



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
MACIEJ SZPUNAR
apresentadas em 28 de abril de 2015¹

Processo C-290/14

Skerdjan Celaj

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Tribunale di Firenze (Itália)]

«Espaço de liberdade, segurança e justiça — Diretiva 2008/115/CE — Regresso do nacional de um país terceiro em situação irregular — Artigos 15.º e 16.º — Legislação nacional que prevê uma pena de prisão para os nacionais de países terceiros em situação irregular em caso de reentrada no país — Compatibilidade»

Introdução

1. «Ser estrangeiro é crime? Cremos que não.»
2. São estas as palavras finais da declaração conjunta de voto parcialmente vencido de seis juízes do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (a seguir «TEDH») no influente acórdão Saadi c. Reino Unido².
3. No mesmo sentido, a Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia entende que o simples facto de um migrante se encontrar em situação irregular nunca deveria ser considerado fundamento suficiente para a sua detenção³.
4. O julgamento e a punição de nacionais de países terceiros em situação irregular no território de um Estado-Membro é objeto de um aceso debate. Por vezes, nem mesmo os organismos responsáveis pela avaliação da situação à luz das normas aplicáveis conseguem resistir à tentação de incorporar aspetos relacionadas com *política* legislativa nos seus argumentos, conforme procuram ilustrar as duas declarações supramencionadas.

1 — Língua original: inglês.

2 — V. declaração conjunta de voto parcialmente vencido dos juízes C. Rozakis, F. Tulkens, A. Kovler, K. Hajiyev, D. Spielmann e P. Hirvelä no acórdão de 29 de janeiro de 2008, Saadi c. Reino Unido [GS], n.º 13229/03, § 65.

3 — V. *Detention of third-country nationals in return procedures*, Relatório da Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, 2011, p. 19, disponível em: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1306-FRA-report-detention-december-2010_EN.pdf. Este entendimento foi expresso no contexto de uma detenção administrativa, razão pela qual considero que se aplica *a fortiori* às sanções penais.

5. O presente caso diz respeito ao nacional de um país terceiro que se encontrava em situação irregular no território de um Estado-Membro, no seguimento da reentrada no território desse Estado-Membro em violação de uma proibição de entrada que fora emitida juntamente com uma decisão de regresso tomada nos termos da Diretiva 2008/115/CE⁴. A questão que se coloca ao Tribunal de Justiça é a de saber se a Diretiva 2008/115 se opõe à aplicação de uma pena de prisão a esta pessoa.

6. Proponho⁵ que o Tribunal de Justiça se digne aperfeiçoar e clarificar a linha jurisprudencial que teve início com o acórdão *El Dridi*⁶ e continuou com os acórdãos *Achughbabian*⁷ e *Sagor*⁸, recorrendo, para tal, ao objetivo primordial da diretiva, que é o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular. O Tribunal de Justiça deve decidir que a Diretiva 2008/115 se opõe à imposição de tal sanção penal, não por considerações políticas como as referidas anteriormente, mas sim no interesse da preservação do efeito útil da Diretiva 2008/115.

Quadro jurídico

Direito da União Europeia

7. O objetivo da Diretiva 2008/115 é definido da seguinte forma no seu artigo 1.º, com a epígrafe «Objeto»:

«A presente diretiva estabelece 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 comunitário e do direito internacional, nomeadamente os deveres em matéria de proteção dos refugiados e de direitos do Homem.»

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

«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 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.

[...]»

4 — 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).

5 — Ao fazê-lo, procurarei privilegiar argumentos jurídicos relacionados com a Diretiva 2008/115 em detrimento de considerações políticas como as que foram referidas nos n.ºs 1 e 3 das presentes conclusões.

6 — Acórdão *El Dridi* (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268).

7 — Acórdão *Achughbabian* (C-329/11, EU:C:2011:807).

8 — Acórdão *Sagor* (C-430/11, EU:C:2012:777).

9. O artigo 3.º da referida diretiva, com a epígrafe «Definições», estabelece o seguinte:

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

[...]

2. 'Situação irregular', a presença, no território de um Estado-Membro, de um nacional de país terceiro que não preencha ou tenha deixado de preencher as condições de [...] entrada, permanência ou residência nesse Estado-Membro;
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. 'Afastamento', a execução do dever de regresso, ou seja, o transporte físico para fora do Estado-Membro;
6. 'Proibição de entrada', uma decisão ou ato administrativo ou judicial que proíbe a entrada e a permanência no território dos Estados-Membros durante um período determinado e que acompanha uma decisão de regresso;

[...]»

10. O artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2008/115, com a epígrafe «Decisão de regresso», dispõe o seguinte:

«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.»

11. O artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 2008/115 estipula que «[o]s Estados-Membros tomam todas as medidas necessárias para executar a decisão de regresso se não tiver sido concedido qualquer prazo para a partida voluntária, nos termos do n.º 4 do artigo 7.º, ou se a obrigação de regresso não tiver sido cumprida dentro do prazo para a partida voluntária concedido nos termos do artigo 7.º».

12. O artigo 11.º da referida diretiva, com a epígrafe «Proibição de entrada», tem a seguinte redação:

«1. As decisões de regresso são acompanhadas de proibições de entrada sempre que:

- a) Não tenha sido concedido qualquer prazo para a partida voluntária; ou
- b) A obrigação de regresso não tenha sido cumprida.

Nos outros casos, as decisões de regresso podem ser acompanhadas da proibição de entrada.

2. A duração da proibição de entrada é determinada tendo em devida consideração todas as circunstâncias relevantes do caso concreto, não devendo em princípio exceder cinco anos. Essa duração pode, contudo, ser superior a cinco anos se o nacional de país terceiro constituir uma ameaça grave para a ordem pública, a segurança pública ou a segurança nacional.

3. Os Estados-Membros devem ponderar a revogação ou a suspensão da proibição de entrada, se o nacional de país terceiro que seja objeto de proibição de entrada emitida nos termos do segundo parágrafo do n.º 1 provar que deixou o território de um Estado-Membro em plena conformidade com uma decisão de regresso.

As vítimas do tráfico de seres humanos a quem tenha sido concedido título de residência, nos termos da Diretiva 2004/81/CE do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao título de residência concedido aos nacionais de países terceiros que sejam vítimas do tráfico de seres humanos ou objeto de uma ação de auxílio à imigração ilegal, e que cooperem com as autoridades competentes⁹, não podem ser objeto de proibição de entrada, sem prejuízo da alínea b) do primeiro parágrafo do n.º 1 e desde que não constituam uma ameaça para a ordem pública, a segurança pública ou a segurança nacional.

Os Estados-Membros podem abster-se de emitir, revogar ou suspender proibições de entrada em determinados casos concretos por razões humanitárias.

Os Estados-Membros podem revogar ou suspender proibições de entrada em determinados casos concretos ou em determinadas categorias de casos por outras razões.

4. Ao ponderarem a emissão de uma autorização de residência ou de outro título que confira direito de permanência a um nacional de país terceiro objeto de proibição de entrada emitida por outro Estado-Membro, os Estados-Membros consultam previamente o Estado-Membro que emitiu a proibição de entrada e têm em conta os seus interesses, em conformidade com o artigo 25.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen¹⁰.

5. O disposto nos n.ºs 1 a 4 é aplicável sem prejuízo do direito a proteção internacional nos Estados-Membros, na aceção da alínea a) do artigo 2.º da Diretiva 2004/83/CE do Conselho, de 29 de abril de 2004, que estabelece normas mínimas relativas às condições a preencher por nacionais de países terceiros ou apátridas para poderem beneficiar do estatuto de refugiado ou de pessoa que, por outros motivos, necessite de proteção internacional, bem como relativas ao respetivo estatuto, e relativas ao conteúdo da proteção concedida¹¹.»

13. O artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva 2008/115 estabelece o seguinte:

«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.»

9 — JO 2004 L 261, p. 19.

10 — JO 2000 L 239, p. 19.

11 — JO 2004 L 304, p. 12.

Direito italiano

14. O artigo 13.º, n.º 13, do Decreto Legislativo n.º 286, de 25 de julho de 1998, dispõe que o estrangeiro destinatário de uma ordem de afastamento não pode regressar ao território do Estado sem uma autorização especial do Ministro dell'Interno. Em caso de violação dessa decisão, o estrangeiro está sujeito a uma pena de prisão de um a quatro anos e será expulso com condução imediata à fronteira.

Matéria de facto, tramitação processual e questão prejudicial

15. S. Celaj, um nacional da Albânia, entrou em território italiano em data desconhecida. Em 26 de agosto de 2011, foi detido pelas autoridades italianas por tentativa de roubo por esticção, tendo sido subsequentemente condenado a um ano de prisão (com pena suspensa) e a uma multa de 400 EUR. A sentença transitou em julgado em 15 de março de 2012.

16. Em 17 de abril de 2012, o Prefetto di Firenze emitiu uma ordem de condução à fronteira e o Questore di Firenze emitiu uma ordem de afastamento, acompanhada da proibição de reentrada em Itália durante um período de três anos. Nessa ordem, o Prefetto di Firenze afirmou que deveria ser afastada a possibilidade de repatriamento voluntário, uma vez que as circunstâncias do caso impunham a condução imediata de S. Celaj à fronteira. Com efeito, este não tinha requerido a concessão de um prazo para partir voluntariamente e havia risco de fuga, uma vez que não existiam documentos que comprovassem que dispunha de alojamento.

17. Dada a indisponibilidade de um transportador aéreo e a impossibilidade de manter S. Celaj num centro de retenção, não foi efetuada a condução coerciva à fronteira e o Questore di Firenze intimou-o a deixar o território nacional, com a advertência de que, caso contrário, ficaria sujeito às sanções legais.

18. Subsequentemente, S. Celaj permaneceu em Itália, tendo sido identificado em três ocasiões e em três locais diferentes entre 27 de julho de 2012 e 30 de agosto de 2012 e acusado, nessas ocasiões, de imigração clandestina e de cultivo de estupefacientes.

19. Em 4 de setembro de 2012, S. Celaj apresentou-se, por iniciativa própria, no Ufficio di Polizia di Frontiera de Brindisi e saiu voluntariamente do território nacional.

20. Posteriormente, S. Celaj voltou a entrar no território italiano. Em 14 de fevereiro de 2014, foi detido por violação do artigo 13.º, n.º 13, do Decreto Legislativo n.º 286 de 1998 pelos *carabinieri* da estação de San Piero a Sieve durante um controlo realizado na estação ferroviária local.

21. O Ministério Público instaurou um processo-crime contra S. Celaj no Tribunale di Firenze e pediu a sua condenação a oito meses de prisão, com base no artigo 13.º, n.º 13, do Decreto Legislativo n.º 286 de 1998.

22. Foi no contexto deste processo que, por despacho de 22 de maio de 2014, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 12 de junho de 2014, o Tribunale di Firenze apresentou a seguinte questão prejudicial:

«As disposições da Diretiva 2008/115 opõem-se à existência de normas nacionais dos Estados-Membros que preveem uma pena de prisão até quatro anos para um cidadão de um país terceiro [em situação irregular] que, após lhe ter sido imposto o regresso [ao seu país de origem], não a título de sanção penal nem em consequência de uma sanção penal, tenha novamente entrado no território do Estado em violação de uma proibição legal de [reentrada], sem que esse cidadão tenha sido previamente sujeito às medidas coercivas previstas no artigo 8.º da Diretiva 2008/115 para efeitos do seu afastamento imediato e eficaz?»

23. Apresentaram observações escritas os Governos da República Checa, da Alemanha, da Grécia, da Itália, da Noruega e da Suíça, bem como a Comissão Europeia.

Apreciação

24. O Tribunal de Justiça é novamente chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade de uma sanção penal nacional com as disposições da Diretiva 2008/115. Desta vez, está em causa uma sanção penal sob a forma de pena de prisão a que foi condenado o nacional de um país terceiro unicamente com fundamento no facto de, tendo abandonado um Estado-Membro e regressado ao seu país de origem no âmbito de um procedimento de regresso anterior, ter entrado novamente no território do Estado-Membro em questão.

25. O Tribunal de Justiça tem sustentado repetidamente que, embora, em princípio, a legislação penal e as regras do processo penal sejam da competência dos Estados-Membros, e nem a Diretiva 2008/115 nem a sua base legal¹² excluam a competência penal dos Estados-Membros no domínio da imigração clandestina e da permanência irregular, estes não podem aplicar uma legislação penal suscetível de pôr em causa a realização dos objetivos prosseguidos pela Diretiva 2008/115 e, por isso, privá-la do seu efeito¹³.

26. Antes de me debruçar sobre a legislação nacional em causa no processo principal, gostaria de traçar as linhas gerais do sistema estabelecido pela Diretiva 2008/115 e da jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre sanções penais no contexto dessa diretiva.

O sistema de regresso, afastamento e detenção estabelecido pela Diretiva 2008/115

27. O procedimento de regresso estabelecido pela Diretiva 2008/115 foi já amplamente descrito pelo Tribunal de Justiça em vários casos que lhe foram submetidos¹⁴. Por conseguinte, posso ser sucinto nesta fase e limitar-me a descrever os elementos cruciais para efeitos do presente processo.

28. De acordo com o considerando 2 da Diretiva 2008/115, esta tem por objetivo a definição de uma política eficaz de afastamento e repatriamento, baseada em normas comuns, para proceder aos repatriamentos em condições humanamente dignas e com pleno respeito pelos direitos fundamentais e pela dignidade das pessoas¹⁵. Para tal, estabelece um procedimento de regresso, cujo ponto de partida

12 — Artigo 63.º, n.º 3, alínea b), CE, reproduzido no artigo 79.º, n.º 2, alínea c), TFUE. Relativamente ao processo legislativo, v. a minha tomada de posição no processo Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, n.º 45 e nota 12).

13 — V., em especial, acórdão Achughbadian (C-329/11, EU:C:2011:807, n.º 33).

14 — V., por exemplo, acórdão El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, n.ºs 34 e segs).

15 — Para mais informações sobre as fontes de inspiração da diretiva, como a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e as «Vinte orientações sobre o regresso forçado», aprovadas pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa, em 4 de maio de 2005, ver a minha tomada de posição no processo Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, n.º 45).

(e elemento central) é uma decisão de regresso, que, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2008/115, os Estados-Membros estão obrigados¹⁶ a emitir relativamente a qualquer nacional de um país terceiro que se encontre em situação irregular no seu território¹⁷. Esta disposição é o elemento-chave da diretiva¹⁸.

29. O procedimento que se segue assenta no princípio da proporcionalidade¹⁹: nesse sentido, em regra, só há lugar ao afastamento, ou seja, à execução do dever de regresso mediante o transporte físico para fora do Estado-Membro²⁰, se a partida voluntária não for possível ou não se tiver concretizado²¹, e a detenção só é admissível em último recurso, devendo a sua duração limitar-se ao que for estritamente necessário e apenas enquanto se aguarda o afastamento²². A lógica subjacente às disposições sobre detenção é a de que apenas os procedimentos de regresso e de afastamento justificam a privação da liberdade e de que, se esses procedimentos não forem conduzidos com a diligência necessária, a detenção deixa de ser justificada à luz dessas disposições²³. Conforme sublinhei na minha tomada de posição no processo Mahdi²⁴, a detenção para fins de afastamento não tem carácter sancionatório nem penal e não constitui uma pena de prisão²⁵. Além disso, o artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva 2008/115 impõe uma interpretação restritiva, uma vez que a detenção forçada constitui, enquanto privação da liberdade, uma exceção ao direito fundamental da liberdade individual²⁶.

Admissibilidade da detenção ou prisão em situações não previstas na Diretiva 2008/115

30. A própria diretiva não contém qualquer disposição sobre a possibilidade de os Estados-Membros recorrerem à detenção ou prisão como sanção penal no contexto de uma situação de permanência irregular no seu território. Compreendo perfeitamente a razão para esta omissão: uma vez que o objetivo da diretiva é criar condições para o rápido regresso dos nacionais de países terceiros em situação irregular, não há justificação para uma sanção dessa natureza. Uma detenção ou prisão que não seja imposta no âmbito de um procedimento de regresso irá, em última análise, atrasar esse procedimento.

31. Como é sobejamente conhecido (e foi já mencionado na introdução das presente conclusões), também existe jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre esta matéria. Porém, até à presente data, ainda não houve nenhum caso em que (com base nos factos em questão no processo principal) o Tribunal de Justiça tenha concluído que a detenção ou prisão, enquanto sanção penal, era compatível com a Diretiva 2008/115.

16 — V. acórdão Achughbalian (C-329/11, EU:C:2011:807, n.º 31). A versão portuguesa da diretiva utiliza o termo «devem». Relativamente ao carácter imperativo do artigo 6.º da Diretiva 2008/115, v., igualmente, Slama, S., «La transposition de la directive «retour»: vecteur de renforcement ou de régression des droits des irréguliers?», in: L. Dubin, *La légalité de la lutte contre l'immigration irrégulière par l'Union européenne*, Bruylant 2012, pp. 289-345, a p. 330.

17 — Esta obrigação não prejudica as exceções previstas nos n.ºs 2 a 5 do mesmo artigo. Acresce que o artigo 6.º, n.º 6 permite que os Estados-Membros tomem decisões de cessação da permanência regular a par de decisões de regresso.

18 — V., também, Hörich, D., «Die Rückführungsrichtlinie: Entstehungsgeschichte, Regelungsgehalt und Hauptprobleme», *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik*, 2011, pp. 281-286, a p. 283.

19 — V. considerandos 13 e 16 da Diretiva 2008/115. V., também, acórdão El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, n.º 41).

20 — Artigo 3.º, n.º 5, e artigo 8.º da Diretiva 2008/115.

21 — V. artigo 7.º da Diretiva 2008/115.

22 — V. capítulo IV: Detenção para efeitos de afastamento, artigos 15.º a 18.º da Diretiva 2008/115.

23 — Para mais informações, v. a minha tomada de posição no processo Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, n.ºs 46 a 55).

24 — C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936.

25 — *Ibid.*, n.º 47, bem como as conclusões do advogado-geral Y. Bot no processo Bero e Bouzalmate (C-473/13 e C-514/13, EU:C:2014:295, n.º 91), a tomada de posição do advogado-geral J. Mazák no processo El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:205, n.º 35), e a tomada de posição do advogado-geral M. Wathelet no processo G. e R. (C-383/13 PPU, EU:C:2013:553, n.º 54).

26 — V. a minha tomada de posição no processo Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936, n.º 47), bem como a tomada de posição do advogado-geral J. Mazák no processo Kadzoev (C-357/09 PPU, EU:C:2009:691, n.º 70). No que respeita ao artigo 5.º, n.º 1, alínea f), da CEDH, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem decidido no mesmo sentido (v., por exemplo, acórdão Quinn c. França, de 22 de março de 1995, série A, n.º 311, § 42, e o acórdão Kaya c. Roménia, de 12 de outubro de 2006, n.º 33970/05, § 16).

Jurisprudência até à data: do acórdão El Dridi ao acórdão Sagor, passando pelo acórdão Achughbabian

32. No acórdão El Dridi²⁷, foi pedido ao Tribunal de Justiça que determinasse se a Diretiva 2008/115 se opunha à legislação de um Estado-Membro, como a legislação italiana em causa no processo principal naquele caso²⁸, que determinava a aplicação de uma pena de prisão a um nacional de um país terceiro, em situação irregular, unicamente porque este permanecera no território desse Estado-Membro sem motivo justificado, em violação de uma ordem de deixar o referido território num prazo determinado. O Tribunal de Justiça concluiu que, com efeito, a Diretiva 2008/115, em especial os seus artigos 15.º e 16.º, se opunha a tal legislação²⁹.

33. No acórdão Achughbabian³⁰, o Tribunal de Justiça foi novamente chamado a determinar se a Diretiva 2008/115 se opunha à regulamentação de um Estado-Membro, como a regulamentação francesa em causa no processo principal naquele caso³¹, que determinava a aplicação de pena de prisão a um nacional de um país terceiro unicamente com fundamento na sua entrada ou permanência irregular em território francês. Mais uma vez, o Tribunal de Justiça entendeu que a diretiva se opunha a tal regulamentação «na medida em que essa regulamentação permite a prisão de um nacional de um país terceiro que, permanecendo em situação irregular no território do referido Estado-Membro e não estando na disposição de deixar esse território voluntariamente, não foi sujeito às medidas coercivas referidas no artigo 8.º desta diretiva e em relação ao qual, em caso de detenção com vista a preparar e a realizar o seu afastamento, não expirou o período de duração máxima dessa detenção»³². No processo principal daquele caso, a situação de A. Achughbabian enquadrava-se nesta categoria.

34. Nesses dois processos, o Tribunal de Justiça argumentou que a pena de prisão poderia comprometer a realização do objetivo prosseguido pela diretiva e era suscetível de frustrar a aplicação das medidas a que se referia o artigo 8.º, n.º 1, da Diretiva 2008/115 e atrasar a execução da decisão de regresso³³.

35. Além disso, o Tribunal de Justiça formulou os seus argumentos de forma mais abrangente no acórdão Achughbabian do que no acórdão El Dridi: especificou que a sua conclusão também se aplicava à *adoção* de uma decisão de regresso. O Tribunal de Justiça considerou que «a obrigação imposta aos Estados-Membros pelo artigo 8.º da diretiva, de procederem ao afastamento nas hipóteses enunciadas no n.º 1 deste artigo, deve ser cumprida o mais rapidamente possível. Obviamente, não seria esse o caso se, depois de ter verificado que o nacional do país terceiro está em situação irregular, o Estado-Membro em causa fizesse preceder a execução da decisão de regresso, *ou mesmo a adoção dessa decisão*³⁴, de um processo penal seguido, eventualmente, de uma pena de prisão»³⁵.

27 — Acórdão El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268).

28 — Estavam em causa outras disposições do decreto em questão no presente caso.

29 — *Ibid.*, n.º 62 e dispositivo.

30 — Acórdão Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807).

31 — Um artigo do code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile français (Ceseda).

32 — *Ibid.*, n.º 50 e primeiro travessão do dispositivo.

33 — V. acórdãos El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, n.º 59) e Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, n.º 45). Alguns autores académicos referem a existência de um certo paradoxo naquela argumentação. V., por exemplo, Spitaleri, F., «Il rimpatrio dell'immigrato in condizione irregolare: il difficile equilibrio tra efficienza delle procedure e garanzie in favore dello straniero nella disciplina dell'Unione europea», in: S. Amadeo (ed.), *Le garanzie fondamentali dell'immigrato in Europa*, Torino, 2015 (a publicar brevemente), p. 17: «ricostruzioni abbastanza paradossali»; Leboeuf, L., «La directive retour et la privation de liberté des étrangers. Le rappel à l'ordre de la Cour de justice dans l'arrêt El Dridi», in: *Revue du droit des étrangers*, 2011, pp. 181-191, a p. 191: «Paradoxalement, l'objectif de gestion efficace des flux migratoires permet à la Cour de justice de s'opposer à la pénalisation du séjour irrégulier». Outros consideram que existe até algum cinismo; v. Kauff-Gazin, F., «La directive 'retour' au secours des étrangers?: de quelques ambiguïtés de l'affaire El Dridi du 28 avril 2011», in: *Europe* n.º 6, Juin 2011, pp. 1-13, a p. 12: «Cet argumentaire suscite la critique à la fois par son cynisme et par son manque d'audace». Na minha perspetiva, se forem privilegiados os presumíveis interesses das pessoas em causa em detrimento das obrigações legais que decorrem da diretiva para os Estados-Membros, é possível, com efeito, vislumbrar um paradoxo. No entanto, os únicos interesses das pessoas em causa que a diretiva protege são as suas garantias em matéria de direitos fundamentais ao longo do procedimento, no respeito pelo princípio da proporcionalidade.

34 — Itálico meu.

35 — V. acórdão Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, n.º 45).

36. Retomarei a questão da evolução do acórdão El Dridi para o acórdão Achughbaban (que considero digna de nota) mais adiante³⁶.

37. Além disso, considero interessante assinalar que o Tribunal de Justiça não tenha incluído na sua argumentação e no primeiro travessão do dispositivo, uma referência aos artigos 15.º e 16.º da Diretiva 2008/115 tal como fizera no acórdão El Dridi³⁷. Voltarei também a esta questão mais adiante³⁸.

38. No acórdão Sagor, o Tribunal de Justiça afirmou que a obrigação de permanência na habitação, imposta e executada durante um procedimento de regresso, «pode atrasar e, assim, impedir as medidas, como a condução à fronteira e o regresso forçado por via aérea, que, elas sim, contribuem para a realização do afastamento»³⁹.

39. Porém, o acórdão Achughbaban⁴⁰ não terminou com a declaração acima referida. Embora não existisse qualquer ligação aos factos em causa no processo principal, o Tribunal de Justiça acrescentou que a Diretiva 2008/115 não se opunha à regulamentação de um Estado-Membro que determinasse a aplicação de sanções penais a casos de permanência em situação irregular, na medida em que permitisse «a prisão de um nacional de um país terceiro ao qual foi aplicado o procedimento de regresso instituído pela [Diretiva 2008/115] e que permanece em situação irregular no referido território, sem motivo justificado para o não regresso»⁴¹.

40. Importa salientar mais uma vez que, nos acórdãos El Dridi⁴² e Achughbaban⁴³, em virtude dos factos em causa, os procedimentos de regresso *não* tinham sido totalmente concluídos⁴⁴.

41. Posteriormente, no acórdão Sagor, no contexto de um processo penal conducente a uma pena de multa, o Tribunal de Justiça considerou que essa pena não era suscetível de prejudicar o procedimento de regresso estabelecido pela Diretiva 2008/115⁴⁵. Seguidamente, afirmou que «a aplicação de uma sanção pecuniária não impede de modo algum que uma decisão de regresso seja *adotada* e aplicada em plena conformidade com os requisitos enunciados nos artigos 6.º a 8.º da Diretiva 2008/115, nem infringe as normas comuns em matéria de privação de liberdade enunciadas nos artigos 15.º e 16.º desta diretiva»⁴⁶.

42. A utilização do termo «made» na versão inglesa («adotada» na versão portuguesa)⁴⁷ revela que a obrigação de adotar uma decisão de regresso é permanente. Revela igualmente que a distinção entre as situações em que existe um procedimento de regresso em curso e as situações em que tal não acontece é, na realidade, artificial. Ainda que o procedimento de regresso não esteja em curso e os requisitos do artigo 6.º estejam preenchidos, deve ser dado início a esse procedimento.

36 — No n.º 51 das presentes conclusões.

37 — Acórdão El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268). No entanto, posteriormente, no acórdão Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777, n.º 36), referido no seu despacho Mbaye (C-522/11, EU:C:2013:190, n.º 28), o Tribunal de Justiça mencionou os artigos 15.º e 16.º da Diretiva 2008/115 na sua fundamentação.

38 — No n.º 60 das presentes conclusões.

39 — Acórdão Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777, n.º 45).

40 — Acórdão Achughbaban (C-329/11, EU:C:2011:807).

41 — *Ibid.*, n.ºs 48, 50 e segundo travessão do dispositivo. No meu entender, embora este excerto também faça parte do dispositivo do acórdão, constitui claramente um *obiter dictum*, dado que não tem qualquer ligação com os factos em causa e diz respeito a uma situação hipotética.

42 — Acórdão El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268).

43 — Acórdão Achughbaban (C-329/11, EU:C:2011:807).

44 — Este argumento também é defendido por Picciché, F., «Il reato di ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello stato alla luce della Direttiva 2008/115/CE», in: *Rivista penale* 7-8-2012, pp. 712-715, a pp. 715.

45 — Acórdão Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777, n.º 36).

46 — Acórdão Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777, n.º 36).

47 — Diz exclusivamente respeito à versão inglesa das presentes conclusões.

Prisão em caso de reentrada

43. Debruçar-me-ei agora sobre o caso em apreço.

44. O órgão jurisdicional de reenvio deu como provado que S. Celaj se encontra em situação irregular no território italiano. Em virtude do artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva 2008/115, esta é, assim, aplicável. Não se aplica nenhuma das exceções previstas no artigo 2.º, n.ºs 2 e 3. Em especial, nada indica que S. Celaj tenha sido objeto de uma decisão de recusa de entrada nos termos do artigo 13.º do Código das Fronteiras Schengen⁴⁸.

45. Suscita-se assim a questão de saber se, no presente caso, as autoridades italianas podem aplicar uma pena de prisão a S. Celaj.

46. Os Governos italiano, checo, alemão, grego, norueguês e suíço, bem como a Comissão, entendem que a resposta é afirmativa. Na sua opinião, os factos do presente caso são diferentes dos factos em causa nos acórdãos El Dridi e Achughbadian. Embora existam algumas diferenças nos seus argumentos, consideram que é necessário distinguir entre o nacional de um país terceiro que entra no território de um Estado-Membro pela primeira vez e aquele que entra novamente nesse território após um procedimento de regresso. Na primeira situação, o Estado-Membro estava obrigado a aplicar a Diretiva 2008/115, ao passo que, na segunda situação, o Estado-Membro poderia ter procurado aplicar uma pena de prisão para dissuadir o nacional de um país terceiro de voltar a entrar ilegalmente no seu território.

47. O órgão jurisdicional de reenvio, por seu lado, considera irrelevante o juízo de valor sobre as diferenças conceptuais e estruturais entre as várias situações em que um cidadão estrangeiro se poderá encontrar, consoante a sua presença no território nacional resulte de entrada ilegal ou de reentrada depois de ter sido tomada uma decisão de afastamento.

48. Subscrovo a abordagem adotada pelo órgão jurisdicional de reenvio, que considero ser plenamente consentânea com a jurisprudência do Tribunal de Justiça até à presente data.

49. O objetivo da Diretiva 2008/115, enunciado de forma expressa e inequívoca no seu artigo 1.º, é o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular. Os Estados-Membros estão sob uma obrigação permanente de iniciar um procedimento de regresso, adotando uma decisão de regresso e seguindo os trâmites desse procedimento, no respeito pelo princípio da proporcionalidade.

50. A diretiva não estabelece qualquer distinção com base no número de vezes que o nacional de um país terceiro tenta entrar no território de um Estado-Membro, e por um bom motivo: as questões relacionadas com entrada ilegal são, antes de mais, questões do domínio da legislação da União em matéria de entrada no território, como o Código das Fronteiras Schengen. Porém, se o nacional de um país terceiro já se encontrar no território de um Estado-Membro e ficar provado que se encontra em situação irregular, é necessário providenciar o seu regresso⁴⁹. As obrigações que recaem sobre os Estados-Membros por força do artigo 6.º e seguintes da Diretiva 2008/115 são contínuas e aplicam-se ininterruptamente, no sentido de que surgem automaticamente quando as condições previstas nesses artigos estão preenchidas. Se, uma vez provado que o nacional de um país terceiro se encontra em situação irregular no território de um Estado-Membro, esse Estado-Membro não adotar uma decisão de regresso e, em vez disso, aplicar à pessoa em causa uma pena de prisão, estará a suspender, na prática, as suas obrigações previstas na diretiva.

48 — 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).

49 — Sem prejuízo, obviamente, das exceções previstas no artigo 6.º, n.ºs 2 a 5, da Diretiva 2008/115.

51. O Tribunal de Justiça parece estar plenamente ciente disto, conforme demonstra a sua argumentação no acórdão Achughbajian⁵⁰, onde afirmou que a adoção de uma decisão de regresso também não deve ser precedida de uma sanção penal.

52. A aplicação de uma pena de prisão ao nacional de um país terceiro com fundamentos diferentes dos previstos na diretiva equivale, na prática, à suspensão temporária unilateral da diretiva pelo Estado-Membro em causa. No meu entender, não há qualquer justificação para tal suspensão da diretiva.

Proibição de entrada

53. Como deve entendida a existência de uma proibição de entrada neste contexto?

54. A jurisprudência existente sobre esta questão é escassa e proporciona poucas orientações relevantes para o presente caso⁵¹.

55. A diretiva define «proibição de entrada» como uma decisão ou ato administrativo ou judicial que proíbe a entrada e a permanência no território dos Estados-Membros durante um período determinado⁵². Conforme resulta do artigo 11.º da Diretiva 2008/115, a decisão de regresso é acompanhada de uma proibição de entrada. Consequentemente, é uma medida meramente acessória da decisão de regresso⁵³.

56. Tal como referido anteriormente, a Diretiva 2008/115 diz respeito ao regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular. As questões relacionadas com a entrada no território da União Europeia são, antes de mais, questões do domínio da legislação do acervo de Schengen⁵⁴ e, em especial, do Código das Fronteiras Schengen⁵⁵. Por conseguinte, embora as políticas da União em matéria de entrada e de regresso estejam indissociavelmente ligadas, importa não esquecer que são reguladas por instrumentos jurídicos distintos. Esta distinção está bem patente na redação do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da diretiva, nos termos do qual os Estados-Membros podem decidir não aplicar a diretiva aos nacionais de países terceiros que sejam objeto de recusa de entrada nos termos do artigo 13.º do Código das Fronteiras Schengen. Igualmente esclarecedor é o facto de ser um considerando⁵⁶ da Diretiva 2008/115, e não uma disposição do articulado dessa diretiva, que incentiva os Estados-Membros a terem acesso rápido às informações sobre as proibições de entrada emitidas por outros Estados-Membros e que refere que esta partilha de informações deverá cumprir o disposto no Regulamento SIS II⁵⁷.

50 — V. acórdão Achughbajian (C-329/11, EU:C:2011:807, n.º 45), referido no n.º 34 das presentes conclusões.

51 — As questões a que o Tribunal de Justiça teve de responder até à data incidiam sobre a limitação da duração da proibição de entrada e sobre a data de transposição da diretiva: v. acórdão Filev e Osmani (C-297/12, EU:C:2013:569).

52 — V. artigo 3.º, n.º 6, da Diretiva 2008/115. Importa salientar que só é aplicável aos Estados-Membros que participam no sistema Schengen (v. também, considerando 25 e 26 da Diretiva 2008/115).

53 — Ver também Martucci, F., «La directive «retour»: la politique européenne d'immigration face à ses paradoxes», in: *Revue trimestrielle du droit européen*, 2009, pp. 47-67, a p. 50.

54 — Para uma descrição concisa, ver as conclusões da advogada-geral E. Sharpston no processo Zh. e O (C-554/13, EU:C:2015:94, n.ºs 3 e segs). V., também, Peers, S., *EU Justice and Home Affairs Law*, 3.ª ed., Oxford, OUP 2011, pp. 136 e segs.

55 — É este código que especifica as categorias de pessoas a quem deve ser recusada a entrada e atribui aos guardas de fronteira o dever de evitar a entrada irregular de nacionais de países terceiros: v. artigo 13.º do código. Importa ainda referir que este código faz várias referências a uma «indicação SIS» (SIS = Sistema de Informação de Schengen). A relação jurídica entre a recusa de entrada no seguimento dessa indicação e a proibição de entrada prevista na Diretiva 2008/115 não é muito clara; v. ainda Boeles, P., «Entry Bans and SIS-alerts», in: K. Zwaan (ed), *The Returns Directive: central themes, problem issues and implementation in selected Member States*, WLP, Nijmegen, 2011, pp. 39-45, a p. 44.

56 — V. considerando 18 da Diretiva 2008/115.

57 — Regulamento (CE) n.º 1987/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de dezembro de 2006, relativo ao estabelecimento, ao funcionamento e à utilização do Sistema de Informação de Schengen de segunda geração (SIS II) (JO 2006 L 381, p. 4).

57. O principal objetivo da Diretiva 2008/115 não é evitar, mas sim fazer cessar, as situações irregulares⁵⁸. Uma vez que a proibição de entrada tem natureza acessória, as sanções aplicáveis em caso de violação não podem comprometer a prossecução desse objetivo. Por outras palavras, a detenção ou prisão para efeitos de aplicação coerciva de uma proibição de entrada não pode colocar em risco um futuro procedimento de regresso.

58. Isto não implica, de forma alguma, que a existência de uma proibição de entrada seja absolutamente inútil na perspetiva de um Estado-Membro: ao evitar que uma pessoa volte a entrar legalmente no seu território no futuro, o Estado-Membro poderá dissuadir um nacional de um país terceiro de reentrar ilegalmente nesse território. Assim, a própria diretiva proporciona aos Estados-Membros meios para dissuadir os nacionais de países terceiros de reentrarem ilegalmente no respetivo território.

59. No entanto, depois de o nacional de um país terceiro ter (re)entrado (ilegalmente) no território de um Estado-Membro, são aplicáveis as obrigações que a diretiva impõe aos Estados-Membros.

Considerações finais

60. Seja qual for a perspetiva adotada, a prisão de uma pessoa atrasará inevitavelmente o seu regresso. A simples afirmação de que a Diretiva 2008/115 não se opõe a que a legislação de um Estado-Membro classifique a permanência irregular como infração penal e estabeleça sanções penais para desencorajar e prevenir esse tipo de infração às regras nacionais em matéria de residência⁵⁹ tem de ser entendida neste contexto. Consequentemente, a detenção ou prisão deve ser limitada aos casos de detenção por infrações penais não relacionadas com a irregularidade da permanência⁶⁰, de detenção nas situações administrativas regidas pelo capítulo IV da diretiva e de detenção para efeitos de determinar se a permanência é ou não irregular⁶¹. No que respeita à detenção ou prisão relacionada com uma situação de permanência que foi considerada irregular, as disposições do capítulo IV são exaustivas. É por este motivo que essas disposições, especialmente os artigos 15.º e 16.º da diretiva, têm por efeito a exclusão de outras situações de detenção ou prisão pela diretiva.

61. Estou bem ciente de que o meu entendimento das disposições da Diretiva 2008/115 conduz a uma interpretação restritiva do segundo travessão do dispositivo do acórdão Achughbadian⁶². Contudo, é a única interpretação compatível com as disposições da diretiva⁶³. Por conseguinte, entendo que o segundo travessão do dispositivo do acórdão Achughbadian abrange unicamente as situações em que o procedimento de regresso não atingiu o seu objetivo e a pessoa em questão *continua* em situação irregular no território do Estado-Membro em causa, sem motivo justificado para o não regresso⁶⁴.

58 — V, também, Brunessen, B., «La Cour de justice et la directive Retour: la stratégie du Roseau», in: *Revue des affaires européennes*, 2011/4, pp. 845-858, a p. 854.

59 — V. acórdão Achughbadian (C-329/11, EU:C:2011:807, n.º 28).

60 — Essas infrações estão obviamente fora do âmbito de aplicação da diretiva.

61 — V. acórdão Achughbadian (C-329/11, EU:C:2011:807, n.º 29). No mesmo sentido, relativamente à primeira parte do artigo 5.º, n.º 1, alínea f), da CEDH, v. TEDH, acórdão de 29 de janeiro de 2008, Saadi c. Reino Unido [GS], n.º 13229/03, § 65.

62 — Acórdão Achughbadian (C-329/11, EU:C:2011:807).

63 — É sempre mais difícil determinar o âmbito exato do fundamento de um acórdão quando esse fundamento não possui uma relação direta com os factos do caso em apreço.

64 — Por exemplo, se a pessoa em questão tiver impedido ativamente o procedimento de regresso para frustrar o seu objetivo, fugindo ou por outro meio, e *continuar* em situação irregular no território do Estado-Membro, este poderá efetivamente instaurar um processo penal contra essa pessoa e aplicar-lhe uma sanção penal.

62. Por último, importa chamar a atenção para a jurisprudência assente do Tribunal de Justiça segundo a qual o órgão jurisdicional de reenvio deve, no âmbito da sua competência, aplicar as disposições do direito da União e garantir a sua plena eficácia, e deixar de aplicar as disposições do direito nacional que sejam contrárias às disposições da Diretiva 2008/115⁶⁵. Consequentemente, o órgão jurisdicional de reenvio não deve aplicar o artigo 13.º, n.º 13, do Decreto Legislativo n.º 286/1998, na medida em prevê a aplicação de uma pena de prisão a S. Celaj unicamente porque este, tendo regressado ao seu país de origem, voltou novamente a entrar em território italiano.

Conclusão

63. À luz das considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça responda à questão submetida pelo Tribunale di Firenze (Itália) nos seguintes termos:

A Diretiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2008, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular, especialmente os seus artigos 15.º e 16.º, deve ser interpretada no sentido de que se opõe à legislação de um Estado-Membro, como a que está em causa no processo principal, que prevê a aplicação de uma pena de prisão ao nacional de um país terceiro unicamente porque este, tendo regressado ao seu país de origem no âmbito de um procedimento de regresso anterior, entrou novamente no território do Estado-Membro.

65 — V. acórdão El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, n.º 61 e a jurisprudência aí referida).