

Versão anonimizada

Tradução

C-554/19 – 1

Processo C-554/19

Pedido de decisão prejudicial

Data de entrada:

18 de julho de 2019

Órgão jurisdicional de reenvio:

Amtsgericht Kehl (Tribunal de Primeira Instância de Kehl, Alemanha)

Data da decisão de reenvio:

28 de junho de 2019

Demandante:

Staatsanwaltschaft Offenburg (Alemanha)

Arguido:

FU

[Omissis]

Amtsgericht Kehl (Tribunal de Primeira Instância de Kehl)

Despacho

No processo penal contra

FU,

[Omissis]

por condução dolosa sem carta de condução,

o Amtsgericht Kehl (Tribunal de Primeira Instância de Kehl) *[omissis]* decidiu, em 28 de junho de 2019, o seguinte:

I. Submeter ao Tribunal de Justiça da União Europeia, ao abrigo do artigo 267.º, primeiro parágrafo, alínea a), e segundo parágrafo, TFUE, as seguintes questões para decisão a título prejudicial:

1. Devem o artigo 67.º, n.º 2, TFUE, bem como os artigos 22.º e 23 do Regulamento (UE) 2016/399 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2016, que estabelece o código da União relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (Código das Fronteiras Schengen), ser interpretados no sentido de que se opõem a uma regulamentação nacional que confere aos serviços de polícia do Estado-Membro em causa a competência para controlar a identidade de qualquer pessoa, numa zona de 30 quilómetros a partir da fronteira terrestre deste Estado-Membro com outros Estados partes na 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, assinada em Schengen (Luxemburgo), em 19 de junho de 1990, com vista a prevenir ou a pôr termo à entrada ou à permanência ilegais no território do referido Estado-Membro ou a prevenir certas infrações que ponham em causa a segurança da fronteira, independentemente do comportamento da pessoa em causa e da existência de circunstâncias especiais, que é complementada por um despacho ministerial nos seguintes termos:

«a) A criminalidade transfronteiriça dá-se de forma dinâmica (temporalmente, localmente e através da utilização de diferentes meios de transporte), requerendo, por conseguinte, competências policiais flexíveis para a combater. O exercício da competência acima referida visa a prevenção ou a cessação da criminalidade transfronteiriça;

b) As medidas de controlo devem ser executadas no quadro estritamente definido pelos critérios acima referidos do artigo 21.º, alínea a), do Código das Fronteiras Schengen. Devem ser concebidas de forma a distinguir-se claramente dos controlos sistemáticos de pessoas nas fronteiras externas e a não ter o mesmo efeito que os controlos fronteiriços. Por seu lado, a aplicação destas medidas de controlo deve ser sujeita a um enquadramento que garanta que não possam ter um efeito equivalente, em intensidade e frequência, ao dos controlos fronteiriços.

c) Este enquadramento é concebido da seguinte forma:

As medidas de controlo não serão permanentes, sendo antes aplicadas irregularmente, em momentos diferentes, em locais diferentes e aleatoriamente, tendo em conta o número de viagens.

As medidas de controlo não podem ser tomadas em razão da mera passagem da fronteira. São realizadas com base em informações constantemente atualizadas sobre a situação e/ou a experiência policial (de fronteira) que os

serviços da Polícia Federal desenvolvem com base nas suas próprias informações ou nas informações de outras autoridades. Por conseguinte, as informações e/ou experiências policiais gerais ou concretas sobre a criminalidade transfronteiriça, por exemplo, sobre os meios de transporte e as vias frequentemente utilizados, certos comportamentos e a análise das informações disponíveis sobre a criminalidade transfronteiriça provenientes de fontes próprias ou de outras autoridades, constituem o ponto de partida para o exercício das medidas policiais, assim como da sua intensidade e frequência.

A conceção das medidas de controlo é objeto de supervisão administrativa e técnica regular. As disposições fundamentais estão contidas no § 3, n.º 1, ponto 4, do Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (Regulamento Interno Comum dos Ministérios Federais) (GGO) e nos Grundsätzen zur Ausübung der Fachaufsicht der Bundesministerien über den Geschäftsbereich (Princípios para o Exercício da Supervisão Técnica do Setor pelos Ministérios Federais). Estes são concretizados para o setor da Polícia Federal pelas «Ergänzenden Bestimmungen zur Ausübung der Dienst- und Fachaufsicht des BMI über die Bundespolizei» (Disposições Complementares para o Exercício pelo Ministério Federal do Interior da Supervisão Administrativa e Técnica da Polícia Federal». O Bundespolizeipräsidium (Direção da Polícia Federal) e as autoridades e serviços dele dependentes regularam a execução da supervisão administrativa e técnica nos seus organigramas e transpuseram-na com uma conceção própria.

d) A fim de evitar controlos múltiplos, as medidas de controlo devem, na medida do possível, ser coordenadas com outras autoridades ou aplicadas no âmbito de operações/cooperações conjuntas.»?

2. Deve o direito da União, em especial o artigo 4.º, n.º 3, segundo parágrafo, [TUE], o artigo 197.º, n.º 1, TFUE e o artigo 291.º, n.º 1, TFUE, ser interpretado no sentido de que se opõe, sem mais ou após ponderação do interesse da ação penal e do interesse do arguido, à utilização de informações ou provas num processo penal, quando as mesmas tiverem sido obtidas com base num controlo policial efetuado ao arguido em violação do artigo 67.º, n.º 2, TFUE ou dos artigos 22.º e 23.º do Regulamento (UE) 2016/399 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2016, que estabelece o código da União relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (Código das Fronteiras Schengen)?

II. É determinada a suspensão da instância até à decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia sobre as questões prejudiciais.

Fundamentos:

I.

O Amtsgericht – Strafrichter – Kehl (Tribunal de Primeira Instância – juiz penal – Kehl, Alemanha) é chamado a decidir um pedido do Staatsanwaltschaft Offenburg (Ministério Público de Offenburg), por via de despacho de condenação, com vista à condenação do arguido numa multa pela prática de condução dolosa sem carta de condução.

1. No atual estado da análise do processo, o pedido de decisão prejudicial assenta nos seguintes factos:

O arguido, um cidadão francês residente em França, conduziu em 20 de julho de 2018, por volta das 3h20 da manhã, um veículo ligeiro de passageiros na Straßburger Straße, 77694 Kehl (Alemanha) [omissis], embora soubesse que não tinha a carta de condução exigida.

O arguido foi identificado como condutor do veículo por ocasião de um controlo efetuado pela Polícia Federal após a sua entrada no território federal através da Europabrücke (Ponte da Europa) entre Kehl e Estrasburgo, quando vinha de França. No decurso do controlo, verificou-se que ele não tinha a carta de condução exigida.

O controlo foi realizado com base numa nota da polícia nos termos do § 23, n.º 1, ponto 3, da Bundespolizeigesetz (Lei da Polícia Federal, a seguir «BPolG») relativo à prevenção ou cessação da migração ilegal e do [omissis] combate à criminalidade transfronteiriça, ao abrigo do § 12, n.º 1, pontos 1 a 4, da BPolG. A polícia indicou apenas que o controlo efetuado consistiu «numa medida aleatória, irregular e não permanente». No momento em que o controlo foi efetuado, não existiam controlos temporários nas fronteiras em conformidade com o [título III] do capítulo II do Código das Fronteiras Schengen nesta parte da fronteira.

2. O ato é [punível] como condução dolosa sem carta de condução nos termos do § 21, n.º 1, ponto 1, da Straßenverkehrsgesetz (Lei da circulação rodoviária), que [prevê] a aplicação de uma sanção penal sob a forma de pena de prisão até um ano ou de uma multa de cinco a 360 dias.
3. O Ministério Público pede a aplicação ao arguido de uma multa de 30 dias, no valor diário de 30 euros.

II.

O órgão jurisdicional de reenvio considera que a resposta às questões prejudiciais é necessária para poder decidir sobre o pedido de despacho de condenação. Por conseguinte, submete-as a título prejudicial ao Tribunal de Justiça da União

Europeia (a seguir «Tribunal de Justiça») nos termos do artigo 267.º, primeiro parágrafo, alínea a, e segundo parágrafo, TFUE.

Na decisão sobre a adoção do despacho de condenação requerido, o tribunal deve apreciar se existem suspeitas suficientes contra o arguido. Isso pressupõe que, face às provas disponíveis, haja probabilidades de condenação. A este respeito, há que ter em conta que as provas ilegalmente obtidas podem ser sujeitas a uma proibição de utilização. No presente caso, a constatação de que o arguido era condutor de um veículo ligeiro de passageiros baseia-se no controlo da Polícia Federal. Não existirão suspeitas suficientes contra o arguido se o controlo tiver sido ilegal, levando a uma proibição da valoração das informações e provas assim obtidas no processo penal.

1. Quanto à primeira questão prejudicial:

- a. No que diz respeito ao § 23, n.º 1, ponto 3, da BPolG, o Tribunal de Justiça decidiu, no seu Acórdão de 21 de junho de 2017 ([*Omissis*] A, C-9/16, EU:C:2017:483), que o artigo 67.º, n.º 2, TFUE, bem como os artigos 20.º e 21.º do Regulamento (CE) n.º 562/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2006, que estabelece o código comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (Código das Fronteiras Schengen), conforme alterado pelo Regulamento (UE) n.º 610/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013 (entretanto alterado pelos artigos 22.º e 23.º do Regulamento (UE) 2016/399 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2016, que estabelece o código da União relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras), devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma regulamentação nacional que confere aos serviços de polícia do Estado-Membro em causa a competência para controlar a identidade de qualquer pessoa, numa zona de 30 quilómetros a partir da fronteira terrestre deste Estado-Membro com outros Estados partes na 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, assinada em Schengen (Luxemburgo), em 19 de junho de 1990, com vista a prevenir ou a pôr termo à entrada ou à permanência ilegais no território do referido Estado-Membro ou a prevenir certas infrações que ponham em causa a segurança da fronteira, independentemente do comportamento da pessoa em causa e da existência de circunstâncias especiais, a menos que essa regulamentação preveja o enquadramento necessário dessa competência garantindo que o exercício prático desta não possa ter um efeito equivalente ao dos controlos nas fronteiras.
- b. Em 7 de março de 2016, o Ministério Federal do Interior aprovou um despacho que especifica a aplicação das competências de identificação da Polícia Federal nas zonas fronteiriças, em conformidade com o § 23, n.º 1,

ponto 3, da BPolG (Gemeinsames Ministerialblatt, GMBI, 2016, n.º 10, p. 203; a seguir «despacho ministerial»). Este despacho estabelece:

«a) A criminalidade transfronteiriça dá-se de forma dinâmica (temporalmente, localmente e através da utilização de diferentes meios de transporte), requerendo, por conseguinte, competências policiais flexíveis para a combater. O exercício da competência acima referida visa a prevenção ou a cessação da criminalidade transfronteiriça;

b) As medidas de controlo devem ser executadas no quadro estritamente definido pelos critérios acima referidos do artigo 21.º, alínea a), do Código das Fronteiras Schengen. Devem ser concebidas de forma a distinguir-se claramente dos controlos sistemáticos de pessoas nas fronteiras externas e a não ter o mesmo efeito que os controlos fronteiriços. Por seu lado, a aplicação destas medidas de controlo deve ser sujeita a um enquadramento que garanta que não possam ter um efeito equivalente, em intensidade e frequência, ao dos controlos fronteiriços.

c) Este enquadramento é concebido da seguinte forma:

As medidas de controlo não serão permanentes, sendo antes aplicadas irregularmente, em momentos diferentes, em locais diferentes e aleatoriamente, tendo em conta o número de viagens.

As medidas de controlo não podem ser tomadas em razão da mera passagem da fronteira. São realizadas com base em informações constantemente atualizadas sobre a situação e/ou a experiência policial (de fronteira) que os Serviços da Polícia Federal desenvolvem com base nas suas próprias informações ou nas informações de outras autoridades. Por conseguinte, as informações e/ou experiências policiais gerais ou concretas sobre a criminalidade transfronteiriça, por exemplo, sobre os meios de transporte e as vias frequentemente utilizados, certos comportamentos e a análise das informações disponíveis sobre a criminalidade transfronteiriça provenientes de fontes próprias ou de outras autoridades, constituem o ponto de partida para o exercício das medidas policiais, assim como da sua intensidade e frequência.

A conceção das medidas de controlo é objeto de uma supervisão administrativa e técnica regular. As disposições fundamentais estão contidas no § 3, n.º 1, ponto 4, do Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien (Regulamento Interno Comum dos Ministérios Federais) (GGO) e nos Grundsätzen zur Ausübung der Fachaufsicht der Bundesministerien über den Geschäftsbereich (Princípios para o Exercício da Supervisão Técnica do Setor pelos Ministérios Federais). Estes são concretizados para o setor da Polícia Federal pelas «Ergänzenden Bestimmungen zur Ausübung der Dienst- und Fachaufsicht des BMI über die Bundespolizei» (Disposições Complementares para o Exercício pelo

Ministério Federal do Interior da Supervisão Administrativa e Técnica da Polícia Federal». O Bundespolizeipräsidium (Direção da Polícia Federal) e as autoridades e serviços dele dependentes regularam a execução da supervisão administrativa e técnica nos seus organigramas e transpuseram-na com uma conceção própria.

- d) A fim de evitar controlos múltiplos, as medidas de controlo devem, na medida do possível, ser coordenadas com outras autoridades ou aplicadas no âmbito de operações/cooperações conjuntas.»
- c. A questão de saber se o despacho ministerial cumpre os requisitos do Tribunal de Justiça relativamente ao enquadramento jurídico exigido é controversa na jurisprudência alemã *[omissis]*.

O órgão jurisdicional de reenvio tem igualmente dúvidas sobre se este despacho concretiza a norma de habilitação do artigo 23.º, n.º 1, ponto 3, da BPolG da forma necessária *[omissis]*. É certo que a este despacho ministerial pode, em princípio, ser reconhecida uma capacidade vinculativa passível de fiscalização judicial em matéria da prática de controlos sendo de lhe reconhecer, por isso, a qualidade de norma claramente esperada pelo Tribunal de Justiça. O despacho não contém disposições discricionárias concretas sobre a forma como deve ser assegurado o carácter aleatório de todos os controlos, limitando, por exemplo, o seu número *[omissis]*.

- d. A pedido do órgão jurisdicional de reenvio, a Polícia Federal informou que, além do despacho ministerial, a ação policial é regulamentada pela instrução interna «BRAS 120», na sua versão de agosto de 2016. No entanto, esta instrução limita-se essencialmente a repetir as disposições do despacho ministerial com a mesma redação, não contendo quaisquer disposições concretas sobre a realização dos controlos. Além disso, esta instrução não está acessível ao público, pelo que não cumpre os requisitos mínimos de uma regulamentação que possa constituir o enquadramento jurídico exigido pelo Tribunal.
- e. O mesmo se aplica aos pontos da situação periodicamente efetuados sobre a migração irregular e o tráfico de seres humanos. O órgão jurisdicional de reenvio só pode pressupor que estas são as «informações constantemente atualizadas sobre a situação» referidas no despacho ministerial. Além disso, é de notar que estes pontos da situação, que se destinam a justificar o carácter excecional dos controlos, se baseiam aparentemente, no essencial, em informações obtidas através dos controlos efetuados nos termos do § 23, n.º 1, ponto 3, da própria BPolG.
- f. Na medida em que no acórdão do Tribunal de Justiça está em causa o § 15 da BPolG, nos termos do qual entre várias medidas possíveis e adequadas deve ser escolhida aquela que previsivelmente menos prejudique o particular e a comunidade (n.º 1), uma medida não deve causar um prejuízo claramente

desproporcionado em relação ao objetivo prosseguido (n.º 2) e uma medida só será admissível até ser alcançado o seu objetivo ou até que se demonstre que o mesmo não pode ser alcançado (n.º 3), esta disposição não é adequada para fornecer o enquadramento jurídico exigido, nem mesmo em conjugação com o despacho ministerial de 7 de março de 2016, uma vez que o § 15 da BPolG é meramente a reprodução legal do princípio da proporcionalidade da atuação do Estado no caso concreto. Este não pode impedir que a prática policial na aplicação do § 23, n.º 1, ponto 3, da BPolG, em especial através de «efeitos cumulativos», corresponda ao efeito de controlos fronteiriços que vão além do caso concreto *[omissis]*.

2. Quanto à segunda questão prejudicial:

a. O direito processual penal alemão não prevê uma proibição geral de utilização de meios de prova ilegalmente obtidos. Com exceção de algumas disposições legais especiais, que preveem expressamente a proibição dessa utilização *[omissis]*, nem sempre a obtenção irregular da prova implica uma proibição da sua utilização *[omissis]*. Segundo jurisprudência constante do Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal) e do Bundesgerichtshof (Supremo Tribunal Federal), cabe, pelo contrário, proceder a uma ponderação de todos os aspetos essenciais do caso concreto e dos interesses contraditórios em presença, constituídos, por um lado, pelo princípio do direito processual penal alemão segundo o qual cabe ao tribunal apurar a verdade e, para tal, alargar officiosamente a instrução a todos os factos e meios de prova e, por outro, pelo interesse individual da pessoa objeto da medida ilegal *[omissis]*. A proibição de utilização das provas constitui uma exceção que tem de ser fundamentada, impondo-se, pelo menos, nos casos de violações processuais graves, intencionais ou arbitrarias, em que a tutela dos direitos fundamentais seja ignorada de modo premeditado ou sistemático *[omissis]*. Esta prática jurisprudencial é, em princípio, compatível com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, nomeadamente com o seu artigo 6.º *[omissis]*. Esta relação entre regra e exceção postulada na jurisprudência é criticada por uma parte da doutrina que exige, ao invés, que a proibição da utilização da prova seja a regra e que a utilização de uma prova obtida ilegalmente esteja sujeita a uma justificação específica *[omissis]*.

Segundo esta jurisprudência dos tribunais superiores não existiria, no caso a decidir pelo tribunal por violação do direito da União na obtenção de provas, nenhuma proibição de utilização como provas das informações obtidas através do controlo do arguido, mesmo que, como no caso vertente, apenas se tratasse de crimes menores. Isto porque a interferência nos direitos da pessoa em causa é, por exemplo, ao contrário de uma busca domiciliária, de pequena intensidade.

b. No entanto, se o controlo do arguido violar o direito da União e for, portanto, ilegal, coloca-se quanto à aplicação efetiva do direito da União e à

sua aplicação uniforme em toda a União, em especial no que diz respeito às regras mais estritas que possam existir noutros Estados-Membros sobre a possibilidade de utilizar provas ilegalmente obtidas, a questão de saber se o direito da União exige que as informações e as provas obtidas em violação do direito da União estejam desde logo sujeitas a uma proibição de utilização em processo penal ou, pelo menos, que os interesses da União Europeia sejam devidamente tidos em conta no equilíbrio a alcançar, de modo a que, pelo menos no caso de criminalidade menor, prevaleça o interesse da ação penal do Estado.

Tanto quanto é do conhecimento deste tribunal, o Tribunal de Justiça ainda não teve a oportunidade de se pronunciar – de forma geral – quanto a esta questão. Contudo, o [Acórdão de 10 de abril de 2003, Steffensen, C-276/01, EU:C:2003:228] indicia, por exemplo, que de acordo com o princípio da eficácia, o direito da União pode ter esse tipo de influência no direito e na prática de obtenção e utilização de provas num Estado-Membro. Segundo este tribunal, no Acórdão [Steffensen, C-276/01], [omissis], o Tribunal de Justiça, embora tenha rejeitado a existência de uma proibição de utilização de provas diretamente resultante do direito da União, considerou contudo que competia ao órgão jurisdicional nacional, no respeito do princípio do contraditório e do processo equitativo, determinar, com base no direito nacional, quais os factos que considerava provados e que estavam na base da sua decisão.

No entanto, contrariamente ao caso em apreço, no caso [Steffensen, C-276/01] não estava em causa a aplicação efetiva geral do direito da União, para mais no âmbito de uma política central da União Europeia, já que controlos por parte da Polícia Federal, tais como no caso vertente, ocorrem não apenas esporadicamente mas em grande número. De acordo com a resposta do Governo Federal a uma pergunta dos deputados ao Bundestag (Parlamento) alemão, tiveram lugar, em todo o território federal [omissis], 1.475.499 controlos em 2016, 1.730.499 controlos em 2007 e 1.604.184 controlos em 2018, nos termos do § 23, n.º 1, ponto 3, da BPolG.

Note-se que, aparentemente, apenas um número muito reduzido de pessoas afetadas pelos controlos questiona a legalidade da atuação da polícia ou suscita a sua fiscalização pelos tribunais. De acordo com as mesmas respostas do Governo Federal às questões parlamentares, tinham-se registado, nomeadamente, um total de 28 reclamações no período de 1 de janeiro de 2017 a 30 de abril de 2018 e um total de 58 reclamações no período de 1 de agosto de 2018 a 30 de abril de 2019; no momento das respetivas respostas, estavam pendentes três ou quatro processos judiciais em todo o país. Em contrapartida, desde setembro de 2018 correram termos no órgão jurisdicional de reenvio, cuja jurisdição abrange cerca de 50 quilómetros de fronteira federal, pelo menos 22 processos penais equiparáveis relativos a criminalidade menor, nos quais foram obtidas informações e provas através de controlos nos termos do § 23, n.º 1, ponto 3,

da BPolG, tendo sido esse controlo a levar à instauração dos processos penais. Neste contexto, pode presumir-se que o Ministério Público competente terá já arquivado um número não negligenciável de processos deste tipo imediatamente após a conclusão das investigações por razões de oportunidade.

III.

O presente tribunal solicita ao Tribunal de Justiça, ao abrigo do artigo 95.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça da União Europeia, que imponha o anonimato do arguido no processo principal.

[Omissis]

DOCUMENTO DE TRABALHO