

Processo C-460/23 [Kinshasa] ⁱ**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:**

21 de julho de 2023

Órgão jurisdicional de reenvio:

Tribunale di Bologna (Tribunal de Bolonha, Itália)

Data da decisão de reenvio:

17 de julho de 2023

Arguida:

OB

Objeto do processo principal

Processo penal instaurado contra OB, de origem congoleza, que é acusada de ter praticado atos destinados a obter a entrada ilegal de duas menores, igualmente estrangeiras, no território italiano, e ainda do crime de posse de documentos de identificação falsos relativos a ela própria e às duas menores.

Objeto e fundamento jurídico do pedido de decisão prejudicial

O órgão jurisdicional de reenvio suscita, nos termos do artigo 267.º TFUE, a questão da compatibilidade com a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta») da legislação da União relativa ao auxílio à imigração ilegal, e das normas italianas de transposição correspondentes, que, no que respeita ao crime de auxílio à entrada de estrangeiro em situação irregular, não preveem que a finalidade da assistência humanitária possa ser considerada uma causa justificativa que exclui o caráter punível.

ⁱ O nome do presente processo é um nome fictício. Não corresponde ao nome verdadeiro de nenhuma das partes no processo.

Questões prejudiciais

1) A Carta dos Direitos Fundamentais, nomeadamente o princípio da proporcionalidade previsto no seu artigo 52.º, n.º 1, em conjugação com o direito à liberdade individual e o direito de propriedade, previstos nos artigos 6.º e 17.º, bem como com os direitos à vida e à integridade física, previstos nos artigos 2.º e 3.º, o direito de asilo previsto no artigo 18.º e o respeito pela vida familiar previsto no artigo 7.º, opõem-se às disposições da Diretiva 2002/90/CE e da Decisão-Quadro 2002/946/GAI (transpostas para o ordenamento italiano pelo artigo 12.º do Testo unico sull'immigrazione) (Texto único sobre a imigração, a seguir «TUI»), na medida em que impõem aos Estados-Membros a obrigação de prever sanções de natureza penal contra quem, intencionalmente, auxilie ou pratique atos destinados a auxiliar a entrada de estrangeiros em situação irregular no território da União, ainda que a conduta não tenha fins lucrativos, sem prever simultaneamente a obrigação para os Estados-Membros de excluir a relevância penal de condutas de auxílio à entrada irregular destinadas a prestar assistência humanitária ao estrangeiro?

2) A Carta dos Direitos Fundamentais, nomeadamente o princípio da proporcionalidade previsto no seu artigo 52.º, n.º 1, em conjugação com o direito à liberdade individual e o direito de propriedade, previstos nos artigos 6.º e 17.º, bem como com os direitos à vida e à integridade física, previstos nos artigos 2.º e 3.º, o direito de asilo previsto no artigo 18.º e o respeito pela vida familiar previsto no artigo 7.º, opõem-se à previsão do tipo legal de crime instituído no artigo 12.º do TUI, na parte em que pune a conduta de quem pratica atos destinados a obter a entrada ilegal de um estrangeiro no território do Estado, ainda que a conduta não tenha fins lucrativos, sem excluir simultaneamente a relevância penal de condutas de auxílio à entrada irregular destinadas a prestar assistência humanitária ao estrangeiro?

Disposições de direito da União invocadas

Diretiva 2002/90/CE do Conselho, de 28 de novembro de 2002, relativa à definição do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares; em especial, artigo 1.º

Decisão-Quadro do Conselho, de 28 de novembro de 2002, relativa ao reforço do quadro penal para a prevenção do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares; em especial, artigo 1.º, n.º 1, e artigo 6.º

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia; em especial, artigo 52.º, n.º 1

Disposições de direito nacional invocadas

Decreto legislativo n.º 286 del 25 luglio 1998, Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (Decreto Legislativo n.º 286, de 25 de julho de 1998, Texto único das disposições respeitantes à regulamentação da imigração e às normas relativas à condição de estrangeiro, a seguir «TUI»), em especial, artigo 12.º

1. *Salvo se os factos forem constitutivos de um crime mais grave, quem, em violação das disposições deste texto único, promover, dirigir, organizar, financiar ou efetuar o transporte de estrangeiros em Itália ou executar outros atos destinados a permitir a sua entrada ilegal em Itália ou no território de outro Estado- Membro do qual não sejam nacionais ou do qual não disponham de um título de residência permanente incorre numa pena de prisão de cinco a quinze anos e numa multa de 15 000 euros por cada pessoa.*
2. *Sem prejuízo do artigo 54.º do Código Penal italiano, não constituem infração penal as atividades de socorro e de assistência humanitária prestadas em Itália a estrangeiros em condições de necessidade que se encontrem, em todo o caso, no território do Estado.*

[...] [os números seguintes dizem respeito a tipologias criminais semelhantes, mas mais graves e punidas com sanções mais severas]

Apresentação sucinta dos factos e do processo principal

- 1 Em 27 de agosto de 2019, OB, de origem congoleza, apresentou-se na fronteira aérea de Bolonha, chegada num voo proveniente de Casablanca, mostrou um passaporte senegalês falso e estava acompanhada por duas meninas, de oito e treze anos, para as quais apresentou dois passaportes falsos. OB praticou, assim, atos destinados a obter a entrada ilegal das duas menores em território italiano e foi acusada do crime de «auxílio à entrada de estrangeiro em situação irregular», na aceção do artigo 12.º, n.º 1, do TUI.
- 2 Em 28 de agosto de 2019, OB foi detida e as duas meninas, por decisão do tribunal de menores, foram confiadas a uma estrutura de acolhimento adequada.
- 3 Em 29 de agosto de 2019, OB foi ouvida pelo *Giudice per le Indagini Preliminari do Tribunale di Bologna* (juiz de instrução do Tribunal de Bolonha), a quem declarou ter fugido da República Democrática do Congo para escapar às ameaças de morte do companheiro dirigidas contra ela e a sua família, na sequência do fim da sua relação. Declarou igualmente que as menores que viajavam com ela eram, respetivamente, a filha e a sobrinha (filha da irmã falecida e que lhe tinha sido confiada), e que as tinha trazido consigo porque receava pela sua integridade física. O referido órgão jurisdicional confirmou a detenção de OB, mas não ordenou a sua permanência na prisão.

- 4 Em 9 de outubro de 2019, a arguida pediu proteção internacional. O processo respetivo ainda não está concluído.
- 5 Em seguida, o *Tribunale per i minorenni* constatou que uma das duas crianças era efetivamente filha da arguida e que era provável que a outra fosse efetivamente sua sobrinha.
- 6 Em 29 de maio de 2023, na audiência no órgão jurisdicional de reenvio, o defensor da arguida propôs que fosse submetida uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça; o órgão jurisdicional de reenvio acolheu o pedido e suspendeu o processo nacional.

Apresentação sucinta da fundamentação do pedido de decisão prejudicial

- 7 O órgão jurisdicional de reenvio é o tribunal que deve julgar a responsabilidade penal da arguida.
- 8 Antes de mais, explica que o crime de auxílio à entrada do estrangeiro em situação irregular previsto no artigo 12.º, n.º 1, do TUI tem a natureza de um crime de perigo, no sentido de que, para prevenir antecipadamente a lesão de um bem jurídico, o legislador italiano decide punir desde logo o próprio comportamento, pelo simples facto de serem praticados atos destinados a permitir a entrada ilegal de nacionais de países terceiros, independentemente dos motivos subjacentes a esses atos. Além disso, não está prevista a necessidade da intenção específica de tirar proveito da infração (dolo específico do fim lucrativo, que é tido em conta apenas como circunstância agravante).
- 9 Outro aspeto da referida tipologia reside na sua forma livre, no sentido de que o crime pode ser cometido pelo autor de um modo qualquer e em quaisquer condições. A conduta pode, assim, revestir formas muito variadas.
- 10 A única causa justificativa está prevista no artigo 12.º, n.º 2, do TUI, mas não é aplicável ao caso em apreço, uma vez que pressupõe que as atividades de socorro e de assistência humanitária sejam prestadas ao estrangeiro já presente no território italiano (casos de auxílio à residência ou à expatriação de Itália para outros Estados-Membros).
- 11 Por conseguinte, a sanção penal abrange igualmente aqueles que auxiliam a entrada do estrangeiro em situação irregular com objetivos de assistência humanitária e mesmo que o estrangeiro se encontre numa situação de necessidade.
- 12 Nestas condições, o órgão jurisdicional de reenvio considera que a legislação italiana está em conformidade com o quadro normativo do direito da União, conforme delineado pela Diretiva 2002/90/CE e pela Decisão-Quadro 2002/946/JAI (a seguir «quadro normativo da União»), uma vez que, de acordo com o referido quadro normativo, no que diz respeito ao auxílio à entrada não está previsto, por um lado, o intuito lucrativo e, por outro, não estão previstos

requisitos precisos para identificar o comportamento ilícito, que pode, por conseguinte, assumir diferentes configurações.

- 13 No que diz respeito à causa de exclusão do caráter punível, o artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva 2002/90/CE prevê a mera faculdade, e não a obrigação, de os Estados-Membros excluírem a responsabilidade penal nos casos em que o auxílio à entrada irregular tenha por objetivo prestar assistência humanitária.
- 14 Ao prever a responsabilidade penal pelas referidas condutas, tanto o quadro normativo da União como a legislação nacional em causa visam combater a introdução clandestina de migrantes em situação irregular e a sua exploração, também por parte de organizações criminosas que não hesitam em pôr em perigo a vida dos próprios migrantes. A tal acresce o objetivo de assegurar que os fluxos migratórios decorram de forma ordenada e controlada.
- 15 No entanto, o órgão jurisdicional de reenvio constata uma eventual contradição com os critérios enunciados no artigo 52.º, n.º 1, da Carta do ponto de vista da necessidade e da proporcionalidade, ou seja, a ponderação razoável dos interesses em conflito.
- 16 Este órgão jurisdicional coloca a questão da razoabilidade da não previsão, como causa de exclusão do caráter punível, dos casos em que as condutas de auxílio à entrada de estrangeiros em situação irregular tenham finalidades de assistência humanitária, que consistem em facilitar ao interessado o exercício de direitos fundamentais, como o direito à vida e à integridade física, garantidos nos artigos 2.º e 3.º da Carta, o direito de asilo, garantido no artigo 18.º da Carta, e o direito ao respeito pela vida familiar, garantido no artigo 7.º da Carta.
- 17 Considera que a proteção dos referidos direitos fundamentais deve ser tida em conta na ponderação que deve estar subjacente à política comum de imigração; salienta, porém, que existe, tanto no quadro normativo da União como na legislação italiana, uma desproporção a favor da proteção do interesse do controlo dos fluxos migratórios, o que determina também um sacrifício, desnecessário, dos direitos fundamentais.
- 18 O órgão jurisdicional de reenvio observa que, ao prever no artigo 1.º, n.º 2, da Diretiva 2002/90/CE a possibilidade de os Estados-Membros introduzirem a justificação da assistência humanitária, o próprio legislador europeu confirma que a introdução da referida causa de exclusão do caráter punível não constitui obstáculo à prossecução dos objetivos de controlo dos fluxos migratórios. Além disso, o referido órgão jurisdicional observa que, em alguns Estados-Membros (por exemplo, Finlândia, Bélgica, Espanha), a finalidade humanitária já é reconhecida de diversas formas como causa de exclusão do caráter punível.
- 19 O órgão jurisdicional de reenvio sublinha que, mesmo que o objetivo de controlo dos fluxos migratórios seja pertinente e legítimo, o quadro normativo da União (bem como a legislação italiana que lhe dá cumprimento), prossegue-o de forma não razoável porque não permite excluir o caráter punível do comportamento (de

auxílio à entrada irregular que se destina a prestar assistência humanitária) que, na realidade, visa salvaguardar direitos fundamentais dignos de proteção.

- 20 Por conseguinte, o quadro normativo adotado pelo legislador europeu parece violar os critérios da razoabilidade, dado que permite sacrificar direitos fundamentais dignos de proteção em situações em que o referido sacrifício se revela desnecessário à prossecução dos objetivos que o próprio legislador se propõe.
- 21 O órgão jurisdicional de reenvio recorda que a infração prevista no artigo 12.º, n.º 1, do TUI, aplicável no caso em apreço, parece conforme com o quadro normativo da União, mas tem dúvidas, pelas razões anteriormente expostas, quanto à sua compatibilidade com os princípios prevalentes estabelecidos pela Carta.
- 22 Por um lado, é certo que o comportamento da arguida corresponde objetivamente a um comportamento punível pelo crime previsto no artigo 12.º, n.º 1, do TUI.
- 23 Porém, por outro lado, segundo o órgão jurisdicional de reenvio, a mesma conduta pode ser considerada como sendo destinada a fins de assistência humanitária, e isso sob diversos pontos de vista: sob o ponto de vista do direito à vida das duas menores, ameaçado no país de origem; sob o ponto de vista do direito de asilo das duas menores, em relação ao pedido de proteção internacional formulado pela arguida (que tem a responsabilidade paternal sobre uma das crianças, ao passo que a outra foi confiada à sua guarda); sob o ponto de vista do direito à vida familiar, tendo em conta a relação parental e de parentesco entre as duas menores cuja entrada no território nacional foi facilitada e a própria arguida (que é, respetivamente, mãe e tia).
- 24 Contudo, mesmo que a finalidade da assistência humanitária fosse dada como provada no âmbito do processo nacional, por força da legislação italiana, o órgão jurisdicional de reenvio deveria, ainda assim, condenar a arguida, porque o artigo 12.º do TUI não prevê uma causa correspondente de exclusão do caráter punível.
- 25 Por último, o órgão jurisdicional de reenvio precisa que a arguida não está atualmente sujeita a medidas restritivas da liberdade, mas pede que o processo seja, de qualquer modo, submetido à tramitação acelerada prevista no artigo 105.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, na medida em que suscita questões de interpretação e de validade que podem ter consequências imediatas nos processos penais pendentes, em casos semelhantes, tanto no ordenamento italiano como nos ordenamentos dos outros Estados-Membros, nos quais os arguidos estejam eventualmente sujeitos medidas restritivas da liberdade.