Coletânea da Jurisprudência

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
MACIEJ SZPUNAR
apresentadas em 2 de fevereiro de 2016[1]

Processo C-47/15

Sélina Affum
contra
Préfet du Pas-de-Calais,
Procureur général de la cour d'appel de Douai

[pedido de decisão prejudicial apresentado pela Cour de cassation (Tribunal de Cassação, França)]

«Espaço de liberdade, segurança e justiça — Diretiva 2008/115/CE — Regresso de um nacional de um país terceiro em situação irregular — Entrada irregular — Situação de trânsito — Pena de prisão — Detenção»

I – **Introdução**

1. No âmbito do presente reenvio prejudicial da Cour de cassation (Tribunal de Cassação, França), o Tribunal de Justiça é novamente chamado a pronunciar-se sobre a compatibilidade com a Diretiva 2008/115/CE[2] de uma disposição de direito nacional que permite a aplicação de uma pena de prisão a um nacional de um país terceiro com fundamento apenas na irregularidade da sua situação.

2. O presente processo distingue-se dos processos anteriores relativos a esta questão[3] por duas particularidades. Em primeiro lugar, diz respeito a uma nacional de um país terceiro que entrou no território do Estado-Membro em causa apenas em trânsito e foi intercetada à saída desse Estado-Membro. Coloca-se então a questão de saber se se trata de uma permanência à luz da Diretiva 2008/115. Em segundo lugar, o Estado-Membro em questão não pretende emitir uma decisão de regresso nos termos do artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2008/11, mas entregar a nacional em causa às autoridades de outro Estado-Membro, ao abrigo de uma convenção celebrada antes da entrada em vigor da Diretiva 2008/115.

3. O presente processo dará oportunidade ao Tribunal de Justiça de recordar que a Diretiva 2008/115 é aplicável a qualquer nacional de país terceiro que se encontre em situação irregular, seja qual for o fundamento da irregularidade da sua permanência e o local da sua detenção, e que a aplicação de uma pena de prisão a um nacional de um país terceiro apenas é possível em situações muito específicas que não se verificam no caso em apreço.

1 — Língua original: francês.

2 — Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2008, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular (JO L 348, p. 98).

3 — V., acórdãos El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268), Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807) e Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640). V., igualmente, acórdão Sagor (C-430/11, EU:C:2012:777), que tinha como objeto, entre outros, a aplicação de uma pena de obrigação de permanência na habitação.

II – **Quadro jurídico**

A – *Direito da União*

1. Diretiva 2008/115

4. O objeto da Diretiva 2008/115 é descrito no seu artigo 1.º, da seguinte forma:

«A presente diretiva estabelece normas e procedimentos comuns a aplicar nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular, no respeito dos direitos fundamentais enquanto princípios gerais do direito comunitário e do direito internacional, nomeadamente os deveres em matéria de proteção dos refugiados e de direitos do Homem.»

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

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

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

a) Sejam objeto de recusa de entrada nos termos do artigo 13.º do Código das Fronteiras Schengen ou sejam detidos ou intercetados pelas autoridades competentes quando da passagem ilícita das fronteiras externas terrestres, marítimas ou aéreas de um Estado-Membro e não tenham posteriormente obtido autorização ou o direito de permanência nesse Estado-Membro;

b) Estejam obrigados a regressar por força de condenação penal ou em consequência desta, nos termos do direito interno, ou sejam objeto de processo de extradição.

[…]»

6. O artigo 3.º desta diretiva, com a epígrafe «Definições», enuncia:

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

[...]

2) 'Situação irregular', a presença, no território de um Estado-Membro, de um nacional de país terceiro que não preencha ou tenha deixado de preencher as condições de entrada previstas no artigo 5.º do Código das Fronteiras Schengen ou outras condições aplicáveis à entrada, permanência ou residência nesse Estado-Membro;

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

— ao país de origem, ou

— a um país de trânsito, ao abrigo de acordos de readmissão comunitários ou bilaterais ou de outras convenções, ou

— a outro país terceiro, para o qual a pessoa em causa decida regressar voluntariamente e no qual seja aceite;

4) ‘Decisão de regresso’, uma decisão ou ato administrativo ou judicial que estabeleça ou declare a situação irregular de um nacional de país terceiro e imponha ou declare o dever de regresso;

5) ‘Afastamento’, a execução do dever de regresso, ou seja, o transporte físico para fora do Estado-Membro;

[...]»

7. O artigo 4.º da referida diretiva, com a epígrafe «Disposições mais favoráveis», indica:

«1. A presente diretiva não prejudica a aplicação de disposições mais favoráveis constantes de:

a) Acordos bilaterais ou multilaterais entre a Comunidade ou a Comunidade e os seus Estados-Membros e um ou mais países terceiros;

b) Acordos bilaterais ou multilaterais entre um ou mais Estados-Membros e um ou mais países terceiros.

[…]

4. No que diz respeito aos nacionais de países terceiros excluídos do âmbito de aplicação da presente diretiva por força da alínea a) do n.º 2 do artigo 2.º, os Estados-Membros devem:

a) Assegurar que o seu tratamento e nível de proteção não sejam menos favoráveis do que os previstos nos n.os 4 e 5 do artigo 8.º (restrições à utilização de medidas coercivas), na alínea a) do n.º 2 do artigo 9.º (adiamento do afastamento), nas alíneas b) e d) do n.º 1 do artigo 14.º (cuidados de saúde urgentes e tomada em consideração das necessidades das pessoas vulneráveis) e nos artigos 16.° e 17.° (condições de detenção), e

b) Respeitar o princípio da não-repulsão.»

8. Os artigos 6.° a 8.° da Diretiva 2008/115 enunciam:

«Artigo 6.º

Decisão de regresso

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

[…]

3. Os Estados-Membros podem abster-se de emitir a decisão de regresso em relação a nacionais de países terceiros que se encontrem em situação irregular no seu território e sejam aceites por outros Estados-Membros ao abrigo de acordos ou convenções bilaterais existentes à data da entrada em vigor da presente diretiva. Nesse caso, os Estados-Membros que aceitarem os nacionais de países terceiros em causa devem aplicar o n.º 1.

[...]

Artigo 7.º

Partida voluntária

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

[...]

Artigo 8.º

Afastamento

1. Os 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

[…]»

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

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

a) Houver risco de fuga; ou

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

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

[...]»

2. CAAS e Código das Fronteiras Schengen

10. A Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, de 14 de junho de 1985, entre os Governos dos Estados da União Económica Benelux, da República Federal da Alemanha e da República Francesa, relativo à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns (JO 2000, L 239, p. 19), assinada em Schengen em 19 de junho de 1990 (a seguir «CAAS»), faz parte do acervo de Schengen.

11. O capítulo 4 do título II da CAAS, com a epígrafe «Condições de circulação dos estrangeiros», estabelece, nos seus artigos 19.º, n.os 1 e 2, 20.º, n.º 1, e 21.º, n.os 1 e 2, as condições nas quais os estrangeiros titulares de um visto uniforme ou de um visto emitido por uma das partes contratantes, os estrangeiros não submetidos à obrigação de visto e os estrangeiros detentores de um título de residência ou de uma autorização provisória de residência, emitidos por uma dessas partes, podem circular livremente no território das partes contratantes. Estas disposições referem-se, nomeadamente, a determinadas condições de entrada estabelecidas no artigo 5.º, n.º 1, da CAAS.

12. O Regulamento (CE) n.º 562/2006[4] consolidou e desenvolveu o acervo de Schengen.

13. Nos termos do considerando 27 do Código das Fronteiras Schengen, este «constitui um desenvolvimento das disposições do acervo de Schengen em que o Reino Unido [da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte] não participa […], pelo que o Reino Unido não participa na sua aprovação e não fica a ele vinculado nem sujeito à sua aplicação».

14. De acordo com o artigo 1.º deste Código, este «prevê a ausência de controlo de pessoas na passagem das fronteiras internas entre os Estados-Membros da União Europeia» e «estabelece as normas aplicáveis ao controlo de pessoas na passagem das fronteiras externas dos Estados-Membros da União Europeia».

15. O artigo 2.º, pontos 1 e 2, do mesmo Código contém as seguintes definições:

«1) 'Fronteiras internas':

a) As fronteiras comuns terrestres, incluindo as fronteiras fluviais e lacustres, dos Estados-Membros;

b) Os aeroportos dos Estados-Membros, no que respeita aos voos internos;

c) Os portos marítimos, fluviais e lacustres dos Estados-Membros no que diz respeito às ligações regulares por ferry;

2) 'fronteiras externas', as fronteiras terrestres, inclusive as fronteiras fluviais e as lacustres, as fronteiras marítimas, bem como os aeroportos, portos fluviais, portos marítimos e portos lacustres dos Estados-Membros, desde que não sejam fronteiras internas».

16. O capítulo I do título II do Código das Fronteiras Schengen, com a epígrafe «Passagem das fronteiras externas e condições de entrada», dispõe, nos seus artigos 4.° e 5.°:

«Artigo 4.º

Passagem das fronteiras externas

1. As fronteiras externas só podem ser transpostas nos pontos de passagem de fronteira e durante as horas de abertura fixadas. As horas de abertura devem ser indicadas claramente nos pontos de passagem de fronteira que não estejam abertos 24 horas por dia.

[…]

3. Sem prejuízo das exceções previstas no n.º 2 e das suas obrigações em matéria de proteção internacional, os Estados-Membros instauram sanções, nos termos do respetivo direito nacional, no caso de passagem não autorizada das fronteiras externas fora dos pontos de passagem de fronteira e das horas de abertura fixadas. Essas sanções devem ser efetivas, proporcionadas e dissuasivas.

4 — Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2006, que estabelece o código comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (Código das Fronteiras Schengen) (JO L 105, p. 1), alterado pelo Regulamento (UE) n.º 265/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de março de 2010 (JO L 85, p. 1; a seguir «Código das Fronteiras Schengen»).

Artigo 5.º

Condições de entrada para os nacionais de países terceiros

1. Para uma estada que não exceda três meses num período de seis meses, são as seguintes as condições de entrada para os nacionais de países terceiros:

a) Estar na posse de um documento ou documentos de viagem válidos que permitam a passagem da fronteira;

b) Estar na posse de um visto válido, se tal for exigido […], exceto se for detentor de um título de residência válido;

c) Justificar o objetivo e as condições da estada prevista e dispor de meios de subsistência suficientes, tanto para a duração dessa estada como para o regresso ao país de origem ou para o trânsito para um país terceiro em que a sua admissão esteja garantida, ou estar em condições de obter licitamente esses meios;

d) Não estar indicado no [Sistema de Informação Schengen (SIS)] para efeitos de não admissão;

e) Não ser considerado suscetível de perturbar a ordem pública, a segurança interna, a saúde pública ou as relações internacionais de qualquer Estado-Membro […]

[…]

4. Não obstante o n.º 1:

a) O nacional de um país terceiro que não preencha todas as condições estabelecidas no n.º 1 mas possua um título de residência, um visto de longa duração ou um visto de regresso emitido por um Estado-Membro, ou, caso tal seja exigido, um título de residência ou um visto de longa duração e um visto de regresso, deve ser autorizado a entrar nos territórios dos demais Estados-Membros para efeitos de trânsito por forma a poder alcançar o território do Estado-Membro que lhe emitiu o título de residência, o visto de longa duração ou o visto de regresso […];

[…]

c) O nacional de país terceiro que não preencha uma ou várias das condições estabelecidas no n.º 1 pode ser autorizado por um Estado-Membro a entrar no seu território por motivos humanitários ou de interesse nacional, ou ainda devido a obrigações internacionais. […]»

17. O capítulo II do título II do Código das Fronteiras Schengen, com a epígrafe «Controlo das fronteiras externas e recusa de entrada», dispõe, no seu artigo 7.º, relativo aos controlos de fronteira sobre as pessoas:

«Artigo 7.º

Controlos de fronteira sobre as pessoas

1. A passagem das fronteiras externas é submetida a controlos por guardas de fronteira. Os controlos são efetuados em conformidade com o presente capítulo.

[…]

3. À entrada e à saída, os nacionais de países terceiros são submetidos a um controlo pormenorizado.

a) À entrada, o controlo pormenorizado compreende a verificação das condições de entrada fixadas no n.º 1 do artigo 5.º, e, se for caso disso, dos documentos que autorizam a residência e o exercício de uma atividade profissional. Esta verificação inclui uma análise pormenorizada, que compreende os seguintes aspetos:

[…]

b) À saída, o controlo pormenorizado compreende o seguinte:

   i) verificação de que o nacional de país terceiro está na posse de um documento válido para passar a fronteira;

   ii) verificação do documento de viagem apresentado, para detetar indícios de falsificação ou de contrafação;

   iii) sempre que possível, verificação de que o nacional de país terceiro não é considerado uma ameaça para a ordem pública, a segurança interna ou as relações internacionais de um dos Estados-Membros.

c) Além do controlo referido na alínea b), o controlo pormenorizado à saída pode ainda compreender o seguinte:

   i) verificação de que a pessoa possui um visto válido, se tal for exigido […], exceto se possuir um título de residência válido;

   ii) verificação de que a pessoa não excedeu o período máximo autorizado para a sua estada no território dos Estados-Membros;

   iii) consulta das indicações relativas a pessoas e objetos constantes do SIS e das informações constantes das bases de dados nacionais.

[…]»

18. De acordo com o artigo 20.º deste Código, constante do seu capítulo I do título III, com a epígrafe «Supressão do controlo fronteiriço nas fronteiras internas», as «fronteiras internas podem ser transpostas em qualquer local sem que se proceda ao controlo das pessoas, independentemente da sua nacionalidade».

19. Nos termos do artigo 39.º, n.º 1, do Código das Fronteiras Schengen, que integra o título IV, com a epígrafe «Disposições finais», os artigos 2.° a 8.° da CAAS foram revogados com efeitos a partir de 13 de outubro de 2006. As condições de entrada, nomeadamente, que antes constavam do artigo 5.º, n.º 1, da CAAS, foram assim substituídas pelas estabelecidas no artigo 5.º deste Código.

B – *Regulamentação francesa*

1. Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Código de Entrada e Permanência dos Estrangeiros e do Direito de Asilo)

20. O artigo L. 621-2 do Código de Entrada e Permanência dos Estrangeiros e do Direito de Asilo, conforme alterado pela loi n.º 2012-1560, du 31 décembre 2012, relative à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées (Lei n.º 2012-1560, de 31 de dezembro de 2012, relativa à retenção para verificação do direito de permanência, que altera o delito de auxílio à permanência irregular com o fim de excluir as ações humanitárias e desinteressadas) (JORF, de 1 de janeiro de 2013, p. 48, a seguir «CESEDA»), dispõe:

«É punido com pena de prisão de um ano e com multa de 3 750 euros o estrangeiro que, não sendo nacional de um Estado-Membro da União Europeia:

1° Tenha entrado no território metropolitano sem preencher as condições referidas nas alíneas a), b), ou c), do n.º 1 do artigo 5.º do [Código das Fronteiras Schengen] e sem ter sido autorizado a entrar no território nos termos das alíneas a) e c) do n.º 4 do artigo 5.º desse [Código]; o mesmo se verifica quando o estrangeiro esteja indicado para efeitos de não admissão em aplicação de uma decisão executória de outro Estado parte na [CAAS];

2° Ou, vindo diretamente do território de um Estado parte na [CAAS], tenha entrado no território metropolitano sem respeitar o disposto nos seus artigos 19.°, n.os 1 ou 2, 20.°, n.º 1, e 21.°, n.os 1 ou 2, com exceção das condições referidas na alínea e) do n.º 1 do artigo 5.º do [Código das Fronteiras Schengen] e na alínea d), quando a indicação para efeitos de não admissão não resulte de uma decisão executória de outro Estado parte na [CAAS]»;

[…]

Para efeitos do presente artigo, a ação penal só pode ser exercida quando os factos tenham sido verificados nas circunstâncias previstas no artigo 53.º do code de procédure pénale [(Código de Processo Penal)].»

2. Código de Processo Penal

21. O Código de Processo Penal, na versão em vigor à data dos factos no processo principal, dispõe, no seu artigo 53.º:

«É flagrante delito o crime ou delito que esteja a ser cometido ou que tenha acabado de ser cometido. Reputa-se também flagrante delito o caso em que o agente for, logo após o crime, perseguido por qualquer pessoa ou encontrado com objetos ou apresente vestígios ou indícios, que mostrem que acabou de o cometer ou nele participar.

Na sequência da verificação de flagrante delito, o inquérito, levado a cabo sob a fiscalização do procurador da República nas condições previstas no presente capítulo, pode ser prosseguido, sem interrupções, durante oito dias.

[…]»

22. O artigo 62.º-2 do Código de Processo Penal enuncia:

«A detenção é uma medida coerciva decidida pela autoridade judiciária ou entidade policial, sob a fiscalização da autoridade judiciária, pela qual uma pessoa de quem haja uma ou várias razões plausíveis para suspeitar que praticou ou tentou praticar um crime ou um delito punido com pena de prisão é mantida à disposição dos investigadores.

[…]»

III – **Factos no processo principal, tramitação do processo no Tribunal de Justiça e questões prejudiciais**

23. Em 22 de março de 2013, S. Affum, de nacionalidade ganesa, foi objeto de um controlo por agentes da polícia francesa em Coquelles (França), ponto de entrada do túnel do Canal da Mancha, quando se encontrava a bordo de um autocarro proveniente de Gent (Bélgica) e com destino a Londres (Reino Unido).

24. Após ter apresentado um passaporte belga que continha a fotografia e o nome de outra pessoa, e não possuindo nenhum outro documento de identidade ou de viagem em seu nome, foi detida por entrada irregular no território francês, ao abrigo do artigo L. 621-2, 2.°, do CESEDA.

25. No dia seguinte, o procureur de la République (Procurador da República) no tribunal de grande instance de Boulogne-sur-Mer (Tribunal de Primeira Instância de Boulogne-sur-Mer) decidiu arquivar o processo penal contra S. Affum. Consequentemente, nesse mesmo dia, foi posto termo à medida de detenção a que esta estava sujeita.

26. Contudo, paralelamente ao processo penal de que S. Affum foi objeto, o préfet du Pas-de-Calais (Prefeito) apreciou a situação administrativa de S. Affum para tomar uma decisão quanto ao seu eventual afastamento do território francês.

27. Por despacho de 23 de março de 2013, decidiu que S. Affum fosse entregue às autoridades belgas, tendo em vista a sua readmissão, ao abrigo da convenção celebrada entre o Governo da República Francesa, por um lado, e os Governos do Reino da Bélgica, do Grão-Ducado do Luxemburgo e do Reino dos Países Baixos, por outro, relativa à tomada a cargo de pessoas nas fronteiras comuns entre a França e o território dos Estados do Benelux, assinada em Paris, em 16 de abril de 1964.

28. No mesmo despacho, o préfet du Pas-de-Calais ordenou a retenção administrativa de S. Affum em instalações que não pertencem à administração prisional, por um período de cinco dias a contar do termo da sua detenção, enquanto se aguardava pelo seu afastamento. Em execução desse despacho, S. Affum foi então colocada em detenção administrativa em 23 de março de 2013, por um período de cinco dias, tendo em vista a sua entrega às autoridades belgas.

29. Em 27 de março de 2013, o préfet du Pas-de-Calais solicitou ao juge des libertés et de la détention (juiz competente em matéria de liberdades e de detenção) do Tribunal de grande instance de Lille (Tribunal de Primeira Instância de Lille) a prorrogação dessa detenção, enquanto se aguardava pela resposta das autoridades belgas ao seu pedido de readmissão.

30. Em sua defesa, S. Affum alegou, invocando nomeadamente o acórdão Achughbabian [5], que o pedido do préfet du Pas-de-Calais devia ser indeferido, uma vez que a sua detenção tinha sido irregular e que tal irregularidade viciava, de acordo com o direito nacional, todo o procedimento e acarretava a recusa da prorrogação da retenção e a libertação da pessoa em causa.

5 — C-329/11, EU:C:2011:807.

31. Por despacho de 28 de março de 2013, o juge des libertés et de la détention do Tribunal de grande instance de Lille (Tribunal de Primeira Instância de Lille) considerou, contudo, que a detenção de S. Affum era regular e que a sua retenção administrativa tinha, por isso, ocorrido na sequência de um procedimento regular. Consequentemente, deferiu o pedido do préfet du Pas-de-Calais e ordenou a prorrogação da retenção administrativa de S. Affum por um período máximo de 20 dias a contar desse mesmo dia.

32. Chamado a apreciar o recurso interposto por S. Affum, o primeiro presidente da cour d'appel de Douai (Tribunal de Recurso de Douai, França) confirmou o despacho do juge des libertés et de la détention do tribunal de grande instance de Lille (Tribunal de Primeira Instância de Lille), por despacho de 29 de março de 2013.

33. Chamado a apreciar o recurso de cassação interposto por S. Affum contra este despacho, a Cour de cassation (Tribunal de Cassação) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Deve o artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2008/115/CE ser interpretado no sentido de que um nacional de um Estado terceiro se encontra em situação irregular no território de um Estado-Membro e está, assim, abrangido pelo âmbito de aplicação desta diretiva, por força do seu artigo 2.º, n.º 1, quando esse estrangeiro se encontra numa situação de simples trânsito, enquanto passageiro de um autocarro que circula no território desse Estado-Membro, proveniente de outro Estado-Membro que faz parte do espaço Schengen, e com destino a um Estado-Membro diferente?

2) Deve o artigo 6.º, n.º 3, da Diretiva 2008/115/CE ser interpretado no sentido de que esta não se opõe a uma regulamentação nacional que pune com pena de prisão a entrada irregular de um nacional de um Estado terceiro, quando o estrangeiro em causa é suscetível de ser aceite por outro Estado-Membro, em aplicação de um acordo ou convenção celebrado com este último antes da entrada em vigor da [referida] diretiva?

3) Em função da resposta que seja dada à questão anterior, deve a Diretiva 2008/115/CE ser interpretada no sentido de que se opõe a uma regulamentação nacional que pune com pena de prisão a entrada irregular de um nacional de um Estado terceiro, segundo as mesmas condições estabelecidas pelo [Tribunal de Justiça] no acórdão [Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807)], em matéria de permanência irregular, as quais se prendem com a falta de sujeição prévia do interessado às medidas coercivas previstas no artigo 8.º da [referida] diretiva e à duração da sua [retenção]?»

34. Foram apresentadas observações por S. Affum e pelos Governos francês, checo, grego, húngaro e suíço, bem como pela Comissão Europeia. Na audiência de 10 de novembro de 2015, foi ouvida S. Affum, os Governos francês e grego e a Comissão.

IV – **Análise**

35. Através das suas três questões, que devem ser tratadas conjuntamente, o órgão jurisdicional de reenvio pretende saber, em substância, se a Diretiva 2008/115 se opõe a uma regulamentação de um Estado-Membro que pune com pena de prisão a entrada irregular de um nacional de país terceiro quando essa pessoa tenha sido intercetada ao sair do espaço Schengen [6] numa fronteira externa desse Estado-Membro, em situação de trânsito proveniente de outro Estado-Membro, e seja suscetível de ser aceite por esse outro Estado-Membro em aplicação de uma convenção celebrada com este antes da entrada em vigor da Diretiva 2008/115.

36. Para responder de forma útil às questões submetidas, importa, antes de mais, expor sucintamente o sistema instituído pela Diretiva 2008/115, por um lado, e pelo Código das Fronteiras Schengen, por outro, analisando simultaneamente a linha de demarcação entre estes dois instrumentos, em seguida, fazer uma breve resenha da jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à privação de liberdade de uma pessoa em situações diferentes das previstas na Diretiva 2008/115 e, por último, analisar a regulamentação nacional em causa.

A – *Diretiva 2008/115 e respetivo âmbito de aplicação*

37. A Diretiva 2008/115 tem como objeto, como dispõe o seu artigo 1.º, estabelecer normas e procedimentos comuns a aplicar nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular, no respeito pelos direitos fundamentais e pelo direito internacional. Resulta do seu considerando 4 que esta diretiva visa estabelecer normas claras, transparentes e justas para uma política de regresso eficaz, enquanto elemento necessário de uma política de migração bem gerida. A Diretiva 2008/115 foi adotada ao abrigo do antigo artigo 63.º, primeiro parágrafo, ponto 3, alínea b), CE [7], de acordo com o procedimento de codecisão nos termos do artigo 251.º CE [8]. De facto, trata-se do primeiro instrumento jurídico em matéria de imigração adotado de acordo com esse procedimento [9].

38. O âmbito de aplicação *ratione personae* da Diretiva 2008/115, tal como definido no seu artigo 2.º, é muito amplo. Por força do n.º 1 desta disposição, a Diretiva 2008/115 é aplicável aos nacionais de países terceiros em situação irregular no território de um Estado-Membro. Constitui uma situação irregular a presença, no território de um Estado-Membro, de um nacional de um país terceiro que não preencha ou tenha deixado de preencher as condições de entrada previstas no artigo 5.º do Código das Fronteiras Schengen ou outras condições aplicáveis à entrada, permanência ou residência nesse Estado-Membro [10].

39. No que se refere unicamente à situação irregular, o artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva 2008/115 não distingue entre entrada irregular e situação irregular.

6 — Ainda que a expressão «espaço Schengen» não seja utilizada no Código das Fronteiras Schengen, tornou-se uma expressão corrente para referir os Estados-Membros que fazem parte deste Código. Neste contexto, observo que o próprio Tribunal de Justiça utiliza esta expressão. V., a título de exemplo, acórdãos ANAFE (C-606/10, EU:C:2012:348, em vários números e no dispositivo), Air Baltic Corporation (C-575/12, EU:C:2014:2155, n.º 67) e T. (C-373/13, EU:C:2015:413, n.º 52).

7 — Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, este artigo passou a ser o artigo 79.º, n.º 2, alínea c), TFUE.

8 — Este procedimento passou a ser aplicável na sequência da adoção da Decisão 2004/927/CE do Conselho, de 22 de dezembro de 2004, que torna aplicável o processo previsto no artigo 251.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia a certos domínios abrangidos pelo Título IV da Parte III desse Tratado (JO L 396, p. 45).

9 — V. Baldaccini, A., «The return and removal of irregular migrants under EU law: an analysis of the Return Diretiva», *European Journal of Migration and Law*, 2001, pp. 1 a 17, em especial p. 1.

10 — V. artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2008/115.

40. Nos termos do artigo 2.º, n.º 2, da Diretiva 2008/115, os Estados-Membros têm a faculdade de não aplicar esta diretiva em determinadas situações bem definidas. De facto, nos termos do artigo 2.º, n.º 2, alínea a), desta diretiva, um Estado-Membro pode decidir não aplicar a Diretiva 2008/115 aos nacionais de países terceiros que sejam objeto de recusa de entrada nos termos do artigo 13.º do Código das Fronteiras Schengen ou sejam detidos ou intercetados pelas autoridades competentes quando da passagem ilícita da fronteira externa de um Estado-Membro e não tenham posteriormente obtido autorização ou o direito de permanência nesse Estado-Membro.

41. De acordo com os termos da disposição acima referida, uma interceção deve ocorrer quando da passagem ilícita da fronteira externa, o que implica, na minha opinião, a existência de um nexo temporal e espacial estreito com a passagem da fronteira.

42. A própria Diretiva 2008/115 não contém uma definição das expressões «fronteira interna» ou «fronteira externa». Contudo, na medida em que refere várias vezes o Código das Fronteiras Schengen, parece-me claro que a definição dada por este Código é aplicável. Assim, resulta do artigo 2.º, n.ºs 1, alínea a), e 2, do Código das Fronteiras Schengen que constituem «fronteiras internas» as fronteiras comuns terrestres [11] dos Estados-Membros e que constituem «fronteiras externas» as fronteiras terrestres [12] e as fronteiras marítimas [13] dos Estados-Membros, desde que não sejam fronteiras internas. Evidentemente, a expressão «Estados-Membros» inclui apenas os Estados-Membros da União que participam no acervo de Schengen, bem como os Estados terceiros que nele participam [14].

43. A Diretiva 2008/115 é aplicável apenas aos Estados que fazem parte do espaço Schengen. De acordo com o artigo 21.º da Diretiva 2008/115, esta substitui as disposições dos artigos 23.° e 24.° da CAAS. No que diz respeito mais especificamente ao Reino Unido, o considerando 26 da Diretiva 2008/115 esclarece que este «não participa na aprovação da presente diretiva e não fica a ela vinculado nem sujeito à sua aplicação».

B – *Código das Fronteiras Schengen*

44. O Código das Fronteiras Schengen estabelece um regime de passagem de pessoas nas fronteiras.

45. As condições de passagem de fronteiras externas e os controlos destinados a verificar o seu cumprimento são definidos no título II do Código das Fronteiras Schengen [15]. Estes controlos incluem, por um lado, as verificações nos pontos de passagem de fronteira designados pelos Estados-Membros e, por outro, a vigilância entre estes pontos de passagem.

46. Em contrapartida, a Diretiva 2008/115 é aplicável sempre que uma pessoa tenha entrado ilegalmente no espaço Schengen e que essa pessoa não tenha o direito de aí permanecer.

11 — Incluindo fluviais e lacustres.

12 — Incluindo fluviais e lacustres.

13 — Bem como os seus aeroportos, portos fluviais, portos marítimos e portos lacustres.

14 — V. considerandos 21 a 28 do Código das Fronteiras Schengen.

15 — Artigos 4.° a 19.°-A do Código das Fronteiras Schengen. Este título está subdividido em cinco capítulos, designadamente: Passagem das fronteiras externas e condições de entrada (capítulo I), Controlo das fronteiras externas e recusa de entrada (capítulo II), Recursos humanos e meios destinados ao controlo fronteiriço e cooperação entre Estados-Membros (capítulo III), Regras específicas dos controlos de fronteira (capítulo IV) e Medidas específicas em caso de deficiências graves relacionadas com o controlo nas fronteiras externas (capítulo IV-A).

47. Atualmente [16], o Código das Fronteiras Schengen estabelece expressamente a ligação entre o referido Código e a Diretiva 2008/115. De facto, de acordo com o artigo 12.º, n.º 1, segunda frase, deste Código, quem atravessar ilegalmente uma fronteira e não tiver direito de residir no território do Estado-Membro em questão deve ser detido e ficar sujeito a procedimento por força da Diretiva 2008/115.

C – *Privação de liberdade à luz da Diretiva 2008/115*

48. Por força do capítulo IV da Diretiva 2008/115, com a epígrafe «Detenção para efeitos de afastamento», só pode recorrer-se à detenção como *ultima ratio*, apenas na medida em que tal seja estritamente necessário e enquanto se aguarda o afastamento [17]. A razão de ser subjacente a estas disposições relativas à detenção é que apenas os procedimentos de regresso e de afastamento justificam a privação de liberdade e que, se estes procedimentos não forem executados com a devida diligência, a detenção deixa de se justificar à luz dessas disposições [18]. A detenção para efeitos de afastamento não tem nem caráter punitivo nem caráter penal e não constitui uma pena de prisão [19]. Além disso, o artigo 15.º, n.º 1, da Diretiva 2008/115 deve ser interpretado de forma restrita, dado que a detenção a título coercivo, enquanto privação de liberdade, constitui uma exceção ao direito fundamental à liberdade individual [20].

49. No que diz respeito à retenção ou à prisão fora das situações previstas na Diretiva 2008/115, esta não contém nenhuma disposição relativa à possibilidade de os Estados-Membros recorrerem à retenção ou à prisão enquanto sanção penal relacionada com uma situação irregular. Na minha opinião, o motivo é evidente: não é concebível a aplicação de tal sanção se o objetivo da Diretiva 2008/115 é prever o regresso rápido de nacionais de Estados terceiros em situação irregular. Qualquer medida de retenção ou pena de prisão que não seja aplicada no âmbito de um procedimento de regresso atrasará definitivamente esse procedimento.

50. No processo que deu origem ao acórdão El Dridi [21], foi pedido ao Tribunal de Justiça que se pronunciasse sobre se a Diretiva 2008/115 se opunha a uma regulamentação de um Estado-Membro, como a regulamentação italiana em causa no processo principal, que determinava a aplicação de uma pena de prisão a um nacional de um Estado terceiro em situação irregular apenas por este ter permanecido, sem motivo justificado, no território desse Estado-Membro em violação de uma ordem de deixar o referido território num prazo determinado. O Tribunal de Justiça declarou que a Diretiva 2008/115, nomeadamente os seus artigos 15.° e 16.°, se opunham, de facto, a tal regulamentação [22].

16 — Há que assinalar que, alguns meses após a ocorrência dos factos do litígio no processo principal, o artigo 12.º, n.º 1, do Código das Fronteiras Schengen foi alterado precisamente para clarificar a ligação com a Diretiva 2008/115. V., artigo 1.º, n.º 11, do Regulamento (UE) n.º 610/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, que altera o Regulamento (CE) n.º 562/2006, a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, os Regulamentos (CE) n.º 1683/95 e (CE) n.º 539/2001 do Conselho e os Regulamentos (CE) n.º 767/2008 e (CE) n.º 810/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho (JO L 182, p. 1).

17 — Artigos 15.° a 18.° da Diretiva 2008/115.

18 — V., para mais pormenores, n.ºs 46 a 55 da tomada de posição que apresentei no processo Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936).

19 — V. n.º 47 da tomada de posição que apresentei no processo Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936). V., igualmente, n.º 35 da tomada de posição do advogado-geral J. Mazák no processo El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:205), n.º 54 da tomada de posição do advogado-geral M. Wathelet no processo G. e R. (C-383/13 PPU, EU:C:2013:553) e n.º 91 das conclusões do advogado-geral Y. Bot nos processos apensos Bero e Bouzalmate (C-473/13 e C-514/13, EU:C:2014:295).

20 — V., n.º 47 da tomada de posição que apresentei no processo Mahdi (C-146/14 PPU, EU:C:2014:1936). No que diz respeito ao artigo 5.º, n.º 1, alínea f), 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»), o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pronuncia-se no mesmo sentido (v., nomeadamente, TEDH, Quinn c. França, 22 de março de 1995, série A, n.º 311, § 42, e TEDH, Kaya c. Roménia n.º 33970/05, § 16, 12 de outubro de 2006).

21 — C-61/11 PPU, EU:C:2011:268.

22 — Acórdão El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, n.º 62 e dispositivo).

51. No processo que deu origem ao acórdão Achughbabian [23], o Tribunal de Justiça foi novamente convidado a determinar se a Diretiva 2008/115 se opunha a uma regulamentação nacional, como a regulamentação francesa em causa no processo principal [24], que previa a aplicação de uma pena de prisão a um nacional de um Estado terceiro com fundamento apenas na irregularidade da sua entrada ou da sua permanência no território francês. Uma vez mais, o Tribunal de Justiça declarou que a Diretiva 2008/115 se opunha a tal regulamentação «na medida em que essa regulamentação permite a prisão de um nacional de um país terceiro que, permanecendo em situação irregular no território do referido Estado-Membro e não estando na disposição de deixar esse território voluntariamente, não foi sujeito às medidas coercivas referidas no artigo 8.º desta diretiva e em relação ao qual, em caso de detenção com vista a preparar e a realizar o seu afastamento, não expirou o período de duração máxima dessa detenção» [25]. A situação de A. Achughbabian no processo principal correspondia a este enquadramento.

52. De acordo com o raciocínio seguido pelo Tribunal de Justiça nestes dois processos, a prisão podia comprometer o objetivo da Diretiva 2008/115 e era suscetível de frustrar a aplicação das medidas previstas no artigo 8.º, n.º 1, desta diretiva e de atrasar a execução da decisão de regresso [26].

53. Todavia, no acórdão Achughbabian [27], o Tribunal de Justiça acrescentou que a Diretiva 2008/115 não se opunha a uma regulamentação de um Estado-Membro que preveja sanções penais para a permanência em situação irregular «na medida em que esta permite a prisão de um nacional de um país terceiro ao qual foi aplicado o procedimento de regresso instituído pela [Diretiva 2008/115] e que permanece em situação irregular no referido território, sem motivo justificado para o não regresso» [28].

54. Em seguida, no acórdão Sagor [29], o Tribunal de Justiça afirmou que uma pena de obrigação de permanência na habitação, pronunciada e executada no decurso do procedimento de regresso, «pode atrasar e, assim, impedir as medidas, como a condução à fronteira e o regresso forçado por via aérea, que, elas sim, contribuem para a realização do afastamento». Em contrapartida, no que diz respeito aos processos penais que conduzam à aplicação de uma multa, o Tribunal de Justiça declarou que a aplicação de tal multa não é suscetível de impedir o procedimento de regresso estabelecido na Diretiva 2008/115 [30]. Acrescentou que «a aplicação de uma sanção pecuniária não impede de modo algum que uma decisão de regresso seja adotada e aplicada em plena conformidade com os requisitos enunciados nos artigos 6.° a 8.° da Diretiva 2008/115, nem infringe as normas comuns em matéria de privação de liberdade enunciadas nos artigos 15.° e 16.° desta diretiva» [31].

55. Por último, no processo que deu origem ao acórdão Celaj [32], no qual a República italiana pretendia aplicar sanções penais a um nacional de um país terceiro em situação irregular, ao qual tinham sido aplicadas as normas e os procedimentos comuns estabelecidos pela Diretiva 2008/115 para pôr fim à sua primeira permanência irregular no território de um Estado-Membro, e que tinha entrado de novo no território desse Estado-Membro em violação de uma proibição de entrada, o Tribunal de Justiça considerou que «as circunstâncias do processo principal [se] distingu[ia]m claramente das que est[avam] em causa nos processos que deram origem aos acórdãos El Dridi [(C-61/11 PPU,

23 — C-329/11, EU:C:2011:807.

24 — Antigo artigo 621.°-1 do CESEDA.

25 — Acórdão Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, n.º 50 e primeiro travessão do dispositivo).

26 — V., acórdãos El Dridi (C-61/11 PPU, EU:C:2011:268, n.º 59) e Achughbabian (C-329/11, EU:C:2011:807, n.º 45). Para uma análise das consequências destes dois processos para o legislador nacional em matéria penal, v. Mitsilegas, V., *The Criminalisation of Migration in Europe*, Springer, 2015, pp. 57 a 76.

27 — C-329/11, EU:C:2011:807.

28 — N.ºs 48 e 50 e segundo travessão do dispositivo. Na minha opinião, embora faça igualmente parte do dispositivo do acórdão, esta passagem apresenta claramente o caráter de um *obiter dictum*, dado que não apresenta qualquer nexo com os factos do processo em causa e refere-se a uma situação hipotética.

29 — C-430/11, EU:C:2012:777, n.º 45.

30 — N.º 36.

31 — N.º 36.

32 — C-290/14, EU:C:2015:640.

EU:C:2011:268)] […] e Achughbabian [(C-329/11, EU:C:2011:807)]» [33] e que a Diretiva 2008/115, «em princípio, não se op[unha] à regulamentação de um Estado-Membro que prevê a aplicação de uma pena de prisão a um nacional de um país terceiro em situação irregular que, após ter regressado ao seu país de origem no âmbito de um procedimento de regresso anterior, entre de novo irregularmente no território desse Estado em violação de uma proibição de entrada» [34].

56. Em síntese, a jurisprudência do Tribunal de Justiça admite duas situações nas quais a Diretiva 2008/115 não se opõe à aplicação de uma pena de prisão a um nacional de um país terceiro com fundamento na irregularidade da sua permanência, designadamente quando tenha sido aplicado o procedimento de regresso instituído pela diretiva 2008/115 e o nacional permaneça em situação irregular no referido território, sem motivo justificado para o não regresso (situação «Achughbabian»), e quando o procedimento de regresso tenha sido aplicado e a pessoa em causa entre de novo no território desse Estado-Membro em violação de uma proibição de entrada (situação «Celaj»).

57. O caso de S. Affum não se enquadra em nenhuma destas situações, uma vez que não lhe foi aplicado nenhum procedimento de regresso (situação «Achughbabian») e não se tratou de qualquer nova entrada no território francês (situação «Celaj»).

58. Todavia, as autoridades francesas consideram que é possível aplicar-lhe uma pena de prisão pela sua entrada irregular em França.

D – *Entrada irregular à luz da Diretiva 2008/115*

1. Regulamentação francesa

59. Na sequência do acórdão Achughbabian do Tribunal de Justiça [35] e do acórdão Mallah c. França do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem [36], o Governo francês, através da Lei n.º 2012-1560 [37], adaptou o seu regime relativo ao afastamento de estrangeiros em situação irregular. Entre outros aspetos, alterou a sua legislação a fim de revogar o delito de permanência ilegal e instaurar o procedimento de retenção de estrangeiros para verificação do seu direito de permanência. Contudo, as autoridades francesas mantiveram o delito de entrada irregular em caso de passagem irregular das fronteiras externas (artigo L. 621-2, 1.°, do CESEDA) e em caso de circulação de um nacional de país terceiro em violação das condições de circulação de estrangeiros fixadas na CAAS (artigo L. 621-2, 2.°, do CESEDA).

60. Na exposição de motivos do projeto de lei, as autoridades francesas consideram que «as regras relativas à passagem das fronteiras externas e à circulação de nacionais de países terceiros entre Estados-Membros não estão abrangidas pelo âmbito de aplicação da Diretiva [2008/115]» [38].

33 — Acórdão Celaj (C-290/14, EU:C:2015:640, n.º 28).

34 — N.º 33 e dispositivo.

35 — C-329/11, EU:C:2011:807.

36 — V. TEDH, Mallah c. França, de 10 de novembro de 2011. Neste processo, um nacional marroquino, condenado por ter hospedado o seu genro, compatriota em situação irregular, tinha alegado que a sua condenação constituía, atendendo às circunstâncias do caso concreto, uma ingerência desproporcionada no exercício do direito ao respeito pela vida privada e familiar na aceção do artigo 8.º da CEDH. Foi apenas porque o interessado tinha sido dispensado do cumprimento da pena que o Tribunal de Justiça de Estrasburgo considerou que as disposições do artigo 8.º da CEDH não tinham sido violadas. Consequentemente, o legislador francês alargou o âmbito das imunidades penais previstas no artigo L. 622-4 para o delito de auxílio à entrada e permanência irregulares. V. n.º 2.2 do estudo de impacto, de 21 de setembro de 2012, do projeto de lei relativo à adaptação das disposições legislativas relativas ao afastamento de estrangeiros em situação irregular, disponível no sítio Web http://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl11-789-ei/pjl11-789-ei.html.

37 — Lei disponível no sítio Web http://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2012/12/31/INTX1230293L/jo/texte.

38 — Projeto de lei relativo à retenção para verificação do direito de permanência, que altera o delito de auxílio à permanência irregular com o fim de excluir as ações humanitárias e desinteressadas, registado na presidência do Sénat em 28 de setembro de 2012, disponível em http://www.senat.fr/leg/pjl11-789.pdf (p. 6).

61. De facto, segundo as autoridades francesas, as referidas regras «decorrem, no que diz respeito à passagem das fronteiras externas, do […] Código das Fronteiras Schengen […], que prevê a obrigação de os Estados-Membros instaurarem sanções dissuasivas em caso de incumprimento verificado na fronteira, ou seja, em caso de recusa de entrada no território, ou de detenção ou interceção quando da passagem irregular da fronteira. Quanto ao incumprimento das regras previstas na [CAAS], relativas à circulação entre Estados-Membros, a Diretiva [2008/115] prevê expressamente a possibilidade de os Estados-Membros não recorrerem a uma medida de afastamento mas implementarem mecanismos de readmissão entre Estados-Membros, aos quais a Diretiva [2008/115] não é aplicável, como recordou o juiz das medidas provisórias do Conseil d'État (CE, 27 de junho de 2011, ministère de l'intérieur c/Lassoued, n.º 350207)» [39].

62. As autoridades francesas concluem que «[e]ssas hipóteses se situam, de facto, fora do âmbito da interpretação do Tribunal de Justiça da União Europeia na qual se baseou a Cour de cassation [Tribunal de Cassação] e a supressão do regime de sanções é contrária às regras europeias» [40].

2. Situação de S. Affum

63. Para justificar a sua regulamentação, as autoridades francesas invocam várias disposições da Diretiva 2008/115 e do Código das Fronteiras Schengen, disposições que analisarei em seguida, antes de convidar o Tribunal de Justiça a confirmar a aplicabilidade da Diretiva 2008/115. De facto, na minha opinião, nenhuma das exceções ou das restrições previstas nestes dois instrumentos é aplicável no caso em apreço.

a) Quanto ao artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2008/115

64. A República francesa invoca o artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2008/115 e afirma que um caso como o que está em causa no processo principal não está abrangido pelo âmbito de aplicação desta diretiva.

65. Em primeiro lugar, há que recordar que o artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2008/115 é aplicável apenas às fronteiras externas, que a fronteira entre a Bélgica e a França constitui uma fronteira interna e que S. Affum foi intercetada ao sair de França, na fronteira externa entre a França e o Reino Unido.

66. Neste contexto, a República francesa considera que o artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2008/115 é aplicável à passagem irregular de uma fronteira externa de um Estado-Membro, tanto no momento da entrada como no momento da saída do espaço Schengen.

67. Posto que o ponto de vista da República francesa parece assim implicar que a situação de uma pessoa que entre de forma irregular no território de um Estado-Membro por uma fronteira interna mas seja intercetada apenas ao sair, na fronteira externa do Estado-Membro, está abrangida pelo artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2008/115, não posso estar de acordo.

68. Na minha opinião, resulta claramente do teor desta disposição que esta apenas prevê a entrada irregular, de outro modo a última parte da frase («e não tenham posteriormente obtido autorização ou o direito de permanência nesse Estado-Membro») ficaria sem sentido [41].

39 — *Ibidem* (p. 6).

40 — *Ibidem* (p. 6).

41 — Além disso, se seguíssemos o raciocínio da República francesa até ao limite da sua lógica, a situação de uma pessoa que entrasse de forma irregular no território de um Estado-Membro por uma fronteira interna e fosse intercetada pelas autoridades desse Estado-Membro não numa fronteira externa mas em qualquer outro local do seu território seria abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2008/115, uma vez que não teria atravessado uma fronteira externa. Não me parece coerente tratar de forma diferente uma pessoa na situação de S. Affum.

69. Consequentemente, no caso em apreço, a República francesa não pode invocar o artigo 2.º, n.º 2, alínea a), da Diretiva 2008/115.

b) Quanto ao artigo 3.º, n.º 2, da Diretiva 2008/115: simples trânsito enquanto «permanência»

70. O órgão jurisdicional de reenvio parece ter dúvidas quanto à questão de saber se a presença, no território de um Estado-Membro que faz parte do espaço Schengen, de um nacional de um país terceiro em situação de simples trânsito para outro Estado-Membro que não faz parte do espaço Schengen está abrangida pelo âmbito de aplicação da Diretiva 2008/115.

71. Tais dúvidas não têm fundamento.

72. Nos termos do artigo 2.º, n.º 1, da Diretiva 2008/115, esta diretiva é aplicável aos nacionais de países terceiros em situação irregular no território de um Estado-Membro. Entende-se por «situação irregular», nos termos do artigo 3.º, n.º 2, da referida diretiva, a «presença, no território de um Estado-Membro, de um nacional de país terceiro que não preencha ou tenha deixado de preencher as condições de entrada previstas no artigo 5.º do Código das Fronteiras Schengen ou outras condições aplicáveis à entrada, permanência ou residência nesse Estado-Membro».

73. Resulta destas disposições que um nacional de um país terceiro que se encontre a bordo de um autocarro e não preencha as condições de entrada está efetivamente presente no território do Estado-Membro em questão e encontra-se em situação irregular. O facto de estar ou não em trânsito não é determinante para se concluir que a sua permanência é irregular.

c) Quanto ao artigo 6.º, n.º 3, da Diretiva 2008/115

74. Nos termos do artigo 6.º, n.º 3, da Diretiva 2008/115, os Estados-Membros podem abster-se de emitir uma decisão de regresso se a pessoa em causa for aceite por outro Estado-Membro ao abrigo de «acordos ou convenções bilaterais» existentes à data da entrada em vigor desta diretiva.

75. Há que salientar, e resulta claramente do teor desta disposição, que esta apenas enuncia a faculdade de o Estado-Membro se abster de emitir uma decisão de regresso, mas não define, de modo nenhum, contrariamente ao artigo 2.º da Diretiva 2008/115, o âmbito de aplicação desta. O artigo 6.º, n.º 3, desta diretiva não pode, como parece afirmar o Governo francês, ter como consequência tornar as disposições da Diretiva 2008/115 inaplicáveis ao litígio no processo principal. Pelo contrário, um Estado-Membro que invoque o artigo 6.º, n.º 3, da Diretiva 2008/115 fica vinculado pelas outras disposições desta diretiva e é obrigado a assegurar o pleno efeito útil da diretiva. A jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa às disposições desta diretiva, e em especial à privação de liberdade das pessoas, continua a ser aplicável.

76. Assim, o artigo 6.º, n.º 3, da Diretiva 2008/115 apenas dispensa o Estado-Membro em causa da obrigação de adotar uma decisão de regresso na aceção do artigo 6.º, n.º 1, desta diretiva. Ora, a decisão de entrega ao abrigo da convenção constitui uma das medidas previstas na referida diretiva e uma etapa preparatória para o regresso do território dos Estados-Membros da Diretiva 2008/115.

77. No que diz respeito à interpretação do termo «bilaterais», proponho que o Tribunal de Justiça opte por uma interpretação do artigo 6.º, n.º 3, da Diretiva 2008/115 que inclua uma convenção como a que está em causa no caso em apreço [42]. Embora tenha sido celebrada por quatro Estados-Membros, esta convenção trata o território do Benelux como um território único. Por conseguinte, é equiparável a um acordo bilateral.

78. Além disso, na minha opinião, tal interpretação está em conformidade com o princípio que consta do artigo 350.º TFUE, de acordo com o qual as disposições dos tratados não constituem obstáculo à existência e aperfeiçoamento das uniões regionais entre o Reino da Bélgica e o Grão-Ducado do Luxemburgo, bem como entre o Reino da Bélgica, o Grão-Ducado do Luxemburgo e o Reino dos Países Baixos, na medida em que os objetivos dessas uniões regionais não sejam atingidos por aplicação dos Tratados.

79. Se, através desta disposição, o Tratado FUE já tem em conta a situação específica do Benelux, o Tribunal de Justiça deve fazer o mesmo na sua interpretação do artigo 6.º, n.º 3, da Diretiva 2008/115.

d) Quanto ao artigo 4.º, n.º 3, do Código das Fronteiras Schengen

80. A República francesa invoca igualmente o artigo 4.º, n.º 3, do Código das Fronteiras Schengen, por força do qual os Estados-Membros instauram sanções em caso de passagem não autorizada das fronteiras externas fora dos pontos de passagem de fronteira ou das horas de abertura fixadas.

81. Esta disposição não é aplicável no caso em apreço, uma vez que S. Affum não tentou, de forma nenhuma, passar a fronteira fora dos pontos de passagem de fronteira ou das horas de abertura fixadas.

82. Não encontro motivos para, como sugere a República francesa, não interpretar esta disposição de forma literal e incluir igualmente os pontos de passagem de fronteira, uma vez que o artigo 4.º do Código das Fronteiras Schengen estabelece precisamente um tratamento diferente consoante se trate da passagem de fronteira nos pontos de passagem de fronteira e durante as horas de abertura fixadas (n.º 1) ou da passagem de fronteira fora desses pontos e desses horários (n.º 2). Por outras palavras, não encontro motivos de ordem teleológica que contrariem a interpretação literal e sistemática do artigo 4.º do Código das Fronteiras Schengen.

83. Neste contexto, devo recordar que uma pessoa que tenha passado ilicitamente uma fronteira e não tenha o direito de permanecer no território do Estado-Membro em causa está, portanto, sujeita à aplicação da Diretiva 2008/115 [43].

84. Assim, a Diretiva 2008/115 é aplicável à situação de S. Affum. Como já salientei no n.º 57 das presentes conclusões, o seu caso não se enquadra em nenhuma das situações nas quais o Tribunal de Justiça concluiu que a Diretiva 2008/115 não se opunha à prisão de um nacional de um país terceiro. Consequentemente, uma pessoa que se encontre na situação de S. Affum não pode ser presa com fundamento apenas na irregularidade da sua permanência no território francês.

42 — Convenção entre os Governos do Reino dos Países Baixos, do Reino da Bélgica e do Grão-Ducado do Luxemburgo, por um lado, e o Governo da República Francesa, por outro, relativa à tomada a cargo de pessoas nas fronteiras comuns entre o território dos Estados do Benelux e França. O texto desta convenção está disponível no seguinte sítio Internet: http://wetten.°verheid.nl/BWBV0004480/geldigheidsdatum_06-08-2014.

43 — V., igualmente, n.º 46 das presentes conclusões.

V – **Conclusão**

85. À luz das considerações que antecedem, proponho que o Tribunal de Justiça responda às questões prejudiciais colocadas pela Cour de cassation (Tribunal de Cassação, França), da seguinte forma:

A Diretiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2008, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular, em especial os seus artigos 6.°, n.º 3, 15.° e 16.°, deve ser interpretada no sentido de que se opõe à regulamentação de um Estado-Membro que pune a entrada irregular de um nacional de país terceiro com pena de prisão quando essa pessoa tenha sido intercetada ao sair do espaço Schengen numa fronteira externa desse Estado-Membro, em situação de trânsito proveniente de outro Estado-Membro, e seja suscetível de ser aceite por esse outro Estado-Membro em aplicação de uma convenção celebrada com este último antes da entrada em vigor da Diretiva 2008/115.