

TOMADA DE POSIÇÃO DO ADVOGADO-GERAL

JÁN MAZÁK

apresentada em 26 de Outubro de 2011¹

1. À semelhança do processo que deu origem ao acórdão EL Dridi², a questão prejudicial submetida pela cour d'appel de Paris (França) chama a atenção do Tribunal de Justiça para a Directiva 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 irregular³, no contexto do direito penal nacional.

2. No caso em apreço, a resposta do Tribunal de Justiça à questão prejudicial é útil para o órgão jurisdicional de reenvio apreciar a regularidade da prisão de A. Achughbabian, nacional de um país terceiro, motivada pela sua permanência irregular em França.

3. Com base nas informações contidas na decisão de reenvio e nos autos transmitidos ao Tribunal de Justiça pelo órgão jurisdicional

de reenvio, a situação de A. Achughbabian pode resumir-se da seguinte forma:

- em 9 de Abril de 2008, entrou em França;
- em 28 de Novembro de 2008, o Instituto francês de protecção dos refugiados e dos apátridas (Office français de protection des réfugiés et apatrides) indeferiu o seu pedido de autorização de residência ao abrigo do direito de asilo;
- em 27 de Janeiro de 2009, o préfet du Val-d'Oise decidiu indeferir o seu pedido de autorização de residência e ordenou-lhe que abandonasse o território francês no prazo de um mês a contar da notificação da decisão em questão;
- em 24 de Junho de 2011, foi interrogado e colocado em prisão preventiva por suspeita de ter cometido a infracção de permanência irregular prevista no artigo L. 621-1 do Código da entrada e permanência dos estrangeiros e do direito de asilo (code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, a seguir Ceseda);
- em 25 de Junho de 2011, foi objecto de despachos de condução à fronteira e de detenção adoptados pelo préfet du

1 — Língua original: francês.

2 — Acórdão de 28 de Abril de 2011 (C-61/11 PPU, Colect., p. I-3015).

3 — JO L 348, p. 98.

Val-de-Marne e, em consequência, foi colocado no centro de detenção;

- em 27 de Junho de 2011, o juiz competente em matéria de liberdades e de detenção do tribunal de grande instance de Créteil autorizou a prorrogação da detenção, depois de ter julgado improcedentes as excepções de nulidade do processo suscitadas *in limine litis* pelo seu advogado, nas quais invocava designadamente a nulidade da prisão preventiva à luz do acórdão El Dridi⁴;
- em 28 de Junho de 2011, o seu advogado interpôs recurso para a cour d'appel de Paris do despacho do tribunal de grande instance de Créteil invocando diversos fundamentos, entre os quais novamente a nulidade da prisão preventiva à luz do acórdão El Dridi⁵.

4. Foi nestas circunstâncias que, em 29 de Junho de 2011, a cour d'appel de Paris pôs termo à detenção de A. Achughbaban, depois de ter decidido submeter ao Tribunal de Justiça uma decisão prejudicial com a seguinte redacção:

«Tendo em conta o seu âmbito de aplicação, a Directiva [2008/115], opõe-se a uma legislação nacional, como o artigo L.621-1 do [Ceseda], que prevê a aplicação de uma pena de prisão a um nacional de um país terceiro com fundamento apenas na sua entrada ou permanência irregular no território nacional?»

4 — Referido na nota de rodapé n.º 2.

5 — Referido na nota de rodapé n.º 2.

5. Considerando que era essencial que os órgãos jurisdicionais franceses dispusessem o mais rapidamente possível da resposta à questão submetida, pelo facto de a referida resposta poder impedir eventuais prisões preventivas ilegais ou reduzir a sua duração, o Tribunal de Justiça decidiu deferir o pedido do órgão jurisdicional de reenvio de submeter o processo à tramitação acelerada prevista nos artigos 23.º-B do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia e 104.º-B do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.

6. Apresentaram observações ao Tribunal de Justiça A. Achughbaban, os Governos alemão, estónio e francês e a Comissão Europeia.

7. Fizeram-se representar na audiência que teve lugar em 25 de Outubro de 2011 A. Achughbaban, os Governos dinamarquês, alemão, estónio e francês e a Comissão.

Quadro jurídico

Directiva 2008/115

8. A Directiva 2008/115 tem por objectivo, como decorre tanto dos seus segundo e vigésimo considerandos como do seu artigo 1.º,

estabelecer normas comuns em matéria de regresso, afastamento, recurso a medidas coercivas, detenção e proibições de entrada relativamente aos nacionais de países terceiros em situação irregular no território de um Estado-Membro, normas essas que devem servir de base a uma política eficaz de regresso e que devem respeitar os direitos fundamentais.

9. Os seus quinto e décimo sétimo considerando enunciam:

«(5) A presente directiva deverá estabelecer um conjunto de normas horizontais aplicáveis a todos os nacionais de países terceiros que não preencham ou tenham deixado de preencher as condições de entrada, permanência ou residência num Estado-Membro.

[...]

(17) Os nacionais de países terceiros detidos deverão ser tratados de forma humana e digna, no respeito pelos seus direitos fundamentais e nos termos do direito internacional e do direito nacional. Sem prejuízo da detenção inicial pelas entidades competentes para a aplicação da lei, que se rege pelo direito nacional, a detenção deverá, por norma, ser executada em centros de detenção especializados.»

10. O artigo 2.º, n.º 1, da referida directiva define o seu âmbito de aplicação do seguinte modo:

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

11. Nos termos do artigo 6.º, n.º 1, da referida directiva, «[s]em prejuízo das excepções 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».

12. Em conformidade com o décimo considerando da Directiva 2008/115, nos termos do qual deverá preferir-se o regresso voluntário dos nacionais de países terceiros em situação irregular no território de um Estado-Membro em relação ao regresso forçado, o artigo 7.º da referida directiva, intitulado «Partida voluntária», prevê o seguinte:

«1. A decisão de regresso deve prever um prazo adequado para a partida voluntária, entre sete e trinta dias, sem prejuízo das excepções previstas nos n.ºs 2 e 4 [...]

[...]

4. Se houver risco de fuga ou se tiver sido indeferido um pedido de permanência regular por ser manifestamente infundado ou fraudulento, ou se a pessoa em causa constituir um risco para a ordem ou segurança pública

ou para a segurança nacional, os Estados-Membros podem não conceder um prazo para a partida voluntária ou podem conceder um prazo inferior a sete dias.»

13. Nos termos do artigo 8.º, n.º 1, da Directiva 2008/115, intitulado «Afastamento», «[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».

14. Nos termos do artigo 20.º da Directiva 2008/115, os Estados-Membros deviam pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento a esta directiva, até 24 de Dezembro de 2010, excepto no que respeita ao n.º 4 do artigo 13.º

Regulamentação nacional

15. O artigo L. 621-1 do Ceseda dispõe:

«O estrangeiro que tenha entrado ou permanecido em França sem cumprir o disposto nos artigos L. 211-1 e L. 311-1 ou que permaneça

em França após o termo do prazo permitido pelo seu visto é punido com pena de prisão de um ano e multa de 3 750 euros.

O tribunal poderá ainda proibir o estrangeiro condenado de, por um período não superior a três anos, entrar ou permanecer em França. A expulsão judicial implica de pleno direito a condução do condenado à fronteira, eventualmente após o cumprimento da pena de prisão.»

16. Os artigos do Código de Processo Penal relativos à prisão preventiva foram alterados pela Lei n.º 2011-392, de 14 de Abril de 2011, que entrou em vigor em 1 de Junho de 2011. Consequentemente, o artigo 62.º do Código de Processo Penal, na redacção aplicável aos factos do caso em apreço, tem o seguinte teor:

«As pessoas em relação às quais não exista uma razão plausível para suspeitar que cometeram ou tentaram cometer uma infracção só podem ser detidas pelo tempo estritamente necessário à sua audição, não podendo esse período exceder quatro horas.

Se, durante a audição, se revelar que existem razões plausíveis para suspeitar que essa pessoa cometeu ou tentou cometer um crime ou um delito punido com pena de prisão, essa

peessoa só pode ser mantida à disposição dos investigadores sob o regime da prisão preventiva. A sua prisão preventiva é-lhe então notificada nas condições previstas no artigo 63.º»

17. Nos termos do artigo 62-2 do Código de Processo Penal, na redacção aplicável aos factos em apreço, «[a] prisão preventiva é uma medida coerciva decidida por um agente da polícia judiciária, sob a fiscalização da autoridade judiciária, pela qual uma pessoa contra quem haja uma ou várias razões plausíveis para suspeitar que cometeu ou tentou cometer um crime ou um delito punido com uma pena de prisão é mantida à disposição dos investigadores. [...]».

Apreciação

18. A questão prejudicial submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio é o reflexo de uma situação ocorrida em França na sequência do acórdão *El Dridi*⁶, no qual o Tribunal de Justiça declarou que a Directiva 2008/115 se opõe à legislação de um Estado-Membro que determina a aplicação de uma pena de prisão a um nacional de um país terceiro em situação irregular com o único fundamento de este, sem motivo justificado, permanecer no território desse Estado-Membro em violação de uma ordem de deixar o referido território num prazo determinado. Existem

divergências entre os órgãos jurisdicionais franceses quanto à questão de saber se este princípio também é válido em relação à pena de prisão prevista no artigo L. 621-1 do *Ceseda* em caso de entrada ou de permanência irregulares de um estrangeiro em França. Se assim fosse, a prisão preventiva, na acepção do artigo 62-2 do Código de Processo Penal, que prevê como condição para o recurso a essa medida coerciva a existência de uma suspeita de infracção punida com uma pena de prisão, estaria excluída com fundamento no artigo L. 621-1 do *Ceseda*.

19. Embora esta questão se coloque no âmbito da fiscalização jurisdicional da privação da liberdade individual de A. Achughbaban, resultante nomeadamente da sua prisão preventiva⁷, deve precisar-se que a própria prisão preventiva, enquanto medida do direito penal da privação da liberdade individual, e as condições da sua utilização não são objecto da presente questão prejudicial. No entanto, estamos conscientes de que a resposta do Tribunal de Justiça poderia ter incidência na possibilidade de colocar em prisão preventiva

6 — Já referido na nota de rodapé n.º 2.

7 — Na sua resposta ao pedido de esclarecimentos do Tribunal de Justiça, o órgão jurisdicional de reenvio explicou que o juiz ordinário, e deste modo o órgão jurisdicional de reenvio, actua como guardião da liberdade individual. Por esta razão, cabe-lhe fiscalizar, a título excepcional, a cadeia das privações da liberdade e a regularidade do interrogatório e posteriormente uma medida de prisão preventiva quando esta antecede imediatamente uma detenção administrativa. Em contrapartida, o contencioso relativo às decisões administrativas (um despacho de condução à fronteira ou uma ordem de detenção) é da competência da jurisdição administrativa.

as pessoas suspeitas de terem cometido uma infracção prevista no artigo L. 621-1 do Ceseda.

20. O artigo L. 621-1 do Ceseda e a Directiva 2008/115 têm um ponto em comum, a saber, a permanência irregular de um nacional de um país terceiro no território de um Estado-Membro. Contudo, estas regulamentações retiram deste facto consequências diferentes. Enquanto o artigo L. 621-1 do Ceseda o qualifica de infracção punida com uma pena de prisão e uma multa de 3750 euros, a Directiva 2008/115 prevê a abertura de um procedimento administrativo de regresso no âmbito do qual deve ser garantido que a limitação da liberdade individual só é possível para preparar o regresso da pessoa em causa e/ou para proceder ao seu afastamento, desde que as outras medidas suficientes, mas menos coercivas, não possam ser aplicadas eficazmente.

21. É certo que, na hipótese de um nacional de um país terceiro em situação de permanência irregular, a legislação francesa prevê igualmente, além de uma sanção penal, um procedimento administrativo de regresso. A prova disso é que o próprio A. Achughbabian se encontra actualmente numa das fases desse procedimento, regulado pelo Ceseda.

22. Contudo, a questão prejudicial não tem por objecto este procedimento em si e, por isso, não examinaremos, no âmbito desta tomada de posição, a questão de saber se o

procedimento administrativo de regresso de que é objecto A. Achughbabian em aplicação da legislação francesa respeita as exigências previstas na Directiva 2008/115. Deve, contudo, observar-se que, à data dos factos no processo principal, a França não tinha respeitado a sua obrigação, prevista no artigo 20.º da Directiva 2008/115, de pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à referida directiva. Como resulta das observações escritas do Governo francês, só a Lei n.º 2011-672, de 16 de Junho de 2011, relativa à imigração, à integração e à nacionalidade (loi n.º 2011-672 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité), entrada em vigor em 18 de Julho de 2011, permitiu a transposição completa para direito francês da Directiva 2008/115. Contudo, as alterações efectuadas pela referida lei não se repercutiram na redacção do artigo L. 621-1 do Ceseda, em questão no caso em apreço.

23. Atendendo ao princípio desenvolvido pelo Tribunal de Justiça no processo que deu origem ao acórdão El Didri, segundo o qual «apesar de nem o artigo 63.º, primeiro parágrafo, ponto 3, alínea b), CE, disposição reproduzida no artigo 79.º, n.º 2, TFUE, nem a Directiva 2008/115, adoptada com fundamento nessa disposição do Tratado CE, excluírem a competência penal dos Estados-Membros no domínio da imigração clandestina e da residência ilegal, estes últimos devem estabelecer a sua legislação nesse domínio de modo a garantir a observância do direito da União e, em especial, os referidos Estados não podem aplicar uma legislação, mesmo em matéria penal, susceptível de frustrar a realização dos

objectivos prosseguidos por uma directiva e, por isso, privá-la do seu efeito útil.»⁸, somos de opinião de que a resposta à questão submetida no caso em apreço implica que se determine se a punição da permanência irregular de um nacional de um país terceiro no território de um Estado-Membro através de uma pena de prisão pode ou não pôr em perigo a realização dos objectivos prosseguidos pela Directiva 2008/115.

24. Tendo em conta a redacção dos segundo e vigésimo considerandos, bem como do artigo 1.º da Directiva 2008/115, o objectivo desta directiva é facilmente identificável. Consiste em estabelecer normas comuns em matéria de regresso, afastamento, recurso a medidas coercivas, detenção e proibições de entrada em relação aos nacionais de países terceiros em situação irregular no território de um Estado-Membro, regras essas que devem servir de base a uma política eficaz de regresso e que devem respeitar os direitos fundamentais.

25. Antes de examinar se uma disposição como o artigo L. 621-1 do Ceseda pode

frustrar a realização do objectivo assim definido, queremos desde já rejeitar um argumento dos Governos estónio e francês, segundo o qual a Directiva 2008/115 só é aplicável a partir do momento em que uma decisão de regresso seja adoptada.

26. Se este argumento fosse acolhido, isso significaria que a Directiva 2008/115 deixa aos Estados-Membros a possibilidade de decidir se, e em que momento, pretendem adoptar uma decisão de regresso e, portanto, iniciar o procedimento de regresso em relação a um nacional de um país terceiro em situação irregular nos respectivos territórios.

27. Ora, a referida directiva não reconhece essa margem de apreciação aos Estados-Membros. Pelo contrário, várias disposições da Directiva 2008/115 indicam que esta se destina a impor aos Estados-Membros a obrigação de iniciarem o procedimento de regresso relativamente a qualquer nacional de países terceiros que se encontre em situação irregular nos respectivos territórios. Trata-se sobretudo do artigo 6.º, n.º 1, da Directiva 2008/115, ao abrigo do qual os Estados-Membros adoptam uma decisão de regresso relativamente a «qualquer nacional»⁹ de um país terceiro que se encontre em situação irregular nos respectivos territórios. As excepções à referida obrigação estão expressamente

8 — Já referido na nota de rodapé n.º 2 (n.ºs 54 e 55). O Tribunal de Justiça retomou este princípio ainda mais recentemente no acórdão de 21 de Julho de 2011, Kelly (C-104/10, Colect., p. I-6813, n.º 35).

9 — Sublinhado nosso.

previstas nos n.ºs 2 a 5 deste artigo da Directiva 2008/115.

28. À referida obrigação, isto é, à obrigação de adoptar uma decisão de regresso, corresponde um direito correlativo de um nacional de um país terceiro que se encontre em situação irregular no território de um Estado-Membro a esse comportamento do Estado. Daqui se conclui que a Directiva 2008/115 reconhece a qualquer nacional de um país terceiro em situação irregular no território de um Estado-Membro o direito a que o Estado em causa tome uma decisão de regresso, a qual desencadeia o procedimento de regresso que tem por objectivo pôr termo à permanência irregular e no âmbito do qual a liberdade individual do interessado só pode ser limitada para preparar o seu regresso e/ou proceder ao seu afastamento, desde que outras medidas suficientes, mas menos coercivas, não possam ser aplicadas eficazmente.

29. Para voltar ao problema essencial, que consiste em apreciar se a punição da permanência irregular de um nacional de um país terceiro no território de um Estado-Membro através de uma pena de prisão é ou não susceptível de frustrar os objectivos

prosseguidos pela Directiva 2008/115, há que chamar a atenção para o procedimento de regresso previsto na referida directiva¹⁰.

30. Esta prevê a utilização de medidas coercivas para assegurar a realização do seu objectivo, isto é, a execução da decisão de regresso. Como já tivemos ocasião de expor na tomada de posição apresentada no processo que deu origem ao acórdão *El Dridi*¹¹, as referidas medidas não são enumeradas exaustivamente na Directiva 2008/115. Atendendo à individualidade (singularidade) de cada um dos procedimentos de regresso, isso nem sequer seria possível.

31. É incontestável que uma pena de prisão representa uma medida coerciva. Contudo, também é evidente que não se trata de uma medida que contribui para a execução de uma decisão de regresso e, consequentemente, para a realização do objectivo da Directiva 2008/115. Pelo contrário, a pena de prisão prevista em caso de permanência irregular de um nacional de um país terceiro (como já indicámos no n.º 25 da presente tomada de posição, trata-se do facto a que a Directiva 2008/115 associa a obrigação de dar início ao procedimento de regresso) impede

10 — As diferentes fases do procedimento de regresso e a respectiva ordem foram descritas de forma muito pormenorizada nos n.ºs 34 a 40 do acórdão *El Dridi* (já referido na nota de rodapé n.º 2).

11 — Apresentada em 1 de Abril de 2011 (n.º 32).

objectivamente, ainda que apenas temporariamente, a execução de uma decisão de regresso.

32. A este propósito, o Governo francês chama a atenção para as circulares do Ministro da Justiça, de 21 de Fevereiro de 2006 e de 12 de Maio de 2011, que dão instruções aos magistrados do Ministério Público para só exercerem a acção pública em caso de entrada e permanência irregulares relativamente aos estrangeiros que tenham cometido outra infracção penal e de arquivar os outros processos sem proceder a mais diligências, a fim de, nomeadamente, permitir que, se for caso disso, o procedimento administrativo de afastamento do território, susceptível de ser executado, possa seguir os seus termos. Contudo, resulta dos dados estatísticos, igualmente fornecidos pelo Governo francês, que, apesar dessas instruções, existem realmente casos de condenações penais proferidas apenas com fundamento no artigo L. 621-1 do Ceseda.

33. Gostaríamos, contudo, de salientar que isso não significa que deva ser excluída, de

uma forma geral, qualquer limitação da liberdade individual da pessoa em causa durante o tempo estritamente necessário para verificar se estão reunidas as condições para tomar a decisão de regresso, na acepção do artigo 6.º, n.º 1, da Directiva 2008/115. Sobre este ponto, partilhamos da opinião expressa pelo Governo francês de que essa limitação poderia ser necessária em muitos casos¹² e que, em conformidade com o décimo sétimo considerando da Directiva 2008/115, se rege pela legislação nacional dos Estados-Membros. No entanto, a referida limitação da liberdade individual não se pode basear numa disposição como o artigo L. 621-1 do Ceseda.

34. Em conformidade com o que precede, considero que o Tribunal de Justiça deve responder à questão prejudicial submetida pelo órgão jurisdicional de reenvio que a Directiva 2008/115 deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que prevê a aplicação de uma pena de prisão com fundamento apenas na entrada ou na permanência irregulares de um nacional de um país terceiro no território do Estado-Membro em causa.

12 — Tenho dúvidas quanto a essa necessidade no caso de A. Achughbabian. Com efeito, este já tinha sido objecto da uma ordem do prefeito de 27 Janeiro de 2009 que, na nossa opinião, podia ser considerada uma decisão de regresso, na acepção do artigo 6.º, n.º 1, da Directiva 2008/115.

Conclusão

35. Tendo em conta as considerações precedentes, proponho que o Tribunal de Justiça responda à questão prejudicial submetida pela cour d'appel de Paris da seguinte forma:

«A Directiva 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, deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que prevê a aplicação de uma pena de prisão apenas com fundamento na entrada ou na permanência irregulares de um nacional de um país terceiro no território do Estado-Membro em causa.»