

Processo C-568/19**Resumo do pedido de decisão prejudicial em aplicação do artigo 98.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça****Data de entrada:**

25 de julho de 2019

Órgão jurisdicional de reenvio:

Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Tribunal Superior de Justiça de Castilla-La Mancha, Espanha)

Data da decisão de reenvio:

11 de julho de 2019

Recorrente:

MO

Recorrida:

Subdelegación del Gobierno en Toledo

Objeto do processo principal

Afastamento do território espanhol de um nacional de um Estado terceiro.

Objeto e base jurídica do pedido de decisão prejudicial

Determinar se a interpretação do Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de abril de 2015 (C-38/14, Zaizoune) no sentido de que a Administração e os tribunais espanhóis podem aplicar diretamente, em detrimento de um nacional de um Estado terceiro, 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, é compatível com a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa aos limites do efeito direto das diretivas.

Determinar se a inadequação da legislação espanhola à diretiva referida não deve ser resolvida pela sua aplicação direta em detrimento desse nacional, mas sim

através de uma reforma legal ou dos meios previstos no direito da União para impor ao Estado a devida transposição das diretivas.

O fundamento jurídico é o artigo 267.º TFUE.

Questão prejudicial

É compatível com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia relativa aos limites do efeito direto das diretivas a interpretação do Acórdão de 23 de abril de 2015, Zaizoune (C-38/14, EU:C:2015:260) no sentido de que a Administração e os tribunais espanhóis podem aplicar diretamente a Diretiva 2008/115/CE em detrimento do nacional do Estado terceiro, omitindo ou não aplicando disposições internas mais favoráveis em matéria sancionatória, com o agravamento da sua responsabilidade penal e eventual inobservância do princípio da legalidade penal; e reside a solução para a incompatibilidade da legislação espanhola com a diretiva, não na aplicação direta da diretiva, mas numa uma reforma legal, ou num dos meios previstos no direito [da União] para impor a um Estado a devida transposição das diretivas?

Disposições de direito da União invocadas

- 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. Artigo 6.º, n.º 1, e artigo 8.º, n.º 1, em conjugação com o artigo 4.º, n.ºs 2 e 3.
- b. Acórdão de 23 de abril de 2015 (C-38/14, Zaizoune), n.º 41 e dispositivo.
- c. Acórdão de 5 de abril de 1979 (148/78, Ratti).
- d. Acórdão de 26 de fevereiro de 1986 (152/84, Marshall).
- e. Acórdão de 8 de outubro de 1987 (80/86, Kolpinghuis Nijmegen BV).
- f. Acórdão de 14 de julho de 1994 (C-91/92, Faccini).
- g. Acórdão de 26 de setembro de 1996 (C-168/95, Luciano Arcaro).
- h. Acórdão de 11 de junho de 1987 (14/86, Pretore di Saló).
- i. Acórdão de 8 de novembro de 2016 (C-554/2014, Atanas Ognyanov).
- j. Acórdão de 5 de dezembro de 2017 (C-42/17, M.A.S e M.B).
- k. Acórdão de 9 de dezembro de 2003 (C-129/00, Comissão/República Italiana).

Disposições nacionais invocadas

- a.** Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su versión modificada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre (Lei Orgânica n.º 4/2000, de 11 de janeiro, relativa aos direitos e liberdades dos estrangeiros em Espanha e à sua integração social, na sua versão alterada pela Lei Orgânica n.º 2/2009, de 11 de dezembro).
- i.** Artigo 53.º, n.º 1, alínea a): «São infrações graves: a) Encontrar-se em território espanhol em situação irregular, por não ter obtido a prorrogação de permanência, não ter título de residência ou ter o referido título caducado há mais de três meses, sem que o interessado tenha solicitado a sua renovação dentro do prazo legalmente previsto».
- ii.** Artigo 55.º, n.º 1, alínea b): «As infrações tipificadas nos artigos anteriores são punidas do seguinte modo: [...] b) As infrações graves, com multa de 501 a 10 000 euros».
- iii.** Artigo 57.º, n.º 1: «Nos casos em que os infratores sejam estrangeiros e o comportamento em questão possa ser tipificado como ‘muito grave’ ou ‘grave’, nos termos do artigo 53.º, n.º 1, alíneas a), b), c), d), e f), da presente lei orgânica, é possível substituir, tendo em conta o princípio da proporcionalidade, a multa pelo afastamento do território espanhol, após tramitação prévia do correspondente processo administrativo e por decisão fundamentada que proceda a uma apreciação dos factos que configuram a infração».
- iv.** Artigo 57.º, n.º 3: «Em nenhum caso podem ser aplicadas conjuntamente as sanções de afastamento e de multa».
- v.** Artigo 63.º-A, n.º 2: «A decisão de adoção da medida de afastamento tomada através do processo ordinário inclui um prazo de cumprimento voluntário para que a pessoa em causa abandone o território nacional. Esse prazo é de sete a trinta dias e começa a contar a partir da data da notificação da referida decisão. O prazo de cumprimento voluntário da ordem de afastamento pode ser prorrogado por um período de tempo razoável em função das circunstâncias do caso concreto, como a duração do período de permanência, a guarda de filhos que frequentam a escola ou a existência de outros laços familiares e sociais».
- vi.** Artigo 63.º, n.º 7 (relativo ao procedimento preferencial): «A execução da ordem de afastamento nas situações previstas neste artigo é efetuada imediatamente».
- b.** Acórdão do Tribunal Supremo n.º 734, de 30 de maio de 2019 (ECLI:ES:TS:2019:1813) e jurisprudência aí referida, como a seguinte: de 12 de junho de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2523); de 4 de dezembro de 2018

(ECLI:ES:TS:2018:4270); de 19 de dezembro de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4386), e de 19 de dezembro de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4387).

b. Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 Em 14 de janeiro de 2017 foi iniciado um procedimento sancionatório de afastamento contra MO, de nacionalidade colombiana, por uma eventual violação do artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Lei Orgânica n.º 4/2000, de 11 de janeiro, relativa aos direitos e liberdades dos estrangeiros em Espanha e à sua integração social (a seguir «Lei Orgânica n.º 4/2000»). O procedimento foi tratado como procedimento «preferencial».
- 2 MO apresentou um articulado em que alegava que tinha entrado em Espanha em 2009, aos 17 anos de idade, com o visto correspondente e com autorização para efeitos de reagrupamento familiar com a sua mãe. Estes dois documentos foram fornecidos no referido articulado. Foi também apresentado o passaporte válido, um cartão de residência válido até 2013 e um registo municipal de 2015 no município de Talavera de la Reina. Foram também anexados alguns documentos relativos ao seu percurso profissional, bem como certos documentos comprovativos do seu enraizamento, sendo indicado que não tinha antecedentes criminais e que dispunha de domicílio fixo no município referido. Afirmava que tinha tentado regularizar a sua situação, sem que tal tivesse sido possível, e que, nos termos da Lei Orgânica n.º 4/2000, devia ser-lhe aplicada uma multa e não a sanção de afastamento, tendo em conta o seu enraizamento e a inexistência de elementos desfavoráveis.
- 3 Em de 3 de fevereiro de 2017, o Subdelegado del Gobierno en Toledo (Subdelegado do Governo em Toledo) emitiu uma ordem de afastamento. Nela eram referidos o artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Lei Orgânica n.º 4/2000 e o Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de abril de 2015 (C-38/14, Zaizoune), segundo o qual, na opinião do referido subdelegado, a regra geral é a do afastamento, não sendo a multa aplicável.
- 4 MO interpôs recurso contencioso administrativo da referida decisão no Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (Tribunal do Contencioso Administrativo), alegando que a sanção de afastamento era desproporcionada porque, nos termos da lei espanhola, a simples permanência irregular, havendo enraizamento em Espanha, deve apenas dar lugar à aplicação de uma multa.
- 5 O Juzgado de lo Contencioso-Administrativo provimento ao recurso. Considerou que os argumentos de MO eram infundados à luz do Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de abril de 2015 (C-38/14, Zaizoune), relativo à legislação objeto do caso em apreço. Segundo este acórdão, «[a] Diretiva 2008/115/CE do Parlamento 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 6.º, n.º 1, e 8.º, n.º 1,

conjugados com o artigo 4.º, n.ºs 2 e 3, deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado-Membro como a que está em causa no processo principal, que prevê, em caso de situação irregular de nacionais de países terceiros no território desse Estado, a aplicação, consoante as circunstâncias, de uma multa ou do afastamento, sendo as duas medidas mutuamente exclusivas».

- 6 MO interpôs recurso desta sentença do Juzgado de lo Contencioso-Administrativo (no Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (Tribunal Superior de Justiça de Castilla-La Mancha), órgão jurisdicional de reenvio, que tem dúvidas quanto às consequências do referido acórdão do Tribunal de Justiça para as autoridades administrativas e judiciais espanholas, no que diz respeito ao efeito direito das diretivas. Consequentemente, o órgão jurisdicional de reenvio decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça o presente pedido de decisão prejudicial.

Argumentos essenciais das partes no processo principal

- 7 MO alega que a sanção de afastamento é desproporcionada, uma vez que se encontra fortemente enraizado em Espanha. Detalha e fornece documentos que comprovam o seu enraizamento profissional, económico, social e familiar. Argumenta que o Tribunal Supremo (Supremo Tribunal) tem permitido a aplicação da sanção de afastamento em vez da sanção de multa apenas quando se verificarem circunstâncias adicionais relativamente à simples permanência ilegal (como, por exemplo, não dispor de documentos, não se sabendo quando e por onde entrou no território nacional, entre outros motivos agravantes), mas que este não é o seu caso, uma vez que dispõe de documentos e está plenamente enraizado em Espanha. MO pede a anulação da sanção de afastamento ou, subsidiariamente, a sua substituição por uma multa.
- 8 A Subdelegación del Gobierno en Toledo (Subdelegação do Governo em Toledo) argumenta que MO não tem título de residência válido para residir em Espanha, dado ter caducado. Salaria que, desde o Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de abril de 2015 (C-38/14, Zaizoune), nestes casos só é aplicável a sanção de afastamento, e não a de multa. Também põe em causa o enraizamento de MO, uma vez que atualmente não tem trabalho, nem capacidade económica ou laços de dependência familiar.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 9 O órgão jurisdicional de reenvio explica que, nos termos do artigo 53.º, n.º 1, alínea a), da Lei Orgânica n.º 4/2000, a permanência irregular constitui uma infração administrativa que tem como resposta do Estado um procedimento sancionatório com as garantias específicas do direito penal ou sancionatório do Estado e que implica a aplicação de sanções administrativas. Na sua redação original, a referida lei punia a permanência irregular apenas com uma multa. Com a reforma introduzida pela Lei Orgânica n.º 8/2000, passou a prever-se o

afastamento como alternativa à multa, mas sem que fossem fornecidos critérios concretos para a seleção de uma ou outra sanção. Por outro lado, a Lei Orgânica n.º 4/2000 prevê dois procedimentos para realizar o afastamento: o procedimento ordinário (v. o artigo 63.º-A, n.º 2) e o procedimento preferencial (v. artigo 63.º, n.º 7).

- 10 Nesta situação, o Tribunal Supremo declarou reiteradamente que os princípios próprios do direito sancionatório exigiam que caso se optasse pela sanção mais grave (afastamento), teria de fundamentar-se com algum motivo negativo adicional além da simples permanência irregular (por exemplo, prática de crimes, falta de documentos de identificação ou utilização de documentos falsos, etc.), uma vez que, não se verificando nenhum deles, não haveria razão reconhecível para a não aplicação da sanção mais comum prevista: a multa. Durante algum tempo, este critério de seleção da sanção adequada resultou, por conseguinte, de uma interpretação jurisprudencial.
- 11 No entanto, a Lei Orgânica n.º 2/2009 consagrou legalmente a referida interpretação quando reformulou o artigo 57.º para indicar que *«é possível substituir, tendo em conta o princípio da proporcionalidade, a multa pelo afastamento do território espanhol, após tramitação prévia do correspondente processo administrativo e por decisão fundamentada que proceda a uma apreciação dos factos que configuram a infração»*.
- 12 O órgão jurisdicional de reenvio recorda que, no seu Acórdão de 23 de abril de 2015 (C-38/14, Zaizoune), relativo à legislação objeto do caso em apreço, o Tribunal de Justiça declarou que «[a] Diretiva 2008/115/CE do Parlamento 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 6.º, n.º 1, e 8.º, n.º 1, conjugados com o artigo 4.º, n.ºs 2 e 3, deve ser interpretada no sentido de que se opõe a uma legislação de um Estado-Membro como a que está em causa no processo principal, que prevê, em caso de situação irregular de nacionais de países terceiros no território desse Estado, a aplicação, consoante as circunstâncias, de uma multa ou do afastamento, sendo as duas medidas mutuamente exclusivas».
- 13 O órgão jurisdicional de reenvio salienta que o referido acórdão do Tribunal de Justiça, embora já tenha sido proferido na vigência da alteração legal de 2009 referida no n.º 11, foi proferido como se a situação ainda correspondesse à descrita no n.º 10, isto é, como se se tratasse de uma simples interpretação jurisprudencial (pois foi assim que a questão prejudicial foi submetida ao Tribunal de Justiça). O órgão jurisdicional de reenvio sublinha que é imperativo ter em conta que a exigência de que exista um motivo adicional para impor o afastamento, originalmente uma interpretação, passou a ser, com a Lei Orgânica n.º 2/2009, e continua a ser, um requisito legal claro e categórico decisivo.
- 14 O órgão jurisdicional de reenvio salienta que o Tribunal Supremo e muitos tribunais inferiores têm interpretado o Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de

abril de 2015 (C-38/14, Zaizoune) no sentido de que habilita as autoridades administrativas e judiciais espanholas a não aplicar as disposições da Lei Orgânica n.º 4/2000 relativas à precedência da sanção de multa e à necessidade de fundamentação expressa do afastamento.

- 15 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, tal implica aplicar diretamente, em detrimento do interessado e com agravamento da sua responsabilidade penal, a Diretiva 2008/115/CE, e, por conseguinte, afastar (sem existir sequer um período de cumprimento voluntário no caso do procedimento preferencial) qualquer nacional de um país terceiro em situação irregular. Ou seja, é atribuído à diretiva um «efeito vertical inverso ou descendente» (do Estado contra o particular) muito diferente do «efeito vertical direto ou ascendente» (do particular perante o Estado) que o Tribunal de Justiça declarou produzir-se quando uma diretiva não é transposta.
- 16 O órgão jurisdicional de reenvio sustenta que a decisão do Tribunal Supremo e de outros tribunais inferiores não implica, em seu entender, uma interpretação do direito espanhol em conformidade com a diretiva (que talvez tivesse sido possível antes da alteração da Lei Orgânica n.º 4/2000 pela Lei Orgânica n.º 2/2009), mas sim uma não aplicação pura e simples das normas internas, e isto em matéria punitiva e em detrimento da pessoa a quem a infração é imputada. Afirma que existe uma obrigação, para o órgão de jurisdição nacional, de interpretação conforme da legislação interna com a da União (v. Acórdão de 8 de novembro de 2016, C-554/2014, e muitos outros), mas que esta encontra os seus limites na própria jurisprudência do Tribunal de Justiça.
- 17 Segundo o órgão jurisdicional de reenvio, o Tribunal Supremo considera que o Tribunal de Justiça já resolveu o problema do «efeito vertical inverso ou descendente», autorizando-o, no seu Acórdão de 23 de abril de 2015 (C-38/14, Zaizoune). O Tribunal Supremo entende que este acórdão contém não apenas uma declaração de incompatibilidade do direito espanhol com o direito da União, mas também uma ordem às autoridades judiciais espanholas para aplicarem a diretiva diretamente em detrimento do particular. O órgão jurisdicional de reenvio considera que partes do acórdão, em especial o n.º 39, podem suscitar certas dúvidas a este respeito. No entanto, em seu entender, o referido acórdão nunca poderá ter tal consequência, uma vez que, nesse caso, o Tribunal de Justiça contrariaria numerosa jurisprudência anterior.
- 18 No que diz respeito à impossibilidade de o Estado aplicar uma diretiva diretamente em detrimento do particular e omitindo a legislação interna (efeito vertical inverso ou descendente), o órgão jurisdicional de reenvio recorda, em primeiro lugar, que, no Acórdão de 26 de fevereiro de 1986 (C-152/84, Marshall), se concluiu (n.º 4[8]) que uma diretiva não pode, por si só, criar obrigações na esfera jurídica de um particular e que uma disposição de uma diretiva não pode ser invocada, enquanto tal, contra tal pessoa. Neste sentido, faz também referência ao Acórdão de 11 de junho de 1987 (C-14/86, Pretore di Saló).

- 19 Por seu turno, o Acórdão de 8 de outubro de 1987 (C-80/86, *Kolpinghuis Nijmegen BV*) estabeleceu que, embora ao aplicar a sua legislação nacional, o órgão jurisdicional de um Estado-Membro deva interpretá-la à luz do texto e dos objetivos da diretiva, uma diretiva não pode ter como efeito, por si própria e independentemente de uma lei adotada para a sua execução, determinar ou agravar a responsabilidade criminal daqueles que atuem em violação das suas disposições. A obrigação de interpretação conforme, como se refere no n.º 13, «é limitada pelos princípios gerais de direito que fazem parte do direito comunitário e designadamente os da segurança jurídica e da não retroatividade. Assim, o Tribunal de Justiça declarou, no seu Acórdão de 11 de junho de 1987 (Pretore de Saló/X, 14/86, Colet. 1987, p. 2545), que uma diretiva não pode ter como efeito, por si própria e independentemente de uma lei interna adotada por um Estado-Membro para a sua aplicação, determinar ou agravar a responsabilidade penal de quem quer que aja em violação das suas disposições».
- 20 O órgão jurisdicional de reenvio faz também referência ao Acórdão de 26 de setembro de 1996 (C-168/95, *Luciano Arcaro*), em que se declara que «o direito comunitário não contém um mecanismo que permita ao órgão jurisdicional nacional eliminar disposições internas contrárias a uma disposição de uma diretiva não transposta, quando esta disposição não possa ser invocada perante o órgão jurisdicional nacional», e em que, após recordar a obrigação dos tribunais nacionais de interpretarem a legislação nacional à luz da legislação da União, declara no n.º 42 que, «[n]o entanto, esta obrigação de o juiz nacional ter em conta o conteúdo da diretiva ao interpretar as normas relevantes do direito nacional encontra os seus limites quando tal interpretação leve a impor a um particular uma obrigação prevista numa diretiva não transposta ou, por maioria de razão, quando leve a determinar ou a agravar, com base na diretiva e na falta de uma lei adotada para sua aplicação, a responsabilidade penal daqueles que atuem em violação das suas disposições (v. Acórdão *Kolpinghuis Nijmegen*, já referido, n.ºs 13 e 14)».
- 21 Por último, o Acórdão de 5 de dezembro de 2017 (processo C-42/17) sublinha que a obrigação de interpretação conforme pode ter limites, entre eles o princípio da legalidade dos crimes e das penas. No entender do órgão jurisdicional de reenvio, este princípio da legalidade sancionatória é posto em causa quando os tribunais não aplicam uma norma punitiva mais favorável (a que prevê a multa e só permite o afastamento de modo fundamentado) aplicando diretamente, em detrimento do particular, uma diretiva.
- 22 Atendendo ao exposto, o órgão jurisdicional de reenvio decidiu submeter ao Tribunal de Justiça a presente questão prejudicial, pedindo que lhe fosse aplicada a tramitação acelerada prevista no artigo 105.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.