

# Criminalização de imigrantes ilegais na União Europeia: novos paradigmas com base no caso Celaj\*

## Criminalization of illegal immigrants in the European Union: new paradigms from the Celaj case

Felipe Augusto Lopes Carvalho\*\*

### Resumo

O objetivo deste artigo é analisar de que forma o regime jurídico de detenção de imigrantes irregulares previsto na Diretiva de Retorno da União Europeia se relaciona com a tendência de criminalização da migração irregular. Parte-se, inicialmente, de revisão da literatura relacionada às interseções do direito penal com o direito de migração, em especial o conceito de crimigração, com base no qual são analisadas fontes primárias (Diretivas da União Europeia) e secundárias (jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia). Conclui-se que o regime de detenção de imigrantes irregulares na UE, à luz de outros diplomas internacionais de direitos humanos, mostra-se excessivo e contribui para a criminalização da migração no âmbito da União, ou seja, a incorporação de medidas criminais à legislação administrativa migratória e aplicação de medidas migratórias com caráter punitivo. O valor e originalidade do trabalho residem na análise das decisões do TJUE sobre o escopo, objetivos e limitações da Diretiva, em que se percebe, com base no emblemático caso *Celaj*, importante ruptura no entendimento do Tribunal sobre a crimigração, na medida em que, ao decidir, pela primeira vez, favoravelmente à compatibilidade da Diretiva de Retorno com a criminalização da migração irregular, abrem-se as portas para um novo momento na gestão da migração ilegal na União Europeia.

**Palavras-chave:** Crimigração. Migração Irregular. Diretiva de Retorno.

### Abstract

The aim of this article is to examine how the legal regime for the detention of irregular migrants in the European Union Return Directive relates to the trend to criminalize irregular migration. Initially, we review the scholarship on the intersections of criminal law with migration law, in particular the concept of crimmigration, on which we base the analysis of primary sources (European Union Directives) and secondary sources (case law of the Court of Justice of the European Union). It is concluded that the regime for the detention of irregular immigrants in the EU, in the light of other international human rights instruments, is excessive and contributes

\* Recebido em 04/03/2019  
Aprovado em 14/03/2019

\*\* Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em Estado Constitucional e Liberdade Religiosa pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Diretor de Projetos e Pesquisador do Instituto Internacional de Pesquisas e Estudos Jurídicos em Liberdades Cíveis Fundamentais. Assessor Jurídico Internacional da ANAJURE.  
E-mail: felipe.alc1@gmail.com

to the criminalization of migration within the Union, ie the incorporation of criminal measures into migration legislation and administrative migration measures with a punitive character. The value and originality of the work lies in the analysis of the decisions of the CJEU on the scope, objectives and limitations of the Directive, which shows, from the emblematic Celaj case, an important rupture in the Court's understanding of crimmigration, by deciding, for the first time, the compatibility of the Return Directive with the criminalization of irregular migration, which opens the door to a new moment in the management of irregular migration in the European Union.

**Keywords:** Crimmigration. Irregular Migration. Return Directive.

## 1 Introdução

A mobilidade é uma característica inerente à natureza humana, que promove a busca pelo bem-estar ainda que, para isso, o indivíduo precise deslocar-se entre fronteiras. Os conflitos armados, crises humanitárias e desastres naturais, por outro lado, operam como agentes catalisadores da migração forçada, que evidenciam, primariamente, o deslocamento enquanto busca pela própria sobrevivência.

Constata-se, especialmente nos últimos quatro anos, aumento significativo, e sem precedentes na história recente, do fluxo de imigrantes na União Europeia, levando, inclusive, ao que se convencionou chamar de “crise de refugiados”. Grande parte dos indivíduos que chegam às fronteiras da União por questões humanitárias encontram-se indocumentados ou sem preencher as condições de entrada ou residência naquele território, somando-se aos estrangeiros que já se encontravam com estatuto irregular.

A prevenção e o combate à migração ilegal é, para os Estados-Membros da UE, um direito, defendido em nome da autodeterminação nacional, e um dever, fundamentado no Artigo 79 (1) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia<sup>1</sup>, que estabelece a prevenção da imigração ilegal e o reforço do combate a esse

fenômeno como um dos objetivos da política comum de imigração. O Tratado de Lisboa ocupa uma posição de destaque na conformação da legislação da União sobre imigração irregular, pois estabelece a solidariedade e a partilha equitativa de responsabilidades, incluindo financeiras como princípios regentes das políticas de imigração entre os Estados-Membros (artigo 80.º TFUE).

Ao mesmo tempo em que são cada vez maiores os influxos de pessoas em busca de refúgio, a crescente preocupação com temas de segurança nacional e luta contra o terrorismo têm ocasionado medidas e políticas cada vez mais restritivas pelos países de destino desses imigrantes. Com efeito, observa-se, atualmente, em nível global, e em particular na União Europeia, aumento nas interseções entre o direito penal e o controle migratório.

Acadêmicos de ambas as áreas têm se debruçado sobre esse tema, a fim de compreender as implicações e consequências dessa fusão, tanto para os indivíduos, como para os próprios sistemas de justiça criminal. Este trabalho visa contribuir com esse crescente conjunto de pesquisas sobre a criminalização da imigração, ou, conforme se verá adiante, a *crimmigração*, centrando-se na problemática da detenção dos imigrantes em situação irregular na União Europeia, cujo regime jurídico baseia-se na Diretiva de Retorno (2008/115).

Essa Diretiva prescreve as medidas mais importantes, embora controversas, sobre o tratamento que os Estados-Membros devem conferir aos imigrantes ilegais, e, em especial, regula a detenção dos imigrantes para efeitos de afastamento. Primeiramente, importa definir os termos. “Imigrante em situação irregular” ou simplesmente “imigrante irregular”, para efeitos de incidência da Diretiva de Retorno, e, consequentemente, para o presente trabalho, diz respeito ao nacional de país terceiro, ou seja, não cidadão da União, e que não beneficie do direito comunitário à livre circulação<sup>2</sup>, cuja presença no território de um Estado-Membro não preencha ou tenha deixado de preencher as condições de entrada, permanência ou residência.<sup>3</sup>

O presente trabalho tem como objetivo analisar de que forma o regime jurídico da detenção de imigrantes irregulares previsto na Diretiva se relaciona com a tendência de criminalização da migração irregular. Para

<sup>1</sup> SAVINO, Mario. Irregular migration at the crossroads, between administrative removal and criminal deterrence: the Celaj Case. *Common Market Law Review*, 53, p. 1419, 2016.

<sup>2</sup> Artigo 2.º (3) e Artigo 3.º (1). Diretiva 2008/115/CE.

<sup>3</sup> Artigo 3.º (2). Diretiva 2008/115/CE.

esse efeito, o estudo encontra-se dividido em três capítulos. Inicialmente, versará sobre as interseções do direito penal com o direito de migração, em que será apresentado o conceito de *crimigração* e suas expressões contemporâneas, além de sistematizar as críticas feitas a esse fenômeno. Em seguida, concentra-se na detenção de imigrantes ilegais na União Europeia, em particular nas disposições da Diretiva de Retorno, momento em que será discutido se, e em que medida, esse recurso administrativo de controle migratório representa expressão da *crimigração*. Para subsidiar essa análise, destacam-se algumas disposições presentes nos instrumentos de direito internacional dos direitos humanos. Por fim, serão analisados casos decididos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia nos últimos nove anos quanto à interpretação da Diretiva de Retorno no tocante à possibilidade de criminalização da migração ilegal. Escolheram-se três casos que demonstram a mudança do paradigma de interpretação da Diretiva pelo TJUE.

O estudo foi elaborado por meio de revisão de bibliografia, sobretudo de origem estrangeira, por se tratar de um trabalho que analisa um contexto fático-jurídico primariamente europeu, e da análise de julgamentos proferidos pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Utilizou-se, essencialmente, o método hipotético-dedutivo, buscando analisar e confirmar a aplicação de uma construção teórico-conceitual — a “*crimigração*” — às sentenças proferidas pelo TJUE.

## 2 Tendências atuais do Direito Penal em matéria de imigração

Os movimentos migratórios trazem benefícios inquestionáveis, sobretudo do ponto de vista econômico, muitas vezes oxigenando o desenvolvimento dos países onde os imigrantes se instalam<sup>4</sup>. Porém, esse fenômeno acarreta, igualmente, aspectos negativos, como a formação de redes criminosas transnacionais e o desordenamento social provocado pelos movimentos massivos de população em intervalos de tempo muito curtos<sup>5</sup>. As massivas ondas migratórias provocadas por graves violações de direitos humanos ou, ainda, crises humani-

tárias, tal como ocorre com os refugiados vindos à Europa por conta da guerra civil na Síria<sup>6</sup>, constituem um grande desafio à estrutura jurídico-política dos Estados, tendo em vista que inúmeros migrantes se encontram indocumentados ou com estatuto irregular.

Com o intuito de combaterem a imigração ilegal, muitos Estados têm adicionado aos recursos administrativos ordinários de controle migratório medidas e recursos criminais<sup>7</sup>. A Convergência entre a Lei Penal e a Lei de Imigração, impulsionada pela Guerra ao Terror<sup>8</sup>, deu lugar ao fenômeno conhecido por *crimigração*. Para Stumpf<sup>9</sup>, o direito da imigração de hoje está vestido com tantos atributos do direito penal que a linha entre eles se tornou indistinta. Com efeito, a fusão das duas áreas, tanto em substância como em procedimento, criou sistemas paralelos, nos quais a lei de imigração e o sistema de justiça criminal são separados, apenas, nominalmente.

O termo *crimigração* designa, de modo geral, a aplicação de procedimentos e sanções criminais (como encarceramento ou multas) para violações ligadas à imigração, ou, dito de outro modo, às interconexões entre crime e migração no contexto das respostas das autoridades públicas à migração irregular<sup>10</sup>. Esse fenômeno pode ser observado, por exemplo, no recurso à detenção, geralmente associada à execução da legislação criminal, e sua aplicação em casos em que foram violadas normas de imigração, ou seja, em que é possível, inclu-

<sup>6</sup> CARRERA, S.; BLOCKMANS, S.; GROS, D.; GUILD, E. *The EU's response to the refugee crisis: taking stock and setting policy priorities*. Brussels: Centre for European Policy Studies, 2015.

<sup>7</sup> SAVINO, Mario. Irregular migration at the crossroads, between administrative removal and criminal deterrence: the Celaj Case. *Common Market Law Review*, 53, p. 1419, 2016.

<sup>8</sup> Após o 11 de setembro, o direito de imigração no Estados Unidos passou a funcionar como um poderoso adjunto ao sistema de justiça criminal, não somente em busca de terroristas, mas de uma série de objetivos, incluindo apreensão, encarceramento e expulsão de trabalhadores indocumentados e não cidadãos com condenações criminais. Para maiores desenvolvimentos sobre esse tema, vide MILLER, Teresa. Blurring the boundaries between immigration and crime control after september 11th. 25 *Boston College Third World Law Journal*, p. 81, 2005.; DEMLEITNER, Nora. Immigration threats and rewards: effective law enforcement tools in the “war” on terrorism? 51 *Emory Law Journal*, p. 1059, 2002.

<sup>9</sup> STUMPF, J. The crimmigration crisis: immigrants, crime & sovereign power. *American University Law Review*, Washington, v. 56, n. 2, p. 376, 2006.

<sup>10</sup> MARIN, Luisa; SPENA Alesandro. Introduction: the criminalization of migration and European (dis)integration. *European Journal of Migration and Law*, n. 18, p. 147, 2016.

<sup>4</sup> BRZOZOWSKI, Jan. Migração internacional e desenvolvimento econômico. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 26, n. 75, p. 137, 2012.

<sup>5</sup> GUIA, Maria João. *Crimigração, securitização e o Direito Penal do crimigrante*. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 11, p. 65, 2012.

sive, não ter havido ofensas criminais. Nesse processo, a imigração irregular passa a ser tratado como um problema de caráter criminal em vez de administrativo, e um reflexo prático disso é a criminalização de entrada ou permanência irregular na legislação de muitos Estados-Membros da UE<sup>11</sup>.

Em sentido oposto, a crimigração pode, também, ser vista em medidas da legislação migratória sendo aplicadas como sanções adicionais contra imigrantes condenados por um crime, como a revogação de autorização de residência, expulsão ou perda de cidadania para estrangeiros criminalmente condenados. Importante considerar ter em consideração que essas situações se aplicam até mesmo para imigrantes em situação legal.

Observa-se, portanto, que a criminalização da imigração se expressa na incorporação de medidas criminais à legislação administrativa migratória e, também, por meio da aplicação de medidas migratórias assumindo o caráter punitivo. Esse fenômeno atinge, principalmente, os imigrantes em situação irregular, mas também se aplica, em alguma medida, aos estrangeiros em situação regular.

A literatura diverge quanto à *ratio* por trás da tendência de recorrer ao direito penal para cumprir objetivos de controle migratório<sup>12</sup>. Parte da doutrina enxerga a tendência da crimigração como uma consequência natural de um fenômeno mais amplo, a expansão do direito penal. Nesse sentido, revela-se, apenas, mais uma das áreas que o direito penal tem adentrado, o contexto da imigração. Por outro lado, afirma-se que as razões desse fenômeno se fundamentam não no direito penal, mas no fato de que os Estados têm, ao longo dos últimos anos, buscado controlar a mobilidade humana, e, assim, expandido ao máximo os limites da lei de imigração. Nessa perspectiva, vislumbra-se o direito penal como uma plataforma de novas possibilidades para impor o

controle da migração quando a lei migratória atinge seus limites.

No âmbito das discussões sobre a fusão entre o direito penal e o direito de migração, importa levar em consideração que, nos marcos constitucionais contemporâneos, a legitimidade do direito penal depende, em grande medida, se atende, ou ao menos busca atender, às aspirações de inclusão, (sendo a punição criminal tratada como um meio de reabilitação/ressocialização do criminoso), enquanto a crimigração teria como função, em última análise, excluir os migrantes indesejados de um determinado território<sup>13</sup>.

Nesse sentido, Legomsky<sup>14</sup> considera que as políticas e legislações migratórias atuais têm absorvido as teorias, métodos, percepções e prioridades associadas à execução penal, ao mesmo tempo que rejeitam os ingredientes processuais da adjudicação criminal. Tomando como exemplo o regime de detenção de imigrantes irregulares, argumenta-se que esse recurso tem se revestido, cada vez mais, de uma natureza punitiva, enquanto não se garantem as características protetoras do processo criminal ordinário.

### 3 Detenção de imigrantes ilegais na União Europeia e a Diretiva de Retorno

#### 3.1 Considerações iniciais

A detenção de imigrantes é uma medida de controle das fronteiras e gestão dos fluxos migratórios, e pode ser definida como a prática de confinar os indivíduos identificados como não cidadãos para atingir objetivos relacionados à imigração, como identificação e remoção, por exemplo<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Nesse sentido, o projeto de investigação *Fundamental rights of migrants in an irregular situation in the European Union* realizou uma avaliação comparativa das legislações sobre migração irregular nos territórios dos Estados Membros da UE. O estudo revelou que, em 17 Estados Membros, o cruzamento de fronteira de maneira irregular ou a permanência irregular é, pelo menos formalmente, uma infração penal, geralmente punível com multas e prisão. European Union Agency for Fundamental Rights (FRA). Luxembourg, 2011. Disponível em: <http://fra.europa.eu/en/publication/2011/fundamental-rights-migrants-irregular-situation-european-union> (acesso em 10/05/2017).

<sup>12</sup> Vide PARKIN, Joanna. The criminalisation of migration in Europe: a State-of-the-Art of the Academic Literature and Research. *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, n. 61, p. 15, 2013.

<sup>13</sup> MARIN, Luisa; SPENA Alesandro. Introduction: the criminalization of migration and European (dis)integration. *European Journal of Migration and Law*, n. 18, p. 148, 2016.

<sup>14</sup> LEGOMSKY, Stephen. The new path of immigration law: asymmetric incorporation of criminal justice norms. *Washington and Lee Law Review*, p. 476, 2007.

<sup>15</sup> BOSWORTH, Mary; TURNBULL, Sarah. Immigration detention, punishment, and the criminalization of migration. In: HAMM, J.; PICKERING, S. *The routledge handbook on crime and international migration: criminal justice, borders and citizenship research paper n. 2451088*, 2014.

O fenômeno da detenção de imigrantes não é recente, embora tenha havido um aumento dessa prática a partir do final da década de 90<sup>16</sup>. Atualmente, a maioria dos países utiliza alguma forma de detenção como parte de suas políticas migratórias, embora as estruturas, funções e propósitos variem entre eles. O que a maior parte dos países partilha, porém, é o foco predominante nos migrantes “não autorizados” — os indivíduos “irregulares”, “ilegais” ou “indocumentadas”, ou seja, que não têm aprovação formal para entrar ou permanecer no território do país em causa.

No âmbito da União Europeia, o recurso à detenção nos processos de imigração e de asilo foi, até pouco tempo, uma questão largamente deixada à discricção de cada Estado-Membro, ainda que as leis e políticas nacionais tivessem de estar em conformidade com as normas estabelecidas no direito internacional e, em particular, na Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Consequentemente, as condições precisas para a legalidade das medidas de detenção foram deixadas aos legisladores nacionais.

Desde 2008, no entanto, o número de instrumentos jurídicos da UE que regulamentam a segurança e legalidade no contexto dos procedimentos de imigração e de asilo têm surgido rapidamente. Atualmente, o Direito da UE prevê dois regimes de detenção: primeiro, para nacionais de países terceiros que buscam proteção internacional; e segundo, para os indivíduos que estão em situação irregular no território de um Estado Membro.

A detenção de nacionais de países terceiros que buscam proteção internacional deriva da política da UE sobre asilo, e tem como objetivo evitar que os migrantes fujam ou se escondam enquanto o pedido de proteção ainda está em análise. Desse modo, busca proteger os Estados Membros de ameaças à segurança nacional ou ordem pública, e garantir a aplicação do princípio de *non-refoulement*<sup>17</sup>. Esse tipo de detenção é regido pela Di-

retiva 2013/33, que estabelece normas em matéria de acolhimento dos requerentes de proteção internacional.

Por outro lado, a detenção de nacionais de países terceiros em situação irregular deriva da política comum de imigração da UE, que visa garantir, nomeadamente, a prevenção e o reforço das medidas de combate à imigração ilegal.<sup>18</sup> Desse modo, a detenção objetiva garantir a execução do procedimento de retorno e/ou afastamento dos estrangeiros que não satisfazem os requisitos de entrada, permanência ou residência no Estado-Membro da União.<sup>19</sup>

Essa modalidade de detenção está prevista na Diretiva de Retorno, objeto de estudo do presente capítulo, que estabelece normas mínimas no que diz respeito ao período de detenção e à interdição de entrada na União Europeia. Com efeito, a detenção de imigrantes em situação irregular é o aspecto mais controvertido da Diretiva no tocante à crimigração.

### 3.2 Regime Jurídico da detenção de imigrantes ilegais na Diretiva de Retorno

Partindo de políticas nacionais originalmente autônomas, conforme mencionado, a política da União Europeia, em matéria de controle da imigração irregular, tem avançado no sentido da consolidação de um quadro normativo comum a nível da União. Nesse sentido, as normas relativas à política de imigração foram primeiramente anunciadas pelo Tratado de Amsterdam (1997)<sup>20</sup>, e posteriormente esculpidas num quadro jurí-

angular do direito internacional dos refugiados. Para maiores desenvolvimentos sobre o tema, vide MESSINEO, Francesco. *Non-refoulement obligations in Public International Law: towards a new protection status?* In: JUSS, Satvinder (ed). *Research companion to migration theory and policy*. Farnham: Ashgate, 2011.; TREVISANUT, Selina. *The principle of non-refoulement at sea and the effectiveness of asylum protection*. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, v.12, 2008. p. 205-246.

<sup>18</sup> Cf. Artigo 79 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. 1. A União desenvolve uma política comum de imigração destinada a garantir, em todas as fases, uma gestão eficaz dos fluxos migratórios, um tratamento equitativo dos nacionais de países terceiros que residam legalmente nos Estados-Membros, bem como a prevenção da imigração ilegal e do tráfico de seres humanos e o reforço do combate a esses fenômenos.

<sup>19</sup> Artigo 3º da Diretiva 2008/115.

<sup>20</sup> Artigo 73º-K O Conselho, deliberando nos termos do artigo 739-0, adotará, no prazo de cinco anos a contar da data de entrada em vigor do Tratado de Amsterdão: 3. Medidas relativas à política de imigração, nos seguintes domínios: a) Condições de entrada e de residência, bem como normas relativas aos processos de emissão de vistos de longa duração e autorizações de residência permanente,

<sup>16</sup> A gênese do fenômeno da detenção da imigração pode ser situada nos processos históricos de colonialismo, construção da nação e controle da imigração. Cf. BOSWORTH, Mary; TURNBULL, Sarah. *Immigration detention, punishment, and the criminalization of migration*. In: HAMM, J.; PICKERING, S. *The routledge handbook on crime and international migration: criminal justice, borders and citizenship research paper n. 2451088*, 2014. p. 3.

<sup>17</sup> O Princípio do *non-refoulement* significa, de forma geral, que os refugiados não podem, de forma alguma, serem devolvidos para o seu país de origem ou para nenhum país onde possam sofrer riscos. Esse princípio foi estabelecido em 1951 na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (artigo 33) e se solidificou como a pedra

dico abrangente baseado na solidariedade entre os Estados-Membros, no âmbito do Tratado de Lisboa (2007), que criou o “espaço de liberdade, segurança e justiça”. Em 2009, o Conselho Europeu adotou um programa plurianual, para o período de 2010 a 2014 — designado por Programa de Estocolmo — que buscou definir uma agenda política de prioridades para desenvolvimento do espaço de liberdade, segurança e justiça, dentre as quais destaca-se o combate à imigração ilegal.

Nesse intuito de integrar as ações de uma política migratória comum, e ao mesmo tempo adotar uma abordagem holística para lidar com esse tema, surge a Diretiva 2008/115, conhecida também como Diretiva de Retorno, que estipula normas e procedimentos comuns aos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular. A Diretiva visa promover o regresso voluntário de imigrantes ilegais e estabelecer normas mínimas no que diz respeito ao período de detenção e à interdição de entrada na União Europeia<sup>21</sup>.

A Diretiva estabelece, como regra geral, que os Estados-Membros têm a obrigação de emitir uma decisão de regresso relativamente a qualquer nacional de país terceiro que se encontre em situação irregular no seu território. A decisão de regresso deve prever, inicialmente, um prazo para a partida voluntária, entre sete e trinta dias.<sup>22</sup> Se a obrigação de regresso não tiver sido cumprida dentro do prazo para a partida voluntária concedido, os Estados-Membros poderão tomar todas as medidas necessárias para executar a decisão de regresso, que se

---

pelos Estados-Membros, nomeadamente para efeitos de reagrupamento familiar; b) Imigração clandestina e residência ilegal, incluindo o repatriamento de residentes em situação ilegal.

<sup>21</sup> A própria criação da Diretiva de Retorno foi cercada de debates e controvérsia. No período de negociações entre os Estados-Membros e o Parlamento Europeu para redação da norma, diversos trechos foram considerados de difícil interpretação. Some-se a isso a atuação de organizações não governamentais que duramente criticaram a Diretiva, mesmo depois de sua entrada em vigor, por ser demasiado restritiva. O receio presente era que a Diretiva e, em especial, o artigo 15º, que regulamenta a detenção, pudesse ser utilizada pelos Estados-Membros para implementar políticas mais rigorosas contra os migrantes irregulares e, em última análise, criminalizá-los em maior medida.

<sup>22</sup> Necessário levar em consideração que a Diretiva permite aos Estados-Membros, sempre que necessário, estender o prazo previsto para a partida voluntária por um período adequado, tendo em conta as especificidades do caso concreto, tais como a duração da permanência, a existência de filhos que frequentem a escola e a existência de outros membros da família e de laços sociais. Cf. Artigo 7º. (2) da Diretiva de Retorno.

instrumentaliza numa ordem de afastamento<sup>23</sup>.

Se os Estados, porém, não desejarem seguir o procedimento de remoção do estrangeiro, devem conferir-lhe o direito de permanência no seu território, regularizando, assim, a sua presença, por meio da concessão de autorizações de residência autônomas ou de outro tipo. Nicholas Hatzis afirma, sobre esse ponto, que a Diretiva estabelece duas categorias de migrantes: por um lado, aqueles a quem os Estados-Membros aceitam no seu território, concedendo-lhes uma autorização de residência; por outro, os migrantes indesejados a quem os Estados-Membros querem deportar. Dada a relutância comum de autoridades nacionais para regularizarem os imigrantes ilegais, a diretiva cria, na prática, uma presunção a favor da deportação<sup>24</sup>.

O Artigo 1º da Diretiva estabelece que essas normas e procedimentos comuns devem estar de acordo e respeitar os direitos fundamentais enquanto princípios gerais do direito comunitário e do direito internacional, nomeadamente os deveres em matéria de proteção dos refugiados e de direitos humanos. Sem prejuízo de abordarmos em capítulo próprio, insta considerar, desde logo, que há poucas e vagas referências aos Direitos Humanos, limitadas quase que exclusivamente à introdução da Diretiva.

A Diretiva de Retorno contém disposições relativas à utilização da força pelos Estados-Membros para proceder à remoção de imigrantes em situação irregular. Referimo-nos, particularmente, à detenção para efeitos de afastamento, um dos aspectos mais debatidos e controvertidos da Diretiva, especificamente por ser um recurso administrativo, de essência coerciva, a serviço da política migratória, ou seja, fora do sistema de justiça penal e do controlo do poder judiciário, o que tem levantado questões sobre seu propósito, justificação e legitimidade. A relação da detenção de imigrantes irregulares e o processo de criminalização da migração na União Europeia será tratada a seguir.

---

<sup>23</sup> Artigo 8º (1) e (3) da Diretiva de Retorno.

<sup>24</sup> O autor vai mais além e afirma que a possibilidade de detenção de imigrantes ilegais no contexto da Diretiva de Retorno não pretende ser uma excepcionalidade, mas sim permitir um isolamento e um controle contra os residentes estrangeiros julgados indesejáveis. Cf. HATZIS, Nicholas. Detention of irregular migrants and the European Public Order. *Legal Research Paper Series*, Oxford, n. 74, 2013.

### 3.2.1 Natureza, princípios e motivos da detenção

A detenção de migrantes não possui uma natureza punitiva, mas administrativa e preventiva e, por isso, não exige uma sentença criminal para que seja imposta<sup>25</sup>. Conforme aponta Majcher<sup>26</sup>, a classificação da detenção como administrativa beneficia os Estados, pois permite-lhes que não forneçam aos imigrantes detidos garantias processuais onerosas e demoradas, como as recebidas durante os processos criminais. Devido a essa aplicação seletiva de procedimentos normalmente associados ao direito penal, a crimigração dentro da legislação da UE tem o potencial de tornar os detidos mais vulneráveis.

A Diretiva de Retorno impõe que a detenção para efeitos de afastamento deve obedecer a alguns princípios, que funcionam como limites à aplicação dessa medida pelos Estados. Em primeiro lugar, o recurso à detenção deve ser utilizado apenas como *ultima ratio*, ou seja, quando não forem suficientes medidas coercivas menos severas. Impõe-se, ainda, o Princípio da Necessidade, de forma que a detenção deve ser utilizada, apenas, quando estritamente necessária para preparar o regresso ou para o processo de afastamento. Além disso, a Diretiva sujeita a detenção aplicada pelos Países Membros ao Princípio da Proporcionalidade no que respeita aos meios utilizados e aos objetivos perseguidos.

O recurso à detenção não pode ser aplicado pelos Estados Membros de forma arbitrária ou não justificada, pois é, em essência, uma exceção à liberdade de movimento dos indivíduos. Assim, são necessárias limitações ao uso da detenção. Nesse sentido, de acordo com a Diretiva<sup>27</sup>, “os Estados-Membros só podem manter detidos nacionais de países terceiros objeto de procedimento de regresso, a fim de preparar o regresso e/ou efetuar o processo de afastamento, nomeadamente quando: a) Houver risco de fuga; ou b) O nacional de país terceiro em causa evitar ou entravar a preparação do regresso ou o procedimento de afastamento”.

O risco de fuga é um dos dois motivos explicitamente enumerados na Diretiva para justificar a deten-

ção. Assim, se um indivíduo representa um risco de fuga durante o seu processo de regresso, a detenção administrativa tem por objetivo garantir a sua presença no processo de remoção. Contudo, a Diretiva não dispõe de garantias claras para impedir que as autoridades se baseiem em um alegado e subjetivo risco de fuga para determinarem a detenção de indivíduos sujeitos ao processo de regresso. Isto porque, em primeiro lugar, a expressão “risco de fuga” é apenas vagamente definida na Diretiva, que se limita a descrevê-lo como a existência 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; (artigo 3.º, n.º 7). Em particular, o conceito subjacente — “critérios objetivos” — é deixado aos legisladores nacionais. Como resultado, é possível que, em alguns sistemas nacionais, esses critérios não sejam definidos ou não sejam enumerados de forma suficiente, o que concede às autoridades nacionais um alto e perigoso grau de discricção para analisar o risco de fuga<sup>28</sup> e determinar a detenção.

A Diretiva também permite aos Estados recorrerem à detenção quando a pessoa em causa evitar ou entravar a preparação do regresso ou o procedimento de afastamento. No entanto, não especifica que ações podem significar um obstáculo ou entrave. Novamente, utilizando termos vagos e sem definir o seu escopo, a diretiva concede às autoridades nacionais um amplo poder de apreciação para impor a detenção. Izabella Majcher expressa preocupação com esses aspectos da Diretiva, e argumenta que a detenção justificada nesses termos, a saber, porque o indivíduo busca evitar ou prejudicar o processo de regresso, assemelha-se à retribuição. Por conseguinte, se a detenção tem como objetivo não apenas evitar fugir, mas também é usada por razões retributivas, tal recurso pode ser considerado como propriamente uma punição<sup>29</sup>.

O TJUE entendeu, no caso *Mahdi*, que o fato de um nacional de país terceiro não possuir documentos não eleva, *per se*, o risco de fuga, e, portanto, esse fato não justificaria a detenção. Desse modo, a mera crença de que o indivíduo tentará fugir ou contornar a execução da ordem de retorno não é razão suficiente para jus-

<sup>25</sup> Com efeito, a jurisprudência do TJUE é clara ao afirmar que os imigrantes detidos devem ser mantidos separados dos prisioneiros comuns. *Thi Ly Pham vs. Stadt Schweinfurt, Amt für Meldewesen und Statistik (C-474/13)* 17 July 2014.

<sup>26</sup> MAJCHER, Izabella. “Crimmigration” in the European Union through the Lens of immigration detention. *Global Detention Project Working Paper*, Switzerland, n. 6, 2013. p.15.

<sup>27</sup> Artigo 15º.

<sup>28</sup> MAJCHER, Izabella. “Crimmigration” in the European Union through the Lens of immigration detention. *Global Detention Project Working Paper*, Switzerland, n. 6, 2013. p.13.

<sup>29</sup> MAJCHER, Izabella. “Crimmigration” in the European Union through the Lens of immigration detention. *Global Detention Project Working Paper*, Switzerland, n. 6, 2013. p.13.

tificar a detenção. Primeiramente, deve ser feita uma análise detalhada do comportamento do indivíduo que o Estado pretende deter, para, a partir disso, verificar se há elementos substanciais e suficientes para que se proceda à detenção.

Importante levar em consideração que, segundo o *case law* do TJUE, não é possível a detenção, com base na Diretiva de Regresso, por motivos de segurança nacional ou ordem pública.<sup>30</sup> O Estado Membro pode, apesar disso, aplicar medidas previstas na legislação nacional para garantir a segurança nacional ou ordem pública, que podem ser, inclusive, da esfera criminal.

### 3.2.2 Duração da Detenção

A detenção de imigrantes ilegais deve ter a menor duração possível, e deve ser mantida apenas enquanto o procedimento de afastamento estiver pendente. Nos termos da Diretiva, a detenção deve ser executada pelos Estados Membros com a devida diligência e, nesse sentido, permite-se aos Estados a fixação de um prazo de detenção, que não pode exceder seis meses.

Em casos excepcionais, todavia, permite-se que esse prazo seja estendido por mais doze meses, desde que se mantenham as condições enunciadas no Artigo 15.º (1), e, apesar de todos os esforços empreendidos para a célere resolução da operação de afastamento, que esse procedimento dure um tempo superior aos seis meses previstos, por força da falta de cooperação do imigrante em causa ou atrasos para obtenção da documentação necessária junto a países terceiros.

Importa destacar as críticas feitas a essa disposição. Em primeiro lugar, afirma-se que a prorrogação da detenção por até um ano, por causa da recusa do detido de cooperar, configura-se uma verdadeira punição, tanto em termos de efeito como de finalidade da sanção. Nesse sentido, a justificativa utilizada para a detenção cumpre os objetivos tradicionais prosseguidos pelo sistema de justiça penal, nomeadamente a ideia de retribuição, de modo que as autoridades podem invocar a ‘recusa em não colaborar’ para repreender o não nacional pelo seu comportamento, e, assim, obrigá-lo a cooperar<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso Kadzoev (C-537/09 PPU)*.

<sup>31</sup> MAJCHER, Izabella. “Crimmigration” in the European Union through the Lens of immigration detention. *Global Detention Project Working Paper*, Switzerland, n. 6, 2013. p.14.

Argumenta-se outrossim que essa disposição contraria o Princípio da Proporcionalidade, tendo em vista que, por questões alheias ao imigrante, talvez por conta da burocracia ou inércia do seu país de origem, ele poderá ficar detido por um período de até dezoito meses<sup>32</sup>. Critica-se, ainda, o fato de a Diretiva não estabelecer o que constitui uma falta de cooperação, deixando, uma vez mais, ao critério das autoridades nacionais a sua apreciação.

Um reflexo dessa normativa se deu no âmbito dos ordenamentos jurídicos internos. Com efeito, no processo de transposição da Diretiva à legislação nacional, onze Estados aplicaram o prazo máximo de detenção de 18 meses e dez prorrogaram o limite máximo de detenção, em comparação à legislação em vigor antes da transposição da Diretiva<sup>33</sup>. Percebe-se, uma vez mais, que a detenção de imigrantes se tornou um mecanismo sistemático e recorrente da gestão de migração em toda a União Europeia<sup>34</sup>.

O julgamento *Kadzoev* pelo TJUE trouxe importantes esclarecimentos acerca da duração da detenção e possíveis exceções que, em tese, poderiam alargar o período máximo dos dezoito meses. Em resumo, o caso diz respeito a um imigrante ilegal detido pela polícia búlgara em 2006. Em 13 de Janeiro de 2009, porém, entrou em vigor a Diretiva de Retorno. O Sr. Kadzoev encontrava-se detido há aproximadamente três anos, dado que os seus pedidos de revisão judicial da deten-

<sup>32</sup> LEITE, Rodrigo de Almeida. Os paradoxos do tratamento da imigração ilegal na União Europeia frente à diretiva de retorno. *Revista Espaço Acadêmico*, Maringá, n. 108, 2010. p. 67.

<sup>33</sup> Vide European Commission Communication on EU Return Policy, 28 March, 2014, p. 17.

<sup>34</sup> Apesar disso, um estudo realizado pela PICUM - *Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants* sobre a Diretiva de Regresso mostra que há atualmente duas diferentes abordagens adotadas pelos legisladores nacionais ao considerarem o uso da detenção como um instrumento para a gestão da migração: Na Grécia, a detenção é permitida por períodos virtualmente indeterminados, para além da duração máxima de 18 meses, tal como estabelecido na Diretiva. O legislador nacional está atualmente tentando utilizar a detenção como um elemento dissuasor da migração irregular, embora haja investigações que indiquem que a detenção não dissuade a migração irregular nem contribui para uma maior eficácia nos procedimentos de afastamento. A Itália, por outro lado, mostra um desenvolvimento oposto: os prazos legais para a detenção foram recentemente reduzidos de um máximo de 18 meses para um máximo de 90 dias. A decisão parece basear-se em provas fornecidas a nível nacional que demonstram os elevados custos e a baixa eficácia da detenção prolongada como um instrumento para a gestão da migração. PICUM – Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants. PICUM Position Paper on EU Return Directive. April 2015. P.2 e ss.

ção tinham falhado e os seus pedidos de asilo também tinham sido recusados. A legalidade da detenção continuada foi levada à apreciação do TJUE, que analisou, basicamente, (i) se, ao calcular a detenção máxima nos termos do artigo 15.º, n.º 4, seria apropriado ter em conta o período de detenção anterior à transposição da Diretiva, (ii) se o período de detenção, durante o qual a decisão de regresso foi suspensa, porque o requerente solicitou a revisão judicial e o asilo, contavam para o limite máximo de detenção; e (iii) se a detenção poderia ser prorrogada para além do limite de 18 meses, mesmo que não exista uma perspectiva razoável de afastamento.

O Tribunal entendeu que as disposições da Diretiva relativas aos limites máximos de detenção expressam o Princípio da Proporcionalidade, explicitamente previsto no Considerando n.º 16, e resguardam o direito à liberdade pessoal. Assim, a Diretiva deve ser interpretada no sentido de que ninguém pode ser detido para efeitos de afastamento por mais de 18 meses. Isso significa que a detenção não pode ser prorrogada com base em razões tais como a ausência de documentos de identificação, comportamento agressivo por parte do estrangeiro ou a insuficiência de fundos para o auto sustento. Nos casos em que o prazo limite é alcançado, a pessoa em causa deve ser libertada imediatamente<sup>35</sup>.

O Tribunal declarou, ainda, que as novas regras da Diretiva teriam aplicação imediata sobre as detenções que tiveram início no passado e continuaram após a sua entrada em vigor, e, em casos como esse, devia-se contabilizar o período de detenção antes da transposição da Diretiva no cálculo do limite de 18 meses. Do mesmo modo, deve ser contabilizado o período de detenção durante o qual a execução da decisão de expulsão foi suspensa em consequência de um processo de revisão judicial ou por conta de um pedido de asilo. Isto se deve a dois motivos: primeiro, porque as duas razões que justificam a prorrogação do limite inicial de seis meses (art. 15 (5) e (6) da Diretiva), já analisadas anteriormente, são taxativas; segundo, porque, se a detenção durante o procedimento de revisão judicial não fosse tida em conta, o próprio propósito de criação da Diretiva, que é estabelecer um período máximo de detenção comum aos Estados-Membros, seria desconsiderado, pois o cálculo do limite de 18 meses dependeria da celeridade e eficiência de cada sistema judicial nacional.

<sup>35</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso Kadzoev (C-537/09 PPU)*.

### 3.3 Perspectivas dos Direitos Humanos

A detenção de imigrantes ilegais, ainda que, repita-se, de natureza administrativa e, em tese, não punitiva, implica a restrição à liberdade de movimento das pessoas, o que desperta uma necessária reflexão acerca da proteção dos direitos e garantias individuais. Insta observar, portanto, o tratamento do Direito Internacional dos Direitos Humanos a essa medida e analisar, então, a compatibilidade das disposições da Diretiva de Retorno com os instrumentos internacionais de direitos humanos e a respectiva construção jurisprudencial sobre esse tema, nomeadamente no âmbito do Comité de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas e Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos garante a “todos”, incluindo os migrantes em situação irregular, o direito à vida, à liberdade e à segurança (artigo 3º). Nos termos do artigo 9º. do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), a prisão ou detenção deve ser legal e não arbitrária. Essas duas proibições são importantes e se sobrepõem, na medida em que a detenção (i) pode estar em violação à legislação, mas não ser arbitrária, (ii) ser legalmente permitida, mas arbitrária, ou, ainda, (iii) ser arbitrária e ilegal. Isto porque a noção de arbitrariedade, segundo o Comité de Direitos Humanos da ONU, envolve elementos de inadequação, injustiça e falta de previsibilidade, razoabilidade e necessidade, em todas as circunstâncias<sup>36</sup>.

Com efeito, embora o PIDCP não verse sobre os propósitos ou motivos legítimos para detenção, o Comité tem sustentado que a detenção deve perseguir um propósito específico. Nesse sentido, tratando-se de detenção para propósitos de imigração, a simples entrada ilegal não justifica detenção<sup>37</sup>.

Além disso, no âmbito da privação de liberdade por ofensas criminais, aos detidos são conferidas diversas garantias processuais. Em primeiro lugar, ao ser detido por suspeita de ter cometido um ilícito penal, o indivíduo deve ser levado prontamente perante um juiz ou outro funcionário autorizado por lei a exercer o poder judicial<sup>38</sup>. Isto significa que a revisão judicial é automá-

<sup>36</sup> HUMAN RIGHTS COMMITTEE, General Comment No 35. CCPR/C/GC/35, de 16 de dezembro de 2014. 2014.

<sup>37</sup> HUMAN RIGHTS COMMITTEE, General Comment No 35. CCPR/C/GC/35, de 16 de dezembro de 2014. 2014.

<sup>38</sup> Artigo 5º, n.º 3 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

tica, independentemente do requerimento do indivíduo em causa. Do mesmo modo, tem direito a um julgamento num prazo razoável ou será libertado, ainda que com julgamento pendente. Somam-se a essas garantias a presunção de inocência<sup>39</sup>, a necessidade de as autoridades sempre considerarem a adoção de medidas alternativas à prisão preventiva, audiência pessoal e assistência jurídica e linguística concedida gratuitamente, conforme necessário.

Além disso, merece destaque que, diferentemente da detenção criminal, a ordem de detenção administrativa é geralmente expedida pelo Poder Executivo, sem julgamento ou condenação criminal, o que já pode levantar problemas sobre a garantia do devido processo legal e o Princípio da Separação dos Poderes. O uso generalizado dessa prática pode envolver privação de liberdade sem garantias judiciais, o que representa um potencial perigo à violação de direitos individuais, pois poderia, no extremo, substituir o sistema de justiça penal ordinário.

Outro aspecto controvertido da Diretiva diz respeito à detenção de crianças. Nesse sentido, a norma prevê que as crianças somente devem ser detidas como uma medida de último recurso e pelo período de tempo mais curto possível, e estabelece que a busca pelo superior interesse da criança deve estar no centro do contexto da detenção (artigo 17). No entanto, critica-se a Diretiva nesse ponto pois, ao permitir a detenção das crianças, viola os princípios da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, ao não reconhecer que a detenção de uma criança, por causa do estatuto migratório de seus pais, sempre constitui uma violação dos seus direitos e interesses.<sup>40</sup>

O não cumprimento das condições de entrada, permanência ou residência em um Estado-Membro da União Europeia (UE) não pode privar os migrantes em situação irregular de certos direitos básicos compartilhados por todos os seres humanos.

## 4 Criminalização de imigrantes no Tribunal de Justiça da União Europeia

### 4.1 Caso El Dridi

O caso diz respeito a H. El Dridi, estrangeiro que entrou ilegalmente na Itália, ou seja, sem autorização de permanência. Foi-lhe comunicada uma ordem de afastamento do território nacional, emitida em 21 de maio de 2010 pelo *questore de Udine*. Essa ordem de afastamento tinha como fundamento a indisponibilidade de um veículo ou de outro meio de transporte, a falta de documentos de identidade de El Dridi e a impossibilidade de o admitir provisoriamente num centro de detenção por falta de lugar nas estruturas previstas para o efeito<sup>41</sup>.

Durante inspeção efetuada em 29 de setembro de 2010, verificou-se que El Dridi não havia cumprido a ordem de afastamento, e, assim, foi condenado pelo *Tribunale di Trento*, que julgou a causa por Juiz Singular em processo sumário, a uma pena de um ano de prisão, pelo crime a que se refere o artigo 14.º, n.º 5 *ter*, do Decreto Legislativo n.º 286/1998, da qual recorreu para a *Corte d'appello di Trento*.

A pena de prisão foi aplicada, portanto, após ter sido verificada a violação de uma fase intermédia do procedimento gradual de execução da decisão de regresso, previsto na Diretiva, nomeadamente a inobservância da ordem de afastamento<sup>42</sup>. Nessas condições, a *Corte d'appello di Trento* decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

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

- à possibilidade de punir, enquanto crime, a violação de uma fase intermédia do procedimento administrativo de regresso, antes de este estar concluído, recorrendo ao máximo rigor ainda possível em matéria de coerção administrativa?
- à possibilidade de punir com pena de prisão que

<sup>39</sup> Artigo 6º, n.2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem

<sup>40</sup> PLATFORM FOR INTERNATIONAL COOPERATION ON UNDOCUMENTED MIGRANTS (PICUM). *PICUM Position Paper on EU Return Directive*. 2015. p.17; BHABHA, Jacqueline. Lone Travelers: rights, criminalization, and the transnational migration of unaccompanied children. *The University of Chicago Law School Roundtable*. v. 7, n. 1, 2000.

<sup>41</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *El Dridi (Case C-61/11)*. Parágrafo 19. Kirchberg, 28 de abril de 2011.

<sup>42</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *El Dridi (Case C-61/11)*. Parágrafo 24. Kirchberg, 28 de abril de 2011.

pode ir até quatro anos a simples falta de cooperação, por parte do interessado, no procedimento de expulsão e, em especial, a hipótese de inobservância da primeira ordem de afastamento por parte da autoridade administrativa?<sup>43</sup>

O que estava em causa, em essência, é se a Diretiva, em suas disposições sobre a detenção, deve ser interpretada no sentido de que se opõe à legislação de um Estado-Membro que determina a aplicação de uma pena de prisão a um nacional de um país terceiro, em situação irregular, unicamente porque este, sem motivo justificado, permanece no território do Estado-Membro em violação a uma ordem de afastamento.

O Tribunal reconheceu que, a princípio, as legislações penais e processuais penais são matérias de responsabilidade dos Estados-Membros, assim como a gestão da imigração e permanência ilegais. Contudo, repousa sobre os Estados-Membros o dever de cooperação leal, e isso significa que os Estados não podem aplicar normas, ainda que em matéria penal, que são suscetíveis a comprometer a realização dos objetivos da Diretiva de Retorno.

Consequentemente, os Estados-Membros não podem prever uma pena privativa de liberdade somente porque um nacional de um país terceiro, depois de ter sido notificado de uma ordem de afastamento e de ter expirado o prazo fixado nessa ordem, continua irregularmente presente no território do Estado-Membro, devendo os Estados, ao invés disso, prosseguirem nos seus esforços para executar a decisão de regresso, que continua a produzir efeitos.

Além disso, o Tribunal entendeu que uma pena dessa natureza pode comprometer a eficácia, ou seja, a realização do objetivo prosseguido pela Diretiva, a saber, a instauração de uma política eficaz de afastamento e de repatriamento dos imigrantes em situação irregular. Isto porque, se a decisão de regresso objetiva, como está claro, o afastamento físico do estrangeiro, uma pena de prisão frustra a aplicação das medidas necessárias para sua execução, nos termos do artigo 8º. (1) da Diretiva.

Percebe-se, nesse caso, portanto, que o TJUE limitou a capacidade dos Estados Membros de criminalizarem os migrantes irregulares e considerou que o procedimento de regresso de estrangeiros ilegais compreende

duas fases progressivas, a primeira não coerciva (saída voluntária) que pode levar, em caso de descumprimento, a uma fase coerciva (ordem de afastamento), sendo todo esse procedimento de natureza administrativa, que o direito penal doméstico não pode impedir ou frustrar sua aplicação por meio do uso de medidas criminais<sup>44</sup>.

Essa interpretação, porém, tem um impacto limitado na criminalização da migração. Isto porque os Estados são livres para impor uma pena de prisão se a remoção da pessoa em questão falhar e, ainda, no decurso do processo de regresso, podem invocar outras sanções penais que não sejam capazes de impedir o afastamento, como multas, por exemplo<sup>45</sup>.

## 4.2 Caso Achughbadian

Em 24 de Junho de 2011, a polícia francesa efetuou controlos de identidade na via pública e prendeu, preventivamente, Alexandre Achughbadian, por suspeitas de ter cometido o crime previsto no artigo L. 621.1 da lei francesa *Ceseda*: a entrada ou permanência em território francês sem a devida autorização ou a permanência com o visto expirado, ofensa punida com prisão de um ano e multa de 3 750 euros.

A investigação da polícia revelou que Achughbadian havia entrado em França a 9 de abril de 2008 e tinha solicitado uma autorização de residência, que foi indeferida. Em Junho de 2011, o *préfet du Val-de-Marne* determinou a detenção administrativa de A. Achughbadian.

Achughbadian recorreu para a *cour d'appel de Paris*, alegando que o artigo L. 621-1 do *Ceseda* seria incompatível com a Diretiva de Retorno, à luz da interpretação do TJUE no acórdão *El Dridi*, já referido. A *cour d'appel* decidiu, então, suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a questão prejudicial seguinte<sup>46</sup>:

Tendo em conta o seu âmbito de aplicação, a Diretiva [2008/115] opõe-se a uma regulamentação nacional, como o artigo L. 621-1 do [Ceseda], que prevê a aplicação de uma pena de prisão a um nacional de um país terceiro com fundamento apenas

<sup>43</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *El Dridi (Case C-61/11)*. Parágrafo 25. Kirchberg, 28 de abril de 2011.

<sup>44</sup> SAVINO, Mario. Irregular migration at the crossroads, between administrative removal and criminal deterrence: the Celaj Case. *Common Market Law Review*, 53, p. 1419, 2016.

<sup>45</sup> MAJCHER, Izabella. "Crimmigration" in the European Union through the Lens of immigration detention. *Global Detention Project Working Paper*, Switzerland, n. 6, p. 42, 013.

<sup>46</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso Achughbadian (Case C-329/11)*. Kirchberg, 6 de dezembro de 2011.

na sua entrada ou permanência irregular no território nacional?

Questiona-se, em essência, se o procedimento de regresso poderia ser adiado, de modo a acomodar duas possíveis medidas ao imigrante, (i) a sua remoção e (ii) a imposição de sanções privativas de liberdade. Portanto, o caso difere de *El Dridri* no sentido de que o caso *Achughbabian* diz respeito à criminalização da entrada e permanência irregular *per se*, e *prima facie* sem ligação a um procedimento de afastamento<sup>47</sup>. O Tribunal teve que analisar, em primeiro lugar, a aplicabilidade da Diretiva à situação enfrentada pelo estrangeiro em causa, e esclareceu que a exceção do Artigo 2(2)(b) da Diretiva<sup>48</sup> não se refere à tipificação da mera conduta de entrada ou permanência ilegal enquanto crime, pois essa interpretação restringiria o escopo da Diretiva e lhe desvirtuaria a finalidade e o efeito vinculativo<sup>49</sup>.

A Corte rejeitou os argumentos de que as disposições da Diretiva sobre detenção impediriam a imposição de uma sentença de prisão somente durante o procedimento de retorno, e não antes do seu início. Para isso, entendeu, à luz do artigo 6 da Diretiva e do dever de cooperação leal, que os Estados devem iniciar o processo de afastamento o mais rápido possível, a partir do reconhecimento da situação irregular, e claramente não seria esse o caso se, depois de reconhecido esse estatuto, o imigrante recebesse uma sentença de prisão ao invés de uma ordem de afastamento. Assim, no que se refere à privação de liberdade, o indivíduo poderia, no máximo, estar sujeito à detenção administrativa, visando assegurar o seu afastamento.

Portanto, o Tribunal repetiu e reafirmou a decisão tomada quanto à legislação italiana do caso *El Dridri*, considerando a legislação francesa que criminalizava a entrada e permanência de imigrantes irregulares como susceptível de prejudicar a aplicação dos padrões e procedimentos comuns estabelecidos pela Diretiva, pondo

em causa a sua própria eficácia, por atrasar injustificadamente o procedimento do retorno.

### 4.3 Novos paradigmas do Caso Celaj

Até o caso Celaj, o TJUE havia transformado a Diretiva de Retorno num poderoso escudo jurídico para os imigrantes irregulares contra as penas privativas de liberdade<sup>50</sup>. Nesse sentido, o Tribunal havia considerado que a Diretiva impede a aplicação de uma pena de prisão aos migrantes irregulares tanto durante a execução da decisão de regresso (*El Dridri*) como antes da sua adoção (*Achughbabian*).

Savino<sup>51</sup> nos informa, porém, que a extensão desse escudo permaneceu uma questão em aberto até o julgamento Celaj. Isso porque, conquanto esclarecido que o encarceramento não pode ser imposto antes e durante o procedimento de regresso, esse impedimento se aplica a uma situação em que, após o repatriamento, o migrante volta a entrar irregularmente no território de um Estado-Membro, violando uma proibição de entrada? O Estado continua a ser obrigado a iniciar um novo procedimento de regresso e a aplicá-lo de imediato? Ou, em vez disso, os Estados-Membros têm a liberdade de recorrer, nesse caso, a sanções penais que envolvam uma pena de prisão? A interpretação do TJUE nos apresenta as respostas.

Em primeiro lugar, esse caso diz respeito a um nacional da Albânia, *Skerdjan Celaj*, que se encontrava no território da Itália em situação irregular. Em 2011, *Celaj* foi preso, julgado e condenado por tentativa de assalto; a execução da pena, porém, foi suspensa por estar em curso o procedimento de seu regresso. Em abril do ano seguinte, as autoridades italianas emitiram uma ordem de deportação, acompanhada de uma proibição de entrada com duração de três anos<sup>52</sup>, a qual não foi cum-

<sup>47</sup> MITSILEGAS, Valsamis. Immigration detention, risk and human rights in the law of the European Union: lessons from the return directive. In: GUIA, Maria João et al (ed.). *Immigration detention, risk and human rights*. Cham: Springer International Publishing Switzerland, 2015. p. 35.

<sup>48</sup> Os Estados-Membros podem decidir não aplicar a presente directiva aos nacionais de países terceiros que: b) Estejam obrigados a regressar por força de condenação penal ou em consequência desta, nos termos do direito interno, ou sejam objecto de processo de extradição.

<sup>49</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso Achughbabian (Case C-329/11)*. Parágrafo 41. Kirchberg, 6 de dezembro de 2011.

<sup>50</sup> SAVINO, Mario. Irregular migration at the crossroads, between administrative removal and criminal deterrence: the Celaj Case. *Common Market Law Review*, 53, p. 1420, 2016.

<sup>51</sup> SAVINO, Mario. Irregular migration at the crossroads, between administrative removal and criminal deterrence: the Celaj Case. *Common Market Law Review*, 53, p. 1421, 2016.

<sup>52</sup> Nos termos do artigo 11º da Diretiva, é obrigatória a emissão de uma ordem de proibição de entrada, acompanhando a decisão de regresso, sempre que não tenha sido concedido qualquer prazo para a partida voluntária, ou a obrigação de regresso não tenha sido cumprida. Nos outros casos, os Estados têm a discricionariedade para decidir se as decisões de regresso serão ou não acompanhadas de uma proibição de entrada. A duração da proibição de entrada é determinada tendo em consideração todas as circunstâncias rel-

prida de imediato, apenas em 4 de setembro de 2012, quando deixou o território Italiano. Na sequência desses episódios, *Celaj* reentrou no território Italiano, descumprindo, portanto, a proibição de entrada, foi identificado e preso pelas autoridades italianas a fevereiro de 2014.

A lei italiana em causa é o Decreto Legislativo N.º 286, cujo artigo 13 (13) penaliza a transgressão de proibição de entrada com a pena de prisão de um a quatro anos, além da expulsão imediata logo após o seu cumprimento.<sup>53</sup>

Durante o procedimento criminal, a defesa de *Celaj* pediu a sua absolvição, sob o argumento de que o Artigo 13(13) do Decreto N.º 286 não seria compatível com a Diretiva de Retorno. Com isso, a Corte Distrital de Florença decidiu suspender o processo e submeter ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial, questionando se as provisões da Diretiva se opõem à legislação de um Estado-Membro que permite a imposição de uma sentença condenatória culminando em pena de prisão sobre um nacional de país terceiro que, tendo sido removido para o seu país de origem com base em uma prévia decisão de regresso, reingressou no território do Estado-Membro violando uma proibição de entrada.

Na opinião do Advogado Geral<sup>54</sup>, o Tribunal deveria interpretar a Diretiva no mesmo sentido dos julgamentos passados (*El Dridri e Achughababian*) sobre o tema, isto é, que a Diretiva proíbe qualquer tipo de detenção criminal para imigrantes ilegais. Para isso, argumentou, em resumo, que (i) o objetivo primordial da Diretiva 2008/115 não é prevenir, mas acabar com uma permanência ilegal; (ii) os Estados-Membros têm o dever constante de iniciar um procedimento de afastamento

---

evantes do caso concreto, não devendo em princípio exceder cinco anos. Essa duração pode, contudo, ser superior a esse período se o nacional de país terceiro constituir uma ameaça grave para a ordem pública, a segurança pública ou a segurança nacional. Se o estrangeiro objeto de uma proibição de entrada provar que deixou o território de um Estado-Membro em plena conformidade com uma decisão de regresso, os Estados podem revogar ou suspender a proibição de entrada, a partir de uma análise ponderada do caso concreto.

<sup>53</sup> Lo straniero espulso non puo' rientrare nel territorio dello Stato senza una speciale autorizzazione del Ministro dell'interno; in caso di trasgressione, e' punito con l'arresto da due mesi a sei mesi ed e' nuovamente espulso con accompagnamento immediato. Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286. Art. 13 (13). Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero.

<sup>54</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Opinion of Advocate General Szpunar in Case C-290/14, *Celaj*, EU:C:2015:285. Kirchberg, 01 de outubro de 2015.

mediante a emissão de uma decisão de regresso e, a seguir, aplicar esse procedimento; (iii) uma vez que o dever de remoção é persistente e contínuo, nenhuma distinção pode ser feita entre uma primeira entrada ilegal e uma reentrada, no caso de um procedimento de retorno já realizado; (iv) a violação das proibições de entrada, dada a sua natureza acessória, não pode ser penalizada com medidas privativas de liberdade, uma vez que a prisão de um migrante irregular por razões diferentes das previstas na diretiva atrasa o procedimento de regresso e equivale a uma suspensão temporária unilateral da diretiva; (v) A própria diretiva não contém disposições sobre a possibilidade de os Estados-Membros recorrerem à prisão ou detenção como sanção penal em conexão com uma estada ilegal, pelo simples motivo de que não há margem para tal sanção se o objetivo da diretiva for fornecer proporcionar um rápido retorno dos imigrantes em situação ilegal<sup>55</sup>.

A opinião do Advogado Geral expressa uma leitura “minimalista” da possibilidade de os Estados criminalizarem a migração irregular depois da adoção da Diretiva. A *ratio* dessa argumentação, conforme indica Savino<sup>56</sup>, é a de que, se o objetivo primordial da Diretiva é garantir a remoção dos imigrantes, qualquer medida de privação de liberdade deve cumprir as regras relativas à detenção para efeitos de remoção, nos termos do Capítulo IV da Diretiva, em particular o Artigo 15. Desse modo, apenas a detenção administrativa poderia ser imposta, se, e na medida que, conducente ao processo de afastamento.

O julgamento em *Celaj*, no entanto, seguiu um rumo radicalmente diferente, pois foi o primeiro em que o TJUE sustentou que a aplicação da detenção ou prisão, enquanto sanção criminal, em um caso de permanência ilegal, é compatível com a Diretiva de Retorno. Em casos passados, recorde-se, a Corte havia decidido que esse tipo de legislação não seria compatível com o Princípio da Eficácia da Diretiva e o dever de cooperação leal dos Estados.

Cabe destacar, em primeiro lugar, a distinção feita pelo Tribunal entre o caso *Celaj* e os casos anteriores. Diferentemente de *El Dridri* e *Achughababian*, o estrangeiro

---

<sup>55</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia, Case C-290/14, *Celaj*, EU:C:2015:285. Parágrafos 49-57. Kirchberg, 28 de abril de 2015.

<sup>56</sup> SAVINO, Mario. Irregular migration at the crossroads, between administrative removal and criminal deterrence: the *Celaj* Case. *Common Market Law Review*, 53, p. 1428-1429, 2016.

ro em causa foi submetido a um primeiro procedimento de retorno no Estado Membro, aplicado eficazmente para pôr termo à primeira permanência ilegal<sup>57</sup>.

O Tribunal entendeu que o escopo da Diretiva se limita ao processo de retorno, e, assim, não impede por completo a criminalização da migração irregular, no que se refere, em particular, a uma legislação que tipifica e pune criminalmente uma reentrada de um estrangeiro em violação uma proibição de entrada. A corte rejeitou, portanto, a ideia de que a criminalização da migração ilegal é *per se* incompatível com o Direito da UE e, em especial, com a Diretiva de Retorno.

Havia uma difícil decisão a ser tomada pela Corte sobre o que é mais importante quando se trata de um estrangeiro indesejável. De um lado, a imposição de uma sanção criminal com o objetivo de dissuadi-lo de tentar uma nova entrada ilegal; do outro lado, a efetividade de uma política de afastamento pelo início imediato do procedimento de retorno. A Corte entendeu nesse caso que é mais importante penalizar o imigrante. Ao interpretar a Diretiva dessa nova maneira, o TJUE dá primazia à soberania do Estado-Membro em lidar com o fluxo migratório em seu território, ao contrário dos casos anteriores, baseados na interferência da legislação da UE sobre o direito interno. Esse julgamento, nas palavras de Anna Kosinka<sup>58</sup>, é uma resposta às necessidades dos tempos, especialmente no atual contexto de influxo massivo de migrantes nos territórios dos Estados-Membros que se encontram nas fronteiras externas da União.

## 5 Considerações finais

1. O regime de detenção de imigrantes irregulares na União Europeia, tal como previsto na Diretiva de Retorno, mostra-se excessivo e contribui para a criminalização da migração no âmbito da União. Com efeito, observa-se uma maior punição criminal dentro de um sistema formalmente administrativo, que é a regula-

mentação da imigração, do que no próprio sistema de justiça criminal. Uma maneira de abordar esse excesso seria proporcionar aos detidos de imigração as mesmas garantias conferidas aos indivíduos encarcerados de acordo com o direito penal.

2. Embora as normas comuns estabelecidas pela Diretiva reflitam, em várias ocasiões, uma política draconiana em relação aos migrantes, deve-se ressaltar que as suas disposições podem, entretanto, constituir um limite para uma maior criminalização da migração, ao estabelecer limites à aplicação pelos Estados-Membros, por exemplo em relação à duração e motivos para a detenção.

3. As normas mínimas previstas pela Diretiva, não estão, ao menos formalmente, em violação às normas internacionais de direitos humanos. No entanto, as suas definições gerais e abstratas conferem aos Estados-Membros um espaço alargado para interpretação de suas previsões, o que leva a variadas aplicações da Diretiva dentro das políticas migratórias nacionais. Essas definições amplas e aplicações variadas tem feito com que o TJUE seja recorrentemente requisitado a manifestar-se sobre o escopo, objetivos e limitações da Diretiva, o que nos leva a concluir que a redação dessa norma não foi bem-sucedida.

4. O Tribunal de Justiça da União Europeia, por meio do julgamento do Caso Celaj, rompe com uma linha interpretativa favorável à gestão migratória aparte da legislação criminal, e abre as portas para um novo momento na gestão da migração ilegal no âmbito da União, ao decidir pela compatibilidade da Diretiva de Retorno com a criminalização da migração irregular.

5. Apesar da atual tendência de criminalização da imigração irregular, importa assentar que o não cumprimento de certas condições de entrada, permanência ou residência em um Estado-Membro da União Europeia (UE), bem como de qualquer outro Estado, não pode privar os migrantes dos direitos e garantias básicas compartilhados por todos os seres humanos ao abrigo do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

## Referências

AGUIAR, Jeannine Tonetto; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. A criminalização dos imigrantes em situação irregular nos países-membros da União Europeia: institucionalização de um modelo de Direito Penal de autor? *In: SEMINÁRIO NACIONAL DE-*

<sup>57</sup> UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Case C-290/14, *Celaj*, EU:C:2015:285. Parágrafos 27 e 28. 01 de outubro de 2015.

<sup>58</sup> KOSINKA, Anna. The problem of criminalisation of the illegal entry of a third-country national in the case of Breaching an Entry Ban: commentary on the judgment of the Court of Justice of 1 October 2015 in Case C 290/14, Skerdjan Celaj. *European Journal of Migration and Law*, Netherlands, n. 18, p. 256, 2016.

- MANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 12., 2016, Santa Cruz do Sul. *Anais [...]* Santa Cruz do Sul: UNISC, 2016.
- BHABHA, Jacqueline. Lone Travelers: rights, criminalization, and the transnational migration of unaccompanied children. *The University of Chicago Law School Roundtable*. v. 7, n. 1, 2000.
- SANTOS, Christian Gomes Bezerra dos. A criminalização da imigração irregular e os direitos humanos: os casos específicos de Brasil e Itália. *Revista da FARN*, Natal, v.9, n. 1/2, p. 101-129, 2010.
- BOSWORTH, Mary; TURNBULL, Sarah. Immigration detention, punishment, and the criminalization of migration. In: HAMM, J.; PICKERING, S. *The routledge handbook on crime and international migration: criminal justice, borders and citizenship research paper n. 2451088*, 2014.
- BRZOZOWSKI, Jan. Migração internacional e desenvolvimento econômico. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 26, n. 75, p. 137-156, 2012.
- CARRERA, S.; BLOCKMANS, S.; GROS, D.; GUILD, E. *The EU's response to the refugee crisis: taking stock and setting policy priorities*. Brussels: Centre for European Policy Studies, 2015.
- COSTELLO, Cathryn. *The Human Rights of migrants and refugees in European Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- DEMLEITNER, Nora. Immigration threats and rewards: effective law enforcement tools in the “war” on terrorism? *51 Emory Law Journal*, 1059, 2002.
- DÍEZ, Laura; AJA, Eliseo. La regulación de la inmigración en Europa. *Colección Estudios Sociales*. n.17, 2005.
- FARMER, Alice. El impacto de la detención migratoria en los niños. *Revista Migraciones Forzadas*, Oxford, n. 44, p. 14-17, 2013.
- GARCIA, Fernanda Di Flora. A exceção é a regra: os centros de detenção para imigrantes na Itália. *REMHU - Revista Interdisciplinar Mobilidade Humana*, Brasília, ano 22, n. 43, p. 235-250, 2014.
- GUIA, Maria João. Crimigração, securitização e o Direito Penal do crimigrante. *Revista Liberdades*, São Paulo, n. 11, p. 90-120, 2012.
- HATZIS, Nicholas. Detention of irregular migrants and the European Public Order. *Legal Research Paper Series*, Oxford, n. 74, 2013.
- HUMAN RIGHTS COMMITTEE, *General Comment No 35. CCPR/C/GC/35, de 16 de dezembro de 2014*. 2014.
- KALHAN, Anil. Rethinking immigration detention. *Columbia Law Review Sidebar*, New York, v. 110, p. 42-58, 2010.
- KOSINKA, Anna. The problem of criminalisation of the illegal entry of a third-country national in the case of Breaching an Entry Ban: commentary on the judgment of the Court of Justice of 1 October 2015 in Case C 290/14, Skerdjan Celaj. *European Journal of Migration and Law*, Netherlands, n. 18, p. 244-257, 2016.
- LEGOMSKY, Stephen. The new path of immigration law: asymmetric incorporation of criminal justice norms. *Washington and Lee Law Review*, p. 471-527, 2007.
- LEITE, Rodrigo de Almeida. Os paradoxos do tratamento da imigração ilegal na União Europeia frente à diretiva de retorno. *Revista Espaço Acadêmico*, Maringá, n. 108, 2010.
- MACHADO, Jónatas. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- MAJCHER, Izabella. “Crimmigration” in the European Union through the Lens of immigration detention. *Global Detention Project Working Paper*, Switzerland, n. 6, 2013.
- MAJCHER, Izabella. The European Union returns directive: does it prevent arbitrary detention? *Oxford Monitor of Forced Migration*, Oxford, v. 3, n. 2, p. 23-30, 2011.
- MESSINEO, Francesco. Non-refoulement obligations in Public International Law: towards a new protection status? In: JUSS, Satvinder (ed). *Research companion to migration theory and policy*. Farnham: Ashgate, 2011.
- MILLER, Teresa. Blurring the boundaries between immigration and crime control after september 11<sup>th</sup>. *25 Boston College Third World Law Journal*, 81, 2005.
- MARIN, Luisa; SPENA Alesandro. Introduction: the criminalization of migration and European (dis)integration. *European Journal of Migration and Law*, n. 18, p. 147, 2016.

MITSILEGAS, Valsamis. Immigration detention, risk and human rights in the law of the European Union: lessons from the return directive. In: GUIA, Maria João *et al* (ed.). *Immigration detention, risk and human rights*. Cham: Springer International Publishing Switzerland, 2015.

PARKIN, Joanna. The criminalisation of migration in Europe: a State-of-the-Art of the Academic Literature and Research. *CEPS Paper in Liberty and Security in Europe*, n. 61, p. 15, 2013.

PLATFORM FOR INTERNATIONAL COOPERATION ON UNDOCUMENTED MIGRANTS (PICUM). *PICUM Position Paper on EU Return Directive*. 2015. p.17

SAVINO, Mario. Irregular migration at the crossroads, between administrative removal and criminal deterrence: the Celaj Case. *Common Market Law Review*, 53, p. 1419-1440, 2016.

STUMPF, J. The crimmigration crisis: immigrants, crime & sovereign power. *American University Law Review*, Washington, v. 56, n. 2, p. 368-419, 2006.

TREVISANUT, Seline. The principle of non-refoulement at sea and the effectiveness of asylum protection. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, v.12, 2008.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *El Dridri (Case C-61/11)*. Parágrafos 19 - 25. Kirchberg, 28 de abril de 2011.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso Achughbadian (Case C-329/11)*. Kirchberg, 6 de dezembro de 2011.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Caso Kadzoev (C-537/09 PPU)*.