

**Processo C-718/19****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:**

27 de setembro de 2019

**Órgão jurisdicional de reenvio:**

Cour constitutionnelle [Tribunal Constitucional (anteriormente Cour d'arbitrage), Bélgica]

**Data da decisão de reenvio:**

18 de julho de 2019

**Recorrentes:**

Ordre des barreaux francophones et germanophone

Association pour le droit des Étrangers ASBL

Coordination et Initiatives pour et avec les Réfugiés et Étrangers ASBL

Ligue des Droits de l'Homme ASBL

Vluchtelingenwerk Vlaanderen ASBL

**Recorrido:**

Conseil des ministres (Conselho de Ministros)

**I. Objeto do processo principal**

- 1 Através de dois pedidos distintos, a Ordre des barreaux francophones et germanophone [Ordem dos Advogados francófonos e germanófonos (a seguir «OBFG»)], por um lado, e a ASBL «Association pour le droit des Étrangers», a ASBL «Coordination et Initiatives pour et avec les Réfugiés et Etrangers», a ASBL «Ligue des Droits de l'Homme» e a ASBL «Vluchtelingenwerk Vlaanderen», por outro lado, interpuseram um recurso de anulação, total ou parcial, da Lei de 24 de fevereiro de 2017 que altera a Lei de 15 de dezembro de 1980 relativa ao acesso ao território, à residência, ao estabelecimento e ao

afastamento de estrangeiros, a fim de reforçar a proteção da ordem pública e da segurança nacional [publicada no *Moniteur belge* (Jornal Oficial belga) de 19 de abril de 2017, p. 51890] (<http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/2017/02/24/2017011464/justel>) (a seguir «lei impugnada»). Os processos têm, respetivamente, os números de ordem 6749 e 6755 e foram apensados.

- 2 A lei impugnada altera a Lei de 15 de dezembro de 1980 relativa ao acesso ao território, à residência, ao estabelecimento e ao afastamento de estrangeiros (publicada no *Moniteur belge* de 31 de dezembro de 1980, p. 14584) (<http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/loi/1980/12/15/1980121550/justel>) (a seguir «Lei de 15 de dezembro de 1980»).

## II. Lei impugnada

- 3 A Lei de 24 de fevereiro de 2017 «visa assegurar uma política de afastamento mais transparente, coerente e eficaz, em especial quando o objetivo é garantir a ordem pública ou a segurança nacional, respeitando simultaneamente os direitos fundamentais das pessoas em causa» (*Doc. parl.*, Câmara, 2016-2017, DOC 54-2215/001, p. 4). Em particular, «trata-se de conferir à administração os meios para agir mais rapidamente e mais eficazmente quando a ordem pública ou a segurança nacional são ameaçadas» (*ibid.*).
- 4 A exposição de motivos especifica:
- «A fim de alcançar estes objetivos, propõe-se:
- rever profundamente o regime de retorno e expulsão e substituí-lo por regimes distintos em função da situação de residência do estrangeiro;
  - prever regras para a proteção da ordem pública ou da segurança nacional mais transparentes, coerentes e eficazes;
  - prever um mecanismo destinado a limitar ao máximo a adoção repetida de medidas de repulsão ou de afastamento;
  - determinar claramente as autoridades habilitadas, por ocasião dos controlos nas fronteiras, a tomar decisões de recusa de entrada e de anulação ou de revogação de vistos e em que casos estão habilitadas a exercer essa competência» (*ibid.*, p. 5).
- 5 A lei impugnada transpõe parcialmente, designadamente, as seguintes diretivas:
- Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que altera o Regulamento (CEE) n.º 1612/68 e que revoga as Diretivas 64/221/CEE,

68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE (JO 2004, L 158, p. 77);

- 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 (JO 2008, L 348, p. 98).

### III. Disposições em causa

6 A lei impugnada altera numerosas disposições da Lei de 15 de dezembro de 1980. A Cour constitutionnelle (Tribunal Constitucional, Bélgica) declarou que a maior parte dos fundamentos invocados contra esta lei não eram procedentes e, portanto, negou, nessa medida, provimento aos recursos de anulação. Todavia, considera dever solicitar ao Tribunal de Justiça que interprete as disposições do direito da União antes de decidir sobre os restantes fundamentos. Por conseguinte, suspende a apreciação de determinados fundamentos relativos aos artigos 28, 29, 30, 31 e 32 da lei impugnada.

7 Os artigos 28, 29, 30, 31 e 32 da lei impugnada aditam à Lei de 15 de dezembro de 1980 os artigos 44 *quater* a 44 *octies*, cujas disposições são as seguintes:

8 Artigo 44 *quater*

«Enquanto decorrer o prazo referido no artigo 44 *ter*, o cidadão da União ou o membro da sua família não pode ser objeto de uma medida de afastamento forçado.

A fim de evitar qualquer risco de fuga durante o período referido no artigo 44 *ter*, o cidadão da União ou o membro da sua família pode ser obrigado a cumprir medidas preventivas. O Rei está habilitado a determinar essas medidas por decreto aprovado em Conselho de Ministros».

9 Artigo 44 *quinquies*

«§ 1º O Ministro ou o seu delegado toma todas as medidas necessárias para executar a ordem para abandonar o território quando:

1º nenhum prazo tiver sido concedido ao cidadão da União ou ao membro da sua família para abandonar o território do Reino;

2º o cidadão da União ou o membro da sua família não tiver abandonado o território do Reino no prazo que lhe foi concedido;

3º antes do termo do prazo concedido para abandonar o território do Reino, o cidadão da União ou o membro da sua família apresentar um risco de fuga, não tiver respeitado as medidas preventivas impostas ou constituir uma ameaça para a ordem pública ou para a segurança nacional.

§ 2 Quando o cidadão da União ou o membro da sua família se opuser ao afastamento ou quando apresentar um risco de perigosidade por ocasião do seu afastamento, procede-se ao seu regresso forçado, se necessário, acompanhado de escolta. Podem então ser contra ele adotadas medidas coercivas, em conformidade com os artigos 1 e 37 da Lei de 5 de agosto de 1992 relativa à função policial.

Quando o afastamento for executado por via aérea, as medidas serão tomadas em conformidade com as orientações comuns de afastamento por via aérea anexadas à Decisão 2004/573/CE.

§ 3 O Rei designa, por decreto aprovado em Conselho de Ministros, a entidade encarregada de assegurar o controlo dos regressos forçados e determina as modalidades desse controlo. Esta entidade é independente das autoridades competentes em matéria de afastamento.»

10 Artigo 44 *sexies*

«Quando as circunstâncias de cada caso o justificarem, o ministro ou o seu delegado pode adiar temporariamente o afastamento. O interessado será disso informado.

Para evitar qualquer risco de fuga, o cidadão da União ou o membro da sua família pode ser obrigado a cumprir medidas preventivas. O Rei está habilitado a determinar essas medidas por decreto aprovado em Conselho de Ministros.

O ministro ou o seu delegado pode, nos mesmos casos, impor ao cidadão da União ou o membro da sua família a obrigação de residência durante o tempo necessário à execução dessa medida.»

11 Artigo 44 *septies*

«§ 1 Se razões de ordem pública, de segurança nacional ou de saúde pública o exigirem, e a menos que outras medidas menos coercivas possam ser eficazmente aplicadas, os cidadãos da União e os membros das suas famílias, com vista a garantir a execução da medida de afastamento, podem ser colocados em situação de manutenção durante o tempo estritamente necessário à execução da medida, não podendo a duração da manutenção exceder dois meses.

Todavia, o ministro ou o seu delegado podem prorrogar a duração dessa manutenção por um período de dois meses, sempre que as diligências necessárias para o afastamento do estrangeiro tenham sido levadas a cabo nos sete dias úteis seguintes à colocação do cidadão da União ou do membro da sua família em situação de manutenção, com toda a diligência exigida e que continue a subsistir a possibilidade de afastar efetivamente o interessado dentro de um prazo razoável.

Após uma primeira prorrogação, a decisão de prorrogar a duração da manutenção só pode ser tomada pelo ministro.

Após cinco meses, o cidadão da União ou o membro da sua família deve ser posto em liberdade. No caso de a salvaguarda da ordem pública ou da segurança nacional o exigirem, a manutenção pode ser prolongada, de cada vez, por um mês, sem que, todavia, a duração total da manutenção possa exceder oito meses.

§ 2 O cidadão da União ou o membro da sua família referido no n.º 1 pode recorrer da decisão de manutenção, em conformidade com os artigos 71 e ss.»

## 12 Artigo 44 *octies*

«Não podem ser colocados em manutenção nas instalações na aceção do artigo 74/8, § 2:

1º os cidadãos da União menores não acompanhados;

2º os membros da família de um cidadão da União que sejam menores de idade não acompanhados;

3º as famílias dos cidadãos da União quando fizer parte da sua composição, pelo menos, um menor.»

## IV. Fundamentos e argumentos das partes

### *1. No que respeita ao artigo 28.º da lei impugnada (artigo 44 quater da Lei de 15 de dezembro de 1980)*

- 13 O quinto fundamento, na sua primeira parte, no processo n.º 6749, é relativo à violação do direito à livre circulação e à liberdade de estabelecimento dos cidadãos europeus, bem como da Diretiva 2004/38, na medida em que não se permite que os cidadãos da União Europeia e os estrangeiros equiparados sejam submetidos a medidas preventivas com vista a prevenir um risco de fuga. A título subsidiário, a OBFG alega que a disposição impugnada descarta a objetivação do risco de fuga, através de critérios claros. Refere que o conceito de «risco de fuga» tem um significado preciso em direito europeu no que diz respeito aos nacionais de países terceiros e que não é aceitável que os cidadãos da União e os estrangeiros equiparados sejam menos bem tratados do que esses nacionais.

O Conselho de Ministros considera que o fundamento é inadmissível na medida em que diz respeito à violação da liberdade de estabelecimento, porque esta liberdade, concebida no contexto do direito europeu, visa garantir o direito de as empresas e os trabalhadores independentes se estabelecerem nas mesmas

condições que os nacionais. Além disso, salienta que a recorrente não expõe em que medida essa liberdade é violada.

Quanto ao conceito de «risco de fuga», o Conselho de Ministros considera que a sua aplicação no contexto da detenção dos requerentes de asilo enquanto se aguarda a transferência destes para outro Estado europeu não é transponível para o presente contexto.

A recorrente sublinha a ambiguidade da lei quanto ao que podem ser as «medidas preventivas» e sustenta que, uma vez que o seu objetivo é prevenir um «risco de fuga», estas têm, no essencial, por objeto uma limitação do direito liberdade de movimentos.

- 14 Com a segunda parte, a recorrente alega que a disposição impugnada viola o direito fundamental à liberdade garantida pelo artigo 12.º da Constituição, pelo artigo 5.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (a seguir «CEDH») e pelo artigo 6.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»), e a liberdade de circulação e de estabelecimento. Precisa que a detenção de um cidadão europeu ou de um estrangeiro equiparado não pode ser justificada com base num «risco de fuga», quando a medida de afastamento não pode ser contra eles tomada ou executada por força da proteção concedida pelo artigo 39/79 da Lei de 15 de dezembro de 1980 e pelo artigo 31.º da Diretiva 2004/38.

O Conselho de Ministros alega que a recorrente faz uma leitura errada da disposição impugnada ao equiparar as «medidas preventivas» a medidas de detenção. Indica que as medidas de detenção estão previstas por uma outra disposição, a saber, o artigo 44 *septies* da Lei de 15 de dezembro de 1980. Acrescenta que a falta de autorização para esse efeito na Diretiva 2004/38 não permite concluir que é proibido formalmente aos Estados-Membros adotarem medidas preventivas.

A recorrente sublinha que as medidas preventivas constituem necessariamente uma forma de execução de uma medida de afastamento, uma vez que têm precisamente por objeto assegurar essa medida. Recorda que essa execução é expressamente proibida.

- 15 Com a terceira parte, a recorrente alega que a disposição impugnada viola o princípio da separação de poderes, deduzido dos artigos 33.º, 34.º, 36.º, 37.º, 105.º e 108.º da Constituição, na medida em que confere ao Rei competência em matéria de detenção e de alternativas à detenção, que são medidas que restringem o direito à liberdade e a livre circulação dos cidadãos da União Europeia e equiparados.

O Conselho de Ministros considera que, uma vez que as medidas preventivas não são restrições à liberdade de circulação, podiam ser delegadas no Rei.

**2. No que respeita ao artigo 28.º da lei impugnada (artigo 44 quinquies da Lei de 15 de dezembro de 1980)**

- 16 O sexto fundamento, na sua primeira parte, no processo n.º 6749 é relativo à violação do artigo 31.º, n.º 2, da Diretiva 2004/38, na medida em que esta disposição da diretiva permite o afastamento forçado de um cidadão da União ou de um membro da sua família e privar esse estrangeiro da proteção contra o afastamento forçado durante o prazo de impugnação e durante a análise da mesma, unicamente por motivos imperiosos de segurança pública previstos no artigo 28.º, n.º 3, da diretiva. A recorrente alega que a disposição impugnada permite, em contrapartida, ao ministro ou ao seu delegado executar a ordem para abandonar o território por outros motivos.

O Conselho de Ministros considera que há que ter em conta o artigo 39/79 da Lei de 15 de dezembro de 1980, por força do qual a autoridade administrativa pode proceder ao afastamento forçado de um cidadão europeu ou de um membro da sua família, durante o exame do recurso que interpôs da decisão que põe termo ao direito de residência unicamente por razões imperiosas de segurança nacional.

A recorrente considera que a interpretação proposta pelo Conselho de Ministros não pode ser seguida, uma vez que é manifestamente contrária aos termos da lei.

**3. No que respeita ao artigo 31.º da lei impugnada (artigo 44 septies da Lei de 15 de dezembro de 1980)**

- 17 O oitavo fundamento no processo n.º 6749 é relativo à violação do artigo 12.º da Constituição, conjugado com o artigo 5.º da CEDH, com o artigo 6.º da Carta, com a liberdade de circulação e de estabelecimento e com o efeito útil da Diretiva 2004/38. A OBFG alega que o artigo 31.º da lei impugnada, por um lado, prevê um período de detenção de dois meses, que parece ser excessivamente longo, uma vez que se trata simplesmente de afastar uma pessoa para outro Estado-Membro (primeira parte) e, por outro, não prevê critérios claros que permitam determinar o período estritamente necessário à execução da medida (segunda parte).

O Conselho de Ministros alega que, tendo em conta a enumeração detalhada dos casos em que um estrangeiro pode ser detido, as disposições substantivas e processuais impugnadas satisfazem as exigências resultantes do artigo 5.º, n.º 1, alínea f), da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Precisa que a indispensável aplicação de boa-fé da medida resulta da condição expressa de que a detenção não pode ser mais longa do que o tempo estritamente necessário, de modo que o prazo máximo de dois meses não é, nem a regra, nem uma habilitação para autorizar em todos os casos a detenção por esse prazo.

A recorrente considera que o Conselho de Ministros não tem em conta as especificidades próprias dos cidadãos da União, como o facto de que estes dispõem do direito fundamental de circular livremente na União, o facto de que essa circulação dever ser facilitada, etc.

**4. No que respeita aos artigos 28.º a 32.º da lei impugnada (artigos 44 quater a 44 octies da Lei de 15 de dezembro de 1980)**

- 18 O nono fundamento, na sua primeira parte, no processo n.º 6749 é relativo à violação, pelos artigos 28 a 32 da lei impugnada, da liberdade de circulação e de estabelecimento e da Diretiva 2004/38, na medida em que estes textos não permitem submeter os cidadãos da União Europeia e os estrangeiros equiparados a medidas preventivas para prevenir um risco de fuga. A título subsidiário, a OBFG alega que, caso se admita que a diretiva acima referida autoriza tais medidas preventivas, há que assinalar que as disposições impugnadas são ilegais, porque o risco de fuga não é objetivado através de critérios jurídicos definidos. Salienta que o conceito de «risco de fuga» reveste um significado particular em direito da União no que diz respeito aos estrangeiros nacionais de países terceiros. Alega que não existe justificação para que os cidadãos europeus e os estrangeiros equiparados sejam menos bem tratados do que os nacionais de países terceiros.

O Conselho de Ministros remete para o argumento que desenvolveu em resposta ao quinto fundamento, na sua primeira parte.

- 19 Na sua segunda parte, o fundamento assenta na violação do artigo 22.º da Constituição, conjugado com os artigos 17.º e 23.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos, com o artigo 8.º da CEDH, com os artigos 7.º e 33.º da Carta e com os artigos 27.º e 28.º da Diretiva 2004/38, na medida em que as disposições impugnadas fazem uso de conceitos demasiado imprecisos, vagos e fluidos, tais como as «razões de ordem pública, de segurança nacional ou de saúde pública», as «razões graves de ordem pública ou de segurança nacional», as «razões imperiosas de segurança nacional» para fundamentar uma decisão de cessação da residência e uma ordem para abandonar o território.

O Conselho de Ministros não compreende de que modo o legislador poderia ter violado os artigos 27.º e 28.º da Diretiva 2004/38, uma vez que a lei impugnada adota os mesmos termos que esta.

- 20 Na sua terceira parte, este fundamento assenta na violação do princípio da separação de poderes, deduzido dos artigos 33.º, 34.º, 36.º, 37.º, 105.º e 108.º da Constituição. A OBFG expõe que as medidas de detenção e as alternativas à detenção restringem o direito à liberdade e à livre circulação dos cidadãos da União Europeia e dos estrangeiros equiparados.

O Conselho de Ministros remete para a sua argumentação desenvolvida em resposta ao quinto fundamento, na sua terceira parte, e no sétimo fundamento.

- 21 O décimo fundamento no processo n.º 6749 é relativo, nas suas três primeiras partes, à violação, pelo artigo 33.º da lei impugnada, das liberdades de circulação e de estabelecimento dos cidadãos europeus, bem como do efeito útil da Diretiva 2004/38, na medida em que autoriza a imposição automática de uma proibição de entrada como medida acessória da uma ordem de abandonar o território por razões de ordem pública (primeira parte), autoriza a imposição de uma proibição de

entrada por mais de cinco anos se o cidadão da União ou o membro da sua família constituir uma ameaça grave para a ordem pública ou para a segurança nacional, o que acontece sempre se o estrangeiro em causa for objeto de uma ordem para abandonar o território (segunda parte), e permite ao ministro ou ao seu delegado decretar uma proibição de entrada por vários anos, sem ter de a fundamentar através de elementos concretos e precisos que permitam pensar que o estrangeiro em causa continuará a constituir uma ameaça grave para um interesse fundamental da sociedade (terceira parte).

O Conselho de Ministros considera que o fundamento é inadmissível na medida em que diz respeito a violação da liberdade de estabelecimento, bem como a violação do efeito útil da Diretiva 2004/38 porque a recorrente não indica as disposições da diretiva que seriam violadas.

Considera que a recorrente faz uma leitura errada da disposição impugnada porque esta prevê a possibilidade de impor uma proibição de entrada e não uma obrigação de o fazer, pelo que não se pode sustentar que a disposição impugnada autorize uma proibição de entrada de forma automática. Alega que não é exato que o ministro ou o seu delegado estejam autorizados a impor uma proibição de entrada de mais de cinco anos em todos os casos, sem ter de fundamentar essa duração por outra forma que não seja com base nas mesmas constatações que os conduziram à adoção da ordem para abandonar o território. Precisa que a referida diretiva prevê que pode ser decretada uma proibição de entrada contra um cidadão europeu ou membros da sua família por razões de ordem pública, de segurança pública ou de saúde pública. Por último, acrescenta que a administração efetua um exame individual pela administração para cada decisão e daí deduz que uma eventual violação do princípio da proporcionalidade não decorre da lei impugnada, mas da aplicação que dela é feita pela autoridade competente.

O recorrente considera que a leitura que o Conselho de Ministros faz da disposição impugnada não é evidente e que mantém uma ambiguidade reveladora da imprecisão quanto aos limiares aplicáveis e ao alcance dos conceitos utilizados na lei. Salienta também que, ao apoiar esta posição, o Conselho de Ministros contradiz o artigo 27.º, n.º 2, segundo parágrafo, da Diretiva 2004/38 e a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia.

- 22 Na sua quarta parte, o décimo fundamento diz respeito a violação dos artigos 10.º, 11.º e 191.º da Constituição, lidos em conjugação com o artigo 26.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, com o artigo 14.º da CEDH, com o artigo 1.º do Décimo Segundo Protocolo Adicional a esta Convenção e com os artigos 20.º e 21.º da Carta. A OBFG considera que a disposição impugnada cria uma discriminação entre os cidadãos da União e os nacionais de países terceiros, em relação aos quais o artigo 74/11 da Lei de 15 de dezembro de 1980 impede que todos os motivos de ordem pública que poderiam fundamentar uma decisão que põe termo à residência ou uma ordem para abandonar o território possam também fundamentar uma proibição de entrada de cinco anos.

O Conselho de Ministros alega que a recorrente faz uma leitura errada da lei e que a diferença de tratamento que invoca não existe. Remete para o artigo 74/11, § 1, n.º 4, da Lei de 15 de dezembro de 1980.

A recorrente observa que O Conselho de Ministros oculta o facto de que o artigo 74/11 da Lei de 15 de dezembro de 1980 impede que todos os motivos de ordem pública que poderiam fundamentar uma decisão que põe termo à residência ou uma ordem para abandonar o território possam também servir fundamentar uma proibição de entrada de mais de cinco anos. Recorda que esta disposição exige, para a aplicação de uma proibição de entrada de mais de cinco anos, um limiar de gravidade mais elevado do que aquele que é exigido para decretar uma ordem para abandonar o território, ao passo que, no que respeita aos cidadãos da União Europeia, a autoridade está autorizada a decretar uma ordem para abandonar o território e uma proibição de entrada de mais de cinco anos por motivos idênticos.

- 23 As recorrentes no processo n.º 6755 invocam um quadragésimo sétimo fundamento da violação, pelos artigos 28.º a 31.º da lei impugnada, dos artigos 10.º e 11.º da Constituição, lidos ou não em conjugação com os artigos 20.º e 21.º TFUE, e com o princípio da segurança jurídica. Alegam que as disposições impugnadas habilitam o Rei, em violação das disposições convencionais referidas, a instituir restrições à livre circulação dos cidadãos da União que não estejam previstas na Diretiva 2004/38; além disso, a disposição cria uma distinção injustificada entre os cidadãos da União e os membros das suas famílias que são objeto das medidas tomadas com base no artigo 44 *quater* da Lei de 15 de dezembro de 1980, e os outros cidadãos da União e os membros das suas famílias, na medida em que o critério «risco de fuga» não está definido na lei (primeira parte). Os artigos 29.º e 31.º, impugnados, violam o princípio da legalidade, na medida em que habilitam o Rei a adotar medidas restritivas de liberdade (segunda parte). Por último, as recorrentes denunciam uma insegurança jurídica porque não é certo que possam já ter sido decretadas medidas relativamente aos cidadãos da União e aos membros das suas famílias em relação aos quais existe risco de fuga quando ainda não tenha sido adotado um decreto de execução. Mais precisamente, não lhes é possível saber que disposições são aplicáveis em caso de «risco de fuga»: as medidas determinadas pelo Rei, ou as medidas adotadas pelo Serviço de Estrangeiros por força da lei (terceira parte).

O Conselho de Ministros observa que as disposições impugnadas não dizendo respeito, por definição, aos cidadãos da União e aos membros das suas famílias que, em conformidade com a Diretiva 2004/38, não podem beneficiar da proteção contra o afastamento e cujo direito à livre circulação está sujeito a limitações na aceção do artigo 21.º TFUE. Salieta igualmente que a definição do «risco de fuga» dada pelo artigo 1.º, n.º 11, da Lei de 15 de dezembro de 1980, se aplica não apenas aos nacionais de países terceiros, mas também aos cidadãos da União e aos membros das suas famílias. Por outro lado, resulta dos trabalhos preparatórios que as medidas que o Rei pode tomar não podem implicar restrições às liberdades. O Conselho de Ministros remete para as medidas enumeradas no

artigo 110 *quaterdecies* do Decreto Real de 8 de outubro de 1981. Por último, O Conselho de Ministros constata que o artigo 44 *quinquies* da Lei de 15 de dezembro de 1980 sujeita a aplicação destas medidas a limites claros, pelo que não existe qualquer insegurança jurídica.

- 24 As recorrentes no processo n.º 6755 invocam um quadragésimo oitavo fundamento da violação, pelos artigos 28.º a 31.º da lei impugnada, dos artigos 10.º e 11.º da Constituição, lidos em conjugação com o artigo 5.º da CEDH e com os artigos 6.º e 52.º, n.º 3, da Carta. Alegam que as disposições impugnadas não precisam suficientemente o «risco de fuga». A definição dada pelo artigo 1, n.º 11, da Lei de 15 de dezembro de 1980 aplica-se apenas aos nacionais de países terceiros e não define, além do mais, o que são os «elementos objetivos e sérios» que invoca. Além disso, os artigos 28.º e 30.º, impugnados, introduzem uma diferença de tratamento entre os cidadãos da União e os membros da sua família que podem ser sujeitos a medidas preventivas em caso de risco de fuga, e os outros estrangeiros.

O Conselho de Ministros considera que as disposições impugnadas oferecem uma proteção suficiente contra a arbitrariedade. O delegado do Secretário de Estado competente deve basear-se em elementos objetivos e sérios antes de poder invocar um risco de fuga, e um recurso de anulação é interposto da decisão no Conseil du contentieux des étrangers (Conselho do Contencioso dos Estrangeiros, Bélgica).

- 25 As recorrentes no processo n.º 6755 adotam um quinquagésimo fundamento da violação, pelos artigos 28.º a 31.º da lei impugnada, dos artigos 10.º e 11.º da Constituição, lidos ou não em conjugação com os artigos 5.º e 13.º da CEDH e com o artigo 2.º do Quarto Protocolo adicional a esta Convenção. Alegam que as disposições impugnadas não são suficientemente acessíveis, precisas e previsíveis para evitar qualquer risco de arbitrariedade, mais precisamente na medida em que o conceito de «risco de fuga» é demasiado vago. No âmbito da sua fiscalização da legalidade, o Conseil du contentieux des étrangers (Conselho do Contencioso dos Estrangeiros, Bélgica) não examina a situação atual do recorrente, pelo que não constitui um recurso jurídico efetivo nem satisfaz as disposições convencionais referidas (primeira parte). Além disso, o artigo 21.º da Diretiva 2004/38 não permite expulsar cidadãos da União e os membros das suas famílias quando o processo está ainda em curso (segunda parte). Por último, o período de detenção possível dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias é irrazoável e existe uma igualdade de tratamento injustificada entre os cidadãos da União e os nacionais de países terceiros (terceira parte).

O Conselho de Ministros recorda, antes de mais, que o artigo 5.º da CEDH não é aplicável a medidas que impliquem uma simples restrição de liberdade. Alega, nomeadamente, a este respeito, que não se trata de uma privação de liberdade, uma vez que a Lei de 15 de dezembro de 1980 utiliza para este efeito os conceitos de «manutenção» ou de «detenção». A obrigação de residir num local determinado não implica qualquer privação de liberdade, pelo que o artigo 5.º da CEDH não é aplicável. Além disso, pode ser interposto recurso para o Conseil du

contentieux des étrangers (Conselho do Contencioso dos Estrangeiros, Bélgica) e pode também ser intentada uma ação de medidas provisórias perante o juiz civil em caso de violação ilícita de um direito subjetivo. Por último, o Conselho de Ministros sustenta que a medida responde às exigências do artigo 2.º do Quarto Protocolo adicional à convenção acima referida. Além disso, o artigo 44 *septies* da Lei de 15 de dezembro de 1980 prevê expressamente a possibilidade excepcional de privação de liberdade, pelo que as outras medidas preventivas são desprovidas, por definição, de um caráter privativo da liberdade. Este artigo 44 *septies* prevê um recurso célere junto do poder judicial, de modo que são respeitadas as exigências das disposições convencionais invocadas. As outras medidas preventivas só podem ser impostas quando a decisão de recusa ou de retirada da residência se tenha tornado definitiva. No que respeita à segunda parte, o Conselho de Ministros refere o artigo 39/79 da Lei de 15 de dezembro de 1980, da qual resulta que a decisão impugnada tem, regra geral, efeito suspensivo e responde às exigências da Diretiva 2004/38. No que respeita à terceira parte, o Conselho de Ministros considera que o legislador previu garantias suficientes para evitar uma violação do artigo 5.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem.

#### V. Apreciação do órgão jurisdicional de reenvio

*No que respeita aos artigos 28.º a 31.º da lei impugnada (artigos 44 quater a 44 septies da Lei de 15 de dezembro de 1980)*

- 26 A exposição de motivos relativa a esta parte da lei impugnada indica que estas disposições «permitem clarificar, numa preocupação de transparência e de segurança jurídica, as medidas que podem ser tomadas em relação aos cidadãos da União Europeia e aos membros das suas famílias a fim de assegurar o seu afastamento do território do Reino», que estas «visam assegurar uma política eficaz de afastamento dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias, conde modo a que seja humana e se inscreva, no respeito integral dos seus direitos fundamentais e da sua dignidade» e que «o objetivo é o de garantir aos cidadãos da União e aos membros das suas famílias, um regime de afastamento que não seja menos favorável do que aquele de que beneficiam os nacionais de países terceiros» (*Doc. parl.*, Câmara, 2016-2017, DOC 54-2215/001, pp. 37-38; DOC 54-2215/003, p. 4).
- 27 O órgão jurisdicional examina estes fundamentos agrupando-os do seguinte modo
- «medidas preventivas» destinadas a prevenir um «risco de fuga»;
  - afastamento forçado antes do termo do prazo;
  - detenção e medidas alternativas à detenção.

*1 «Medidas preventivas» e o «risco de fuga»*

- 28 O artigo 44 *quater*, aditado à Lei de 15 de dezembro de 1980 pelo artigo 28.º da lei impugnada, prevê que podem ser impostas «medidas preventivas» ao cidadão da União ou ao membro da sua família contra quem tenha sido emitida uma ordem para abandonar o território antes do termo do prazo no qual deve abandonar o território do Reino, para «evitar qualquer risco de fuga». O artigo 44 *quinquies*, aditado à Lei de 15 de dezembro de 1980 pelo artigo 29.º da lei impugnada, prevê no seu § 1, ponto 3, que o ministro ou o seu delegado toma todas as medidas necessárias para executar a ordem para abandonar o território, quando, designadamente, o estrangeiro em causa não tenha respeitado as medidas preventivas impostas. O artigo 44 *sexies*, aditado à Lei de 15 de dezembro de 1980 pelo artigo 30.º da lei impugnada, prevê que, «para evitar qualquer risco de fuga», podem ser impostas «medidas preventivas» ao cidadão da União ou ao membro da sua família quando, após o termo do prazo, ou na falta de prazo, o afastamento forçado for adiado temporariamente pelo ministro ou pelo seu delegado. Os artigos 44 *quater* e 44 *sexies* habilitam o Rei a determinar essas medidas preventivas por decreto aprovado em Conseil des ministres (Conselho de Ministros, Bélgica). O artigo 44 *sexies* prevê, além disso, que o ministro ou o seu delegado podem impor ao interessado uma obrigação de residência durante a execução dessa medida.
- 29 As recorrentes alegam, nomeadamente, que os artigos 10.º e 11.º da Constituição, lidos em conjugação com a Diretiva 2004/38, já referida, com o direito à livre circulação dos cidadãos europeus e com os artigos 105.º e 108.º da Constituição, são violados pelo artigo 44 *quater* da Lei de 15 de dezembro de 1980, uma vez que o direito europeu não permite impor medidas preventivas com vista a evitar o risco de fuga aos cidadãos da União e aos membros das suas famílias durante o prazo concedido para abandonar o território.
- 30 A diretiva «regresso», que não é aplicável aos cidadãos da União e aos membros das suas famílias, mas aos nacionais de países terceiros em situação irregular, prevê que os Estados-Membros podem impor determinadas obrigações aos estrangeiros contra quem seja emitida uma ordem para abandonar o território com vista a «evitar o risco de fuga» (artigo 7.º). Essas obrigações podem consistir na apresentação periódica às autoridades, no depósito de uma caução adequada, na apresentação de documentos ou na obrigação de permanecer num local determinado. O artigo 3.º, n.º 7, da mesma diretiva define o «[r]isco de fuga» como «a existência num caso concreto de razões, baseadas em critérios objetivos definidos por lei, para crer que o nacional de país terceiro objeto de um procedimento de regresso pode fugir».

Em contrapartida, a Diretiva 2004/38, aplicável aos cidadãos da União e aos membros das suas famílias, não contém nenhuma disposição relativa a medidas que possam ser tomadas relativamente a esses estrangeiros com vista a evitar um risco de fuga durante o prazo que lhes é concedido para abandonar o território, quando são objeto de uma decisão de retirada do direito de residência.

- 31 A exposição de motivos relativa às disposições impugnadas indica:

«Estas novas regras não constituem uma transposição da 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 (a “dita diretiva ‘regresso’”), mas inspiram-se nela em larga medida.

A este respeito, no seu Despacho de 10 de fevereiro de 2004 (“processo *Mavrona*”, C-85/03, n.º 20), o Tribunal de Justiça da União Europeia declarou que não se proíbe o legislador nacional de prever, para uma categoria de situações ou de pessoas, normas inspiradas nas disposições de uma diretiva que não inclui essas situações ou pessoas no seu âmbito de aplicação, quando isso se revelar oportuno e desde que nenhuma outra disposição do direito comunitário se lhe oponha.

O objetivo é garantir aos cidadãos da União e aos membros das suas famílias um regime de afastamento que não seja menos favorável do que aquele de que beneficiam os nacionais de países terceiros.

Estes novos artigos preveem que, se o cidadão da União ou o membro da sua família não saírem voluntariamente, o ministro ou o seu delegado procede ao seu afastamento. O mesmo se verifica quando o cidadão da União ou o membro da sua família apresente um risco de fuga ou quando não tenha respeitado as medidas preventivas que lhe são impostas ou quando constitua uma ameaça para a ordem pública ou para a segurança nacional, ainda que o prazo que lhe é concedido para abandonar voluntariamente o território do Reino não tenha ainda terminado» (*Doc. parl.*, Câmara, 2016-2017, DOC 54-2215/001, p. 38).

É ainda precisado que a obrigação de residência está expressamente prevista na lei porque só o legislador pode prever uma medida restritiva da liberdade de circulação (*Doc. parl.*, Câmara, 2016-2017, DOC 54-2215/001, p. 38). O Conselho de Ministros deduz que as outras «medidas preventivas» que competem ao Rei determinar não podem ter por objetivo ou por efeito restringir a liberdade de deslocação dos interessados.

- 32 Seja qual for a natureza das medidas preventivas em questão, estas têm necessariamente um efeito sobre os direitos e liberdades do cidadão da União ou do membro da sua família em causa, uma vez que têm precisamente por finalidade impedi-lo de fugir, o que o poderia impedir de se deslocar, sendo o caso, para outro Estado-Membro, e, *in fine*, de assegurar a sua saída forçada do território belga.
- 33 No seu despacho proferido no processo *Mavrona*, ao qual fazem referência os trabalhos preparatórios citados no n.º 31, o Tribunal de Justiça decidiu que, na falta de harmonização no direito da União no que respeita a uma categoria de profissionais, a saber, os comissionistas, um legislador nacional podia prever, para a proteção dessa categoria, normas adequadas inspiradas nas disposições de uma

diretiva relativa a uma outra categoria de profissionais, a saber, os agentes comerciais, desde que nenhuma outra disposição do direito da União se lhes oponha (Despacho de 10 de fevereiro de 2004, Mavrona, C-85/03, EU:C:2004:83, n.º 20). Não parece que se possa inferir daí que restrições aos direitos fundamentais dos nacionais de Estados terceiros da União Europeia, autorizadas por uma diretiva que visa expressamente a sua situação, possam ser aplicadas por analogia aos cidadãos europeus, uma vez que a diretiva que é aplicável à sua situação não prevê essas restrições.

34 Por outro lado, o Tribunal de Justiça decidiu:

«[a]s Diretivas 2004/38 e 2008/115 não se opõem a que uma decisão de regresso de um cidadão da União, como a que está em causa no processo principal, seja adotada pelas mesmas autoridades e segundo o mesmo procedimento que uma decisão de regresso de um nacional de país terceiro em situação irregular, prevista no artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva 2008/115, desde que sejam aplicadas as medidas de transposição da Diretiva 2004/38 que seriam mais favoráveis ao referido cidadão da União» (Acórdão de 14 de setembro de 2017, Petrea, C-184/16, EU:C:2017:684, n.º 56).

35 A disposição impugnada não tem por objeto designar a autoridade competente para tomar uma decisão de regresso relativamente a um nacional europeu ou a um membro da sua família. Também não se trata de uma disposição processual. O ensinamento do Acórdão Petrea não parece, portanto, poder ser transposto por analogia, uma vez que, no caso em apreço, se trata de restrições aos direitos fundamentais dos cidadãos europeus e dos estrangeiros que lhes são equiparados, que não estão previstas na diretiva aplicável à sua situação.

36 Resulta do exposto que existe uma dúvida quanto à aplicabilidade, por analogia, aos cidadãos europeus, das disposições da Diretiva 2008/115 relativas às medidas preventivas em caso de afastamento de um nacional de um Estado terceiro.

37 Antes de decidir quanto ao mérito, no que respeita aos artigos 44 *quater*, segundo parágrafo, 44 *quinquies*, § 1, ponto 3.º e 44 *sexies*, segundo parágrafo, da Lei de 15 de dezembro de 1980, aditados pelos artigos 28.º, 29.º e 30.º da lei impugnada, importa, por conseguinte, submeter ao Tribunal de Justiça a primeira questão prejudicial que figura no dispositivo.

## **2. Afastamento forçado antes do termo do prazo**

38 O artigo 44 *quinquies*, aditado à Lei de 15 de dezembro de 1980 pelo artigo 29.º da lei impugnada, permite ao ministro ou ao seu delegado tomar «todas as medidas necessárias para executar a ordem para abandonar o território», quando não tenha sido concedido qualquer prazo para o efeito, quando o interessado não tiver abandonado o território no prazo concedido e quando, antes do termo do prazo, não tenha respeitado as medidas preventivas destinadas a evitar um risco de

fuga, ou caso constitua uma ameaça para a ordem pública ou a segurança nacional.

- 39 É suspenso, até à resposta do Tribunal de Justiça, o exame da disposição, na medida em que esta prevê a possibilidade de executar, antes do termo do prazo, a ordem de abandonar o território emitida a um estrangeiro que não tenha respeitado as medidas preventivas impostas.

### **3. Detenção e as medidas alternativas à detenção**

- 40 O artigo 44 *septies* da Lei de 15 de dezembro de 1980, aditado pelo artigo 31 da lei impugnada, permite que os cidadãos da União e os membros das suas famílias sejam colocados em situação de manutenção com vista a garantir a execução da medida de afastamento, durante o tempo estritamente necessário à execução da medida. A manutenção é, em princípio, limitada a dois meses, podendo ser prorrogada uma primeira vez pelo Ministro ou pelo seu delegado por um período de dois meses. Em seguida, só pode ser prorrogada pelo ministro. O interessado deve ser posto em liberdade após cinco meses, a menos que a salvaguarda da ordem pública ou da segurança nacional exijam que a situação de manutenção continue. Neste caso, a duração total da manutenção é limitada a oito meses.
- 41 As recorrentes censuram esta disposição por prever períodos de manutenção em detenção excessivamente longos e, portanto, desproporcionados, e de não prever critérios claros que permitam determinar objetivamente o tempo necessário para a execução da medida e em que consiste um tratamento diligente da parte da autoridade encarregada da execução da medida.
- 42 A disposição impugnada reproduz, para os cidadãos da União Europeia e para os membros das suas famílias, o regime previsto para os nacionais de países terceiros pelo artigo 74/5, § 3, da Lei de 15 de dezembro de 1980. Assim, estabelece uma identidade de tratamento entre os cidadãos da União e os membros das suas famílias e todos os outros estrangeiros, enquanto aguardam o afastamento para qualquer Estado do mundo, nomeadamente no que respeita à duração máxima da detenção com vista ao afastamento.
- 43 Embora o artigo 5.º, n.º 1, alínea f), da CEDH não se oponha a que um estrangeiro seja colocado em situação de manutenção num local determinado com vista ao seu afastamento forçado do território se não tiver cumprido uma ordem para abandonar o território, a detenção só se justifica com base nesta disposição na condição de o procedimento de afastamento ser conduzido com a diligência requerida (TEDH, 4 de abril de 2017, *Thimothawes c. Bélgica*, CE:ECHR:2017:0404JUD003906111, § 60). Além disso, coloca-se a questão de saber se o artigo 44 *septies*, § 1, parte 2 a 4, da Lei de 15 de dezembro de 1980, aditado pelo artigo 31 da Lei de 24 de fevereiro de 2017, é compatível com a liberdade de circulação que é garantida aos cidadãos da União e aos membros das suas famílias pelos artigos 20.º e 21.º TFUE, e pelas disposições da Diretiva 2004/38, das quais se pode deduzir que a duração da manutenção é limitada ao

tempo estritamente necessário à execução da medida de afastamento. Embora o artigo 44 *septies* da Lei de 15 de dezembro de 1980, introduzido pela disposição impugnada, precise expressamente que a situação de manutenção não pode exceder o tempo estritamente necessário à execução da medida, prevê que este se pode prolongar até oito meses para organizar e executar a transferência de um cidadão da União Europeia ou de um membro da sua família para o Estado de que essa pessoa seja nacional ou no qual tem um direito de residência na qualidade de membro da família de um nacional. Além disso, não contém precisão relativamente às diligências que devem ser levadas a cabo pela autoridade com vista ao afastamento do estrangeiro para outro país da União.

- 44 Antes de decidir quanto ao mérito, no que respeita ao artigo 44 *septies*, § 1, parte 2 a 4, da Lei de 15 de dezembro de 1980, aditado pelo artigo 31 da lei impugnada, importa, por conseguinte, submeter ao Tribunal de Justiça a segunda questão prejudicial que figura no dispositivo.

## VI. Questões prejudiciais

- 1) Deve o direito da União, mais especificamente os artigos 20.º e 21.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e a Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, «relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que altera o Regulamento (CEE) n.º 1612/68 e que revoga as Diretivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE», ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que aplica aos cidadãos da União e aos membros das suas famílias disposições semelhantes às que constituem a transposição, no que diz respeito aos nacionais de Estados terceiros, do artigo 7.º, n.º 3, da 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», a saber, disposições que permitem obrigar o cidadão da União ou o membro da sua família a cumprir as medidas preventivas com vista a evitar qualquer risco de fuga durante o prazo que lhe foi concedido para abandonar o território na sequência da tomada de uma decisão que põe termo à residência por razões de ordem pública ou durante a prorrogação desse prazo?
- 2) Deve o direito da União, mais especificamente os artigos 20.º e 21.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia e a Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril de 2004, «relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que altera o Regulamento (CEE) n.º 1612/68 e que revoga as Diretivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE,

90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE», ser interpretado no sentido de que se opõe a uma legislação nacional que aplica aos cidadãos da União e aos membros das suas famílias que não tenham cumprido uma decisão que põe termo à residência por razões de ordem pública ou de segurança pública, uma disposição idêntica à aplicada aos nacionais de Estados terceiros na mesma situação no que respeita ao prazo máximo de detenção para efeitos de afastamento, ou seja, oito meses?

DOCUMENTO DE TRABALHO