CONCLUSÕES DA ADVOGADA-GERAL
JULIANE KOKOTT
apresentadas em 19 de Maio de 2009 [1]

I — Introdução

1. Os presentes pedidos de decisão prejudicial têm por objecto disposições de direito comunitário relativas à expulsão de nacionais de países terceiros que não preenchem ou deixaram de preencher as condições de estada. Segundo as indicações fornecidas pelo órgão jurisdicional de reenvio, o direito espanhol não exige necessariamente a expulsão dessas pessoas, permitindo antes que lhes seja simplesmente imposta uma multa. O órgão jurisdicional de reenvio tem dúvidas quanto à compatibilidade deste regime jurídico com o direito comunitário. Em particular, o órgão jurisdicional de reenvio questiona-se quanto à interpretação do Regulamento (CE) n.º 562/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março de 2006, que estabelece o código comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras [2] (Código das Fronteiras Schengen). Para além disso, assume relevância o artigo 23.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen [3] («CAAS») [4].

1 — Língua original: alemão.
2 — JO L 105, p. 1.
3 — Acordo relativo à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns, assinado em 14 de Junho de 1985, em Schengen, JO 2000, L 239, p. 13.
4 — Assinada em 19 de Junho de 1990, em Schengen, JO 2000, L 239, p. 19.

II — Quadro jurídico

A — *Código das Fronteiras Schengen*

2. A base jurídica do Código das Fronteiras Schengen reside no artigo 62.º, n.ºs 1 e 2, alínea a), do Tratado CE:

«O Conselho, deliberando nos termos do artigo 67.º, adopta, no prazo de cinco anos a contar da data de entrada em vigor do Tratado de Amesterdão:

1. Medidas destinadas a assegurar, de acordo com o artigo 14.º, a ausência de controlos de pessoas, quer se trate de cidadãos da União, quer de nacionais de países terceiros, na passagem das fronteiras internas;

2. Medidas relativas à passagem das fronteiras externas dos Estados-Membros, que conterão:

a) Normas e processos a seguir pelos Estados-Membros para a realização dos controlos de pessoas nessas fronteiras

b) […]»

3. Nos termos do seu artigo 40.º, n.º 1, o Código das Fronteiras de Schengen entrou em vigor em 13 de Outubro de 2006.

4. O artigo 1.º define o objecto do Código das Fronteiras Schengen:

«O presente regulamento prevê a ausência de controlo de pessoas na passagem das fronteiras internas entre os Estados-Membros da União Europeia.

Estabelece as normas aplicáveis ao controlo de pessoas na passagem das fronteiras externas dos Estados-Membros da União Europeia».

5. O artigo 5.º regula as condições de entrada. O seu n.º 4 estabelece três excepções a estas condições, em particular, por motivos humanitários [alínea c)].

6. O artigo 11.º estabelece uma presunção legal relativa ao desrespeito da duração da estada autorizada em caso de inexistência do carimbo de entrada, bem como regras quanto à possibilidade de ilidir esta presunção e a uma eventual expulsão, caso a presunção não seja ilidida:

«Artigo 11.º

Presunção quanto ao cumprimento das condições de duração da estada

1. Se o documento de viagem de um nacional de um país terceiro não ostentar o carimbo de entrada, as autoridades nacionais competentes podem presumir que o titular não preenche ou deixou de preencher as condi-

ções de duração da estada aplicáveis no Estado-Membro em questão.

2. A presunção a que se refere o n.º 1 pode ser ilidida se o nacional de país terceiro apresentar, por qualquer meio, elementos credíveis, […]

3. Caso não seja ilidida a presunção a que se refere o n.º 1, o nacional de país terceiro pode ser expulso pelas autoridades competentes do território do Estado-Membro em questão.»

7. O artigo 13.º prevê que a entrada será recusada a qualquer nacional de país terceiro que não preencha todas as condições de entrada previstas no Código das Fronteiras Schengen. Tal não prejudica a aplicação de disposições especiais relativas ao direito de asilo e de protecção internacional ou à emissão de vistos de longa duração.

B — *CAAS*

8. O artigo 23.º da CAAS contém igualmente regras relativas ao tratamento de estrangeiros que não preenchem ou deixaram de preencher as condições de estada de curta duração:

«1. O estrangeiro que não preencha ou que tenha deixado de preencher as condições de estada de curta duração aplicáveis no território de uma das partes contratantes deve, em princípio, abandonar imediatamente os territórios das partes contratantes.

2. O estrangeiro que possua um título de residência ou uma autorização provisória de residência válidos, emitidos por uma outra parte contratante, deve dirigir-se imediatamente para o território dessa parte contratante.

3. Sempre que este estrangeiro não partir voluntariamente ou sempre que se puder presumir que não partirá ou caso a partida imediata do estrangeiro se imponha por motivos de segurança nacional ou de ordem pública, o estrangeiro deve ser expulso do território da parte contratante em que foi detido, nas condições previstas pelo direito nacional dessa parte contratante. Se a aplicação deste direito não permitir a expulsão, a parte contratante em causa pode autorizar a estada do interessado no seu território.

4. A expulsão pode realizar-se do território deste Estado para o país de origem da pessoa referida ou para qualquer outro Estado em que a sua admissão seja possível, nomeadamente, em aplicação das disposições pertinentes dos acordos de readmissão concluídos pelas partes contratantes.

5. O disposto no n.º 4 não prejudica a aplicação das disposições nacionais relativas ao direito de asilo, nem a aplicação da Convenção de Genebra de 28 de Julho de 1951 relativa ao estatuto dos refugiados, tal como alterada pelo Protocolo de Nova Iorque de 31 de Janeiro de 1967, nem o disposto no n.º 2 do presente artigo e no n.º 1 do artigo 33.º da presente convenção.»

9. A Decisão 1999/436/CE do Conselho, de 20 de Maio de 1999, que determina, nos termos das disposições pertinentes do Tratado que institui a Comunidade Europeia e do Tratado da União Europeia, a base jurídica de cada uma das disposições ou decisões que constituem o acervo de Schengen [5] estabelece que a base jurídica do artigo 23.º da CAAS é o artigo 62.º, n.º 3, do Tratado CE.

10. Em virtude da Decisão 2007/801/CE do Conselho [6], o acervo de Schengen é igualmente aplicável, desde 21 de Dezembro de 2007, aos Estados-Membros que aderiram em 2004, à excepção de Chipre.

11. O artigo 23.º da CAAS foi recentemente substituído pela 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 [7]. Esta directiva regula de forma muito mais detalhada do que o direito comunitário até então existente a expulsão e o afastamento de nacionais de países terceiros.

C — Direito espanhol

12. O órgão jurisdicional de reenvio apresenta o regime jurídico espanhol do seguinte modo:

5 — JO L 176, p. 17.

6 — Decisão do Conselho, de 6 de Dezembro de 2007, relativa à aplicação das disposições do acervo de Schengen na República Checa, na República da Estónia, na República da Letónia, na República da Lituânia, na República da Hungria, na República de Malta, na República da Polónia, na República da Eslovénia e na República Eslovaca (JO L 323, p. 34).

7 — JO L 348, p. 98.

13. O artigo 53.º, alínea a), da Lei Orgânica 4/2000, na redacção que lhe foi dada pela Lei Orgânica 8/2000, considera infracção grave:

«Encontrar-se irregularmente em território espanhol, por não ter obtido ou ter caducado há mais de três meses a prorrogação da estada, a autorização de residência ou documentos análogos, quando forem exigíveis, e sempre que o interessado não tenha requerido a renovação dos mesmos no prazo previsto pela lei.»

14. A conduta anterior tem associada uma sanção pecuniária que pode ser substituída pela expulsão, nos termos do artigo 57.º da mesma Lei Orgânica 4/2000:

«Se os infractores forem estrangeiros e praticarem acções tipificadas como muito graves, ou graves previstas nas alíneas a), b), c), d) e f) do artigo 53.º desta Lei Orgânica, em vez da sanção de multa, poder-se-á aplicar a pena de expulsão do território espanhol, após tramitação do correspondente processo administrativo.»

15. Por outro lado, o n.º 3 do mesmo artigo 57.º estabelece:

«Não poderão, em caso algum, aplicar-se conjuntamente as sanções de expulsão e multa.»

III — Matéria de facto e pedidos de decisão prejudicial

16. Julia Zurita García e Aurelio Choque Cabrera têm nacionalidade boliviana. Nos controlos efectuados, foi determinado que se encontravam em Espanha, apesar de não preencherem ou terem deixado de preencher as condições de estada.

17. J. Zurita García foi controlada em 26 de Setembro de 2006. Em consequência, em 15 de Novembro de 2006, o Delegado del Gobierno en la Región de Murcia ordenou a sua expulsão do território espanhol e proibiu a sua entrada no Espaço Schengen durante um período de 5 anos. Após A. Choque Cabrera ter sido controlado em 14 de Maio de 2007, o representante do Governo na região de Múrcia aplicou-lhe, em 30 de Julho de 2007, a mesma decisão que tomara contra J. Zurita García.

18. Na primeira instância, foi negado provimento aos recursos interpostos destas decisões. Actualmente, encontram-se pendentes os recursos interpostos para o Tribunal Superior de Justicia de Murcia que decide em última instância.

19. De acordo com este tribunal, no direito espanhol mais recente, a expulsão foi definida como sanção, eventualmente, aplicável em vez de uma multa. Por conseguinte, em princípio, deve aplicar-se uma multa aos estrangeiros que tenham sido interceptados sem preencherem as condições de entrada e de estada em Espanha. Segundo o princípio da proporcionalidade, estas pessoas apenas podem ser expulsas em presença de circunstâncias agravantes.

20. No entanto, o órgão jurisdicional de reenvio tende a considerar que a regulamentação comunitária aplicável aos nacionais de Estados terceiros que se encontrem na União Europeia sem possuírem as condições necessárias para o efeito, impõe necessariamente a sua saída do território, seja através da recusa de entrada seja através da expulsão. Por conseguinte, em ambos os processos, o órgão jurisdicional de reenvio submeteu ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

O Tratado que institui a Comunidade Europeia, em especial o seu artigo 62.º, n.ºs 1 e 2, alínea a), e o 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), em particular, os seus artigos 5.º, 11.º e 13.º, devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma regulamentação como a nacional e a jurisprudência que a interpreta, que permite a substituição da expulsão de quaisquer «nacionais de países terceiros» que não disponham de documento que autorize a sua entrada e permanência no território da União Europeia pela aplicação de uma multa?

21. A. Choque Cabrera, o Reino de Espanha, a República Italiana, a República da Áustria e a Comissão das Comunidades Europeias participaram na fase escrita. Não foi realizada qualquer audiência. Por despacho do presidente da Terceira Secção de 27 de Março de 2009, os dois processos foram apensos para efeitos do acórdão.

IV — Apreciação jurídica

22. O órgão jurisdicional de reenvio pretende saber se os artigos 5.º, 11.º e 13.º do Código das Fronteiras Schengen se opõem a uma regulamentação nacional que permita a substituição da pena de expulsão de nacionais de países terceiros que não preenchem ou deixaram de preencher as condições de estada por uma pena de multa.

A — *Admissibilidade e interpretação dos pedidos de decisão prejudicial*

23. Dado que o Código das Fronteiras Schengen tem por base o artigo 62.º, n.os 1 e 2, alínea a), do Tratado CE, nos termos do artigo 68.º, n.º 1, do mesmo tratado, apenas os órgãos jurisdicionais de última instância podem colocar uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça.

24. O Tribunal Superior de Murcia é, em ambos os processos principais, o órgão jurisdicional de recurso. Tanto quanto é possível depreender, não existem outras vias de recurso possíveis susceptíveis de afectar a sua decisão sobre os processos principais. Assim, o Tribunal Superior de Murcia tem direito ao reenvio.

25. No entanto, a Espanha considera o pedido relativo ao processo Zurita García inadmissível por ser hipotético. O Código das Fronteiras Schengen não é aplicável, *ratione temporis*, a este caso em virtude do princípio da não retroactividade. M. Zurita García foi controlada antes do início da aplicabilidade do Código das Fronteiras Schengen. Uma vez que o órgão jurisdicional de reenvio também se questiona quanto à aplicabilidade *ratione temporis* do Código das Fronteiras Schengen, este tribunal submeteu o processo Choque Cabrera que não é objecto destas dúvidas.

26. É certo que um pedido manifestamente hipotético é inadmissível [8]. Não obstante, não considero que o pedido apresentado no processo Zurita García deva ser julgado inadmissível, nem que seja necessário analisar, neste caso, a aplicabilidade *ratione temporis* do Código das Fronteiras Schengen.

27. Conforme demonstrarei a seguir, para a apreciação dos casos vertentes assume relevância não o Código das Fronteiras Schengen no seu todo, mas sim, sobretudo, o seu artigo 11.º Já desde 1 de Janeiro de 2005 se encontrava em vigor uma disposição, designadamente o artigo 6.º-B da CAAS, idêntica a esta regulamentação [9], tendo sido substituída pelo artigo 11.º do Código das Fronteiras Schengen. Deve, portanto, considerar-se que o artigo 6.º-B da CAAS se encontrava em vigor aquando do processo principal Zurita García, caso o artigo 11.º do Código das Fronteiras Schengen não fosse aplicável.

28. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça deverá tomar igualmente em consideração o artigo 6.º-B da CAAS a que o juiz nacional não

8 — V., a este respeito, mais especificamente, acórdãos de 11 de Março de 1980, Foglia (104/79, Recueil, p. 745, n.os 18 e segs.), de 16 de Julho de 1992, Meilicke (C-83/91, Colect., p. I-4871, n.os 25 e segs.), de 28 de Junho de 2007, Dell'Orto (C-467/05, Colect., p. I-5557, n.º 40 e, em particular, quanto ao problema da aplicabilidade *ratione temporis*, n.º 47 e segs.), bem como de 16 de Dezembro de 2008, Cartesio (C-210/06, Colect., p. I-9641, n.os 67 e segs., com remissões).

9 — V. artigo 6.º, segundo período, do Regulamento (CE) n.º 2133/2004 do Conselho, de 13 de Dezembro de 2004, relativo à obrigação de as autoridades competentes dos Estados-Membros procederem à aposição sistemática de carimbo nos documentos de viagem dos nacionais de países terceiros na passagem das fronteiras externas dos Estados-Membros e que altera, para o efeito, as disposições da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen e do Manual Comum, JO L 369, p. 5, que introduziu o artigo 6.º-B na CAAS.

fez referência na sua questão, para lhe dar uma resposta útil [10].

29. Para além disso, a Itália e a Comissão consideram, com razão, que o pedido de decisão prejudicial não contém qualquer indicação que permita determinar, com certeza, se o Código das Fronteiras Schengen é efectivamente aplicável. Pelo contrário, não se pode excluir que o regime geral do artigo 23.º da CAAS debatido pela Áustria e pela Comissão seja aplicável. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça deveria igualmente alargar a sua apreciação a esta disposição.

30. Em contrapartida, o artigo 62.º, n.ºs 1 e 2, alínea a), do Tratado CE, referido no despacho de reenvio, não é directamente relevante para a resposta à questão, uma vez que se trata de uma base jurídica e, como tal, não institui direitos e obrigações autónomos para os nacionais de Estados terceiros.

31. Assim entendidos, os pedidos de decisão prejudicial têm por objecto a questão de saber se os artigos 5.º, 11.º e 13.º do Código das Fronteiras Schengen e/ou os artigos 6.º-B e 23.º da CAAS se opõem a uma regulamentação nacional que permita a substituição da pena de expulsão de nacionais de países terceiros, que não preenchem ou deixaram de preencher as condições de estada, por uma multa.

B — *Resposta aos pedidos de decisão prejudicial*

1. Artigo 5.º e artigo 13.º do Código das Fronteiras Schengen

32. Em princípio, o Código das Fronteiras Schengen não tem por objecto a situação de nacionais de países terceiros, que já se encontram no espaço Schengen, quando se suscitam dúvidas quanto à sua autorização de residência. É o caso, nomeadamente, dos artigos 5.º e 13.º

33. De acordo com o seu artigo 3.º, o Código das Fronteiras Schengen aplica-se, designadamente, à passagem de pessoas nas fronteiras externas e nas fronteiras internas. Este código tem por objecto, em especial, o controlo das fronteiras externas e a abolição de controlos nas fronteiras internas.

34. Isto corresponde às bases jurídicas referidas: o artigo 62.º, n.º 1, do Tratado CE permite adoptar medidas destinadas a assegurar, de acordo com o artigo 14.º, a ausência de controlos de pessoas, quer se trate de cidadãos da União, quer de nacionais de países

10 — V., acórdãos de 20 de Março de 1986, Tissier (35/85, Colect., p. 1207, n.º 9), e de 10 de Janeiro de 2006, De Groot en Slot Allium e Bejo Zaden (C-147/04, Colect., p. I-245, n.º 68, com remissões).

terceiros, na passagem das fronteiras internas. O artigo 62.º, n.º 2, alínea a) possibilita a adopção de medidas relativas à passagem das fronteiras externas dos Estados-Membros, que conterão normas e processos a seguir pelos Estados-Membros para a realização dos controlos de pessoas nessas fronteiras.

35. Neste contexto, o artigo 5.º regula as condições da entrada de nacionais de países terceiros no espaço Schengen e o artigo 13.º regula a recusa de entrada, caso o nacional de país terceiro não preencha todas as condições.

36. No entanto, os casos dos processos principais são diferentes, uma vez que os interessados, segundo as indicações do órgão jurisdicional de reenvio, não foram expulsos aquando da entrada, mas sim processados devido a se encontrarem irregularmente em território espanhol. O pano de fundo desta circunstância consiste, provavelmente, no facto de os nacionais bolivianos poderem, até 1 de Abril de 2007, entrar no espaço Schengen sem visto, para aí permanecerem até um máximo de três meses [11]. É possível que M. Zurita García e A. Choque Cabrera tenham desrespeitado este prazo.

11 — V., artigo 20.º, n.º 1, da CAAS e ainda acórdão de 3 de Outubro de 2006, Bot (C-241/05, Colect., p. I-9627). A isenção de visto resultava do Regulamento (CE) n.º 539/2001 do Conselho, de 15 de Março de 2001, que fixa a lista dos países terceiros cujos nacionais estão sujeitos à obrigação de visto para transporem as fronteiras externas e a lista dos países terceiros cujos nacionais estão isentos dessa obrigação (JO L 81, p. 1), na redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 851/2005 do Conselho, de 2 de Junho de 2005 (JO L 141, p. 3). Este foi completado pelo Regulamento (CE) n.º 1932/2006 do Conselho, de 21 de Dezembro de 2006, que altera o Regulamento (CE) n.º 539/2001,que fixa a lista dos países terceiros cujos nacionais estão sujeitos à obrigação de visto para transporem as fronteiras externas e a lista dos países terceiros cujos nacionais estão isentos dessa obrigação (JO L 405, p. 23).

2. Artigo 11.º do Código das Fronteiras Schengen e artigo 6.ºB da CAAS

37. O facto de os processos principais não se basearem directamente na passagem de uma fronteira não exclui, no entanto, a aplicação do Código das Fronteiras Schengen. Este código contém normas relacionadas com a passagem de uma fronteira, mas que dizem respeito à estada [12].

38. Nesta sentido, o artigo 11.º do Código das Fronteiras Schengen está relacionado com a passagem de uma fronteira na medida em que tem em consideração o carimbo de entrada. De acordo com o artigo 10.º, os guardas de fronteira apõem, em princípio, um carimbo nos documentos de viagem dos nacionais de países terceiros que transponham as fronteiras externas. A aposição de carimbo no documento de viagem permite determinar com exactidão a data e o ponto de passagem da fronteira [13]. Deste modo, com base no carimbo de entrada pode concluir-se se os nacionais de países terceiros desrespeitaram a duração da estada autorizada.

39. Com base nesta circunstância, o artigo 11.º, n.º 1, do Código das Fronteiras Schengen estabelece uma presunção ilidível

12 — Para além do artigo 11.º do Código das Fronteiras Schengen importa ainda mencionar o artigo 7.º, n.º 3, alínea c), que tem por objecto a questão de saber se os nacionais de países terceiros que partem preencheram as condições de estada.

13 — Neste sentido, sétimo considerando do Regulamento n.º 2133/2004, já referido na nota 9.

de que os nacionais de países terceiros não preenchem ou deixam de preencher as condições de duração da estada, sempre que os seus documentos de viagem não contenham qualquer carimbo de entrada.

40. A disposição do artigo 11.º, n.º 3, do Código das Fronteiras Schengen relativa à expulsão refere-se a esta presunção. Prevê-se a expulsão quando a presunção de que o nacional de país terceiro desrespeitou a duração da estada autorizada não é ilidida. Não se pode excluir que os processos principais se baseiem nesta presunção.

41. No entanto, as versões linguísticas do artigo 11.º, n.º 3, do Código das Fronteiras Schengen não coincidem. Na versão espanhola, os nacionais de países terceiros são expulsos. Isto pode ser considerado imperativo. Como observa a Comissão, as restantes versões linguísticas prevêem a possibilidade de expulsão dos nacionais de países terceiros. O que não constitui um imperativo, mas uma mera possibilidade.

42. As diferentes versões linguísticas de um texto comunitário devem ser interpretadas de modo uniforme. Em caso de divergência, a disposição em questão deve, em princípio, ser interpretada em função do plano sistemático geral e da finalidade da regulamentação de que faz parte [14]. No presente caso, não é, todavia, necessário analisar esta circunstância individualmente. Com efeito, uma disposição divergente entre as versões linguísticas deve ser interpretada em função da vontade efectiva do seu autor [15]. Resulta dos antecedentes do artigo 11.º, n.º 3, do Código das Fronteiras Schengen que a versão espanhola não corresponde à vontade efectiva do legislador, baseando-se antes num erro de tradução.

43. Como já referi [16], o já existente artigo 6.º-B da CAAS foi acolhido no artigo 11.º do Código das Fronteiras Schengen. A versão espanhola do artigo 6.º-B, n.º 3, da CAAS não divergia das outras versões linguísticas relativamente ao carácter facultativo da expulsão [17]. De acordo com esta versão espanhola, os Estados-Membros podem expulsar os nacionais de países terceiros, mas não estão a isso obrigados.

44. Aparentemente, aquando da redacção da versão espanhola do Código das Fronteiras Schengen, essa versão anterior não foi tida em consideração. Esta circunstância poderá dever-se ao facto de nem os considerandos, nem os documentos acessíveis ao público resultantes da criação do Código das Fron-

14 — Acórdãos de 5 de Dezembro de 1967, van der Vecht (19/67, Recueil, pp. 445 e 456), de 27 de Outubro de 1977, Bouchereau (30/77, Colect., p. 715, n.os 13 e 14), de 14 de Junho de 2007, Euro Tex (C-56/06, Colect., p. I-4859, n.º 27), e de 21 de Fevereiro de 2008, Tele2 Telecommunication (C-426/05, Colect., p. I-685, n.º 25).

15 — Acórdãos de 12 de Novembro de 1969, Stauder (29/69, Colect. 1969-1970, p. 157, n.º 3), de 7 de Julho de 1988, Moksel Import und Export (55/87, Colect., p. 3845, n.º 49), de 20 de Novembro de 2001, Jany e o. (C-268/99, Colect., p. I-8615, n.º 47), e de 27 de Janeiro de 2005, Junk (C-188/03, Colect., p. I-885, n.º 33).

16 — V. *supra*, n.º 27.

17 — Em espanhol, o artigo 6.º-B, n.º 3, da CAAS dispõe o seguinte: «De no ser refutada la presunción mencionada en el apartado 1, las autoridades competentes podrán expulsar al nacional del tercer Estado del territorio de los Estados miembros afectados».

teiras Schengen revelarem tratar-se da reprodução de uma disposição já existente [18].

45. Assim, há que constatar, como conclusão provisória, que o artigo 6.º-B, n.º 3, da CAAS e o artigo 11.º, n.º 3, do Código das Fronteiras Schengen, que tem o mesmo teor, não obrigam à expulsão de estrangeiros com base na presunção relativa ao não preenchimento das condições de estada.

3. Artigo 23.º da CAAS

46. Porém, especialmente, a Áustria deduz do artigo 23.º da CAAS a obrigação de pôr termo à permanência irregular de nacionais de países terceiros. Segundo esta disposição, os nacionais de países terceiros devem abandonar um Estado-Membro Schengen sempre que não preencham ou deixem de preencher as condições de estada. Nos termos do artigo 23.º, n.º 3, da CAAS, caso isto não se efectue voluntariamente ou desde que exista especial urgência, os nacionais de países terceiros devem ser expulsos, nas condições previstas pelo direito nacional, do território da parte contratante em que foram detidos.

47. Apreciando de forma isolada a versão alemã, o artigo 6.º-B, n.º 3, da CAAS, o artigo 11.º, n.º 3, do Código das Fronteiras Schengen e o artigo 23.º, n.º 3, da CAAS parecem dizer respeito a casos distintos, uma vez que, por um lado, está em causa a ordem de expulsão e, por outro, o afastamento. De acordo com a concepção jurídica alemã, a primeira situação consiste na decisão sobre o termo da permanência e a última na execução dessa decisão.

48. Seria, porém, errado atribuir uma grande importância a estas diferenças conceptuais. Noutras versões linguísticas, a diferença não é imediatamente evidente. As versões inglesas utilizam em ambas regulamentações o conceito «to expell», as versões espanholas o conceito de «expulsar» e, em francês, utiliza-se, por uma lado, «expulser» e, por outro, «eloigner».

49. Para além disso, o artigo 6.º-B, n.º 3, da CAAS e o artigo 11.º, n.º 3, do Código das Fronteiras Schengen carecem de disposições sobre a execução da expulsão e o artigo 23.º da CAAS não inclui qualquer disposição expressa sobre a decisão de expulsão suscep-

18 — Uma disposição equivalente ao artigo 6.º-B da CAAS surgiu, pela primeira vez, numa versão provisória do Código das Fronteiras Schengen, de 23 de Março de 2005: artigo 9.º bis na redacção que lhe foi dada pelo Documento do Conselho 9630/05, http://register.consilium.europa.eu/pdf/es/05/st09/st09630.es05.pdf. Nas versões provisórias anteriores do Código das Fronteiras Schengen, o artigo 6.º-B da CAAS era eliminado sem ser substituído. Nem o facto de ser eliminado, nem o de ser acolhido no Código das Fronteiras Schengen encontram fundamento nos documentos acessíveis. Esta situação deve-se, provavelmente, ao facto de o artigo 6.º-B da CAAS apenas ter sido criado durante os trabalhos preparatórios do Código das Fronteiras Schengen e ao facto de a Comissão ter inicialmente proposto, noutro processo legislativo, a integração da presunção relativa ao desrespeito da duração da estada noutra parte da CAAS. O Código das Fronteiras Schengen não afectou esta parte, pelo que não teria sido necessário ter em consideração o regime da presunção no referido código.

tível de ser executada através do afastamento. Apenas a Directiva 2008/115 entretanto aprovada distingue claramente entre decisão de regresso [19] e afastamento [20], assim como a sua execução.

50. Consequentemente, há que considerar que quer o artigo 6.º-B, n.º 3, da CAAS que corresponde ao artigo 11.º, n.º 3, do Código das Fronteiras Schengen, quer o artigo 23.º, n.º 3, da CAAS, numa acepção não técnica, têm por objectivo o afastamento dos nacionais de países terceiros, sem fazer uma distinção precisa entre a decisão administrativa e a sua execução.

51. Tal como a recusa de entrada, prevista no artigo 13.º do Código das Fronteiras Schengen, como igualmente salienta a Áustria, o artigo 23.º da CAAS tem por base o interesse comum dos Estados-Membros Schengen em impedir ou, pelo menos, pôr termo à permanência irregular de nacionais de países terceiros no espaço Schengen. Uma vez que as fronteiras internas deixaram de ser controladas, teme-se que os estrangeiros que permanecem irregularmente num Estado-Membro se mudem para outro Estado-Membro para aí permanecerem de forma irregular. A Itália sublinha, com razão, que a Directiva 2008/115 aponta no mesmo sentido.

52. Em princípio, o artigo 23.º da CAAS abrange qualquer estrangeiro que se encontre no espaço Schengen, apesar de não preencher ou ter deixado de preencher todas as condições de estada. Resta apenas a questão de saber se o presuntivo desrespeito da duração da estada, nos termos do artigo 6.º-B da CAAS, e, do artigo 11.º do Código das Fronteiras Schengen, está sujeito a um regime diferente.

53. Tendo especialmente em conta os antecedentes do artigo 11.º do Código das Fronteiras Schengen, isto é, em particular, a génese do artigo 6.º-B da CAAS, a letra do artigo não fornece qualquer base para uma interpretação neste sentido. A Comissão tinha ainda proposto que, no caso da presunção relativa ao desrespeito da duração da estada, as autoridades competentes *pudessem* aplicar o artigo 23.º, n.º 3, da CAAS [21]. Assim, os Estados-Membros teriam a faculdade de aplicar o artigo 23.º, n.º 3. Ao contrário, a Espanha propôs a obrigação expressa de os Estados-Membros aplicarem o artigo 23.º, n.º 3, da CAAS [22]. Embora esta proposta não

19 — Artigo 3.º, n.º 4, da Directiva 2008/115.

20 — Artigo 3.º, n.º 5, da Directiva 2008/115.

21 — Proposta de 6 de Novembro de 2003 de regulamento do Conselho que estabelece a obrigação de as autoridades competentes dos Estados-Membros procederem à aposição sistemática de carimbo nos documentos de viagem dos nacionais de países terceiros na passagem das fronteiras externas dos Estados-Membros e que altera, para o efeito, a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen e o Manual Comum, COM(2003) 664 final, ainda não publicada no Jornal Oficial.

22 — Documento do Conselho 7858/04, de 30 de Março de 2004, http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/04/st07/st07858.en04.pdf, p. 4, nota 10.

tenha vingado, a versão por último adoptada do artigo 6.º-B, n.º 3, da CAAS deixou de conter qualquer remissão para o artigo 23.º, n.º 3, da CAAS.

54. Consequentemente, importa determinar, em conformidade com as regras gerais da hermenêutica jurídica, a aplicabilidade do artigo 23.º da CAAS nos casos em que se aplique a presunção prevista no artigo 6.º-B da CAAS, ou no artigo 11.º do Código das Fronteiras Schengen. O referido n.º 3 das duas últimas disposições não constitui, neste contexto, qualquer derrogação ao artigo 23.º da CAAS, esclarecendo antes apenas que a presunção relativa ao desrespeito da duração da estada pode justificar uma expulsão [23].

55. No entanto, contrariamente ao que sustenta a Áustria, do artigo 23.º, n.º 3, da CAAS não se pode depreender que o direito comunitário impõe aos Estados-Membros que procedam ao afastamento. Pelo contrário, a Comissão sublinha, com razão, as restrições formuladas no artigo 23.º da CAAS.

56. Em primeiro lugar, o afastamento não é a regra, mas sim a excepção. Os n.os 1 e 2 pressupõem, com efeito, que o estrangeiro parta voluntariamente. Esta situação constitui, em relação ao afastamento, um meio menos gravoso e respeita igualmente, segundo a Espanha, o regime jurídico nacional.

57. Acima de tudo, o artigo 23.º, n.º 3, não contém qualquer base jurídica relativamente ao afastamento, remetendo antes para o direito nacional. Não se vislumbram quaisquer exigências específicas na configuração do direito nacional. Em vez disso, o artigo 23.º, n.º 3, segundo período, da CAAS permite expressamente que os Estados-Membros autorizem a estada do estrangeiro, caso o direito nacional não admita o afastamento. Esta disposição pressupõe necessariamente que os Estados-Membros possam prever excepções ao afastamento, não contendo, porém, qualquer restrição à liberdade de conformação dos Estados-Membros na definição dessas excepções. Com efeito, não se pode admitir a existência de qualquer obrigação relativamente ao afastamento.

58. Além disso, o âmbito de aplicação limitado da disposição do artigo 23.º da CAAS opõe-se à sua consideração como norma imperativa relativa à expulsão ou ao afastamento. A referida disposição prevê apenas princípios básicos e padrões mínimos que, no

23 — Além disso, esta interpretação assegura igualmente que o artigo 11.º do Código das Fronteiras Schengen não cria regras especiais desnecessárias relativamente à Directiva 2008/115. Pelo contrário, futuramente, em caso de uma expulsão em virtude da presunção relativa ao desrespeito da duração da estada, deve igualmente ser tido em conta o disposto pela directiva.

essencial, carecem de conformação pelo direito nacional.

59. Esta situação é ilustrada, em particular, pela comparação do artigo 23.º da CAAS com a Directiva 2008/115, entretanto aprovada. Esta directiva contém disposições muito mais detalhadas sobre o tratamento de estrangeiros que se encontrem no espaço Schengen, apesar de não preencherem ou terem deixado de preencher as condições de estada. Apesar disso, o artigo 4.º da directiva deixa expressamente aos Estados-Membros a liberdade de optarem pela aplicação de disposições ainda mais favoráveis.

60. À inexistência de imperatividade do afastamento não se pode opor o interesse comum de todos os Estados-Membros Schengen em pôr termo à permanência irregular de nacionais de países terceiros. Pelo contrário, deve partir-se do princípio de que a remissão do artigo 23.º da CAAS para o direito nacional se baseia no elevado grau de confiança e de solidariedade entre os Estados-Membros. É isso que justifica igualmente, em outros domínios, o reconhecimento mútuo de decisões importantes [24] e milita contra a necessidade de uma obrigação comunitária de pôr termo à permanência irregular. Pelo contrário, deve considerar-se que, mesmo não existindo essa obrigação, os Estados-Membros tomam igualmente as medidas necessárias.

61. Além disso, não se afigura que a Espanha não satisfaça esta confiança. Com efeito, segundo as indicações fornecidas pelo Governo espanhol, a multa não está relacionada com qualquer tolerância à permanência irregular. Pelo contrário, o estrangeiro é obrigado por lei a partir no prazo de 15 dias. Caso isto não se verifique, é instaurado um novo processo para a aplicação de uma sanção devido à permanência continuada sem preencher as condições de estada. Uma vez que já tinha sido aplicada uma multa, esta circunstância dá origem ao procedimento de afastamento.

62. Por conseguinte, o artigo 23.º, n.º 3, da CAAS não se opõe a normas nacionais como as dos casos vertentes, segundo as quais a expulsão de um nacional de um país terceiro que se encontre na União Europeia sem um documento que autorize a sua entrada e/ou permanência, pode ser substituída pela aplicação de uma pena de multa.

24 — V. acórdãos de 11 de Fevereiro de 2003, Gözütok e Brügge (C-187/01 e C-385/01, Colect., p. I-1345, n.º 33), quanto ao reconhecimento mútuo de decisões em matéria penal como base do princípio *ne bis in idem* e de 3 de Maio de 2007, Advocaten voor de Wereld (C-303/05, Colect., p. I-3633, n.º 57), quanto à renúncia à dupla incriminação em caso de extradição.

V — Conclusão

63. Proponho por isso ao Tribunal de Justiça que decida da forma seguinte:

1. O artigo 6.º-B, n.º 3, da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen e o artigo 11.º, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 562/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março de 2006, que estabelece o código comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras, que tem o mesmo teor, não obrigam à expulsão de estrangeiros com base na presunção relativa ao não preenchimento das condições de estada prevista no artigo 6.º-B, n.º 1, da convenção de aplicação e no artigo 11.º, n.º 1, do regulamento.

2. O artigo 23.º, n.º 3, da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen não se opõe a normas nacionais como as dos casos vertentes, segundo as quais a expulsão de um nacional de um país terceiro que se encontre na União Europeia sem um documento que autorize a sua entrada e/ou permanência pode ser substituída pela aplicação de uma pena de multa.