

AS ALTERAÇÕES RECENTES AO CÓDIGO DE FRONTEIRAS SCHENGEN: QUE CONSEQUÊNCIAS PARA OS BENEFICIÁRIOS DA LIVRE CIRCULAÇÃO?

MARIANA PEREIRA

Resumo: o presente artigo aborda as alterações recentemente introduzidas ao Código de Fronteiras Schengen, bem como as que se prevêem poder vir a ocorrer num futuro próximo, analisando-se igualmente as suas consequências práticas, em sede de implementação. As normas relativas ao espaço Schengen, codificadas em 2006, assentavam essencialmente em duas premissas: aquando da passagem das fronteiras externas, o controlo levado a cabo seria distinto, consoante estivessemos perante um beneficiário da livre circulação ou um nacional de Estado terceiro; a regra geral seria a da ausência de controlos nas fronteiras internas, sendo apenas possível realizá-los em casos excecionais, como último recurso. Variáveis como a ameaça terrorista e a crise migratória vieram modificar esta estrutura básica, com consequências para os cidadãos que diariamente se deslocam no espaço Schengen e para além dele.

Palavras-chave: Schengen; fronteiras internas; fronteiras externas; Código de Fronteiras Schengen; controlo fronteiriço; alteração; livre circulação; nacionais de países terceiros; beneficiários da livre circulação; cidadania europeia; terrorismo; refugiados; imigração.

I. INTRODUÇÃO*

Embora o direito da União Europeia tenha, por vezes, como âmbito subjetivo os nacionais de países terceiros (veja-se, nomeadamente, o caso da legislação afeta às políticas de vistos, asilo e imigração), o núcleo duro das políticas europeias deve orientar-se para os seus cidadãos, fazendo jus ao conceito de cidadania europeia, estabelecido pelo Tratado de Maastricht¹.

* Advogada estagiária na Morais Leitão, Galvão Teles, Soares da Silva & Associados — Sociedade de Advogados, SP, RL. Realizou estágio no TJUE no gabinete do Juiz José Luís da Cruz Vilaça. As opiniões expressas neste artigo são estritamente pessoais e não vinculam senão a autora.

¹ Em 1992, o Tratado de Maastricht (Tratado que institui a Comunidade Europeia) estabeleceu a Cidadania Europeia, na sua parte II. Nos termos do artigo 8.º, “é instituída a cidadania da União. É cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um Estado-membro. Os cidadãos da União gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres previstos no presente Tratado”.

Conforme resulta dos artigos 20.º, n.º 2, alínea a), e 21.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), o direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros é um direito decorrente da cidadania europeia. Este direito é “estimulado” pelo Acervo de Schengen, já que o mesmo propugna a ausência de controlos nas fronteiras internas da União².

Por outro lado, enquanto beneficiários da livre circulação (no território dos Estados-Membros), os cidadãos da União Europeia (adiante UE ou União) — bem como os membros das suas famílias e os nacionais de países terceiros com os quais a União tenha celebrado acordos específicos, conforme resulta do artigo 2.º, n.º 5, do Código de Fronteiras Schengen (“CFS”)³ — eram, até há bem pouco tempo, sujeitos a um controlo mínimo à entrada e à saída do espaço Schengen. Este controlo limitava-se à verificação “simples e rápida” da validade do documento de viagem habilitando o seu portador a passar a fronteira⁴.

Fenómenos como a crise dos refugiados e os atentados terroristas, temas centrais para a Comunidade e para os seus cidadãos, têm levado, especialmente nos últimos anos, a repensar um sistema que, assentando na “ausência” de fronteiras internas, aproveita não só aos cidadãos da União, mas também aos nacionais de países terceiros, uma vez transposta uma fronteira externa da UE. Alterações legislativas visando, por um lado, o reforço dos controlos nas fronteiras externas e, por outro, novas modalidades de reintrodução temporária de controlos nas fronteiras internas foram rapidamente equacionadas. Simultaneamente, alguns Estados-Membros decidiram reintroduzir temporariamente os controlos nas suas fronteiras internas (cumprindo — ainda que se possa discutir se apenas formalmente — o disposto nos artigos 25.º-29.º do CFS), em reação “aos movimentos secundários de migrantes em situação irregular e ao maior número de ameaças terroristas internacionais que constituem uma ameaça grave à ordem pública ou à segurança interna dos vários Estados Schengen”⁵.

Todas estas variáveis têm consequências para os cidadãos europeus/beneficiários da livre circulação. Assim, as secções seguintes versarão sobre as alterações já introduzidas ou a introduzir ao Código de Fronteiras Schen-

² Por uma questão de rigor, e sem prejuízo de se abordar esta temática *infra* (cfr. Capítulo II), importa, desde já, esclarecer que as disposições Schengen não coincidem com as fronteiras internas da União. Por um lado, abrangem países que não fazem parte da União Europeia; por outro, nem todos os Estados-Membros aderiram ao acordo Schengen. Não obstante, o texto vai apenas debruçar-se sobre os desafios de circulação no âmbito dessas fronteiras.

³ Regulamento (UE) 2016/399, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 9 de março de 2016, que estabelece o código da União relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (Código das Fronteiras Schengen).

⁴ Cfr. artigo 8.º, n.º 2, da versão originária do CFS.

⁵ Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera as normas do Regulamento (UE) 2016/399 aplicáveis à reintrodução temporária dos controlos nas fronteiras internas, COM(2017) 571 final, 27.09.2017.

gen, o diploma basilar deste espaço sem fronteiras internas. Começaremos por atentar na extensão dos controlos sistemáticos à entrada e à saída aos beneficiários da livre circulação, por confronto das bases de dados europeias relevantes, alterando-se assim o artigo 8.º do CFS, na redação que lhe havia sido dada pelo Regulamento (UE) 2016/399, de 9 de março de 2016. Focaremos-nos, seguidamente, na alteração ao artigo 29.º, n.º 1, também do Regulamento (UE) 2016/399, introduzindo dois novos fundamentos, permitindo ao Conselho recomendar, a um ou vários Estados-Membros, a reintrodução temporária de controlos nas fronteiras internas. Finalmente, referiremos a proposta da Comissão de alteração dos limites temporais previstos no artigo 25.º e de aditamento de uma nova modalidade de reintrodução temporária dos controlos nas fronteiras internas.

II. O ESPAÇO SCHENGEN — GÉNESE E MODO DE FUNCIONAMENTO

Nos termos da alínea a) do n.º 1 do artigo 77.º do TFUE, a União desenvolve uma política que visa “a ausência de controlos de pessoas, independentemente da sua nacionalidade, na passagem das fronteiras internas”. Uma tal política materializa-se no espaço Schengen, ainda que o mesmo tenha dado os seus primeiros passos à margem da integração europeia.

Fazem parte do espaço Schengen, atualmente, 26 países, dos quais 22 são Estados-Membros da União Europeia e quatro são países terceiros. São estes a Islândia, o Liechtenstein, a Suíça e a Noruega, todos eles partes da EFTA (Associação Europeia de Comércio Livre). Por outro lado, por razões diversas, seis Estados-Membros da UE não participam neste espaço sem fronteiras internas: enquanto a Irlanda e o Reino Unido negociaram com a União um “*opt-out*” à pertença ao espaço Schengen, Estados-Membros como a Bulgária, a Croácia, o Chipre e a Roménia, dada a sua adesão recente à União e a manutenção de certas deficiências ao nível do controlo das suas fronteiras, não reúnem ainda as condições necessárias para proceder ao levantamento dos controlos nas fronteiras internas. Contudo, sendo eles Estados-Membros da União e não se prevendo qualquer tipo de “*opt-out*” nos respetivos acordos de adesão, estes países estão juridicamente vinculados, ainda que futuramente, à participação no espaço sem controlos nas fronteiras internas.

O espaço Schengen resulta de um acordo internacional firmado a 14 de junho de 1985, entre cinco países vizinhos: França, Alemanha, Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo. Tratava-se, pois, de um acordo internacional na aceção do Direito Internacional Público, à margem do direito da União Europeia, *maxime* dos Tratados. O único ponto em comum entre as duas realidades era o de que os cinco signatários daquele acordo eram igualmente Estados-Membros da então Comunidade Económica Europeia.

A 19 de junho de 1990, foi assinado um segundo acordo que visava a implementação do primeiro (Convenção para a Implementação do Acordo

Schengen), nos termos do qual os cinco países membros se comprometiam a abolir os controlos nas fronteiras internas entre si e a estabelecer, em contrapartida, uma série de medidas compensatórias, entre as quais se destacava um sistema comum de controlo de fronteiras externas. O fim dos controlos fronteiriços entre estes países veio efetivamente a acontecer cinco anos mais tarde, a 20 de março de 1995.

Por meio de um protocolo adicional ao Tratado de Amsterdão⁶, o Acervo de Schengen viria a ser transformado em direito da União Europeia. Deste modo, todos os Estados-Membros da União passaram a fazer parte do Acordo, com exceção do Reino Unido e da Irlanda, pelas razões identificadas *supra*.

O espaço Schengen é uma das maiores conquistas do projeto europeu⁷, não sendo igualmente de menosprezar a sua importância para outras políticas europeias. Desde logo, a criação de um espaço sem fronteiras internas facilita grandemente o exercício da liberdade de circulação de que beneficiam os cidadãos da União e os seus familiares, no sentido de que estes podem deslocar-se livremente no território da União sem serem sujeitos a controlos fronteiriços. Contudo, a liberdade de circulação que resulta do Acervo de Schengen difere do direito de livre circulação decorrente da cidadania europeia, ao abrigo dos artigos 20.º, n.º 2, alínea *a*), e 21.º do TFUE. Por um lado, a primeira tem um âmbito subjetivo mais alargado, na medida em que se aplica não só aos cidadãos da UE, mas também a nacionais de países terceiros. Com efeito, partindo do pressuposto de que um cidadão de um Estado terceiro entra legalmente no espaço Schengen (por exemplo, estando na posse de um visto válido), poderá deslocar-se livremente para um qualquer outro Estado-Membro sem se sujeitar novamente a controlos fronteiriços. É isto mesmo que resulta do disposto no artigo 22.º do CFS, nos termos do qual “as fronteiras internas podem ser transpostas em qualquer local sem que se proceda ao controlo das pessoas, independentemente da sua nacionalidade” (sublinhado nosso). Por outro lado, a liberdade de circulação resultante da criação do espaço Schengen apenas permite isso mesmo, a possibilidade de se deslocar de um Estado-Membro para outro sem ser alvo de controlos fronteiriços. Não abrange, ao contrário do direito que assiste aos cidadãos da União no âmbito do artigo 21.º do TFUE, o direito de permanecer (leia-se residir, trabalhar e aceder a benefícios sociais, ainda que sujeito a importantes limitações⁸) num Estado-Membro diferente do da nacionalidade. Finalmente,

⁶ O Tratado de Amsterdão foi assinado a 2 de outubro de 1997, tendo entrado em vigor a 1 de maio de 1999.

⁷ Ver, a este propósito, Jorrit Rijpma, “It’s my party and I’ll cry if I want to — ‘celebrating’ thirty years of Schengen”, in Steunenbergh B, Voermans W, Van den Bogaert, S. (editors), *Fit for the future? Reflections from Leiden on the Functioning of the EU*, p. 147.

⁸ Ver, a este propósito, o artigo 20.º, n.º 2, alínea *a*), do TFUE. Ver ainda os acórdãos de 23 de março de 2004, Collins (C-138/02, EU:C:2004:172), de 21 de junho de 1988, Lair (39/86, EU:C:1988:322), de 19 de outubro de 2004, Zhu et Chen (C-200/02, EU:C:2004:639) e de 5 de maio de 2011, McCarthy (C-434/09, EU:C:2011:277).

importa ressaltar que o direito de livre circulação não inclui o direito de não ser submetido a controlos de segurança aquando da passagem das fronteiras internas⁹.

Em 2006, o legislador europeu procedeu à codificação das regras decorrentes do Acervo de Schengen, materializando-as no Código de Fronteiras Schengen¹⁰. Densificando o disposto no artigo 77.º do TFUE, as regras estruturantes¹¹ do CFS destinam-se à matéria relativa aos controlos nas fronteiras externas e às condições de entrada/motivos de recusa de nacionais de estados terceiros no espaço Schengen (artigos 6.º a 21.º). O CFS contém, ainda, normas relativas à possibilidade de controlos policiais não sistemáticos nas zonas fronteiriças (“controlos no interior do território”, nos termos do artigo 23.º), os quais, de modo a serem compatíveis com o artigo 77.º do TFUE e a não constituírem “medidas de efeito equivalente ao dos controlos de fronteira”, não poderão ser sistemáticos, devendo ser efetuados por amostragem e com o objetivo de combater a imigração ilegal¹². Finalmente, nos artigos 25.º a 35.º, estabelecem-se regras relativas à reintrodução temporária de controlos nas fronteiras internas. Conforme veremos em sede própria, existem essencialmente três modalidades: um procedimento geral (artigo 25.º), aplicável a situações previsíveis (por exemplo, a ocorrência de uma cimeira internacional ou de um evento desportivo de cariz transnacional), um procedimento específico (artigo 28.º), destinado a situações imprevisíveis que careçam de ação imediata (por exemplo, o perigo de fuga de um suspeito de ataque terrorista) e, finalmente, a ocorrência de circunstâncias excecionais que ponham em risco o funcionamento global do espaço sem controlos nas fronteiras internas (artigo 29.º).

Começemos por analisar a recente alteração operada pelo Regulamento (UE) 2017/458¹³ ao artigo 8.º do CFS, versando, assim, sobre o seu núcleo duro: os controlos sobre pessoas à entrada e à saída das fronteiras externas.

⁹ Cfr. página 5 da Proposta de Regulamento da Comissão de 27.09.2017, referida na nota de rodapé n.º 5.

¹⁰ Regulamento (CE) 562/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março de 2006 que estabelece o código comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (Código das Fronteiras Schengen), revogado pelo Regulamento (UE) 2016/399.

¹¹ Nuno Piçarra, “Sobre o chamado Código de Fronteiras Schengen: premissas, regras e exceções”, in Marcelo Rebelo de Sousa e Eduardo Vera-Cruz Pinto, *Liber Amicorum Fausto de Quadros*, volume 1, 2016, Almedina, pp. 481 a 506.

¹² Cfr. Acórdão de 22 de junho de 2010, Melki et Abdeli (C-188/10 et C-189/10, EU:C:2010:363) e Acórdão de 19 de julho de 2012, Adil (C-278/12 PPU, EU:C:2012:508), n.ºs 68, 70 e 71.

¹³ Regulamento (UE) 2017/458, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017, que altera o Regulamento (UE) 2016/399 no que diz respeito ao reforço dos controlos nas fronteiras externas por confronto com as bases de dados pertinentes.

III. A ALTERAÇÃO AO ARTIGO 8.º DO CÓDIGO DE FRONTEIRAS SCHENGEN: O FIM DA DISTINÇÃO ENTRE CONTROLO MÍNIMO E CONTROLO PORMENORIZADO

a) *Enquadramento*

Após os ataques de 11 de setembro de 2001, palavras como “terrorismo” e “radicalismo islâmico” passaram a fazer parte do ideário de todos nós, assistindo-se simultaneamente ao incremento de medidas de segurança em espaços públicos, com especial incidência, naturalmente, sobre aviões e aeroportos. Estes ataques foram perpetrados por cidadãos estrangeiros que não residiam em solo americano, gerando assim o sentimento generalizado de que se tratava de uma luta entre o Ocidente e o Médio Oriente (“*us v. the others*”). As medidas tomadas pelo Estado norte-americano no sentido de fazer face à ameaça terrorista viriam, naturalmente, a focar-se no reforço do controlo das fronteiras externas da federação e, conseqüentemente, numa política de imigração mais restritiva¹⁴.

Os ataques ao jornal satírico *Charlie Hebdo*, em janeiro de 2015, alteraram aquela forma de conceber o radicalismo islâmico. Tendo em conta que os atacantes eram cidadãos europeus, fazia sentido questionarmo-nos sobre até que ponto a dicotomia “*us v. the others*” permanecia válida. Este novo paradigma gerava também dúvidas sobre o teor das medidas a adotar para fazer face à ameaça terrorista: deveriam incidir sobre o reforço dos controlos nas fronteiras externas¹⁵? Ou estaria Schengen à beira do fim, devendo proceder-se à reintrodução definitiva dos controlos nas fronteiras internas?

Os ataques terroristas na Europa chamaram a atenção para a necessidade de uma resposta forte e coordenada, quer ao terrorismo *tout court*, quer à realidade dos *foreign fighters*, caracterizada por cidadãos europeus que se juntam a organizações terroristas em zonas de conflito, onde são treinados, constituindo uma potencial ameaça para a segurança interna aquando do seu regresso à Europa. Ainda que este fenómeno não seja totalmente novo, o número de “combatentes” que se deslocam para cenários de conflito em países como a Síria, o Iraque e a Líbia, bem como as ligações entre os vários conflitos, não têm precedentes¹⁶. No topo da lista de medidas tendentes a “estancar” este fenómeno, permitindo a deteção de europeus que se deslo-

¹⁴ Ver, a este propósito, Laura K. Donohue, *The Cost of Counterterrorism: Power, Politics, and Liberty*, Cambridge University Press, Abril de 2008.

¹⁵ Neste sentido, dias após os referidos atentados ao jornal satírico, o Ministro do Interior francês, Bernard Cazeneuve, terá afirmado que “é preciso conduzir muito rapidamente os trabalhos sob a responsabilidade da Comissão [Europeia] para reforçar, sem alterar o direito europeu, os controlos dos cidadãos europeus quando atravessam as fronteiras exteriores da União”.

¹⁶ Ver, a este respeito, Special Eurobarometer 464b (summary), “European’s attitudes towards security”, requerido pela Comissão Europeia, Direção Geral de Migrações e Assuntos Internos, dezembro de 2017: “<http://ec.europa.eu/commfrontoffice/publicopinion/index.cfm/Survey/getSurveyDetail/instruments/SPECIAL/surveyKy/1569>”.

quem para zonas de conflito, está a alteração ao artigo 8.º do CFS. De modo a entender o seu alcance, importa começar por analisar a sua versão original.

b) O controlo mínimo e o controlo pormenorizado

Desde o Regulamento (CE) 562/2006¹⁷ que as normas relativas aos controlos à entrada e à saída das fronteiras externas assentavam na premissa básica de que os mesmos difeririam consoante estivessemos perante beneficiários da livre circulação ou nacionais de Estados terceiros¹⁸. Se os primeiros seriam sujeitos a um controlo mínimo, já os segundos sujeitar-se-iam a um controlo pormenorizado.

Como principais elementos do controlo mínimo, destacavam-se a verificação simples e rápida de um documento de viagem habilitando o seu portador a atravessar a respetiva fronteira externa e a verificação, de modo não sistemático, das bases de dados nacionais e europeias, “a fim de assegurar que a pessoa não representa[va] uma ameaça real, presente e suficientemente grave para a segurança interna, a ordem pública e as relações internacionais dos Estados-Membros, ou uma ameaça para a saúde pública”¹⁹. No entanto, qualquer verificação — não sistemática — não poderia ter como consequência impedir o beneficiário da livre circulação de entrar num Estado-Membro da UE²⁰, nos termos da Diretiva 2004/38/CE²¹. Contudo, esta Diretiva contém, no seu Capítulo VI (artigos 27.º a 33.º), determinadas “restrições ao direito de entrada e ao direito de residência por razões de ordem pública, segurança pública ou saúde pública”. Concretizando, dispõe n.º 1 do artigo 27.º que “... os Estados-Membros podem restringir a livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias, independentemente da nacionalidade, por razões de ordem pública, de segurança pública ou de saúde pública” (sublinhados nossos). Assim, ainda que excecionalmente, a verificação das bases de dados nacionais e europeias podia, já durante a vigência da versão anterior do CFS, levar à proibição de entrada de um

¹⁷ Cfr. artigo 7.º do Regulamento (CE) 562/2006, revogado pelo Regulamento (UE) 2016/399.

¹⁸ Nos termos do artigo 2.º, n.º 6, do CFS, são nacionais de Estado terceiro todas as pessoas que não sejam cidadãs da União, nos termos do artigo 20.º, n.º 1, do TFUE e que não se enquadrem no disposto no n.º 5, do artigo 2.º, do CFS.

¹⁹ Cfr. artigo 8.º, n.º 2, terceiro parágrafo, na versão anterior à alteração operada pelo Regulamento (UE) 2017/458.

²⁰ Nos termos do último parágrafo, do n.º 2, do artigo 8.º, do Regulamento (UE) 2016/399, na versão anterior à alteração operada pelo Regulamento (UE) 2017/458, “[a]s consequências dessas consultas não põem em causa o direito dos beneficiários do direito comunitário à livre circulação de entrarem no território do Estado-Membro em causa, tal como previsto na Directiva 2004/38/CE”.

²¹ 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.

beneficiário da livre circulação num Estado-Membro de acolhimento, caso tal se mostrasse necessário por razões de ordem pública, segurança pública ou saúde pública.

Por sua vez, os nacionais de estados terceiros são alvo de um controlo pormenorizado à entrada e à saída, tal como o disposto no artigo 8.º, n.º 3, o qual não sofreu alterações de maior com a adoção do Regulamento (UE) 2017/458. Contrapondo-se ao controlo mínimo, aplicável aos beneficiários da livre circulação antes da entrada em vigor do Regulamento (UE) 2017/458, o controlo pormenorizado a que são sujeitos os nacionais de estados terceiros impõe a verificação sistemática das bases de dados europeias.

Os controlos pormenorizados consistem assim numa verificação extremamente detalhada, conforme ilustram as alíneas *a)* a *h)* do n.º 3 do artigo 8.º, ao qual o Regulamento (UE) 2017/458 aditou as alíneas *i-A)* e *i-B)*. À entrada, há que verificar se as condições de entrada, conforme previstas no artigo 6.º, se encontram preenchidas, sendo elas: estar na posse de um documento de viagem (passaporte) válido para, pelo menos, os três meses seguintes à data de saída prevista do território da União; estar na posse de um visto válido, caso tal seja exigível nos termos do Regulamento (CE) 539/2001²²; justificar o objetivo e as condições da estadia prevista, bem como evidenciar que dispõe de meios suficientes, quer para a permanência, quer para o regresso ao país de origem ou a qualquer outro Estado terceiro (denominado Estado de “trânsito”); não estar indicado no SIS para efeitos de não admissão; e, por fim, não ser considerado uma ameaça para a ordem pública, segurança interna, saúde pública ou as relações internacionais de qualquer Estado-Membro.

Observados estes requisitos, tratando-se este de um elenco taxativo, o nacional de Estado terceiro deve ser admitido no território da União. O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) já se pronunciou sobre esta questão, entendendo que os Estados-Membros não podem recusar a entrada de um nacional de um país terceiro no seu território com base numa condição não prevista no CFS²³. O artigo 6.º fixa a lista de condições de entrada dos nacionais de países terceiros no território dos Estados-Membros e não uma lista mínima dos motivos de recusa de entrada. Não existe, assim, qualquer tipo de margem de apreciação permitindo aos Estados-Membros impor mais condições de entrada do que as que se encontram já estabelecidas no CFS²⁴.

À saída, o procedimento a seguir é semelhante, sendo ainda aferido se a pessoa em causa não excedeu o período máximo autorizado para a sua estada no território dos Estados-Membros²⁵.

²² Regulamento (CE) n.º 539/2001 do Conselho de 15 de Março de 2001 que fixa a lista dos países terceiros cujos nacionais estão sujeitos à obrigação de visto para transporem as fronteiras externas e a lista dos países terceiros cujos nacionais estão isentos dessa obrigação.

²³ Acórdão de 4 de setembro de 2014, *Air Baltic Corporation* (C-575/12, EU:C:2014:2155).

²⁴ Ver, neste sentido, os n.ºs 65, 67, 68 e especialmente 69, do acórdão *Air Baltic Corporation*.

²⁵ Cfr. alínea *g)* do n.º 3 do artigo 8.º do CFS.

Tendo exatamente em conta o carácter aprofundado destas verificações, o CFS prevê certas garantias que deverão ser respeitadas aquando da realização do controlo pormenorizado. Assim, a pedido do nacional de estado terceiro e se existirem instalações disponíveis para o efeito, o controlo aprofundado deverá ser efetuado numa zona reservada (artigo 8.º, n.º 4). Por outro lado, se for levado a cabo um “controlo de segunda linha”, isto é, “um controlo suplementar que pode ser efetuado num local específico, fora do local onde todas as pessoas são controladas (primeira linha)”²⁶, o cidadão em causa deve ser “informado por escrito numa língua que compreenda ou se possa razoavelmente presumir que compreenda, ou por outros meios eficazes, sobre o objetivo e o procedimento do referido controlo”. Desta informação deve constar que o nacional de país terceiro pode solicitar a identificação de serviço dos guardas de fronteira que efetuam o controlo pormenorizado de segunda linha, o ponto de passagem de fronteira e a data em que o mesmo foi atravessado (artigo 8.º, n.º 5, do CFS)²⁷. Tendo em conta estes elementos garantísticos, bem se entende o grau de profundidade que caracteriza o controlo pormenorizado.

c) A nova versão do artigo 8.º, n.º 2, do CFS

O fenómeno “*foreign fighters*” veio colocar em crise esta clássica dicotomia entre nacionais de Estado terceiro e beneficiários da livre circulação e a “confiança” que mereciam estes últimos, estando dispensados do controlo pormenorizado. Disso mesmo se dá nota no preâmbulo do Regulamento (UE) 2017/458, sublinhando-se, no considerando 1, que os controlos efetuados nas fronteiras externas deverão ter como objetivo “a prevenção de qualquer ameaça para a segurança interna e a ordem pública dos Estados-Membros, independentemente da origem da ameaça, incluindo os casos em que esta provenha de cidadãos da União” (sublinhado nosso). Reconhece-se, pois, que a ameaça pode advir do seio da própria União. No considerando 2, o legislador europeu faz menção específica aos “*foreign fighters*”, referindo que “o fenómeno dos combatentes terroristas estrangeiros, muitos dos quais são cidadãos da União, demonstra a necessidade de reforçar os controlos nas fronteiras externas no que respeita às pessoas que beneficiam do direito de livre circulação ao abrigo do direito da União”.

Foi nesta esteira, concretizando as intenções do Conselho logo após os atentados de Paris de novembro de 2015²⁸ e a proposta legislativa da Comis-

²⁶ Cfr. artigo 2.º, n.º 13, do CFS.

²⁷ Ver, neste sentido, Nuno Piçarra, “Une réforme qui est une révolution: sur le règlement 2017/458 modifiant le Code Frontières Schengen”, 11 de junho de 2017, *in* EU Immigration and Asylum Law and Policy blog: “<http://eumigrationlawblog.eu/une-reforme-qui-est-une-revolution-sur-le-reglement-2017458-modifiant-le-code-frontieres-schengen/>”.

²⁸ Ver, a este propósito, “<http://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/12/07/systematic-checks/>”.

são de 15 de dezembro de 2015²⁹, que se procedeu à alteração ao CFS, estendendo-se a consulta sistemática das bases de dados relevantes aos beneficiários da livre circulação. Esta modificação, embora limitada ao artigo 8.º, não é de importância menor, já que consiste na “revogação de uma regra fundamental do direito da UE e em particular da cidadania da União³⁰”, tendente ao controlo mínimo dos beneficiários da livre circulação aquando da passagem das fronteiras externas da UE.

No essencial, nos termos do n.º 2, do artigo 8.º, “à entrada e à saída, as pessoas que beneficiam do direito de livre circulação ao abrigo do direito da União são [agora] sujeitas” a dois tipos de controlo. O primeiro — previsto na alínea *a*) — consiste na verificação da identidade e nacionalidade, bem como da autenticidade e validade do documento de viagem habilitando a passagem da fronteira, através da consulta (sistemática) de bases de dados como o SIS, a base de dados da Interpol relativa a documentos de viagem roubados ou perdidos (SLTD) e as demais bases de dados nacionais pertinentes.

O segundo tipo de controlo visa a verificação de que o beneficiário do direito de livre circulação não constitui uma ameaça para a ordem pública, a segurança interna, a saúde pública ou as relações internacionais de qualquer dos Estados-Membros, designadamente por meio da consulta (sistemática) do SIS e de outras bases de dados pertinentes da União, podendo ainda recorrer-se às bases de dados nacionais e da Interpol (alínea *b*)).

O n.º 2-E do artigo 8.º prevê a possibilidade de realizar estes controlos previamente, na esteira do disposto no considerando 10 do Regulamento (UE) 2017/458 e com base em dados dos passageiros recebidos nos termos da Diretiva 2004/82/CE³¹, obviando-se, assim, aos eventuais constrangimentos de excesso de tráfego/acumulação de passageiros que poderão advir da verificação sistemática.

De igual forma, tendo em conta esta importante alteração na lógica do CFS e de modo a que o novo tipo de controlo aplicável aos beneficiários da livre circulação não tenha um impacto desproporcionado sobre o fluxo de tráfego, os controlos poderão ser excecional e transitoriamente efetuados de forma seletiva³². Esta possibilidade está, contudo, sujeita a apertados requisitos, quer em termos temporais, quer de fundamentação e de notificação. Tal possibilidade também difere consoante o tipo de fronteira em causa. Assim, uma tal decisão deverá revestir carácter temporário, não devendo exceder o

²⁹ Cfr. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera o Regulamento n.º 562/2006 (CE) no que diz respeito ao reforço dos controlos nas fronteiras externas por confronto com as bases de dados pertinentes, COM(2015) 670 final, 15.12.2015: “<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52015PC0670&from=EN>”.

³⁰ Nuno Piçarra, *op. cit.* (nota de rodapé n.º 27).

³¹ Diretiva 2004/82/CE do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa à obrigação de comunicação de dados dos passageiros pelas transportadoras.

³² Ver, neste sentido, os considerandos 10 a 12 do Regulamento (UE) 2017/458.

estritamente necessário e sendo sempre precedida de uma “avaliação dos riscos”, em que se indicam as razões da suspensão dos controlos sistemáticos e se afere se esta flexibilização não implicará um risco para a segurança (cfr. n.º 2-A, segundo parágrafo). Esta decisão deve ser prontamente notificada aos demais Estados-Membros, à Guarda Europeia de Fronteiras e Costeira (a seguir designada “Agência”) e à Comissão.

Contudo, no que respeita às fronteiras aéreas, a decisão de consultar as bases de dados relevantes de modo seletivo encontra-se sujeita a um período transitório máximo de seis meses, a contar de 7 de abril de 2017 (n.º 2-D do artigo 8.º). Em casos excecionais, para aeroportos com carências de infraestruturas necessitando de um maior período de adaptação, o período transitório de seis meses poderá ser prorrogado por um prazo adicional de 18 meses. Esta prorrogação excecional dependerá, contudo, de autorização da Comissão, após ter consultado a Agência (n.º 2-D, terceiro parágrafo).

Face ao exposto, é legítimo concluir que os beneficiários da livre circulação são atualmente sujeitos a um controlo aprofundado, sendo a verificação das bases de dados relevantes realizada de modo sistemático. Trata-se, pois, de uma equiparação entre estes últimos e os nacionais de países terceiros, contrariamente ao regime vigente na versão anterior do CFS. Esta equiparação é, sobretudo, visível no que respeita aos cidadãos de países terceiros que, ao abrigo do Regulamento (CE) 539/2001, se encontram isentos da obtenção e apresentação de visto para entrar no espaço Schengen³³. E sai ainda mais reforçada se atentarmos na jurisprudência do TJUE, nos termos da qual, verificadas as condições de entrada previstas no artigo 6.º, os Estados-Membros estão vinculados à admissão dos nacionais de Estados terceiros no seu território³⁴.

Após a entrada em vigor do Regulamento (UE) 2017/458, há, ainda, algumas questões que ficam por esclarecer. Nomeadamente, continuará a justificar-se a manutenção do n.º 6 do artigo 8.º, nos termos do qual “o controlo dos beneficiários do direito à livre circulação ao abrigo do direito da União é efetuado nos termos da Diretiva 2004/38/CE”? A equiparação entre o regime aplicável aos beneficiários da livre circulação e as normas que regem os controlos de que são objeto os nacionais de países terceiros faz com que esta remissão pareça perder a sua razão de ser, tendo especialmente em conta a revogação do último parágrafo do n.º 2 (na versão anterior do artigo em causa), segundo o qual “[a]s consequências dessas consultas [das bases de dados relevantes, ainda que não sistematicamente] não põem em causa o direito que assiste aos beneficiários do direito à livre circulação ao abrigo do direito da União de entrar no território do Estado-Membro em causa, tal como previsto na Diretiva 2004/38/CE”³⁵.

³³ Ver, a este propósito, Nuno Piçarra, *op. cit.* (nota de rodapé n.º 27).

³⁴ Ver notas de rodapé n.ºs 23 e 24.

³⁵ Ver, a este propósito, Nuno Piçarra, *op. cit.* (nota de rodapé n.º 27).

Por outro lado, devemos questionar-nos sobre se os controlos de “segunda linha”, conforme definidos no artigo 2.º, n.º 13, serão extensíveis aos beneficiários da livre circulação³⁶. Esta é uma questão que, com toda a probabilidade, será futuramente remetida ao Tribunal de Justiça, no âmbito do mecanismo do reenvio prejudicial.

d) Consequências práticas da alteração operada ao Código de Fronteiras Schengen

O próprio Regulamento (UE) 458/2017 prevê que o controlo sistemático dos beneficiários da livre circulação por confronto com as bases de dados relevantes possa gerar constrangimentos ao nível das fronteiras externas. No considerando 10, indicam-se mecanismos que deverão ser utilizados, a fim de garantir que os controlos sistemáticos “em todas as fronteiras externas” terão um “impacto limitado na duração da passagem na fronteira” e não produzirão um “efeito negativo desproporcionado para as pessoas que viajam de boa-fé”. Salientam-se, nesta sede, o uso de portas automatizadas de controlo de fronteiras e o recurso a dados de passageiros, nos termos da supracitada Diretiva 2004/82/CE. É igualmente referida a possibilidade de realização de controlos seletivos, ainda que a mesma assuma carácter excecional (artigo 8.º, n.ºs 2-A a 2-D). Sem prejuízo destes mecanismos, é sobretudo indispensável que os Estados-Membros, no âmbito dos seus poderes de soberania e em concordância com o princípio da territorialidade, prevejam “os efetivos e os meios adequados, em número suficiente, para a realização dos controlos sistemáticos, a fim de evitar que estes provoquem períodos de espera desproporcionados e prejudiquem o fluxo de tráfego nas fronteiras externas”³⁷ (sublinhado nosso).

Quatro meses após a entrada em vigor da nova versão do artigo 8.º do CFS, a disponibilização, pelos Estados-Membros, de meios e efetivos suficientes parecia não ser ainda uma realidade, levando à “caótica implementação do Regulamento (UE) 2017/458”. Tal levou a que várias associações de companhias aéreas enviassem conjuntamente uma carta aberta ao Conselho, demonstrando a sua preocupação e reservas relativamente à extensão dos controlos sistemáticos aos beneficiários da livre circulação por confronto das bases de dados relevantes nas fronteiras externas³⁸.

De acordo com esta carta aberta, o número de voos atrasados devido a questões relacionadas com o controlo de fronteiras aumentou em 97% entre abril e junho de 2017, quando comparado com igual período de 2016. Em

³⁶ Cfr. Nuno Piçarra, *op. cit.* (nota de rodapé n.º 27).

³⁷ Cfr. considerando 8, do Regulamento (UE) 2017/458.

³⁸ Texto integral da carta aberta endereçada ao Conselho, disponível em: “<http://aire.aero/wp-content/uploads/2017/08/Open-Letter-to-the-EU-Council-of-Ministers-Implementation-of-Regulation-EU-458-2017.pdf>”.

junho de 2017, a contribuição dos controlos fronteiriços para o aumento do tempo médio de atraso por voo aumentou em 30%, face a 2016. Estas associações de companhias de aviação avançam ainda que cerca de 319 milhões de passageiros por ano serão afetados pelo incremento dos controlos nas fronteiras externas, tal como prescritos pelo novo Regulamento (UE) 2017/458, o que corresponde a cerca de metade dos passageiros que passam anualmente pelos aeroportos europeus. Isto porque, durante os primeiros quatro meses de implementação do Regulamento, estimava-se que o controlo sistemático dos beneficiários da livre circulação estivesse a aumentar em cerca de vinte segundos por passageiro o tempo de verificação nas fronteiras externas, levando a que fosse necessária uma hora a mais para controlar todos os passageiros de um voo. Esta situação poderá ter como consequência, naturalmente, que alguns passageiros percam os seus voos, o que tem acontecido com mais de 5% dos passageiros diários, com consequências manifestamente nefastas para as companhias aéreas signatárias.

Tendo em conta os efeitos identificados, as associações de companhias aéreas exigem que sejam tomadas medidas que minimizem o impacto do novo sistema de controlo nas fronteiras externas. Assim, requerem que, de acordo com o artigo 15.º do CFS, os Estados-Membros prevejam um número adequado de guardas de fronteira e que considerem o recurso crescente a portas automatizadas de controlo das fronteiras externas, incluindo em aeroportos secundários, nos quais o número de voos extra-Schengen é significativo. Ademais, exigem que se faça uso do disposto no n.º 2.º-E da nova versão do artigo 8.º, isto é, da possibilidade de realização de controlos antecipados, através do recurso a dados de passageiros fornecidos pelas companhias aéreas.

Do que ficou exposto parece resultar que a alteração ao CFS, operada pelo Regulamento (UE) 2017/458, não só mudou o paradigma clássico de distinção entre controlo mínimo e controlo pormenorizado, como levanta questões de ordem prática, em termos de implementação. O incremento do controlo das fronteiras externas, visando reforçar a segurança do espaço europeu face a uma ameaça que se reconhece poder advir do seu interior, levou ao sacrifício de um direito inerente à cidadania europeia, o de ser sujeito a um controlo mínimo à entrada e à saída do espaço Schengen³⁹. Fenómenos como a saída e o regresso de “*foreign fighters*”, desconhecidos aquando da entrada em vigor da versão originária do CFS, levaram à necessidade de alterar este paradigma, a expensas dos beneficiários da livre circulação.

³⁹ Ver, a este propósito, Nuno Piçarra, *op. cit.*, n.º 28.

IV. REFORÇADOS OS CONTROLOS NAS FRONTEIRAS EXTERNAS, O QUE FAZER COM AS FRONTEIRAS INTERNAS?

Conforme já vimos, o Acervo de Schengen assenta em dois vetores fundamentais: a “desativação” das fronteiras internas, na medida em que são proibidos quaisquer controlos fronteiriços no interior no espaço Schengen; e a adoção de medidas compensatórias, entre as quais se destaca o reforço dos controlos das fronteiras externas, tanto à entrada como à saída. A ameaça terrorista, bem como o movimento sem precedentes de cidadãos europeus que rumam a zonas de conflito, onde tendem a ingressar num processo de radicalização, tornando-se naturalmente numa ameaça à segurança interna aquando do regresso à Europa, levou à necessidade de intensificar os controlos levados a cabo nas fronteiras externas.

Não devemos esquecer, contudo, que à ameaça terrorista se juntou uma outra variável — a da “crise dos refugiados” —, a qual se agudizou a partir do verão de 2014. De acordo com os resultados do Eurobarómetro do outono de 2016, os europeus viam o terrorismo e a imigração como os dois principais desafios que se colocavam à UE⁴⁰.

Desde a Segunda Guerra Mundial que não se assistia à chegada a solo europeu de um número tão elevado de migrantes (mais de um milhão), a maioria proveniente de zonas de conflito como a Síria. Estes números deverão, contudo, ser relativizados, sobretudo quando comparados com o autêntico caos humanitário que se vive (ou vivia) em países como a Turquia, o Líbano ou a Jordânia⁴¹. Ainda assim, esta pressão migratória tornou evidente que a realização de controlos pormenorizados *vis-a-vis* tais cidadãos, tal como propugnada pelo CFS, seria uma tarefa praticamente impossível, num cenário em que mais de 6000 pessoas chegavam por dia à fronteira grega (que é, igualmente, uma fronteira externa da União). De igual modo, a aplicação do sistema *Dublin*⁴², o qual assenta, salvo certas exceções, na premissa básica de que deve ser o Estado-Membro de chegada à UE o Estado-Membro responsável pelo pedido de asilo⁴³ viria a afigurar-se inexequível. Ainda que um tal sistema pudesse funcionar em condições ditas “normais”, o mesmo tornou-se incomportável com a chegada de milhares de migrantes às fronteiras italiana e grega, sobrecarregando os sistemas de acolhimento nestes Estados-Membros, já de si numa situação de pré ou total falência⁴⁴.

⁴⁰ Cfr. “http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4493_en.htm”.

⁴¹ Dados disponíveis em “<https://www.amnesty.org/en/latest/news/2016/02/syrias-refugee-crisis-in-numbers/>”.

⁴² Ver, a este propósito, o Regulamento (UE) n.º 2013/604, de 26 de junho de 2013.

⁴³ Ver, a este propósito, o artigo 13.º, n.º 1, do Regulamento (UE) n.º 2013/604.

⁴⁴ Ver, a este propósito, o acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, M.S.S. c. Bélgica e Grécia (Queixa n.º 30696/09), 21 de janeiro de 2011; e o acórdão do Tribunal de Justiça, de 21 dezembro de 2011, N. S. e.a. (C-411/10 e C-493/10, EU:C:2011:865).

A ausência de uma resposta pronta e coordenada a esta crise levou à adoção de medidas isoladas e de curto prazo, incapazes de constituir uma solução adequada para o problema. Vários Estados-Membros fizeram uso da possibilidade de reintroduzir temporariamente os controlos nas fronteiras internas (artigos 25.º e s. do CFS), invocando o enorme fluxo de nacionais de países terceiros que chegava à Europa através da fronteira grega, o risco de movimentos secundários e as consequências destes dois fatores em termos de terrorismo e crime organizado⁴⁵. Isto sem prejuízo do disposto no considerando 26 do Regulamento (UE) 2016/399, segundo o qual “a migração e a passagem das fronteiras externas por um grande número de nacionais de países terceiros não deverá, por si só, ser considerada uma ameaça para a ordem pública ou para a segurança interna”.

A Alemanha foi um dos Estados-Membros a tomar uma tal decisão, a 13 de setembro de 2015, tendo depois prolongado sucessivamente tais controlos, até atingir o período máximo de oito meses resultante da aplicação sucessiva dos artigos 28.º, n.º 4, e 25.º, do CFS. A este Estado-Membro juntaram-se a Áustria, a Suécia, a Noruega e a Dinamarca, essencialmente justificando as suas decisões com os mesmos fundamentos avançados pela Alemanha. Atualmente, França⁴⁶, Áustria, Alemanha, Dinamarca, Suécia e Noruega continuam a “suspender” Schengen, levando a cabo controlos no todo ou em parte das suas fronteiras internas⁴⁷.

Conforme vimos sumariamente, existem três mecanismos através dos quais os controlos nas fronteiras internas podem ser reintroduzidos: *i*) um procedimento geral, pensado para situações previsíveis, em que o Estado-Membro notifica previamente a Comissão e os seus pares da “suspensão” de Schengen por um curto espaço de tempo (artigos 25.º a 27.º do CFS); *ii*) um procedimento específico, delineado para situações que exijam ação imediata, em que o Estado-Membro inicia previamente os controlos nas fronteiras internas e só depois notifica a Comissão e os demais Estados-Membros; e, por fim, o procedimento descrito no artigo 29.º, nos termos do qual o Conselho (e já não um Estado-Membro, pelo menos unilateralmente⁴⁸) recomenda a reintrodução dos controlos nas fronteiras internas, quando se verificarem

⁴⁵ Ver, a este propósito, o documento do Conselho n.º 11986/15, de 14 de setembro de 2015, em “<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-11986-2015-INIT/en/pdf>”.

⁴⁶ Para uma análise atual sobre a reintrodução temporária dos controlos das fronteiras internas em França, cfr. Sébastien Platon, “30 days, six months... forever? Border control and the French Council of State”, 9 de janeiro 2018, *in* Verfassungsblog (on constitutional matters), “<https://verfassungsblog.de/30-days-six-months-forever-border-control-and-the-french-council-of-state/>”.

⁴⁷ Ver, a este propósito, o sítio na internet da Comissão Europeia, direção geral de Migrações e Assuntos Internos: “https://ec.europa.eu/home-affairs/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control_en”.

⁴⁸ É de realçar que os Estados-Membros têm a possibilidade de, nos termos da parte final, do n.º 2 do artigo 29.º, solicitar à Comissão que proponha ao Conselho a reintrodução dos controlos nas fronteiras internas.

“circunstâncias excepcionais que ponham em risco o funcionamento global do espaço sem controlos nas fronteiras externas”.

Ora, foi exatamente esta terceira modalidade que foi objeto de uma alteração, operada pelo artigo 80.º do Regulamento (UE) 2016/1624⁴⁹. Tratou-se de uma alteração aparentemente discreta, mas que se revestiu de extrema relevância, colmatando uma lacuna existente desde a génese do artigo 29.º e que se tornou especialmente notória durante o “verão quente” de 2014⁵⁰.

Vejamos, então, de que lacuna se tratava. Nos termos da versão anterior do n.º 1 do artigo 29.º do CFS, o Conselho não podia recomendar a reintrodução temporária dos controlos nas fronteiras internas sem identificar previamente um Estado-Membro como responsável pelas “deficiências graves e persistentes no controlo das fronteiras externas” que punham “em risco o funcionamento global do espaço sem controlos nas fronteiras externas” (primeira parte do n.º 1 do artigo 29.º). A conduta “faltosa” ou pouco diligente de um Estado membro no que respeitava às obrigações de controlo das respectivas fronteiras externas, no interesse de todos os Estados-Membros⁵¹, era um pressuposto necessário da aplicação do artigo em apreço. Um tal requisito fazia com que esta norma fosse entendida como um mecanismo dissuasor de comportamentos que colocassem a totalidade do espaço sem fronteiras internas em risco, compelindo os Estados-Membros a atuar de modo diligente. Duidava-se que esta disposição alguma vez viesse a ser aplicada pelo Conselho, já que tal implicaria “ostracizar” o Estado-Membro em causa face aos demais. Contudo, e contra todas as expectativas, o Conselho fez efetivamente uso desta norma, em maio de 2016, após identificar deficiências graves imputáveis à Grécia no controlo das fronteiras externas.

Por meio da alteração operada ao n.º 1 do artigo 29.º, em vigor a partir de 14 de setembro de 2016, passou a admitir-se que as deficiências graves no controlo das fronteiras externas não sejam necessariamente resultantes da falta de diligência do Estado-Membro em causa. Na sua versão originária, a norma em apreço não distinguia entre deficiências sérias que poderiam ser obviadas caso o Estado-Membro em causa fizesse tudo o que estava ao seu

⁴⁹ Regulamento (UE) 2016/1624 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de setembro de 2016, relativo à Guarda Europeia de Fronteiras e Costeira, que altera o Regulamento (UE) 2016/399 do Parlamento Europeu e do Conselho e revoga o Regulamento (CE) n.º 863/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, o Regulamento (CE) n.º 2007/2004 do Conselho e a Decisão 2005/267/CE do Conselho.

⁵⁰ Ver, a este propósito, Nuno Piçarra, “La modification discrète du Code Frontières Schengen par le règlement 2016/1624 relatif au corps européen de garde-frontières: comblement d’une lacune”, de 17 de novembro de 2016, disponível em EU Immigration and Asylum Law and Policy blog: “<http://eumigrationlawblog.eu/la-modification-discrete-du-code-frontieres-schengen-par-le-reglement-20161624-relatif-au-corps-europeen-de-garde-frontieres4-comblement-dune-lacune/>”.

⁵¹ Ver, a este respeito, considerando 6 do Regulamento (UE) 2016/399, nos termos do qual “[o] controlo fronteiriço não é efetuado exclusivamente no interesse do Estado-Membro em cujas fronteiras externas se exerce, mas no interesse de todos os Estados-Membros que suprimiram o controlo nas suas fronteiras internas...”.

alcance para adequadamente levar a cabo os controlos fronteiriços e deficiências sérias que escapam ao controlo do Estado-Membro em causa, devido a “desafios específicos e desproporcionados” na sua fronteira externa (*force majeure*). Ambos os cenários podiam estar na base de uma decisão do Conselho de recomendação de reintrodução temporária dos controlos nas fronteiras internas “contra” um determinado Estado-Membro.

Na sua nova versão, apenas a falta da diligência devida, imputável a um Estado-Membro, permite ao Conselho recomendar imediatamente a “suspensão” de Schengen. É isto que resulta da primeira parte do n.º 1 do artigo 29.º (que corresponde, de resto, à versão anterior da norma em causa), nos termos da qual “em circunstâncias excecionais em que seja posto em risco o funcionamento global do espaço sem controlos nas fronteiras internas devido a deficiências graves e persistentes no controlo das fronteiras externas, conforme referido no artigo 21.º do presente regulamento [...] os Estados-Membros podem reintroduzir o controlo nas fronteiras internas...”.

Já quando um Estado-Membro enfrenta uma pressão migratória desproporcionada, o artigo 29.º, n.º 1, remete para o artigo 19.º, n.º 1, do Regulamento (UE) 2016/1624. De acordo com esta última disposição, o Conselho poderá vir a recomendar a reintrodução temporária de controlos nas fronteiras internas se uma de duas situações se verificar: *i)* o Estado-Membro em causa não toma as medidas necessárias, na sequência de uma avaliação de vulnerabilidade (cfr. alínea *a*) do n.º 1 do artigo 19.º, que remete para o artigo 13.º, n.º 8, ambos do Regulamento (UE) 2016/1624); *ii)* o Estado-Membro que enfrenta “desafios específicos e desproporcionados na fronteira externa” não solicitou o apoio da Agência ou, tendo solicitado, não adotou as medidas necessárias para executar tal ação de suporte (cfr. alínea *b*) do n.º 1 do artigo 19.º do Regulamento (UE) 2016/1624). Ambos os cenários demonstram, na ótica do legislador, que o controlo das fronteiras externas está a ser “ineficaz ao ponto de pôr em risco o bom funcionamento do espaço Schengen” (cfr. primeira parte do n.º 1 do artigo 19.º).

Porém, mesmo que verificadas estas duas condições previstas nas alíneas *a*) e *b*) do n.º 1 do artigo 19.º, tal não permite ao Conselho recomendar automática e imediatamente a reintrodução temporária dos controlos nas fronteiras internas. O preenchimento destas duas alíneas poderá levar — no imediato e tão-somente — a uma decisão do Conselho, com base numa proposta da Comissão e após consultar a Agência, identificando “as medidas suscetíveis de atenuar esse risco”, as quais serão executadas pela Agência, e estando o Estado-Membro em causa obrigado a cooperar com esta última na execução dessas medidas.

Este é, pois, o primeiro passo, após a constatação de que o controlo das fronteiras externas está a ser ineficaz, pondo em risco o bom funcionamento do espaço sem controlos nas fronteiras externas. Uma tal decisão do Conselho deve observar o disposto no n.º 3 e conta com a colaboração do diretor executivo da Agência que, “dois dias úteis [...] a contar da data de adoção da decisão do Conselho”, determina as ações necessárias à execução

prática das medidas identificadas na decisão do Conselho e elabora um plano operacional, transmitindo-o ao Estado-Membro em causa (n.º 4). Nesta sequência, “o diretor executivo e o Estado-Membro acordam no plano operacional...” (n.º 5). Nos termos do n.º 8, “o Estado-Membro em causa cumpre a decisão do Conselho” e “estabelece de imediato uma cooperação com a Agência e desenvolve as ações necessárias para facilitar a execução da referida decisão, bem como a execução prática das medidas previstas nessa decisão e no plano operacional decidido com o diretor executivo”. Se — e apenas se — o Estado-Membro em causa não cumprir a decisão do Conselho no prazo de 30 dias e não cooperar com a Agência, tal como previsto no n.º 8, poderá o Conselho desencadear o procedimento a que se refere o artigo 29.º do CFS.

Esta alteração é de saudar, na medida em que se reconhece a existência de certas circunstâncias excecionais que redundam em deficiências sistémicas no controlo das fronteiras externas, mas que não são imputáveis a determinado Estado-Membro. Tal situação, que põe em risco o funcionamento global do espaço Schengen, reclama a intervenção urgente da Agência, ao invés da solução anterior que passava por isolar, punindo, o Estado-Membro que se confrontava com “desafios específicos e desproporcionados” nas fronteiras externas.

a) A decisão do Conselho de 12 de maio de 2016⁵²

A reintrodução temporária de controlos nas fronteiras internas por parte da Alemanha, Áustria, Suécia e Noruega fundou-se nos artigos 28.º e 25.º do CFS. Tendo sido atingidos os limites máximos de 2 e 6 meses previstos respetivamente nestes dois artigos⁵³, o Conselho recomendou, após proposta da Comissão, a continuação da realização dos controlos nas fronteiras internas, ao abrigo do disposto no artigo 29.º do CFS. Uma tal recomendação do Conselho, anterior à aludida alteração ao artigo 29.º, fundou-se nas deficiências sistémicas identificadas no controlo das fronteiras externas levado a cabo pela Grécia, colocando em risco todo o espaço sem controlo nas fronteiras internas. Esta conclusão foi precedida de uma análise no âmbito do mecanismo de avaliação Schengen, tal como previsto no Regulamento (UE) 2013/1051⁵⁴.

⁵² Decisão de Execução (UE) 8835/16 do Conselho.

⁵³ Cfr. artigos 28.º, n.º 4, e 25.º, n.º 4, do CFS.

⁵⁴ Ver, a este propósito, os considerandos 4 e 5 da Decisão de Execução do Conselho de 11 de maio de 2016.

b) A decisão do Conselho de 11 de novembro de 2016⁵⁵

A 11 de novembro de 2016, o Conselho “renovou” a recomendação que havia feito em maio. Esta decisão foi já adotada na vigência da nova versão do n.º 1 do artigo 29.º do CFS, aguardando-se que o Conselho observasse o disposto naquela norma. Tal não veio, contudo, a suceder. Embora nos pareça que, de certo modo, aquela Instituição se encontrava imbuída do espírito da nova versão do artigo 29.º, não se focando na alegada conduta faltosa da Grécia ou culpando este Estado-Membro por não ter cumprido as suas obrigações decorrentes da pertença ao espaço Schengen, a verdade é que não se deteta qualquer referência aos novos pressupostos para a reintrodução temporária de controlos nas fronteiras internas via recomendação do Conselho.

Mais, se o Conselho tivesse tido em conta a redação atual do artigo 29.º, n.º 1, do CFS, talvez a manutenção temporária dos controlos nas fronteiras internas não devesse ter acontecido, estando assim em crise a própria legalidade da decisão de 11 de novembro de 2016. Com efeito, de modo a atender à letra e ao espírito da norma em causa, o Conselho deveria ter optado pela segunda via de reintrodução temporária, isto é, pela conclusão de que a Grécia enfrentava “desafios específicos e desproporcionados” nas suas fronteiras internas (artigo 29.º, n.º 1, segunda parte), ao invés de aplicar a primeira parte da norma, identificando somente “circunstâncias excecionais em que seja posto em risco o funcionamento global do espaço sem controlos nas fronteiras internas devido a deficiências graves e persistentes no controlo das fronteiras externas”, considerando, assim, que tais deficiências eram imputáveis à Grécia.

Por sua vez, a segunda parte do artigo em questão remete para o artigo 19.º do Regulamento (UE) 2016/1624, n.º 1, alíneas *a)* e *b)*. Ora, a Grécia solicitou o auxílio da Agência⁵⁶, pelo que tal não poderia servir de fundamento para a reintrodução. Assim, e ainda que se verificasse o disposto na alínea *a)* ou na segunda parte da alínea *b)*, os números seguintes do artigo 19.º impediriam a recomendação imediata da reintrodução temporária dos controlos nas fronteiras internas. Com efeito, tal apenas poderia ocorrer nos termos do n.º 10 do artigo 19.º, caso o Estado-Membro incumprisse a decisão do Conselho prevista no n.º 1 e, simultaneamente, não cooperasse com a Agência.

Concluindo, depois da alteração ao CFS, a situação de caos nas fronteiras externas gregas não mais podia ser reconduzida à primeira parte do

⁵⁵ Decisão de Execução (UE) 2016/1989 do Conselho de 11 de novembro de 2016, disponível em “<http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14115-2016-INIT/en/pdf>”.

⁵⁶ Ver, neste sentido, a Decisão de Execução da Comissão C(2016) 1219, de 24-02-2016, considerando 8, nos termos do qual “no dia 3 de dezembro de 2015, a República Helénica requereu a assistência rápida operacional da Agência por tempo limitado, solicitando equipas de guardas de fronteira e costeira, bem como equipamento, tendo tal sido aprovado a 10 de dezembro e as operações iniciadas entre 28 de dezembro e 26 de março de 2016”.

n.º 1 do artigo 29.º, a qual permite a reintrodução imediata dos controlos nas fronteiras internas. Já o novo fundamento, inserido pelo artigo 80.º do Regulamento (UE) n.º 2016/1624, exige o esgotamento de todos os passos prescritos pelo artigo 19.º do mesmo Regulamento, o que não sucedeu no caso em apreço⁵⁷.

c) Decisões do Conselho de 7 de fevereiro⁵⁸ e 11 de maio de 2017⁵⁹

Após aquela Decisão (novembro de 2016), seguiram-se outras duas, de 7 de fevereiro de 2017 e de 11 de maio de 2017, tendo o Conselho concluído que as condições para permitir a supressão de todos os controlos nas fronteiras internas e restabelecer o normal funcionamento do espaço Schengen não se encontravam totalmente reunidas⁶⁰, autorizando, assim, “um novo e derradeiro prolongamento dos controlos temporários das fronteiras internas em causa⁶¹”, por um período máximo de seis meses. Contudo, à semelhança do que sucedeu com a Decisão de Execução de 11 de novembro de 2016, inexistente qualquer referência à nova versão do artigo 29.º, n.º 1, do CFS, referindo-se apenas que um “número substancial de migrantes em situação irregular ainda se encontra na Grécia e ao longo da rota dos Balcãs Ocidentais, [persistindo assim] o risco de movimentos secundários irregulares [...] no interior do espaço Schengen”⁶². São, ainda, referidos os resultados positivos da Declaração UE-Turquia de 18 de março de 2016, sem prejuízo de “o número de chegadas continuar a ser superior ao número de regressos à Turquia [...], o que conduz ao aumento da pressão exercida sobre as ilhas gregas”⁶³. Em suma, tudo se passa como se apenas existisse a primeira parte do n.º 1 do artigo 29.º, persistindo, assim, em termos de aplicação prática, a lacuna aludida *supra*.

Conforme previsto no considerando 11 da Decisão de Execução de 11 de maio, o período de seis meses para a reintrodução temporária dos controlos nas fronteiras internas expirou no passado dia 11 de novembro de 2017.

⁵⁷ Ver, no mesmo sentido, Nuno Piçarra, *op. cit.* (nota de rodapé n.º 50).

⁵⁸ Decisão de Execução (UE) 2017/246 do Conselho de 7 de fevereiro de 2017: “<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32017D0246&from=EN>”.

⁵⁹ Decisão de Execução (UE) 2017/818 do Conselho de 11 de maio de 2017: “<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32017D0818&from=EN>”. Dada a correspondência quase total entre as Decisões de Execução de 7 de fevereiro e de 11 de maio de 2017, referir-nos-emos somente a esta última.

⁶⁰ Ver, a este respeito, o considerando 5 da Decisão de Execução (UE) 2017/818, de 11 de maio de 2017.

⁶¹ Ver, a este respeito, o considerando 9 da Decisão de Execução (UE) 2017/818, de 11 de maio de 2017.

⁶² Ver, a este respeito, o considerando 5 da Decisão de Execução (UE) 2017/818, de 11 de maio de 2017.

⁶³ Ver, a este respeito, o considerando 7 da Decisão de Execução (UE) 2017/818, de 11 de maio de 2017.

Não obstante, os cinco Estados-Membros destinatários da recomendação do Conselho notificaram subsequentemente a Comissão e os seus pares da reintrodução dos controlos nas suas fronteiras internas, desta feita ao abrigo do artigo 25.º do CFS, devido à “situação vivida na Europa em termos de segurança e às ameaças decorrentes dos contínuos e significativos movimentos secundários”⁶⁴. Esta notificação permite-lhes manter a “suspensão” de Schengen até 12 de maio de 2018.

Não devemos, contudo, esquecer que estes Estados-Membros haviam já utilizado o artigo 25.º, esgotando o limite temporal de seis meses previsto no seu n.º 4. Conforme resulta da Recomendação da Comissão sobre a aplicação das disposições do Código das Fronteiras Schengen relativas à reintrodução temporária do controlo nas fronteiras internas⁶⁵, só “uma nova ameaça à ordem pública ou à segurança interna implica uma nova aplicação das normas (e, por conseguinte, um novo cálculo da duração do período de controlo)” (sublinhado nosso). É, porém, duvidoso que estejamos perante uma “nova ameaça”, já que os fundamentos em causa são essencialmente aqueles que foram avançados no quarto trimestre de 2015. Não se tratando de uma nova ameaça, não nos parece que os cinco Estados-Membros em causa pudessem recorrer de novo ao artigo 25.º, sob pena de se assistir a ilimitados prolongamentos da reintrodução — alegadamente temporária — dos controlos nas fronteiras internas do espaço Schengen, ao arrepio da letra e do espírito do CFS, cujo vetor basilar é exatamente a ausência de controlos nas fronteiras internas.

d) A proposta de alteração da Comissão de setembro de 2017⁶⁶

Cabe, por fim, dar nota da proposta da Comissão de alteração ao Código de Fronteiras Schengen, apresentada em setembro de 2017. A alteração incidirá sobre a duração máxima da reintrodução temporária dos controlos nas fronteiras internas decorrente do artigo 25.º, que passará a ser de um ano (em vez dos seis meses atualmente previstos no n.º 4). A duração máxima dos períodos de prolongamento será alargada dos atuais 30 dias, tal como disposto no n.º 3, para seis meses.

A Comissão propõe ainda a introdução de um novo artigo — o artigo 27.º-A —, nos termos do qual, “nos casos excecionais em que um Estado-

⁶⁴ Para uma lista de todas as reintroduções temporárias em vigor, com respetivos fundamentos, cfr. “https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/what-we-do/policies/borders-and-visas/schengen/reintroduction-border-control/docs/ms_notifications_-_reintroduction_of_border_control_en.pdf”.

⁶⁵ Recomendação (UE) 2017/1804 da Comissão de 3 de outubro de 2017 sobre a aplicação das disposições do Código das Fronteiras Schengen relativas à reintrodução temporária do controlo nas fronteiras internas do espaço Schengen.

⁶⁶ Cfr. nota de rodapé n.º 5.

-Membro se vir confrontado com a mesma ameaça grave à ordem pública ou à segurança interna para além do período previsto no artigo 25.º, n.º 4, primeira frase, e se tiverem sido também tomadas medidas nacionais consentâneas com o objetivo de combater essa ameaça, a reintrodução temporária do controlo nas fronteiras para lhe dar resposta pode ser prolongada nos termos do presente artigo” (sublinhado nosso). Nesse caso, “o Conselho, tendo em conta o parecer da Comissão, pode recomendar ao Estado-Membro que prolongue o controlo nas fronteiras internas pelo período máximo de seis meses. Esse período pode ser prolongado, até três vezes, por períodos adicionais não superiores a seis meses”. Tratar-se-á, no fundo, da criação de uma quarta possibilidade de reintrodução temporária dos controlos nas fronteiras internas, procurando responder às circunstâncias atuais em Estados-Membros como a França, em que, por força da decretação de estado de emergência, os controlos nas fronteiras internas estão a ser levados a cabo desde novembro de 2015.

Esta proposta demonstra a vontade da Comissão de zelar pela observância do Código de Fronteiras Schengen. Pretende-se, assim, que as reintroduções temporárias dos controlos nas fronteiras internas se processem nos termos prescritos pelo Código, continuando a constituir uma exceção à regra da ausência de controlos fronteiriços no interior do Espaço Schengen. A proposta contribui ainda “para reforçar a segurança [...], dando aos Estados-Membros a possibilidade legal de prolongar, se necessário, o controlo nas fronteiras internas para combater uma ameaça grave à ordem pública ou à segurança interna que justifique o seu prolongamento”.

V. CONCLUSÃO

Estes são, sem dúvida, tempos de mudança e de provação para o projeto europeu. Questões fraturantes como a imigração, o terrorismo e o *Brexit* fizeram soar o sinal de alarme e impõem que os Estados-Membros se unam e se empenhem na definição de uma resposta capaz de impedir que o projeto desabe, levando à desintegração.

Fenómenos sociais e políticos, como o são estes que acabam de se elencar, têm naturalmente consequências em termos jurídicos. Ademais, um dos principais objetivos e conquistas do projeto europeu, tal como resulta da Declaração *Schuman* de 9 de maio de 1950, era exatamente o de impedir que a guerra voltasse a assolar o continente, privilegiando-se a cooperação entre os países europeus recorrendo ao direito, *in casu*, a um direito novo, de cariz supranacional, especialmente criado para o efeito.

Assim, as alterações à legislação europeia em matéria de fronteiras que aqui foram analisadas visam essencialmente responder a dois fenómenos — a ameaça terrorista e a pressão migratória. A primeira alteração ditou o fim do controlo mínimo de que beneficiavam, *inter alia*, os cidadãos da União, tendo em conta a necessidade de controlar o destino de certos cidadãos

européus aquando da passagem de uma fronteira externa. Esta mudança de paradigma não deve ser menosprezada, tanto mais que implica o aumento de efetivos nas fronteiras, especialmente nas aéreas, sob pena de se criarem constrangimentos nos aeroportos Schengen.

De igual modo, a reintrodução temporária dos controlos nas fronteiras internas consiste, conforme o nome indica, numa exceção ao espaço sem fronteiras internas, desde logo na medida em que dificulta o exercício do direito de circular livremente no território dos Estados-Membros. Uma tal decisão deve respeitar a letra e o espírito das normas aplicáveis (artigos 25.º-29.º do CFS), sob pena de a sua legalidade ser colocada em crise. O artigo 29.º do CFS foi alterado, de modo a ajustar-se à realidade caótica vivida na fronteira grega. Não é claro, contudo, que as Decisões de Execução do Conselho após a alteração, recomendando a manutenção dos controlos nas fronteiras internas de certos Estados-Membros, com aquela se conformem. Prevê-se, num futuro próximo, que também o artigo 25.º sofra modificações, de modo a pôr cobro a uma situação em que os períodos máximos de renovação atualmente previstos tenham já sido esgotados mas a ameaça em causa pareça persistir. Também o aditamento do artigo 27.º-A visa adaptar o CFS à crescente ameaça terrorista vivida no interior do espaço Schengen.