

O conteúdo deste arquivo provém originalmente do site na internet da Corte de Justiça da União Europeia e estava armazenado sob o seguinte endereço no dia 28 de abril de 2011:
<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=PT&Submit=rechercher&numaff=C-61/11>

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção)

28 de Abril de 2011 (*)

«Espaço de liberdade, segurança e justiça – Directiva 2008/115/CE – Regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular – Artigos 15.º e 16.º – Legislação nacional que prevê uma pena de prisão para os nacionais de países terceiros em situação irregular que recusem obedecer a uma ordem de deixar o território de um Estado-Membro – Compatibilidade»

No processo C-61/11 PPU,

que tem por objecto um pedido de decisão prejudicial nos termos do artigo 267.º TFUE, apresentado pela Corte d'appello di Trento (Itália), por decisão de 2 de Fevereiro de 2011, entrada no Tribunal de Justiça em 10 de Fevereiro de 2011, no processo penal contra

Hassen El Dridi, aliás Soufi Karim,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Primeira Secção),

composto por: A. Tizzano, presidente de secção, J.-J. Kasel, M. Ilešič (relator), E. Levits e M. Safjan, juízes,

advogado-geral: J. Mazák,

secretário: A. Impellizzeri, administradora,

visto o pedido do órgão jurisdicional de reenvio, de 2 de Fevereiro de 2011, entrado no Tribunal de Justiça em 10 de Fevereiro de 2011 e completado em 11 de Fevereiro de 2011, no sentido de o reenvio prejudicial ser submetido a tramitação urgente, em conformidade com o disposto no artigo 104.º B do Regulamento de Processo,

vista a decisão da Primeira Secção, de 17 de Fevereiro de 2011, de deferir o referido pedido,

vistos os autos e após a audiência de 30 de Março de 2011,

vistas as observações apresentadas:

- em representação de H. El Dridi, por M. Pisani e L. Maserà, avvocati,
- em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por L. D'Ascìa, avvocato dello Stato,
- em representação da Comissão Europeia, por M. Condou-Durande e L. Prete, na qualidade de agentes,

ouvido o advogado-geral,

profere o presente

Acórdão

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objecto a interpretação dos artigos 15.º e 16.º da 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 (JO L 348, p. 98).
- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um processo desencadeado contra H. El Dridi, que foi condenado a uma pena de prisão de um ano pelo crime de permanecer ilegalmente no território italiano, sem motivo justificado, em violação de uma ordem de afastamento que contra ele foi emitida pelo questore di Udine (chefe da polícia de Udine).

Quadro jurídico

Regulamentação da União

- 3 Os segundo, sexto, décimo terceiro, décimo sexto e décimo sétimo considerandos da Directiva 2008/115 enunciam:
 - «(2) O Conselho Europeu de Bruxelas, de 4 e 5 de Novembro de 2004, apelou à definição de uma política eficaz de afastamento e repatriamento, baseada em normas comuns, para proceder aos repatriamentos em condições humanamente dignas e com pleno respeito pelos direitos fundamentais e a dignidade das pessoas.
 - [...]
 - (6) Os Estados-Membros deverão assegurar a cessação das situações irregulares de nacionais de países terceiros através de um procedimento justo e transparente. [...]
 - [...]
 - (13) O recurso a medidas coercivas deverá estar expressamente sujeito aos princípios da proporcionalidade e da eficácia no que respeita aos meios utilizados e aos objectivos perseguidos. [...]
 - [...]
 - (16) O recurso à detenção para efeitos de afastamento deverá ser limitado e sujeito ao princípio da proporcionalidade no que respeita aos meios utilizados e aos objectivos perseguidos. A detenção só se justifica para preparar o regresso ou para o processo de afastamento e se não for suficiente a aplicação de medidas coercivas menos severas.
 - (17) Os nacionais de países terceiros detidos deverão ser tratados de forma humana e digna, no respeito pelos seus direitos fundamentais e nos termos do direito internacional e do direito nacional. Sem prejuízo da detenção inicial pelas entidades competentes para a aplicação da lei, que se rege pelo direito nacional, a detenção deverá, por norma, ser executada em centros de detenção especializados.»
- 4 O artigo 1.º da Directiva 2008/115, sob a epígrafe «Objecto», dispõe:

«A presente directiva 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 protecção dos refugiados e de direitos do Homem.»

5 O artigo 2.º, n.ºs 1 e 2, da referida directiva dispõe:

«1. A presente directiva 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 directiva aos nacionais de países terceiros que:

[...]

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

6 O artigo 3.º, ponto 4, da Directiva 2008/115 define o termo «decisão de regresso» como «uma decisão ou acto administrativo ou judicial que estabeleça ou declare a situação irregular de um nacional de país terceiro e imponha ou declare o dever de regresso».

7 O artigo 4.º, n.º 3, da referida directiva enuncia:

«A presente directiva não prejudica o direito dos Estados-Membros de aprovarem ou manterem disposições mais favoráveis relativamente às pessoas abrangidas pelo seu âmbito de aplicação, desde que essas disposições sejam compatíveis com o disposto na presente directiva.»

8 Nos termos do artigo 6.º, n.º 1, da mesma directiva, «[s]em prejuízo das excepções previstas nos n.ºs 2 a 5, os Estados-Membros devem emitir uma decisão de regresso relativamente a qualquer nacional de país terceiro que se encontre em situação irregular no seu território».

9 O artigo 7.º da Directiva 2008/115, sob a epígrafe «Partida voluntária», prevê:

«1. A decisão de regresso deve prever um prazo adequado para a partida voluntária, entre sete e trinta dias, sem prejuízo das excepções previstas nos n.ºs 2 e 4. Os Estados-Membros podem determinar no respectivo direito interno que esse prazo só é concedido a pedido do nacional do país terceiro em causa. Nesse caso, os Estados-Membros informam os nacionais de países terceiros em causa sobre a possibilidade de apresentar tal pedido.

[...]

3. Podem ser impostas determinadas obrigações para evitar o risco de fuga, designadamente a apresentação periódica às autoridades, o depósito de uma caução adequada, a apresentação de documentos ou a obrigação de permanecer em determinado local durante o prazo de partida voluntária.

4. Se houver risco de fuga ou se tiver sido indeferido um pedido de permanência regular por ser manifestamente infundado ou fraudulento, ou se a pessoa em causa constituir um risco para a ordem ou segurança pública ou para a segurança nacional, os Estados-Membros podem não conceder um prazo para a partida voluntária ou podem conceder um prazo inferior a sete dias.»

10 O artigo 8.º, n.ºs 1 e 4, da referida directiva dispõe:

«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

[...]

4. Se os Estados-Membros utilizarem – como último recurso – medidas coercivas para impor o afastamento de um nacional de país terceiro que resista a este, tais medidas devem ser proporcionadas e não devem exceder o uso razoável da força. Essas medidas devem ser executadas em conformidade com a legislação nacional, de acordo com os direitos fundamentais e no devido respeito pela dignidade e integridade física dos nacionais de países terceiros em causa.»

11 O artigo 15.º dessa mesma directiva, que consta do seu Capítulo IV, relativo à detenção para efeitos de afastamento, tem a seguinte redacção:

«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 objecto de procedimento de regresso, a fim de preparar o regresso e/ou efectuar 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.

[...]

3. Em todo o caso, a detenção é objecto de reapreciação a intervalos razoáveis, quer a pedido do nacional de país terceiro em causa, quer oficiosamente. No caso de períodos de detenção prolongados, as reapreciações são objecto de fiscalização pelas autoridades judiciais.

4. Quando, por razões de natureza jurídica ou outra ou por terem deixado de se verificar as condições enunciadas no n.º 1, se afigure já não existir uma perspectiva razoável de afastamento, a detenção deixa de se justificar e a pessoa em causa é libertada imediatamente.

5. A detenção mantém-se enquanto se verificarem as condições enunciadas no n.º 1 e na medida do necessário para garantir a execução da operação de afastamento. Cada Estado-Membro fixa um prazo limitado de detenção, que não pode exceder os seis meses.

6. Os Estados-Membros não podem prorrogar o prazo a que se refere o n.º 5, excepto por um prazo limitado que não exceda os doze meses seguintes, de acordo com a lei nacional, nos casos em que, independentemente de todos os esforços razoáveis que tenham envidado, se preveja que a operação de afastamento dure mais tempo, por força de:

- a) Falta de cooperação do nacional de país terceiro em causa; ou
- b) Atrasos na obtenção da documentação necessária junto de países terceiros.»

12 O artigo 16.º da Directiva 2008/115, sob a epígrafe «Condições de detenção», prevê no seu n.º 1:

«Regra geral, a detenção tem lugar em centros de detenção especializados. Se um Estado-Membro não tiver condições para assegurar aos nacionais de países terceiros a sua detenção num centro especializado e tiver de recorrer a um estabelecimento

prisional, os nacionais de países terceiros colocados em detenção ficam separados dos presos comuns.»

- 13 Nos termos do artigo 18.º da Directiva 2008/115, sob a epígrafe «Situações de emergência»:

«1. Caso um número excepcionalmente elevado de nacionais de países terceiros que devam ser objecto de uma operação de regresso sobrecarregue de forma imprevista a capacidade dos centros de detenção de um Estado-Membro ou o seu pessoal administrativo ou judicial, o Estado-Membro em causa, pode, enquanto persistir a situação excepcional, [...] tomar medidas urgentes em relação às condições de detenção, em derrogação das previstas no n.º 1 do artigo 16.º [...].

2. O Estado-Membro em causa informa a Comissão sempre que recorra a medidas excepcionais deste tipo. Deve igualmente informar a Comissão logo que os motivos que conduziram à aplicação dessas medidas deixem de existir.

3. O presente artigo em nada prejudica o dever geral dos Estados-Membros de tomarem todas as medidas adequadas, de carácter geral ou específico, para assegurarem o cumprimento das obrigações decorrentes da presente directiva.»

- 14 Segundo o artigo 20.º, n.º 1, primeiro parágrafo, da Directiva 2008/115, os Estados-Membros deviam pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento àquela, com excepção do seu artigo 13.º, n.º 4, até 24 de Dezembro de 2010.

- 15 Nos termos do seu artigo 22.º, a referida directiva entrou em vigor em 13 de Janeiro de 2009.

Legislação nacional

- 16 O artigo 13.º do decreto legislativo n.º 286/1998, de 25 de Julho de 1998, que aprova o texto único das disposições sobre o regime da imigração e normas sobre a condição de estrangeiro (suplemento ordinário à GURI n.º 91, de 18 de Agosto de 1998), na redacção dada pela legge n.º 94, de 15 de Julho de 2009, que estabelece disposições em matéria de segurança pública (suplemento ordinário à GURI n.º 170, de 24 de Julho de 2009, a seguir «decreto legislativo n.º 286/1998»), prevê, nos seus n.ºs 2 e 4:

«2. O *prefetto* deve ordenar a expulsão se o estrangeiro:

- a) Tiver entrado no território do Estado subtraindo-se aos controlos fronteiriços e não tiver sido reconduzido [...];
- b) Tiver permanecido no território do Estado [...] sem requerer uma autorização de permanência no prazo estabelecido, excepto se o atraso se dever a um caso de força maior ou apesar de a autorização de permanência ter sido revogada ou anulada ou ainda sem requerer a renovação da autorização de permanência não obstante esta ter caducado há mais de 60 dias. [...]

[...]

4. A expulsão é sempre executada pelo *questore*, com recondução à fronteira pelas autoridades policiais, excepto nos casos previstos no n.º 5.»

- 17 O artigo 14.º do decreto legislativo n.º 286/1998 tem a seguinte redacção:

«1. Quando não seja possível executar a expulsão com acompanhamento à fronteira ou a recondução, por ser necessário prestar socorro ao estrangeiro ou proceder a verificações adicionais da sua identidade ou nacionalidade ou à aquisição dos documentos de viagem, por indisponibilidade do transportador ou por falta de

outro meio de transporte adequado, o *questore* determina a detenção do estrangeiro, pelo período estritamente necessário, no centro de detenção mais próximo de entre os identificados ou constituídos por decreto conjunto do Ministro da Administração Interna e dos Ministros da Solidariedade Social e do Tesouro, do Orçamento e da Programação Económica.

[...]

5 bis. Se não for possível colocar o estrangeiro num centro de detenção, ou a colocação nesse centro não permitir a expulsão com acompanhamento à fronteira ou a recondução, o *questore* ordena ao estrangeiro que deixe o território do Estado no prazo de cinco dias. A ordem é dada por escrito e indica as sanções aplicáveis em consequência da permanência ilegal, inclusivamente em caso de reincidência. A ordem do *questore* pode ser acompanhada da entrega ao interessado dos documentos necessários para este se dirigir ao escritório da representação diplomática, mesmo honorária, do seu país em Itália, e para regressar ao Estado de que é nacional ou, se isso não for possível, ao Estado de proveniência.

5 ter. O estrangeiro que, sem motivo justificado, permaneça ilegalmente no território do Estado, em violação da ordem dada pelo *questore* nos termos do n.º 5 *bis*, é punido com uma pena de prisão de um a quatro anos se a expulsão ou recondução tiverem sido determinadas com fundamento na entrada ilegal do estrangeiro no território nacional [...], ou com o fundamento de este não ter requerido uma autorização de permanência ou não ter declarado a sua presença no território do Estado no prazo estabelecido, sem que se tenha verificado um caso de força maior, ou ainda de a autorização de permanência ter sido revogada ou anulada. Aplica-se uma pena de prisão de seis meses a um ano se a expulsão tiver sido determinada com o fundamento de a autorização de permanência ter caducado há mais de sessenta dias e não ter sido requerida a respectiva renovação, ou de o requerimento de autorização de permanência ter sido indeferido [...]. Em todo o caso, excepto se o estrangeiro estiver detido, é proferida nova ordem de expulsão com acompanhamento à fronteira pelas autoridades policiais por incumprimento da ordem de afastamento dada pelo *questore* nos termos do n.º 5 *bis*. Quando não seja possível proceder ao acompanhamento à fronteira, aplica-se o disposto nos n.ºs 1 e 5 *bis* [...].

5 quater. O estrangeiro destinatário da medida de expulsão a que se refere o n.º 5 *ter* e da nova ordem de afastamento a que se refere o n.º 5 *bis*, que continue a permanecer ilegalmente no território do Estado, é punido com pena de prisão de um a cinco anos. Em todo o caso, aplica-se o disposto no terceiro e no último período do n.º 5 *ter*.

5 quinquies. No que respeita às infracções a que se referem o n.º 5 *ter*, primeiro período, e o n.º 5 *quater*, aplica-se o processo sumaríssimo, [rito direttissimo], sendo obrigatória a detenção do autor da infracção.»

Litígio no processo principal e questão prejudicial

- 18 H. El Dridi é um nacional de um país terceiro que entrou ilegalmente em Itália e não tem autorização de permanência. Foi alvo de um decreto de expulsão proferido pelo *prefetto* de Turim em 8 de Maio de 2004.
- 19 Uma ordem de afastamento do território nacional, emitida em 21 de Maio de 2010 pelo *questore* de Udine em aplicação do referido decreto de expulsão foi-lhe notificada no mesmo dia. Esta ordem de afastamento tinha como fundamento a indisponibilidade de um veículo ou de outro meio de transporte, a falta de documentos de identidade de H. El Dridi e a impossibilidade de o admitir provisoriamente num centro de detenção por falta de lugar nas estruturas previstas para o efeito.
- 20 Numa inspecção efectuada em 29 de Setembro de 2010, verificou-se que H. El Dridi não tinha cumprido a referida ordem de afastamento.

- 21 H. El Dridi foi condenado pelo Tribunale di Trento, que julgou a causa por juiz singular em processo sumário, a uma pena de um ano de prisão pelo crime a que se refere o artigo 14.º, n.º 5 *ter*, do decreto legislativo n.º 286/1998.
- 22 H. El Dridi recorreu desta sentença para a Corte d'appello di Trento.
- 23 A Corte d'appello di Trento interroga-se sobre a possibilidade de decretar uma pena na sequência de um procedimento administrativo de regresso de um estrangeiro, devido à inobservância das fases desse procedimento, uma vez que essa pena parece contrária ao princípio da cooperação leal, à necessidade de alcançar os objectivos da Directiva 2008/115 e de garantir o seu efeito útil e aos princípios da proporcionalidade, da adequação e da razoabilidade da pena.
- 24 A Corte d'appello di Trento esclarece, a este propósito, que a pena prevista no artigo 14.º, n.º 5 *ter*, do decreto legislativo n.º 286/1998 foi aplicada após ter sido verificada a violação de uma fase intermédia do procedimento gradual de execução da decisão de regresso, previsto na Directiva 2008/115, designadamente a inobservância da única ordem de afastamento. Por outro lado, a pena de prisão reveste-se de um extremo rigor, uma vez que pode ir de um a quatro anos.
- 25 Foi nestas condições que a Corte d'appello di Trento decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«À luz do princípio da cooperação leal, cujo efeito útil é alcançar os objectivos da directiva, e dos princípios d[a] proporcionalidade, da adequação e da razoabilidade da pena, os artigos 15.º e 16.º da Directiva 2008/115[...], obstam:

- à possibilidade de punir, enquanto crime, a violação de uma fase intermédia do procedimento administrativo de regresso, antes de este estar concluído, recorrendo ao máximo rigor ainda possível em matéria de coerção administrativa?
- à possibilidade de punir com pena de prisão que pode ir até quatro anos a simples falta de cooperação, por parte do interessado, no procedimento de expulsão, e em especial, a hipótese de inobservância da primeira ordem de afastamento por parte da autoridade administrativa?»

Quanto à tramitação urgente

- 26 A Corte d'appello di Trento pediu que o presente reenvio prejudicial fosse submetido à tramitação urgente prevista no artigo 104.º-B do Regulamento de Processo.
- 27 O órgão jurisdicional de reenvio formulou este pedido com o fundamento de que H. El Dridi está detido para execução da pena a que foi condenado pelo Tribunale di Trento.
- 28 A Primeira Secção do Tribunal de Justiça, ouvido o advogado-geral, decidiu deferir o pedido do órgão jurisdicional de reenvio de que o reenvio prejudicial fosse submetido a tramitação urgente.

Quanto à questão prejudicial

- 29 Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta, no essencial, se a Directiva 2008/115, nomeadamente os seus artigos 15.º e 16.º, deve ser interpretada no sentido de que se opõe à legislação de um Estado-Membro, como a que está em causa no processo principal, que determina a aplicação de uma pena de prisão a um nacional de um país terceiro, em situação irregular, unicamente porque este, sem

motivo justificado, permanece no território desse Estado-Membro em violação de uma ordem de deixar o referido território num prazo determinado.

- 30 O órgão jurisdicional de reenvio refere, a este respeito, o princípio da cooperação leal, consagrado no artigo 4.º, n.º 3, TUE, e o objectivo de garantir o efeito útil do direito da União.
- 31 A este respeito, recorde-se que, nos termos do seu segundo considerando, a Directiva 2008/115 visa a definição de uma política eficaz de afastamento e repatriamento, assente em normas comuns, para proceder aos repatriamentos em condições humanamente dignas e com pleno respeito pelos direitos fundamentais e pela dignidade das pessoas.
- 32 Como resulta tanto da sua epígrafe como do seu artigo 1.º, a Directiva 2008/115 institui «normas e procedimentos comuns» que devem ser aplicados nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular. Decorre da supramencionada expressão, mas também da sistemática geral dessa directiva, que os Estados-Membros só podem estabelecer derrogações às referidas normas e procedimentos nas condições nela previstas, nomeadamente nas condições fixadas no seu artigo 4.º
- 33 Daqui resulta que, embora o n.º 3 desse artigo 4.º confira aos Estados-Membros a faculdade de aprovar ou manter disposições mais favoráveis aos nacionais de países terceiros em situação irregular do que as da Directiva 2008/115, desde que sejam compatíveis com esta, a mesma directiva não permite aos referidos Estados aplicar normas mais severas no domínio que rege.
- 34 Há que observar também que a Directiva 2008/115 estabelece com precisão o procedimento a aplicar por cada Estado-Membro ao regresso dos nacionais de países terceiros em situação irregular e fixa a ordem de tramitação das várias fases que esse procedimento sucessivamente comporta.
- 35 Assim, o artigo 6.º, n.º 1, dessa mesma directiva começa por criar a obrigação de os Estados-Membros emitirem uma decisão de regresso relativamente a qualquer nacional de país terceiro que se encontre em situação irregular no seu território.
- 36 No âmbito desta fase inicial do procedimento de regresso, deve ser dada prioridade, salvo excepções, à execução voluntária da obrigação resultante da decisão de regresso, uma vez que o artigo 7.º, n.º 1, da Directiva 2008/115 dispõe que essa decisão deve prever um prazo adequado para a partida voluntária, entre sete e trinta dias.
- 37 Resulta do artigo 7.º, n.ºs 3 e 4, da referida directiva que só em circunstâncias especiais, como a existência de risco de fuga, podem os Estados-Membros, por um lado, impor ao destinatário da decisão de regresso a obrigação de se apresentar periodicamente às autoridades, de depositar de uma caução adequada, apresentar documentos ou permanecer em determinado local durante o prazo de partida voluntária ou, por outro, fixar um prazo para a partida voluntária inferior a sete dias ou mesmo não conceder esse prazo.
- 38 Neste último caso, mas também na situação no caso de a obrigação de regresso não ter sido cumprida no prazo concedido para a partida voluntária, resulta do artigo 8.º, n.ºs 1 e 4, da Directiva 2008/115 que, com a finalidade de garantir a eficácia dos procedimentos de regresso, essas disposições impõem ao Estado-Membro que adoptou uma decisão de regresso contra um nacional de país terceiro em situação irregular a obrigação de proceder ao afastamento, tomando todas as medidas necessárias, incluindo, se for caso disso, medidas coercivas, de forma proporcionada e com observância, designadamente, dos direitos fundamentais.
- 39 Quanto a este aspecto, decorre do décimo sexto considerando da referida directiva e da redacção do seu artigo 15.º, n.º 1, que os Estados-Membros devem proceder ao

afastamento, através de medidas o menos coercivas possível. Só no caso de a execução da decisão de regresso sob forma de afastamento poder, atendendo à apreciação de cada situação específica, ser comprometida pelo comportamento do interessado podem os Estados-Membros privá-lo da liberdade mediante a sua detenção.

- 40 De acordo com o artigo 15.º, n.º 1, segundo parágrafo, essa detenção deve ter a menor duração possível e ser apenas mantida enquanto o procedimento de afastamento estiver pendente e for executado com a devida diligência. Segundo os n.ºs 3 e 4 do referido artigo 15.º, essa privação da liberdade está sujeita a reapreciação a intervalos razoáveis e cessa quando se afigure já não existir uma perspectiva razoável de afastamento. Os n.ºs 5 e 6 do mesmo artigo fixam a duração máxima da referida privação em 18 meses, duração essa que constitui um limite imposto a todos os Estados-Membros. Por outro lado, o artigo 16.º, n.º 1, dessa directiva exige que as pessoas em causa seja colocadas num centro especializado e, em todo o caso, separadas dos presos comuns.
- 41 Resulta do exposto que a ordem pela qual se desenrolam as fases do procedimento de regresso estabelecido pela Directiva 2008/115 corresponde a uma gradação das medidas a tomar para execução da decisão de regresso, gradação essa que vai da medida que mais liberdade deixa ao interessado, a saber, a concessão de um prazo para a sua partida voluntária, às medidas que mais a restringem, a saber, a sua detenção num centro especializado, devendo ser garantida a observância do princípio da proporcionalidade durante todas essas fases.
- 42 É manifesto que mesmo o recurso a esta última medida, que constitui a medida restritiva da liberdade mais grave que a referida directiva permite no âmbito de um procedimento de afastamento forçado, é estritamente regulada, em aplicação dos artigos 15.º e 16.º da referida directiva, nomeadamente com a finalidade de garantir a observância dos direitos fundamentais dos nacionais de um país terceiro em causa.
- 43 Em especial, o período máximo previsto no artigo 15.º, n.ºs 5 e 6, da Directiva 2008/115 tem o objectivo de limitar a privação da liberdade dos nacionais de países terceiros em situação de afastamento forçado (acórdão de 30 de Novembro de 2009, Kadzoev, C-357/09 PPU, Colect., p. I-11189, n.º 56). A Directiva 2008/115 leva, pois, em conta tanto a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem segundo a qual o princípio da proporcionalidade exige que a detenção de uma pessoa contra quem está em curso um procedimento de expulsão ou de extradição não se prolongue por um período desrazoável, isto é, não exceda o tempo necessário para alcançar o objectivo prosseguido (v., nomeadamente, TEDH, acórdão Saadi contra Reino Unido de 29 de Janeiro de 2008, ainda não publicado no *Recueil des arrêts et décisions*, §§ 72 e 74), como a oitava das «Vinte orientações sobre o regresso forçado» aprovadas em 4 de Maio de 2005 pelo Comité de Ministros do Conselho da Europa. Segundo essa orientação, qualquer detenção prévia ao afastamento deve ser o mais breve possível.
- 44 É face a estas considerações que há que verificar se as regras comuns introduzidas pela Directiva 2008/115 se opõem a legislação nacional como a que está em causa no processo principal.
- 45 A este respeito, importa começar por observar que, como resulta das informações prestadas quer pelo órgão jurisdicional de reenvio quer pelo Governo italiano nas suas observações escritas, a Directiva 2008/115 não foi transposta para o ordenamento jurídico italiano.
- 46 Ora, segundo jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, quando o Estado não transpõe uma directiva para o direito nacional no prazo previsto na directiva ou a transpõe incorrectamente, os particulares têm o direito de invocar contra esse Estado as disposições dessa directiva que se revelem incondicionais e suficientemente precisas (v., nesse sentido, nomeadamente acórdãos de 26 de Fevereiro de 1986, Marshall, 152/84, Colect., p. 723, n.º 46, e de 3 de Março de 2011, Auto Nikolovi, C-203/10, ainda não publicado na Colectânea, n.º 61).

- 47 É o que sucede com os artigos 15.º e 16.º da Directiva 2008/115, os quais, como resulta do n.º 40 do presente acórdão, são incondicionais e suficientemente precisos para não carecerem de outros elementos específicos para permitir a respectiva execução pelos Estados-Membros.
- 48 Por outro lado, uma pessoa que se encontre na situação de H. El Dridi está abrangida pelo âmbito de aplicação pessoal da Directiva 2008/115, uma vez que esta se aplica, nos termos do seu artigo 2.º, n.º 1, aos nacionais de países terceiros em situação irregular no território de um Estado-Membro.
- 49 Como o advogado-geral observou nos n.ºs 22 a 28 da sua tomada de posição, esta conclusão não pode ser infirmada pelo artigo 2.º, n.º 2, alínea b), dessa directiva, que permite aos Estados-Membros decidir não a aplicar aos nacionais de países terceiros que estejam obrigados a regressar por força de condenação penal ou em consequência desta, nos termos do direito interno, ou sejam objecto de processo de extradição. Com efeito, resulta da decisão de reenvio que a obrigação de regresso resulta, no processo principal, de um decreto do *prefetto* de Turim de 8 de Maio de 2004. Por outro lado, as condenações penais a que a mencionada disposição se refere não dizem respeito à inobservância do prazo fixado para a partida voluntária.
- 50 Em segundo lugar, verifica-se que, ainda que o decreto do *prefetto* de Turim de 8 de Maio de 2004, na medida em que estabelece a obrigação de H. El Dridi deixar o território nacional, integre o conceito de «decisão de regresso» definida no artigo 3.º, ponto 4, da Directiva 2008/115 e referida, designadamente, nos seus artigos 6.º, n.º 1, e 7.º, n.º 1, o procedimento de afastamento previsto na legislação italiana em causa difere sensivelmente do estabelecido nessa directiva.
- 51 Assim, enquanto essa directiva impõe a concessão de um prazo de sete a trinta dias para a partida voluntária, o decreto legislativo n.º 286/1998 não prevê o recurso a essa medida.
- 52 Em seguida, no que respeita às medidas coercivas que os Estados-Membros podem tomar ao abrigo do artigo 8.º, n.º 4, da Directiva 2008/115, tal como o acompanhamento forçado à fronteira previsto no artigo 13.º, n.º 4, do decreto legislativo n.º 286/1998, não se pode deixar de observar que, numa situação em que essas medidas não permitiram alcançar o resultado pretendido, a saber, o afastamento do nacional de um país terceiro contra o qual as mesmas foram tomadas, os Estados-Membros continuam livres de aprovar medidas, mesmo de carácter penal, que permitam nomeadamente dissuadir esses nacionais de permanecerem ilegalmente no território desses Estados.
- 53 Há que salientar, porém, que embora, em princípio, a legislação penal e as normas do processo penal sejam da competência dos Estados-Membros, este domínio do direito pode, não obstante, ser afectado pelo direito da União (v., nesse sentido, nomeadamente, acórdãos de 11 de Novembro de 1981, Casati, 203/80, Recueil, p. 2595, n.º 27; de 2 de Fevereiro de 1989, Cowan, 186/87, Colect., p. 195, n.º 19, e de 16 de Junho de 1998, Lemmens, C-226/97, Colect., p. I-3711, n.º 19).
- 54 Daqui se conclui que, apesar de nem o artigo 63.º, primeiro parágrafo, ponto 3, alínea b), CE, disposição reproduzida no artigo 79.º, n.º 2, TFUE, nem a Directiva 2008/115, adoptada com fundamento nessa disposição do Tratado CE, excluïrem a competência penal dos Estados-Membros no domínio da imigração clandestina e da residência ilegal, estes últimos devem estabelecer a sua legislação nesse domínio de modo a garantir a observância do direito da União.
- 55 Em especial, os referidos Estados não podem aplicar uma legislação, mesmo em matéria penal, susceptível de pôr em perigo a realização dos objectivos prosseguidos por uma directiva e, por isso, privá-la do seu efeito útil.
- 56 Com efeito, nos termos, respectivamente do segundo e terceiro parágrafos do artigo 4.º, n.º 3, TUE, os Estados-Membros, nomeadamente, «tomam todas as medidas

gerais ou específicas adequadas para garantir a execução das obrigações decorrentes dos Tratados ou resultantes dos actos das instituições da União» e «abstêm-se de qualquer medida susceptível de pôr em perigo a realização dos objectivos da União», incluindo os prosseguidos pelas directivas.

- 57 No tocante, mais especificamente, à Directiva 2008/115, recorde-se que, nos termos do seu décimo terceiro considerando, aquela sujeita expressamente o recurso a medidas coercivas à observância dos princípios da proporcionalidade e da eficácia no que respeita aos meios utilizados e aos objectivos prosseguidos.
- 58 Consequentemente, os Estados-Membros não podem prever, para remediar o fracasso das medidas coercivas tomadas para proceder ao afastamento forçado nos termos do artigo 8.º, n.º 4, da referida directiva, uma pena privativa da liberdade como a prevista no artigo 14.º, n.º 5 *ter*, do decreto legislativo n.º 286/1998, somente porque um nacional de um país terceiro, depois de ter sido notificado de uma ordem para deixar o território nacional e de ter expirado o prazo fixado nessa ordem, continua a permanecer irregularmente no território de um Estado-Membro, antes devendo os Estados-Membros prosseguir os seus esforços para executar a decisão de regresso, que continua a produzir efeitos.
- 59 Com efeito, atendendo nomeadamente às condições e regras de aplicação dessa pena, a mesma pode comprometer a realização do objectivo prosseguido pela referida directiva, a saber, a instauração de uma política eficaz de afastamento e de repatriamento dos nacionais de países terceiros em situação irregular. Em especial, como o advogado-geral observou no n.º 42 da sua tomada de posição, legislação nacional como a que está em causa no processo principal é susceptível de frustrar a aplicação das medidas a que se refere o artigo 8.º, n.º 1, da Directiva 2008/115 e atrasar a execução da decisão de regresso.
- 60 Isso não exclui a faculdade de os Estados-Membros aprovarem, com observância da Directiva 2008/115 e do seu objectivo, disposições que regulem a situação em que as medidas coercivas não lograram o afastamento de um nacional de um país terceiro que permanece irregularmente no território daqueles.
- 61 Pelo exposto, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio, encarregado de aplicar, no âmbito da sua competência, as disposições do direito da União e de garantir a sua plena eficácia, deixar de aplicar qualquer disposição do decreto legislativo n.º 286/1998 contrária ao resultado da Directiva 2008/115, nomeadamente o artigo 14.º, n.º 5 *ter*, desse decreto legislativo (v., nesse sentido, acórdãos de 9 de Março de 1978, *Simmenthal*, 106/77, *Colect.*, p. 243, n.º 24; de 22 de Maio de 2003, *Connect Austria*, C-462/99, *Colect.*, p. I-5197, n.ºs 38 e 40, e de 22 de Junho de 2010, *Melki e Abdeli*, C-188/10 e C-189/10, ainda não publicado na *Colectânea*, n.º 43). Ao proceder dessa forma, o órgão jurisdicional deverá levar em devida conta o princípio da aplicação retroactiva da pena mais leve, que faz parte das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros (acórdãos de 3 de Maio de 2005, *Berlusconi e o.*, C-387/02, C-391/02 e C-403/02, *Colect.*, p. I-3565, n.ºs 67 a 69, e de 11 de Março de 2008, *Jager*, C-420/06, *Colect.*, p. I-1315, n.º 59).
- 62 Por conseguinte, há que responder à questão submetida que a Directiva 2008/115, nomeadamente os seus artigos 15.º e 16.º, deve ser interpretada no sentido de que se opõe à legislação de um Estado-Membro, como a que está em causa no processo principal, que determina a aplicação de uma pena de prisão a um nacional de um país terceiro, em situação irregular, unicamente porque este, sem motivo justificado, permanece no território desse Estado-Membro em violação de uma ordem de deixar o referido território num prazo determinado.

Quanto às despesas

- 63 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às

despesas. As despesas efectuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Primeira Secção) declara:

A Directiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 2008, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular, nomeadamente os seus artigos 15.º e 16.º, deve ser interpretada no sentido de que se opõe à legislação de um Estado-Membro, como a que está em causa no processo principal, que determina a aplicação de uma pena de prisão a um nacional de um país terceiro, em situação irregular, unicamente porque este, sem motivo justificado, permanece no território desse Estado-Membro em violação de uma ordem de deixar o referido território num prazo determinado.

Assinaturas

* Língua do processo: italiano.