas não de uma decisão de regresso na aceção da Diretiva 2008/115, desde que os artigos 6.º e 52.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia sejam respeitados, o que cabe ao órgão jurisdicional nacional verificar.