



Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
HENRIK SAUGMANDSGAARD ØE
apresentadas em 10 de novembro de 2016¹

Processo C-528/15

**Policie ČR, Krajské ředitelství policie Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie
contra
Salah Al Chodor,
Ajlin Al Chodor,
Ajvar Al Chodor**

[pedido de decisão prejudicial apresentado pelo Nejvyšší správní soud (Supremo Tribunal Administrativo, República Checa)]

«Reenvio prejudicial — Critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de proteção internacional — Regulamento (UE) n.º 604/2013 (Dublim III) — Artigo 28.º, n.º 2 — Retenção para efeitos de transferência — Artigo 2.º, alínea n) — Risco importante de fuga — Critérios objetivos definidos pela lei — Falta de legislação nacional que defina esses critérios»

I – Introdução

1. Com a sua questão prejudicial, o Nejvyšší správní soud (Supremo Tribunal Administrativo, República Checa) questiona o Tribunal de Justiça quanto à interpretação das disposições do Regulamento (UE) n.º 604/2013² (a seguir «Regulamento Dublin III») que enquadram a possibilidade de os Estados-Membros reterem um requerente de proteção internacional³ (a seguir «requerente») enquanto aguarda a sua transferência para o Estado-Membro responsável pelo tratamento do seu pedido.

2. Em conformidade com o artigo 28.º, n.º 2, desse regulamento, o exercício dessa possibilidade está subordinado, nomeadamente, à existência de um «risco importante de que uma pessoa fuja». O artigo 2.º, alínea n), do mesmo regulamento, que define o «risco de fuga», prevê que esse risco deve ser avaliado, em cada caso individual, com base em «critérios objetivos definidos pela lei».

1 — Língua original: francês.

2 — Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de proteção internacional apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro ou por um apátrida (JO 2013, L 180, p. 31).

3 — Conforme resulta do artigo 2.º, alínea b), do Regulamento Dublin III conjugado com o artigo 2.º, alínea h), da Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, que estabelece normas relativas às condições a preencher pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para poderem beneficiar de proteção internacional, a um estatuto uniforme para refugiados ou pessoas elegíveis para proteção subsidiária e ao conteúdo da proteção concedida (JO 2001, L 337, p. 9), o conceito de requerente de proteção internacional designa, em substância, um nacional de um país terceiro ou um apátrida que tenha apresentado um pedido com o objetivo de obter o estatuto de refugiado ou da proteção subsidiária.

3. À época dos factos na origem do litígio no processo principal, a legislação checa ainda não enunciava esses critérios, tendo, todavia, sido apresentada uma alteração legislativa destinada a aditá-los. De acordo com as declarações do Governo checo, essa alteração foi entretanto adotada.

4. Neste contexto, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, em substância, se a exigência de uma definição «pela lei» dos critérios objetivos que permitem avaliar a existência de um risco de fuga, enunciada no artigo 2.º, alínea n), do Regulamento Dublin III, requer a adoção de uma legislação ou também pode ser cumprida quando esses critérios resultam da jurisprudência dos órgãos jurisdicionais superiores e/ou da prática administrativa constante de um Estado-Membro.

II – Quadro jurídico

A – CEDH

5. O artigo 5.º, n.º 1, da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma, em 4 de novembro de 1950 (a seguir «CEDH»), dispõe:

«Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal:

[...]

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

6. O artigo 53.º da CEDH enuncia que «[n]enhuma das disposições d[essa] Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte».

B – Direito da União

1. Carta

7. Nos termos do artigo 6.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»), «[t]oda a pessoa tem direito à liberdade e segurança».

8. O artigo 52.º da Carta prevê:

«1. Qualquer restrição ao exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela presente Carta deve ser prevista por lei e respeitar o conteúdo essencial desses direitos e liberdades. Na observância do princípio da proporcionalidade, essas restrições só podem ser introduzidas se forem necessárias e corresponderem efetivamente a objetivos de interesse geral reconhecidos pela União, ou à necessidade de proteção dos direitos e liberdades de terceiros.

[...]

3. Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma proteção mais ampla.

[...]»

2. Regulamento Dublin III

9. Segundo o considerando 20 do Regulamento Dublin III:

«A retenção deverá ter subjacente o respeito do princípio segundo o qual os requerentes não deverão poder ser retidos apenas por procurarem proteção internacional. A retenção deverá ser por um período o mais curto possível e estar sujeita aos princípios da necessidade e da proporcionalidade. Em especial, a retenção dos requerentes deve processar-se de acordo com o artigo 31.º da Convenção de Genebra. Os procedimentos previstos no presente regulamento aplicáveis às pessoas retidas deverão ser tratados com prioridade, nos mínimos prazos possíveis. Quanto às garantias gerais que regem a retenção, bem como as condições de retenção, os Estados-Membros deverão, conforme apropriado, aplicar o disposto na Diretiva 2013/33/UE às pessoas retidas com base no presente regulamento.»

10. O artigo 2.º, alínea n), deste regulamento define «[r]isco de fuga» como «o risco de que um requerente, um nacional de um país terceiro ou um apátrida, objeto de um procedimento de transferência, possa fugir, avaliado num caso individual com base em critérios objetivos definidos pela lei».

11. O artigo 28.º do referido regulamento, sob a epígrafe «Retenção», dispõe:

«1. Os Estados-Membros não devem manter uma pessoa em regime de detenção pelo simples facto de essa pessoa estar sujeita ao procedimento estabelecido pelo presente regulamento.

2. Caso exista um risco importante de que uma pessoa fuja, os Estados-Membros podem reter essa pessoa a fim de garantir os procedimentos de transferência de acordo com o presente regulamento se existir um risco significativo de fuga, com base numa apreciação individual e apenas na medida em que a retenção seja proporcional, se não for possível aplicar de forma eficaz outras medidas alternativas menos coercivas.

[...]»

3. Diretiva 2013/33

12. O considerando 15 da Diretiva 2013/33/UE⁴ (a seguir «diretiva acolhimento») enuncia:

«A detenção de requerentes deverá ser aplicada de acordo com o princípio subjacente de que as pessoas não deverão ser detidas apenas com fundamento no facto de solicitarem proteção internacional, de acordo, em especial, com as obrigações jurídicas internacionais dos Estados-Membros e com o artigo 31.º da Convenção de Genebra. Os requerentes só poderão ser detidos em circunstâncias excecionais, definidas de forma muito clara na presente diretiva, e nos termos dos princípios da necessidade e da proporcionalidade, no que se refere à forma e à finalidade da detenção. Se um requerente for detido, deverá ter acesso efetivo às garantias processuais necessárias, tal como o direito de recurso perante uma autoridade judicial nacional.»

4 — Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, que estabelece normas em matéria de acolhimento dos requerentes de proteção internacional (JO 2013, L 180, p. 96).

13. Em conformidade com o artigo 8.º desta diretiva:

«1. Os Estados-Membros não podem manter uma pessoa detida pelo simples motivo de ela ser requerente nos termos da Diretiva 2013/32/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativa a procedimentos comuns de concessão e retirada do estatuto de proteção internacional.

2. Quando se revele necessário, com base numa apreciação individual de cada caso, os Estados-Membros podem manter os requerentes detidos se não for possível aplicar de forma eficaz outras medidas alternativas menos coercivas.

3. Os requerentes só podem ser detidos:

[...]

f) Nos termos do artigo 28.º do Regulamento [Dublim III].

Os fundamentos da detenção devem ser previstos no direito nacional.»

C – Direito checo

14. O § 129, n.º 1, da Lei n.º 326/1999, relativa à residência dos cidadãos estrangeiros em território da República Checa e que altera outras leis sobre a residência de cidadãos estrangeiros (a seguir «Lei relativa à residência dos cidadãos estrangeiros») prevê que «[a] polícia reterá os cidadãos estrangeiros que tenham entrado ou permanecido ilegalmente na República Checa, pelo tempo necessariamente exigido para assegurar os procedimentos de transferência em conformidade com um tratado internacional celebrado com outro Estado-Membro da União Europeia antes de 13 de janeiro de 2009 ou com legislação das Comunidades Europeias diretamente aplicável».

15. À época da adoção da decisão de reenvio, estava em curso um procedimento legislativo com vista à alteração do § 129 da Lei relativa à residência de cidadãos estrangeiros que lhe aditou um n.º 4, com a seguinte redação:

«A Polícia decidirá reter um cidadão estrangeiro para efeitos da sua transferência para um Estado vinculado por legislação diretamente aplicável da União Europeia apenas se existir um risco importante de fuga. Considera-se que existe um risco importante de fuga, em especial, quando o cidadão estrangeiro tenha permanecido na República Checa ilegalmente, já tenha evitado anteriormente a transferência para um Estado vinculado por legislação diretamente aplicável da União Europeia, ou ainda quando tenha tentado fugir ou manifestado a intenção de não cumprir uma decisão definitiva de o transferir para um Estado vinculado por legislação diretamente aplicável da União Europeia, ou se essa intenção resultar claramente do seu comportamento. Considera-se igualmente que existe um risco importante de fuga quando um cidadão estrangeiro que deva ser transferido para um Estado vinculado por legislação diretamente aplicável da União e que seja vizinho da República Checa não possa viajar legalmente para esse Estado de forma independente e não esteja em condições de indicar uma morada de residência no território.»

16. Segundo as observações escritas da Comissão, o legislador checo teria adotado este aditamento em 11 de novembro de 2015. Na audiência, o Governo checo confirmou a adoção do referido aditamento.

III – Litígio no processo principal, questão prejudicial e tramitação do processo no Tribunal de Justiça

17. Salah Al Chodor e os seus dois filhos Ajlin e Ajvar Al Chodor (a seguir «S. Al Chodor e os filhos»), cidadãos iraquianos, foram alvo de um controlo policial na República Checa, em 7 de maio de 2015. Uma vez que não apresentaram nenhum documento de identidade, a Policie České republiky, Krajské ředitelství Ústeckého kraje, odbor cizinecké policie (Polícia da República Checa, Direção Regional de Ústí nad Labem, departamento da polícia de estrangeiros, a seguir «polícia de estrangeiros») instaurou um procedimento administrativo contra eles.

18. Na sua audição pela polícia de estrangeiros, S. Al Chodor e os filhos declararam que eram de etnia curda e que a sua aldeia tinha sido invadida pelos combatentes da organização terrorista «Estado Islâmico». Através da Turquia, S. Al Chodor e os filhos chegaram à Grécia, de onde prosseguiram viagem de camião. Na Hungria, a polícia deteve-os e recolheu as suas impressões digitais. Salah Al Chodor declarou ter assinado alguns documentos nessa altura. No dia seguinte, S. Al Chodor e os filhos foram levados a uma estação de comboios e encaminhados para um campo de refugiados. Deixaram esse campo dois dias depois com a intenção de se juntarem a membros da sua família na Alemanha.

19. Depois de ter detido S. Al Chodor e os filhos em território da República Checa, a polícia de estrangeiros consultou a base de dados Eurodac e verificou que tinham apresentado um pedido de asilo na Hungria. Por outro lado, os interessados não dispunham de título de residência nem de documentos de viagem. Não tinham recursos financeiros nem uma pessoa de contacto que os pudesse ajudar para assegurar o seu alojamento na República Checa.

20. A polícia de estrangeiros considerou que, uma vez que S. Al Chodor e os filhos tinham abandonado o campo de refugiados na Hungria sem esperar a decisão do seu pedido de asilo, que tinham conhecimento da ilegalidade da sua permanência e que tinham declarado a sua intenção de prosseguir viagem para a Alemanha, havia um risco importante de fugirem. Com base nessa conclusão e considerando que não lhes podia ser aplicada nenhuma medida menos coerciva, a polícia de estrangeiros, por decisão de 8 de maio de 2015, reteve os interessados, por um período de 30 dias, nos termos do § 129, n.º 1, da Lei relativa à residência de cidadãos estrangeiros, conjugado com o artigo 28.º do Regulamento Dublin III. No termo dessa retenção, S. Al Chodor e os filhos deviam ser transferidos para a Hungria, uma vez que esse Estado-Membro era responsável pela análise do seu pedido de asilo, por força das disposições do Regulamento Dublin III.

21. Em sede de recurso dessa decisão interposto por S. Al Chodor e os filhos, o Krajský soud d'Ústí nad Labem (Tribunal Regional de Ústí nad Labem, República Checa) anulou-a. Esse órgão jurisdicional considerou que, na falta de definição pela legislação checa de critérios objetivos que permitam avaliar o risco de fuga como estabelece o artigo 2.º, alínea n), do Regulamento Dublin III, o artigo 28.º, n.º 2, deste regulamento não permite a retenção dos requerentes na República Checa. O referido órgão jurisdicional adotou assim a abordagem seguida pelo Bundesgerichtshof (Tribunal Federal, Alemanha)⁵ e pelo Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Administrativo, Áustria)⁶.

22. S. Al Chodor e os filhos foram postos em liberdade imediatamente após a anulação da decisão da polícia de estrangeiros. Entretanto, deixaram a República Checa com destino desconhecido.

5 — Bundesgerichtshof, 26 de junho de 2014, V ZB 31/14.

6 — Verwaltungsgerichtshof, 19 de fevereiro de 2015, RO 2014/21/0075-5.

23. A polícia de estrangeiros interpôs recurso de cassação para o Nejvyšší správní soud (Supremo Tribunal Administrativo) da sentença do Krajský soud d'Ústí nad Labem (Tribunal Regional de Ústí nad Labem). Segundo a polícia de estrangeiros, a simples falta de disposições legislativas nacionais que definam os critérios objetivos do risco de fuga não determina a inaplicabilidade do artigo 28.º, n.º 2, do Regulamento Dublin III.

24. Consequentemente, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se o artigo 28.º, n.º 2, conjugado com o artigo 2.º, alínea n), do Regulamento Dublin III, e/ou o § 129, n.º 1, da Lei relativa à residência de cidadãos estrangeiros, constituem uma base jurídica suficiente na falta, na legislação nacional, de critérios objetivos que permitam avaliar a presença de um risco de fuga. Interroga-se sobre se o reconhecimento desses critérios por jurisprudência constante de órgãos jurisdicionais superiores, ou até pela prática administrativa, responde à exigência de uma definição «pela lei» na aceção do artigo 2.º, alínea n), deste regulamento.

25. A este respeito, esse órgão jurisdicional remete para a sua própria jurisprudência relativa à interpretação do conceito de risco importante de fuga, conforme resulta de diversos dos seus acórdãos. De acordo com um destes, a violação anterior do direito de um Estado-Membro combinada com uma violação do direito da União constitui um critério objetivo que permite apreciar a existência desse risco⁷. Noutro acórdão, esse órgão jurisdicional admitiu outros critérios, entre os quais a entrada do interessado no espaço Schengen sem autorização de residência, conjugada com declarações contraditórias relativas à sua entrada na República Checa e a uma falta de credibilidade geral⁸. Outros dois acórdãos reconheceram como critérios objetivos a entrada ou a permanência irregular em território da República Checa⁹. Um outro estabeleceu para esse efeito a falta de um documento de identificação¹⁰.

26. Além disso, o referido órgão jurisdicional salienta que a prática da polícia de estrangeiros em matéria de retenção dos requerentes ao abrigo do artigo 28.º, n.º 2, do Regulamento Dublin III é previsível, desprovida de elementos arbitrários e conforme com a legislação nacional tal como interpretada por jurisprudência constante. Além disso, cada caso é objeto de uma apreciação individual.

27. O órgão jurisdicional de reenvio acrescenta que o legislador checo pretendia codificar essa jurisprudência alterando a Lei relativa à residência de cidadãos estrangeiros com vista a aditar-lhe uma lista de critérios objetivos que permitam avaliar o risco de fuga.

28. Nestas condições, o Nejvyšší správní soud (Supremo Tribunal Administrativo) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«O simples facto de a [legislação] não ter definido os critérios objetivos para efeitos da apreciação da existência de um risco importante de fuga de um cidadão estrangeiro [na aceção do artigo 2.º, alínea n), do Regulamento Dublin III] pode tornar a retenção nos termos do artigo 28.º, n.º 2, [deste] regulamento inaplicável?»

29. A polícia de estrangeiros, os Governos checo, helénico e do Reino Unido, e a Comissão Europeia apresentaram observações escritas. Os Governos checo e do Reino Unido e a Comissão estiveram representados na audiência de 14 de julho de 2016.

7 — Acórdão de 10 de junho de 2015, čj. 2 Azs 49/2015-50.

8 — Acórdão de 4 de dezembro de 2014, čj. 9 Azs 199/2014-49.

9 — Acórdãos de 23 de novembro de 2011, čj. 7 As 79/2010-153, e de 17 de junho de 2015, čj. 1 Azs 39/2015-56.

10 — Acórdão de 9 de outubro de 2014, čj. 2 Azs 57/2014-30.

IV – Análise

A – Considerações preliminares

30. O contexto factual do presente processo é emblemático do fenómeno, amplamente observado nos últimos anos, dos «movimentos secundários» pelos quais numerosos requerentes de proteção internacional se deslocam do Estado-Membro responsável pelo tratamento do seu pedido nos termos dos critérios previstos no Regulamento Dublin III¹¹ (a saber, frequentemente, o Estado-Membro da sua primeira entrada¹²) para outros Estados-Membros onde pretendem pedir a proteção internacional e instalar-se¹³.

31. Perante tais migrações, o Estado-Membro em cujo território se encontra o requerente pode solicitar a sua tomada (ou retomada) a cargo pelo Estado-Membro que considera responsável nos termos das disposições do Regulamento Dublin III¹⁴. Se o Estado-Membro requerido aceitar esse pedido, o Estado-Membro requerente transfere-lhe esse requerente de acordo com o procedimento previsto neste regulamento (a seguir «procedimento de transferência»)¹⁵. Para garantir a respetiva execução, o referido regulamento permite — enquadrando-o por garantias estritas — o recurso a medidas coercitivas como a retenção¹⁶ e a partida controlada ou sob escolta¹⁷.

32. Assim, o artigo 28.º, n.º 2, do Regulamento Dublin III — para o qual remete o artigo 8.º, n.º 3, alínea f), da diretiva acolhimento — autoriza os Estados-Membros a reter um requerente mediante o respeito de três condições.

33. A primeira incide sobre o objetivo prosseguido por essa medida e implica que esta seja executada, «a fim de garantir os procedimentos de transferência [...] se existir um risco significativo de fuga, com base numa apreciação individual». O artigo 2.º, alínea n), deste regulamento define o risco de fuga como «o risco de que um requerente [...] possa fugir, avaliado num caso individual com base em critérios objetivos definidos pela lei».

34. A segunda e a terceira condições prendem-se, respetivamente, com a proporcionalidade da retenção e com a sua necessidade, isto é, a inexistência de medidas menos coercivas que possam efetivamente substituir a retenção.

35. A questão prejudicial diz apenas respeito ao alcance da primeira destas condições e, mais precisamente, da exigência de que os critérios objetivos do risco de fuga devem ser «definidos pela lei», em conformidade com o artigo 2.º, alínea n), do referido regulamento. Não diz respeito à validade desses critérios no plano substancial nem, nomeadamente, ao seu caráter objetivo ou à sua compatibilidade com as exigências de proporcionalidade e de necessidade da retenção.

11 — Estes critérios são, por ordem hierárquica: a existência de laços familiares (artigos 8.º a 11.º); a posse de um visto ou de um documento de residência válido emitido por um Estado-Membro (artigo 12.º); e a entrada (regular ou não) no território de um Estado-Membro (artigos 13.º a 15.º).

12 — V. Comissão Europeia, DG «Migração e Assuntos Internos», «Evaluation of the Dublin III Regulation — Final Report», de 4 de dezembro de 2015, p. 4.

13 — V. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, de 6 de abril de 2016 [COM (2016) 197 final, p. 4].

14 — A tomada a cargo refere-se à situação em que o interessado ainda não apresentou o pedido de proteção internacional no Estado-Membro requerido (artigos 20.º a 23.º do Regulamento Dublin III). A retomada a cargo é aplicável quando, como no caso em apreço, apresentou esse pedido no Estado-Membro requerido antes de alcançar o território do Estado-Membro requerente (artigos 24.º a 27.º deste regulamento).

15 — Artigos 29.º a 33.º do Regulamento Dublin III.

16 — Artigo 28.º do Regulamento Dublin III.

17 — Artigo 29.º, n.º 1, segundo parágrafo, do Regulamento Dublin III.

36. Pelas razões acima expostas, considero que os critérios objetivos que permitem avaliar a existência de um risco de fuga devem ser definidos pela legislação, isto é, por normas jurídicas escritas adotadas pelo legislador.

B – Quanto ao caráter mínimo da proteção do direito à liberdade dos requerentes que decorre do artigo 5.º, n.º 1, alínea f), da CEDH

37. O artigo 2.º, alínea n), do Regulamento Dublin III não fixa ele próprio os critérios objetivos do risco de fuga mas remete, para esse efeito, para os ordenamentos jurídicos internos dos Estados-Membros.

38. A este respeito, algumas versões linguísticas deste regulamento, como as versões em língua búlgara, espanhola e alemã, utilizam, no artigo 2.º, alínea n), do referido regulamento, uma expressão correspondente ao termo francês «loi» e que, em princípio, designa apenas normas legislativas. Outras, entre as quais as versões em língua inglesa, polaca e eslovaca, empregam uma formulação mais geral correspondente ao termo francês «droit», que abrange, na sua aceção corrente, não apenas as normas legislativas mas igualmente outras normas jurídicas.

39. Além desta disparidade entre as diferentes versões linguísticas do mesmo regulamento, o órgão jurisdicional de reenvio sublinhou, referindo-se à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, que o próprio termo «loi» não se presta a uma interpretação unívoca. As observações escritas e as alegações orais no presente processo incidiram, assim, em grande medida, sobre a questão de saber se o respeito dos direitos fundamentais tal como garantidos pela CEDH e interpretados pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem — os quais, em conformidade com o artigo 6.º, n.º 3, TUE, fazem parte do direito da União enquanto princípios gerais¹⁸ — exige que uma legislação defina os critérios objetivos do risco de fuga.

40. Os Governos checo e do Reino Unido alegaram que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, o conceito de «lei», na aceção da CEDH¹⁹, não está limitado à legislação, mas inclui outras fontes de direito desde que estas apresentem as qualidades «materiais» de clareza, previsibilidade e acessibilidade²⁰. Uma jurisprudência assente ou uma prática administrativa constante apresentariam, no caso em apreço, essas qualidades²¹. O Governo helénico e a Comissão contestam esta conclusão.

18 — V., nomeadamente, parecer 2/13, de 18 de dezembro de 2014 (EU:C:2014:2454, n.º 179). Recordo, além disso, que, por força do artigo 52.º, n.º 3, da Carta, os direitos que esta consagra revestem, quando correspondem a direitos garantidos pela CEDH, o mesmo sentido e o mesmo âmbito que os que lhes confere esta Convenção. Assim, na medida em que os direitos previstos no artigo 6.º da Carta correspondem aos que garante o artigo 5.º da CEDH [v. Anotações relativas à Carta dos Direitos Fundamentais (JO 2007, C 303, p. 19)], a jurisprudência do Tribunal do Europeu dos Direitos do Homem relativa a esta disposição deve ser tomada em consideração para efeitos de interpretação do referido artigo 6.º [acórdão de 15 de fevereiro de 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, n.º 44)]. Todavia, o artigo 52.º, n.º 3, da Carta não obsta a que o direito da União estabeleça uma proteção mais ampla desses direitos.

19 — Esta expressão é retirada do n.º 2 de cada um dos artigos 8.º a 11.º da CEDH, que requerem que qualquer ingerência nos direitos que estas disposições consagram esteja «prevista na lei». Segundo o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, esta condição tem o mesmo âmbito que a que exige que qualquer violação ao direito à liberdade protegido pelo artigo 5.º, n.º 1, alínea f), da CEDH respeite «os procedimentos legais» e seja «legal» [Tribunal EDH 25 de junho de 1996, Amuur c. França (CE:ECHR:1996:0625JUD001977692, § 50), e 9 de julho de 2009, Mooren c. Alemanha (CE:ECHR:2009:0709JUD001136403, § 76)].

20 — V., nomeadamente, Tribunal EDH, 6 de março de 2001, Dougoz c. Grécia (CE:ECHR:2001:0306JUD004090798, § 55); 21 de outubro de 2013, Del Río Prada c. Espanha (CE:ECHR:2013:1021JUD004275009, § 125); e 1 de setembro de 2015, Khlaifia e outros c. Itália (CE:ECHR:2015:0901JUD001648312, § 64).

21 — Observo que, no acórdão de 11 de abril de 2013, Firoz Muneer c. Bélgica (CE:ECHR:2013:0411JUD005600510, § 59 e 60), o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem considerou que uma jurisprudência assente constituía uma base jurídica suficiente para a prorrogação da detenção de uma pessoa ao abrigo do artigo 5.º, n.º 1, alínea f), da CEDH. Em contrapartida, não conheço nenhum precedente em que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tenha considerado uma prática administrativa uma base legal suficiente para uma ingerência num direito fundamental.

41. Por outro lado, o Governo checo sustentou, na audiência, que a condição de legalidade que decorre do artigo 5.º, n.º 1, alínea f), da CEDH respeita, em todo o caso, apenas à *base jurídica* da ingerência no direito à liberdade dos requerentes — que já constava do artigo 28.º, n.º 2, do Regulamento Dublin III. Em contrapartida, essa condição não dizia respeito aos *limites*, relativos ao enquadramento da apreciação do risco de fuga por critérios objetivos, impostos a essa ingerência.

42. Sem que seja necessário verificar a exatidão desta última alegação, considero, pelo meu lado, que o conceito de «lei» na aceção do artigo 2.º, alínea n), do Regulamento Dublin III, lido à luz do seu contexto e das suas próprias finalidades²², reveste um significado autónomo e distinto do do conceito de «lei» na aceção da CEDH.

43. A este respeito, sublinho que as disposições da CEDH constituem apenas um nível mínimo de proteção dos direitos fundamentais, sem prejuízo da possibilidade de o direito da União lhes conferir uma proteção mais ampla²³.

44. Num primeiro momento, dedicar-me-ei a mostrar que, com a adoção das disposições do Regulamento Dublin III e da diretiva acolhimento que limitam a possibilidade de os Estados-Membros reterem os requerentes, o legislador da União optou por conferir ao direito à liberdade destes últimos uma proteção mais ampla que a que resulta do artigo 5.º, n.º 1, alínea f), da CEDH, conforme interpretado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

45. Num segundo momento, exporei as razões pelas quais a exigência de uma definição «pela lei» dos critérios do risco de fuga, na aceção do artigo 2.º, alínea n), deste regulamento, contribui para esse objetivo de proteção reforçada e implica, nesta ótica, que esses critérios sejam fixados numa legislação.

C – Quanto à vontade de o legislador da União reforçar a proteção do direito à liberdade dos requerentes

46. Um dos maiores avanços introduzidos pelo Regulamento Dublin III e pela diretiva acolhimento consiste no reforço das garantias que enquadram a possibilidade de os Estados-Membros deterem os requerentes. Conforme refere o considerando 15 desta diretiva, o legislador da União quis que a detenção dessas pessoas — que constitui uma ingerência particularmente grave no seu direito fundamental à liberdade garantido pelo artigo 6.º da Carta²⁴ — seja limitada a «circunstâncias excecionais»²⁵.

47. Assim, estes instrumentos restringiram significativamente a margem de que os Estados-Membros dispõem para privar da sua liberdade os requerentes que são objeto de um processo de transferência.

22 — Recordo, a este propósito, que, em caso de divergência entre as versões linguísticas de um texto da União, a disposição em questão deve ser interpretada em função da sua sistemática geral e da sua finalidade. V., em especial, acórdão de 9 de junho de 2011, Eleftheri tileorasi e Giannikos (C-52/10, EU:C:2011:374, n.º 24 e jurisprudência referida).

23 — V. artigo 53.º da CEDH e artigo 52.º, n.º 3, da Carta.

24 — V. acórdão de 15 de fevereiro de 2016, N. (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, n.º 56), e, por analogia, acórdão de 28 de abril de 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, n.º 42).

25 — Este caráter excecional também resulta dos princípios diretores do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) relativos aos critérios e às normas aplicáveis à retenção dos requerentes de asilo e alternativas à retenção, na sua versão adotada em 2012, aos quais a Comissão fez referência na sua Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece normas mínimas em matéria de acolhimento dos requerentes de asilo nos Estados-Membros [COM (2008) 815 final, p. 6, n.º 4.1].

48. Antes da sua entrada em vigor, o direito derivado da União só enquadrava a retenção destes últimos de forma mínima. O regulamento que precedeu o Regulamento Dublin III, a saber o Regulamento (CE) n.º 343/2003 (Regulamento Dublin II)²⁶, não continha nenhuma disposição sobre esta matéria. Por conseguinte, aplicavam-se as garantias gerais previstas pelo artigo 7.º, n.º 3, do instrumento predecessor da diretiva acolhimento, a saber, a Diretiva 2003/9/CE²⁷. Esta disposição estipulava que «[o]s Estados-Membros podem, quando necessário, *por exemplo* por razões de direito ou de ordem pública, confinar um requerente a um local determinado nos termos do direito nacional» (o sublinhado é meu). Consequentemente, os motivos pelos quais um requerente podia ser privado da sua liberdade não estavam harmonizados. Além disso, o artigo 18.º, n.º 1, da diretiva que precedeu a Diretiva 2013/32/UE (a seguir «diretiva procedimento»)²⁸, a saber, a Diretiva 2005/85/CE²⁹ esclarecia que uma pessoa não podia ser detida pelo simples facto de ser requerente de asilo.

49. A possibilidade de os Estados-Membros deterem os requerentes enquanto aguardavam a sua transferência também estava limitada pelas suas obrigações nos termos do artigo 5.º, n.º 1, alínea f), da CEDH³⁰. Esta disposição autoriza as partes contratantes a restringirem, no exercício dos seus poderes em matéria de gestão de fluxos migratórios, o direito à liberdade de um indivíduo quer para o impedir de entrar ilegalmente no seu território (primeira parte) quer quando está em curso um processo de expulsão ou de extradição contra esse indivíduo (segunda parte).

50. Em alguns acórdãos³¹, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem equiparou a retenção de um requerente no âmbito de um procedimento de transferência para o Estado-Membro responsável pela análise do seu pedido à detenção de uma pessoa contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição, na aceção da segunda parte do artigo 5.º, n.º 1, alínea f), da CEDH³².

51. Ora, segundo a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, a detenção de uma pessoa no âmbito de um processo deste tipo não está sujeita à condição de que essa medida seja «necessária, por exemplo, para evitar um risco de fuga»³³. Por conseguinte, a conformidade de uma medida de detenção com o artigo 5.º, n.º 1, alínea f), da CEDH não está subordinada à existência de um risco de fuga nem à falta de medidas menos restritivas que permitam assegurar o afastamento do interessado. Exige-se apenas, para esse efeito, que sejam efetivamente tomadas medidas com vista a esse afastamento com a diligência requerida³⁴.

26 — Regulamento do Conselho, de 18 de fevereiro de 2003, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de asilo apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro (JO 2003, L 50, p. 1).

27 — Diretiva do Conselho, de 27 de janeiro de 2003, que estabelece normas mínimas em matéria de acolhimento dos requerentes de asilo nos Estados-Membros (JO 2003, L 31, p. 18).

28 — Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, relativa a procedimentos comuns de concessão e retirada do estatuto de proteção internacional (JO 2013, L 180, p. 60).

29 — Diretiva do Conselho, de 1 de dezembro de 2005, relativa a normas mínimas aplicáveis ao procedimento de concessão e retirada do estatuto de refugiado nos Estados-Membros (JO 2005, L 326, p. 13).

30 — Recordo que os direitos fundamentais, tal como garantidos pela CEDH e pelas tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, fazem parte do direito da União enquanto princípios gerais (v. n.º 39 das presentes conclusões).

31 — Tribunal EDH de 11 de abril de 2013, Firoz Muneer c. Bélgica (CE:ECHR:2013:0411JUD005600510, § 53), e 12 de julho de 2016, A. M. e outros c. França (CE:ECHR:2016:0712JUD002458712, §§ 64 e 65).

32 — Para argumentos de apoio a uma tese oposta, segundo a qual a retenção de um requerente no âmbito de um processo de transferência não é abrangida por nenhuma das partes do artigo 5.º, n.º 1, alínea f), da CEDH, v. European Council on Refugees and Exiles, «The Legality of Detention of Asylum Seekers under the Dublin III Regulation», *AIDA Legal Briefing*, n.º 1, junho de 2015, p. 7, e Costello, C., *The Human Rights of Migrants and Refugees in European Law*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 296 e 297.

33 — V., nomeadamente, Tribunal EDH, 15 de novembro de 1996, Chahal c. Reino Unido (CE:ECHR:1996:1115JUD002241493, §§ 112 e 113); 10 de julho de 2014, Rakhimov c. Rússia (CE:ECHR:2014:0710JUD005055213, §§ 119 e 120); e 27 de novembro de 2014, Khomullo c. Ucrânia (CE:ECHR:2014:1127JUD004759310, § 52).

34 — O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem suavizou recentemente esta jurisprudência ao considerar que, «excecionalmente, quando uma criança está presente, [...] a privação da liberdade deve ser necessária para atingir o objetivo prosseguido, a saber, para assegurar a expulsão da família» [Tribunal EDH, 12 de julho de 2016, A. B. c. França (CE:ECHR:2016:0712JUD001159312, § 120)].

52. Com a adoção do Regulamento Dublin III e da diretiva acolhimento, o legislador da União posicionou-se a favor de uma proteção do direito à liberdade dos requerentes sujeitos a um procedimento de transferência mais aprofundado do que o que decorre do artigo 5.º, n.º 1, alínea f), da CEDH, conforme interpretado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem³⁵.

53. É o que acontece na medida em que, em primeiro lugar, o artigo 28.º, n.º 2, deste regulamento só permite a retenção desses requerentes perante um risco importante de fuga. Por conseguinte, é proibido, conforme resulta também do artigo 28.º, n.º 1, do referido regulamento, a retenção de um requerente apenas pelo facto de estar em curso um processo de transferência³⁶.

54. Por outro lado, a diretiva acolhimento estabelece atualmente, no seu artigo 8.º, n.º 3, uma lista exhaustiva dos motivos pelos quais um requerente pode ser detido. Entre esses motivos figura, na alínea f) dessa disposição, a detenção com vista a uma transferência em conformidade com o artigo 28.º do Regulamento Dublin III.

55. Em segundo lugar, o artigo 28.º, n.º 2 deste regulamento, assim como o artigo 8.º, n.º 2, da diretiva acolhimento, preveem que a retenção constitui uma medida de último recurso, admissível unicamente na falta de alternativas menos coercivas.

56. Assim, todas as disposições acima mencionadas refletem a vontade de o legislador da União limitar a retenção dos requerentes a circunstâncias excecionais, como resulta do considerando 15 da diretiva acolhimento e como o Tribunal de Justiça sublinhou no seu acórdão N.³⁷.

57. As considerações que precedem justificam, na minha opinião, uma interpretação restritiva das disposições que autorizam os Estados-Membros a reter um requerente. Nesta perspetiva, em caso de dúvida quanto à interpretação do termo «lei» que figura no artigo 2.º, alínea n), do Regulamento Dublin III, deveria privilegiar-se a interpretação mais protetora do direito à liberdade dos requerentes.

58. Ora, conforme exporei adiante, parece-me que a enumeração dos critérios do risco de fuga num texto legislativo é suscetível de reforçar a proteção dos requerentes contra as violações arbitrárias ao seu direito à liberdade. Acresce que me parece necessária para a realização do duplo objetivo que, no meu entendimento, se prende com a exigência de uma definição «pela lei» desses critérios.

35 — Saliento, todavia que, quando o direito interno de uma Parte Contratante ou o direito da União lhe impõem o respeito de garantias que excedem as suas obrigações nos termos da CEDH, conforme permite o artigo 53.º desta Convenção, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem «incorpora» o respeito dessas garantias na condição de legalidade da ingerência e verifica ele próprio o seu respeito [v., nomeadamente, Tribunal EDH, 2 de outubro de 2008, *Rusu c. Áustria* (CE:ECHR:2008:1002JUD003408202, §§ 54 à 58); 22 de setembro de 2015, *Nabil c. Hungria* (CE:ECHR:2015:0922JUD006211612, §§ 31 e 39 a 42); e 5 de julho de 2016, *O. M. c. Hungria* (CE:ECHR:2016:0705JUD000991215, §§ 47 a 52)].

36 — O artigo 28.º, n.º 1, do Regulamento Dublin III demarca-se assim do artigo 27.º, n.º 1, da Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de asilo apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro ou um apátrida [COM (2008) 820 final]. A disposição proposta limita-se a reiterar o princípio, enunciado no artigo 18.º, n.º 1, da Diretiva 2005/85, segundo o qual ninguém pode ser retido «apenas por procurar proteção internacional». A disposição adotada parece mais restritiva na medida em que nem o estatuto de requerente (v. considerando 20 do Regulamento Dublin III) nem mesmo o facto de estar em curso um processo de transferência justificam essa medida.

37 — Acórdão de 15 de fevereiro de 2016 (C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, n.ºs 52, 56 e 63), relativo a uma medida de detenção adotada contra um requerente por razões de ordem pública ou de segurança pública nos termos do artigo 8.º, n.º 3, alínea e), da diretiva acolhimento.

D – Quanto à necessidade de uma legislação que defina os critérios do risco de fuga à luz dos objetivos prosseguidos pelo artigo 2.º, alínea n), do Regulamento Dublin III

1. Quanto ao duplo objetivo da exigência de uma definição «pela lei» dos critérios do risco de fuga

59. Conforme definido no artigo 2.º, alínea n), do Regulamento Dublin III, o risco de fuga comporta, por um lado, um aspeto subjetivo e circunstanciado («num caso individual»³⁸) e, por outro, um aspeto objetivo e geral («com base em critérios objetivos definidos pela lei»).

60. Assim, esta definição veicula duas exigências cumulativas, uma vez que as autoridades competentes — a saber, as autoridades administrativas ou judiciais³⁹ — devem avaliar caso a caso todas as circunstâncias individuais e concretas que caracterizam a situação de cada requerente⁴⁰, assegurando que esse exercício se apoia em critérios objetivos estabelecidos de forma geral e abstrata.

61. Neste contexto, a exigência de uma definição «pela lei» dos critérios do risco de fuga reflete, do meu ponto de vista, um duplo objetivo.

62. Por um lado, visa assegurar que esses critérios apresentam garantias suficientes em matéria de segurança jurídica. A este respeito, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que as medidas adotadas por um Estado-Membro em aplicação de um regulamento, mesmo quando respeitam ao exercício de um poder discricionário que este lhe atribui, devem ser conformes com o princípio da segurança jurídica, enquanto princípio geral de direito da União⁴¹. Do meu ponto de vista, este princípio é aplicável no caso em apreço na medida em que, quando definem os referidos critérios, os Estados-Membros aplicam o artigo 28.º, n.º 2, do Regulamento Dublin III, conjugado com o artigo 2.º, alínea n), deste regulamento, para efeitos do exercício da possibilidade de retenção dos requerentes que lhes reconhece a primeira destas disposições.

63. Por outro lado, esta exigência tem por objetivo garantir que o poder de apreciação individual das autoridades responsáveis pela aplicação dos critérios do risco de fuga se inscreve no âmbito de determinados limites preestabelecidos.

64. Estes objetivos também resultam dos trabalhos preparatórios da Diretiva 2008/115/CE⁴² (a seguir «diretiva regresso»), cujo artigo 3.º, n.º 7, contém uma definição de risco de fuga quase idêntica à que consta do artigo 2.º, alínea n), do Regulamento Dublin III (com a ressalva de que estas disposições visam, respetivamente, a pessoa que é objeto de um «procedimento de regresso» e a que é objeto de um «procedimento de transferência»).

38 — A expressão «com base numa apreciação individual», que figura no artigo 28.º, n.º 2, do Regulamento Dublin III) reflete igualmente essa exigência.

39 — Em conformidade com o artigo 9.º, n.º 2, da diretiva acolhimento, uma medida de detenção deve ser ordenada por escrito pelas autoridades judiciais ou administrativas.

40 — Assim, a reunião de um (ou mais) critério(s) do risco de fuga definidos pela lei nacional não é suficiente, na falta de uma avaliação individual casuística da situação do interessado, para concluir pela existência de um risco de fuga [v., por analogia, acórdão de 5 de junho de 2014, Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1320, n.ºs 70 a 74)].

41 — V., nomeadamente, acórdãos de 20 de junho de 2002, Mulligan e o. (C-313/99, EU:C:2002:386, n.º 46); de 5 de maio de 2011, Kurt und Thomas Etling e o. (C-230/09 e C-231/09, EU:C:2011:271, n.º 74); e de 5 de novembro de 2014, Cypria (C-402/13, EU:C:2014:2333, n.º 26).

42 — 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).

65. Embora a diretiva regresso não seja aplicável aos requerentes de proteção internacional⁴³ e a detenção para efeitos de afastamento que esta regula e a detenção desses requerentes se enquadrem, por conseguinte, em regimes jurídicos distintos⁴⁴, os trabalhos preparatórios relativos a esta diretiva podem, na minha opinião, fornecer um esclarecimento para a interpretação do artigo 2.º, alínea n), desse regulamento. Com efeito, esta disposição foi visivelmente inspirada pelo artigo 3.º, n.º 7, da referida diretiva, da qual transcreve quase palavra por palavra o conteúdo. Os trabalhos preparatórios do Regulamento Dublin III também não revelam nenhum debate relativo à definição do risco de fuga que figura no artigo 2.º, alínea n), deste regulamento⁴⁵.

66. Acrescento que o limiar de intensidade que tal risco deve ultrapassar para justificar uma medida de retenção varia em função do instrumento aplicável. O artigo 15.º, n.º 1, alínea a), da diretiva regresso subordina a detenção para efeitos de afastamento à existência de um «risco de fuga». O artigo 28.º, n.º 2, do Regulamento Dublin III exige, pelo seu lado, um «risco importante de que uma pessoa fuja» para privar de liberdade um requerente a aguardar uma transferência.

67. Além disso, diferentemente do procedimento de regresso, o procedimento de transferência visa, nomeadamente, requerentes que se encontram legalmente no território do Estado-Membro requerente. Com efeito, nos termos do artigo 9.º, n.º 1, da diretiva procedimento, conforme recorda o considerando 9 da diretiva regresso, um requerente tem o direito de permanecer no território do Estado-Membro onde apresenta o seu pedido até que seja proferida decisão sobre o mesmo em primeira instância ou, quando aplicável, até à conclusão do recurso interposto dessa decisão⁴⁶. Esta é a situação mesmo que esse Estado-Membro considere que não é responsável pelo tratamento desse pedido e requeira a tomada a cargo do requerente por outro Estado-Membro ao abrigo das disposições do Regulamento Dublin III⁴⁷.

68. Nestas condições, as garantias previstas pela diretiva regresso com vista ao enquadramento da retenção das pessoas destinadas a ser afastadas aplicam-se, na minha opinião, *a fortiori* à retenção dos requerentes que são objeto de um procedimento de transferência.

69. Ora, observo que, no âmbito do procedimento de adoção desta diretiva, a proposta inicial da Comissão não continha a definição do conceito do risco de fuga⁴⁸. Esta definição foi introduzida no Relatório da Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos (a seguir «Comissão LIBE») do Parlamento Europeu, que se limitava, todavia, a exigir que esse risco fosse apreciado com base em «critérios individuais e objetivos»⁴⁹. A posição do Parlamento em primeira leitura, aprovada pelo Conselho, substituiu-a pela formulação «critérios objetivos definidos pela lei»⁵⁰.

43 — O mesmo é válido, mais precisamente, a partir da apresentação de um pedido de proteção internacional até à adoção da decisão de primeira instância que decide desse pedido ou, sendo caso disso, até ao desfecho do recurso interposto dessa decisão [acórdão de 30 de maio de 2013, Arslan (C-534/11, EU:C:2013:343, n.º 49)] (v. n.º 67 das presentes conclusões).

44 — Acórdão de 30 de novembro de 2009, Kadzoev (C-357/09 PPU, EU:C:2009:741, n.º 45).

45 — Todavia, o Comité Económico e Social apresentou algumas observações quanto a esta definição (Opinion of the European Economic and Social Committee, SOC/333, 16 de julho de 2009, p. 7).

46 — Acórdão de 30 de maio de 2013, Arslan (C-534/11, EU:C:2013:343, n.ºs 48 e 49). Portanto, um requerente não se encontra em «situação irregular» na aceção da diretiva regresso, e não pode, por conseguinte, ser expulso do território da União, enquanto o seu pedido não for indeferido. Esta consequência também decorre do princípio da não repulsão consagrado no artigo 33.º da Convenção de Genebra, de 28 de julho de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados, à qual se refere o artigo 18.º da Carta.

47 — Com efeito, o requerente tem o direito de permanecer não só no território do Estado-Membro onde o seu pedido é analisado mas também no do Estado-Membro onde o pedido foi apresentado [acórdão de 27 de setembro de 2012, Cimade e GISTI (C-179/11, EU:C:2012:594, n.º 48)].

48 — Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular [COM (2005) 391 final, a seguir «proposta de diretiva regresso»].

49 — Relatório sobre a proposta de diretiva regresso, 20 de setembro de 2007, A6-0339/2007, 2005/0167 (COD), PE 374.321, p. 7. Foram sugeridas diversas alterações, que referiam «motivos sérios, a definir individual e objetivamente e a apreciar pelos tribunais» [parecer da Comissão do Desenvolvimento à consideração da Comissão LIBE sobre a proposta de diretiva regresso, 22 de junho de 2007, 2005/0167 (COD), PE 386.728, p. 11], «critérios definidos pelo direito nacional» [projeto de relatório da Comissão LIBE sobre a proposta de diretiva regresso, 13 de junho de 2006, 2005/0167 (COD), PE 374.321v02-00, p. 9], ou ainda «critérios objetivos definidos pela lei» [alteração ao projeto de relatório da Comissão LIBE, 27 de setembro de 2006, 2005/0167 (COD), PE 378.672v01-00, p. 23].

50 — Posição do Parlamento Europeu adotada em primeira leitura, 18 de junho de 2008, EP-PE_TC1-COD(2005)00167, PE 400.777, p. 13.

70. A escolha destes termos, mesmo quando o relatório inicial da proposta da Comissão nada incluía quanto à avaliação do risco de fuga e o relatório da comissão LIBE só se referia a «critérios individuais e objetivos» sem precisar a fonte, não pode ser anódina⁵¹. Testemunha, do meu ponto de vista, uma vontade de garantir a previsibilidade dos critérios utilizados na apreciação individual do risco de fuga e de contrabalançar o poder das autoridades responsáveis por essa apreciação delimitando-o por critérios objetivos de natureza geral e abstrata.

2. Quanto à necessidade de uma legislação que defina os critérios do risco de fuga para realizar esses objetivos

71. A realização de um e outro dos objetivos supramencionados necessita, na minha opinião, da fixação de critérios objetivos do risco de fuga numa legislação.

a) Quanto ao objetivo que visa garantir a segurança jurídica

72. O princípio da segurança jurídica implica, em substância, que as medidas adotadas por um Estado-Membro em aplicação do direito da União permitam aos cidadãos conhecer o alcance dos seus direitos e obrigações e prever as consequências dos seus comportamentos⁵². Como o Tribunal de Justiça já declarou⁵³, o respeito deste princípio depende não só do conteúdo das medidas adotadas mas também, sendo caso disso, do instrumento escolhido para o efeito.

73. Uma vez que não me parece oportuno nem mesmo possível avaliar em abstrato os respetivos méritos da legislação, da jurisprudência e da prática administrativa em termos de segurança jurídica, centrarei a minha análise nas circunstâncias específicas que caracterizam o litígio no processo principal.

74. Conforme foi exposto no n.º 25 das presentes conclusões, a jurisprudência constante referida pelo órgão jurisdicional de reenvio consiste numa série de acórdãos que ele próprio proferiu e que consagram, cada um, um ou vários critérios que permitem avaliar a existência de um risco de fuga. Por conseguinte, a enumeração desses critérios apresenta um caráter fragmentado.

75. Tal constatação também sugere que os referidos critérios foram reconhecidos caso a caso por esse órgão jurisdicional, com base em circunstâncias individuais que caracterizam cada processo que lhe foi submetido. A este respeito, o Governo checo reconheceu, na audiência, a possibilidade de a prática administrativa e a jurisprudência evoluírem quando a experiência revela outros critérios pertinentes para avaliar o risco de fuga. Deste modo, a jurisprudência adotaria critérios anteriormente estabelecidos pela prática administrativa.

76. Em tais circunstâncias, duvido que a prática administrativa e a jurisprudência em causa, mesmo constantes, apresentem garantias suficientes de previsibilidade. O mesmo é válido, por maioria de razão, tendo em conta o caráter particularmente grave da ingerência que uma medida de retenção acarreta para os direitos fundamentais dos requerentes — ingerência que, de resto, o legislador da União entendeu limitar a casos excecionais⁵⁴.

51 — A este propósito, saliento que, no artigo 2.º do acordo-quadro sobre o trabalho a termo, concluído em 18 de março de 1999, que consta em anexo à Diretiva 1999/70/CE, do Conselho, de 28 de junho de 1999, relativa ao acordo-quadro CES, UNICE e CEEP sobre o trabalho a termo (JO 1999, L 175, p. 43), à qual o Governo do Reino Unido se refere, o legislador da União quis remeter indistintamente, para efeitos de definição de um determinado conceito, para a legislação ou outras fontes de direito interno. Referiu-se, então, expressamente não à «lei», mas à «lei», [às] convenções coletivas ou [às] práticas vigentes em cada Estado-Membro».

52 — V., neste sentido, acórdãos de 20 de junho de 2002, Mulligan e o. (C-313/99, EU:C:2002:386, n.º 47), e de 25 de março de 2004, Azienda Agricola Ettore Ribaldi e o. (C-480/00, C-482/00, C-484/00, C-489/00 a C-491/00 e C-497/00 a C-499/00, EU:C:2004:179, n.º 85).

53 — Acórdão de 20 de junho de 2002, Mulligan e o. (C-313/99, EU:C:2002:386, n.º 48).

54 — V. n.º 46 das presentes conclusões.

77. Com efeito, se os critérios do risco de fuga pudessem resultar de uma prática administrativa ou de jurisprudência, que validasse, sendo caso disso, essa prática, estes poderiam variar em função das evoluções da referida prática. Em tal cenário, poderiam mesmo não ter estabilidade suficiente para serem considerados «definidos», conforme requer o artigo 2.º, alínea n), do Regulamento Dublin III.

78. Acresce que, na audiência, o Governo checo levantou dúvidas quanto ao caráter público da prática administrativa da qual resultam esses critérios. Ora, na falta de medidas de publicidade, a acessibilidade desta aos cidadãos não está assegurada. Aliás, o Tribunal de Justiça considerou, a este respeito, que simples práticas administrativas, por natureza modificáveis segundo a vontade da Administração e desprovidas de uma publicidade adequada, não apresentam a clareza e a precisão adequadas para satisfazer a exigência de segurança jurídica⁵⁵.

79. É verdade que, conforme observou o Governo do Reino Unido, a definição dos critérios do risco de fuga numa lei escrita também não fornece uma garantia absoluta de segurança jurídica tendo em conta a exigência de uma apreciação individual e concreta desse risco. Todavia, o enquadramento dessa apreciação por critérios estabelecidos na legislação apresenta, do meu ponto de vista, maiores garantias em termos de estabilidade e, portanto, de segurança jurídica. De resto, foi, do meu ponto de vista, precisamente para limitar os riscos de um uso arbitrário do poder de apreciação individual das autoridades administrativas e judiciais que o legislador da União exigiu que esse poder fosse circunscrito por critérios de origem legislativa⁵⁶.

80. Por outro lado, pode-se objetar que os direitos dos requerentes ficam, sendo caso disso, mais bem protegidos por uma jurisprudência ou por uma prática administrativa constantes que consagra critérios precisos e estritos do que por uma legislação que fixa critérios vagos e permissivos. Para evitar qualquer confusão a este propósito, recorro que a questão submetida diz unicamente respeito às exigências relativas à fonte normativa dos critérios do risco de fuga. Por conseguinte, não diz respeito à problemática distinta relativa ao conteúdo desses critérios⁵⁷.

b) Quanto ao objetivo relativo ao enquadramento do poder de apreciação individual das autoridades administrativas e judiciais

81. A adoção de uma legislação, além das suas vantagens em termos de segurança jurídica, oferece garantias suplementares em matéria de fiscalização externa do poder de apreciação das autoridades administrativas e judiciais responsáveis pela avaliação do risco de fuga e, sendo caso disso, por ordenar a retenção do requerente.

82. Atendendo ao caráter particularmente sério da ingerência no direito fundamental à liberdade que constitui essa medida e à vontade de o legislador da União a limitar a circunstâncias excecionais⁵⁸, o poder de apreciação dessas autoridades deveria ser delimitado de modo a proteger da melhor forma os requerentes contra privações de liberdade arbitrárias. Nesta ótica, importa, na minha opinião, que a determinação do conteúdo desses critérios em abstrato e a sua aplicação num caso concreto seja da competência de autoridades institucionalmente distintas.

55 — Acórdãos de 20 de junho de 2002, Mulligan e o. (C-313/99, EU:C:2002:386, n.º 47 e jurisprudência referida). Noutro contexto, o Tribunal de Justiça declarou que uma limitação ao direito a uma ação, consagrado no artigo 47.º da Carta, violava esta disposição na medida em que era enunciada num manual de uma comissão administrativa [acórdão de 17 de setembro de 2014, Liivimaa Lihaveis (C-562/12, EU:C:2014:2229, n.º 74)].

56 — V. n.ºs 81 a 84 das presentes conclusões.

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

58 — V. n.º 46 das presentes conclusões.

83. Este é, na minha opinião, o real alcance da dupla exigência do exame individual e do enquadramento por critérios objetivos predefinidos, que resulta do artigo 2.º, alínea n), do Regulamento Dublin III. Por um lado, esta disposição impõe às autoridades administrativas e judiciais que tenham em conta as circunstâncias de cada caso concreto. Por outro lado, assegura que esse poder de apreciação individual seja canalizado através de critérios gerais e abstratos preestabelecidos por uma autoridade terceira.

84. Estas considerações permitem, do meu ponto de vista, excluir que a exigência de definição «pela lei» dos critérios objetivos do risco de fuga esteja preenchida quando estes são estabelecidos não por uma legislação, mas por uma prática administrativa ou por jurisprudência⁵⁹.

85. A título corroborativo, acrescento, antes de mais, que a abordagem que preconizo corresponde à seguida pela Comissão no seu «Manual do Regresso» em relação à interpretação do artigo 3.º, n.º 7, da diretiva regresso⁶⁰.

86. Em seguida, a maior parte dos Estados-Membros parece reconhecer que o artigo 2.º, alínea n), do Regulamento Dublin III lhes impõe a definição dos critérios do risco de fuga nas respetivas legislações se quiserem recorrer à retenção, conforme resulta das respostas a dois questionários dirigidos aos «pontos de contacto nacionais» dos Estados-Membros no âmbito dos inquéritos da Rede Europeia das Migrações⁶¹. A maioria desses pontos de contacto que respondeu a esses questionários declarou que, em 2014, a legislação nacional definia os critérios objetivos do risco de fuga na aceção do artigo 2.º, alínea n), do Regulamento Dublin III ou estava em vias de ser alterada para esse efeito. Tal foi o caso da República Checa, cuja legislação foi assim alterada posteriormente ao pedido de decisão prejudicial⁶². Apenas o «ponto de contacto nacional» do Reino Unido contestou a exigência de uma definição legislativa desses critérios.

87. Por último, diversos órgãos jurisdicionais nacionais partilham essa interpretação. Em especial, o Bundesgerichtshof (Tribunal Federal de Justiça) considerou que essa disposição requer que uma legislação (não sendo a jurisprudência suficiente) determine as razões que permitem concluir pela existência de um risco de fuga de forma previsível e controlável⁶³. O Verwaltungsgerichtshof (Tribunal Administrativo) também adotou uma decisão nesse sentido, afastando aliás expressamente a necessidade de um pedido de decisão prejudicial, pelo facto de não ser possível nenhuma outra interpretação⁶⁴. Do mesmo modo, a Cour administrative du Grand-Duché de Luxembourg [Tribunal Administrativo de Segunda Instância do Grão-Ducado do Luxemburgo] sublinhou que o artigo 2.º,

59 — Embora a minha análise relativa ao primeiro dos objetivos prosseguidos por esta exigência (relativo à segurança jurídica) esteja estreitamente ligada ao contexto específico do presente processo, a minha conclusão respeitante ao segundo desses objetivos (relativo ao enquadramento do poder de apreciação individual das autoridades administrativas e judiciais) é válida independentemente das características da prática administrativa ou da jurisprudência em causa.

60 — Anexo à Recomendação da Comissão, de 1 de outubro de 2015, que estabelece um «Manual do Regresso» que as autoridades competentes dos Estados-Membros devem utilizar no exercício de atividades relacionadas com o regresso [C (2015) 6250 final, p. 11]. Quanto à articulação entre a diretiva regresso e o Regulamento Dublin III no que respeita às medidas de retenção, v. n.ºs 65 e 67 das presentes conclusões.

61 — Ad-Hoc Query on detention in Dublin III cases, disponível em http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/networks/european_migration_network/reports/docs/ad-hoc-queries/protection/590_emn_ahq_on_detention_in_dublin_cases_en.pdf, e Ad-Hoc Query on objective criteria to identify risk of absconding in the context of reception directive art 8 (recast) and Dublin regulation n.º 604/2014 art 28 (2), disponível em http://emn.ypes.gr/images/docs/EMN_QUESTIONS/EMN_QUESTIONS_2014/2014_619_emn_ahq_on_objective_criteria_to_identify_risk_of_absconding_%28wider_diss%29.pdf. A Rede Europeia das Migrações foi criada pela Decisão do Conselho, de 14 de maio de 2008, que cria uma Rede Europeia das Migrações (2008/381/CE) (JO 2008, L 131, p. 7).

62 — V. n.º 16 das presentes conclusões.

63 — Bundesgerichtshof, 26 de junho de 2014, V ZB 31/14.

64 — Verwaltungsgerichtshof, 19 de fevereiro de 2015, RO 2014/21/0075-5.

alínea n), do Regulamento Dublin III remete para disposições de natureza legislativa⁶⁵. O Raad van State [Conselho de Estado, Países Baixos] considerou, por seu lado, que o risco de fuga na aceção do artigo 3.º, n.º 7, da diretiva regresso⁶⁶ devia ser baseado em critérios objetivos definidos pela legislação, não sendo suficiente para o efeito uma prática administrativa⁶⁷.

V – Conclusão

88. Tendo em conta o que precede, proponho que se responda à questão prejudicial submetida pelo Nejvyšší správní soud (Supremo Tribunal Administrativo, República Checa) da seguinte forma:

«O artigo 2.º, alínea n), conjugado com o artigo 28.º, n.º 2, do Regulamento (UE) n.º 604/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de proteção internacional apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro ou por um apátrida, devem ser interpretados no sentido de que um Estado-Membro não está autorizado a reter um requerente de proteção internacional, com vista a garantir o procedimento de transferência para outro Estado-Membro, se esse primeiro Estado-Membro não definiu, na sua legislação, os critérios objetivos que permitem apreciar a existência de um risco de fuga, e isso mesmo que esses critérios resultem da jurisprudência ou da prática administrativa desse Estado-Membro.»

65 — Cour administrative de Grand-Duché de Luxembourg [Tribunal Administrativo de Segunda Instância do Grão-Ducado do Luxemburgo], 6 de outubro de 2016, n.º de processo 35301C. V., também, as sentenças do Tribunal administratif de Grand-Duché de Luxembourg [Tribunal Administrativo de Primeira Instância do Grão-Ducado do Luxemburgo], 2.ª Secção, 5 de março de 2015, n.º de processo 35902, e 3.ª Secção, n.º de processo 37301, 24 de dezembro de 2015.

66 — Quanto à articulação entre o artigo 3.º, n.º 7, desta diretiva e o artigo 2.º, alínea n), do Regulamento Dublin III, v. n.ºs 65 e 66 das presentes conclusões.

67 — Raad van State [Conselho de Estado], 21 de março de 2011, BP9284, 201100555/1/V3.