



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA | INSTITUTO DE ESTUDOS POLÍTICOS

INSTITUTO DE ESTUDOS EUROPEUS

**A UNIÃO EUROPEIA FACE
À
IMIGRAÇÃO CLANDESTINA**

Ana Filipa Gaspar Pires

104009008

Orientação :

Professor Doutor Nuno Piçarra

Lisboa, Junho de 2013

Agradecimentos

Os meus agradecimentos vão em primeiro lugar para o meu orientador, Professor Doutor Nuno Piçarra, pela dedicação, paciência e motivação.

Gostaria de destacar a verdadeira inspiração que foi o Professor Doutor Êrnani Lopes. Um grande professor, excelente profissional mas sobretudo um ser humano fora do comum. As saudades são muitas mas o legado que nos deixou a todos é ainda maior.

Agradeço também ao Professor Doutor Eduardo Lopes Rodrigues. Um professor com quem tive a sorte de trabalhar logo no meu primeiro ano de Direito na Universidade Católica de Lisboa. Foi nesse mesmo ano que o Eng. Lopes Rodrigues me aconselhou a seguir a via dos "Estudos Europeus", conselho que segui e do qual não me arrependo. Descobri a minha vocação.

Agradeço à Michelle que muito me apoiou.

Agradeço à Sra. Dra. Cécile Martel-Robert que, com à sua experiência, simpatia, interesse e amizade me apoiou sempre ao longo deste Mestrado e principalmente nesta última fase.

Agradeço também à pessoa que despertou em mim o interesse pelo tema da imigração, que me fez ver este problema não como um problema de cotas, de estatísticas, mas como um verdadeiro problema humano: a Senhora Dra. Vanda Reis com quem tive a chance e privilégio de trabalhar durante o meu estágio curricular no ACIDI – Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural, em 2008.

Finalmente dedico um agradecimento especial à minha família pelo seu apoio, a todos os níveis.

“Un jour, espérons-le, le globe sera civilisé. Tous les points de la demeure humaine seront éclairés, et alors sera accompli le magnifique rêve de l'intelligence : avoir pour patrie le Monde et pour nation l'Humanité“

Victor Hugo, *Les Burgraves* (1843)

Resumo

O presente trabalho estuda a atitude da União Europeia face à imigração clandestina, mediante uma abordagem tridimensional (institucional, política e legislativa) da questão.

Numa primeira abordagem, este Estudo dedica-se ao Tratado de Lisboa, às inovações introduzidas por este em sede de combate à imigração clandestina, nomeadamente as inovações referentes a princípios e competências da União Europeia através da análise dos artigos 79.º (n.º 2, alíneas c) e d) e n.º 3) e 80.º, do novo papel da Carta dos Direitos Fundamentais, e as inovações institucionais introduzidas por este Tratado, tais como a supressão das restrições relativas às competências do Tribunal de Justiça e o envolvimento mais intenso dos PNs.

Numa segunda abordagem, analisamos a questão sob um ponto de vista político, estudando a forma como os instrumentos oriundos das recentes evoluções políticas, tais como o Pacto Europeu sobre a Imigração e o Asilo, de 2008, e o Programa de Estocolmo, de 2009, abordaram a questão da imigração clandestina.

Por fim, numa terceira e última abordagem, legislativa, analisamos as Directivas 2008/115/CE e 2009/52/CE, relativas, respectivamente, a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular e que estabelece normas mínimas sobre sanções e medidas contra os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular, assim como a jurisprudência emanada do Tribunal de Justiça e do Tribunal dos Europeu dos Direitos do Homem, pertinente para a interpretação destes mesmos actos.

O presente trabalho tem assim por finalidade traçar, mediante um estudo realizado a partir de doutrina, jurisprudência e legislação europeia e nacional, um estudo pluridimensional da atitude da União Europeia face à imigração clandestina.

Aproximadamente 33000 palavras

Índice

Agradecimentos 3

Resumo 7

Índice 9

Abreviaturas 13

1. INTRODUÇÃO 15

2. O TRATADO DE LISBOA E O COMBATE À IMIGRAÇÃO CLANDESTINA 27

2.1. Inovações no que toca a princípios e competências da União Europeia	27
2.1.1. Análise do artigo 79º n.º2, alíneas c) e d) e n.º3	27
2.1.2. Análise do artigo 80º e a sua implementação	33
2.1.3. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia	39
2.1.3.1. Proibição do tráfico de seres humanos (art. 5.º, n.º3)	45
2.1.3.2. Direito à liberdade e à segurança (art. 6.º)	54
2.1.3.3. Protecção em caso de afastamento, expulsão ou extradição (art. 19.º)	55
2.1.3.4. Família (arts. 7.º, 9.º e 24.º)	57
2.1.3.5 Direito a uma boa administração (art. 41.º)	67
2.1.3.6 A CDFUE e os acordos de readmissão	68
2.1.3.7 Os mecanismos de garantia e protecção dos Direitos Fundamentais elencados na Carta	70
2.2. Inovações institucionais	71
2.2.1. Supressão das restrições relativamente às competências do Tribunal de Justiça	71
2.2.2. Envolvimento mais intenso dos Parlamentos Nacionais	80

3. RECENTES EVOLUÇÕES POLÍTICAS 90

3.1. O Pacto Europeu sobre a Imigração e o Asilo (2008)	90
3.1.1. A Luta contra a imigração clandestina	91
3.1.2. O reforço da eficácia dos controlos nas fronteiras	95
3.1.3. Lacunas	99
3.2. O Programa de Estocolmo (2009)	100

4. INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS MAIS RECENTES E DESENVOLVIMENTOS JURISPRUDÊNCIAS 106

4.1. A Directiva 2008/115/CE	106
4.1.1. Antecedentes	106
4.1.2. Conteúdo	107
4.1.3. A Lei n.º 29/2012, de 9 de Agosto, e a transposição da Directiva 2008/115 para a ordem jurídica interna	113
4.1.4. Críticas	134
4.2. A Directiva 2009/52/CE	139
4.2.1. Antecedentes	139
4.2.2. Conteúdo	140
4.2.3. A Lei n.º 29/2012, de 9 de Agosto, e a transposição da Directiva 2009/52 para a ordem jurídica interna	145
4.2.4. Críticas	147
4.3. A Jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pertinente para a interpretação e aplicação da Directiva 2008/115	152
4.3.1. Afastamento (arts. 5.º, 8.º e 9.º da Directiva 2008/115)	153
4.3.2. Garantias processuais (art. 12.º da Directiva 2008/115)	158
4.3.3. Detenção (arts. 15.º e 16.º da Directiva 2008/115)	159
4.3.3.1. Fundamentos (art. 15.º)	159
4.3.3.2. Condições de detenção (art. 16.º)	164
4.3.4. Expulsões colectivas	166

5. CONCLUSÃO 168

<u>Bibliografia</u>	<u>172</u>
<u>Legislação</u>	<u>178</u>
<u>Jurisprudência</u>	<u>185</u>
<u>Sites</u>	<u>188</u>

Abreviaturas

Ac.	Acórdão
ACIDI	Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural
AI	Amnistia Internacional
Art.	Artigo
BCE	Banco Central Europeu
BEI	Banco Europeu de Investimento
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CEDH	Convenção Europeia dos Direitos Humanos
CP	Código Penal
CPA	Código do Procedimento Administrativo
CPP	Código de Processo Penal
CPTA	Código de Processo nos Tribunais Administrativos
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
ELSJ	Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça
EM	Estado-Membro
EU	European Union
Europol	Serviço Europeu de Polícia
FRONTEX	Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-Membros da União Europeia
PE	Parlamento Europeu
PNs	Parlamentos Nacionais
SEF	Serviço de Estrangeiros e Fronteiras
STJ	Supremo Tribunal de justiça
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado da Comunidade Europeia
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TFUE	Tratado sobre o funcionamento da União Europeia
TJ	Tribunal de Justiça

TL	Tratado de Lisboa
TR	Tribunal da Relação
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia

1. INTRODUÇÃO

Em 14 de Junho de 1985 e 19 de Junho de 1990, cinco Estados-Membros da União Europeia, o Reino da Bélgica, a República Federal da Alemanha, a República Francesa, o Grão-Ducado do Luxemburgo, o Reino dos Países Baixos, assinaram, respectivamente, um Acordo e uma Convenção de Aplicação, que previam a supressão gradual dos controlos de pessoas nas fronteiras comuns, harmonizando os controlos nas fronteiras externas e introduzindo uma política comum em matéria de vistos, com o objectivo de criar um espaço sem fronteiras internas, reforçando a integração europeia, sendo assim possível perseguir o princípio segundo o qual "*as fronteiras internas podem ser transpostas em qualquer local sem que o controlo de pessoas seja efectuado*" (art. 2.º, n.º 1 da Convenção de Schengen que começou a ser aplicada em 26 de Março de 1995).

No entanto, para que a eliminação dos controlos nas fronteiras internas fosse efectiva e que a sua verdadeira razão de ser, nomeadamente a liberdade de circulação das pessoas, não fosse desnaturada, foi necessário instaurar medidas compensatórias que visam reforçar os controlos nas fronteiras externas, tais como a harmonização de vários aspectos do direito dos estrangeiros dos Estados signatários, como por exemplo uma política comum de vistos, a cooperação policial e judicial e o intercâmbio de informações.

Em 1986, foi assinado no Luxemburgo e em Haia, o Acto Único Europeu que alterou os Tratados de Roma e que marcou formalmente o nascimento da política de fronteiras da UE, tendo previsto um vasto programa para seis anos destinado a eliminar os entraves que se opunham ao livre fluxo de comércio na UE, devidos, nomeadamente, a diferenças existentes

entre as várias legislações nacionais. Mais, definindo, no seu artigo 8º-A, a livre circulação das pessoas como um dos quatro elementos principais do mercado único, criado em Janeiro de 1993, transferindo expressamente para a esfera comunitária as acções que se inscrevem nesse domínio, o Acto Único Europeu marcou uma verdadeira viragem. Por outro lado, os domínios da justiça e dos assuntos internos dependem largamente da cooperação intergovernamental. Devido à própria natureza dessa cooperação, o Parlamento Europeu e os Parlamentos Nacionais não podem exercer qualquer controlo sobre as acções empreendidas neste contexto.

Em 1988, o grupo intergovernamental de coordenadores "livre circulação de pessoas" foi encarregado, pelo Conselho Europeu de Rhodes, de propor medidas que permitissem conjugar a livre circulação de pessoas com a segurança, uma vez suprimido o controlo nas fronteiras internas. Este grupo propôs, em 1989, um programa de trabalho, o "documento de Palma", que preconizava uma abordagem mais coordenada dos diferentes aspectos da cooperação em matéria de justiça e de assuntos internos.

Por outro lado, alguns EMs adoptaram textos mais coercivos tais como o acordo de Schengen, em 1985, e a Convenção de Execução de Schengen em 1990, textos esses que instauraram novas estruturas operacionais com vista, entre outros, a assegurar a cooperação entre as entidades policiais, assim como entre as entidades aduaneiras (Sistema de Informação de Schengen - SIS).

Com o Tratado de Maastricht, de 1992, dá-se uma comunitarização da política de vistos de curta duração sendo que as restantes políticas essenciais ao desenvolvimento da UE

enquanto espaço de fronteiras internas abertas continuam a englobar o terceiro pilar da UE estando assim sujeitas ao método da cooperação intergovernamental *coordenada*¹. O papel da Comissão e do Parlamento é limitado e a jurisdição do Tribunal de Justiça não se aplica a este domínio. Assim, o PE pode ser consultado pelo Conselho mas, a maior parte das vezes, é simplesmente informado. Por sua vez, a Comissão Europeia goza de direito de iniciativa, limitado, contudo, a certos domínios, em partilha com os EMs. A acção do Conselho encontra-se muitas vezes limitada pela obrigação de unanimidade na tomada de qualquer decisão e o TJ tem apenas competência para interpretar as Convenções se tal for expressamente previsto por qualquer cláusula da Convenção ou de qualquer outro tipo de acto.

Com este Tratado, que instaura a "União Europeia" e assinala uma *"nova etapa no processo de criação de uma união cada vez mais estreita entre os povos da Europa"*, a cidadania europeia, "desejada" no Tratado de Roma, foi formal e juridicamente instaurada. Assim, qualquer cidadão que tenha a nacionalidade de um Estado-Membro é também cidadão da União. Esta cidadania confere novos direitos aos europeus tais como o direito de circularem e residirem livremente na União, o direito de votarem e de serem eleitos nas

¹ Assim, "A cooperação intergovernamental coordenada a nível da UE já implicava a intervenção da Comissão Europeia, do Parlamento Europeu (PE) e até do TJ nas "matérias JAI", se bem que com um estatuto muito diferente do que o TCE lhes atribui na qualidade de "instituições supranacionais". Na realidade, a Comissão não só não dispunha do monopólio de iniciativa legislativa, como esta lhe era expressamente vedada em determinadas matérias; para além disso não dispunha de quaisquer competências de execução ou de fiscalização (art. K.3, n.º 2). O PE, por seu lado, apenas seria informado e consultado pela presidência do Conselho "sobre os principais aspectos das actividades nos domínios a que se refere o presente Título", podendo ainda dirigir perguntas ou apresentar recomendações ao Conselho e exercer alguma influência sobre a agenda deste através da arma do controlo orçamental (art. K.6 e K.8). Quanto ao TJ, ele poderia eventualmente vir a interpretar prejudicialmente determinados actos adoptados pelo Conselho e resolver diferendos relativos à sua aplicação (art. K.3, último parágrafo). Nota de rodapé: A expressão "cooperação coordenada entre os Estados-Membros a nível europeu" é utilizada por David O'Keeffe, "Can the Leopard Change its Spots? Visas, Immigration and Asylum – Following Amsterdam" in David O'Keeffe e Patrick Twomey (edit.), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Oxford, 1999, pp. 272-273, para caracterizar o Título VI do TUE, na sua versão originária.", PIÇARRA, N., "A Política de Fronteiras da União Europeia – Do arranque adiado à centralidade progressiva", in www.fd.unl.pt, pp. 12-13.

eleições europeias e municipais do Estado em que residem, o direito à protecção diplomática e consular no território de países terceiros, assim como o direito de petição ao PE e de apresentação de queixa junto do Provedor de Justiça Europeu.

No entanto, a política de fronteiras da UE e consequente eliminação dos controlos nas fronteiras comuns, foi apenas implementada com a entrada em vigor do Tratado de Amesterdão. Com este Tratado foi integrado o Acervo de Schengen no TUE e introduzido um novo Título designado "*Vistos, asilo, imigração e outras políticas ligadas à livre circulação das pessoas*" que instituiu a Comunidade Europeia. O controlo das fronteiras externas, o asilo, a imigração e a cooperação judiciária em matéria civil passam a fazer parte do primeiro pilar, regendo-se pelo método comunitário.

Não obstante, esta "comunitarização" efectuou-se progressivamente², ao ritmo das decisões do Conselho da UE. Apenas as cooperações policial e judiciária em matéria penal permanecem no âmbito do terceiro pilar, ao qual o Tratado de Amesterdão acrescenta a prevenção e a luta contra o racismo e a xenofobia. São assim introduzidos novos tipos de tomada de decisão permitindo a adopção de medidas mais numerosas e eficazes, e facultando uma cooperação mais estreita entre os EMs.

Por outro lado, a Convenção de Aplicação de Schengen tornou-se, em parte, elemento do direito comunitário, ultrapassando assim o mero nível intergovernamental. O legislador comunitário tem agora competência para adoptar as "*medidas destinadas a assegurar, de acordo com o artigo 14.º, a ausência de controlos de pessoas na passagem das fronteiras*

² Assim, PIÇARRA, N., "Direito da União Europeia: o espaço de liberdade, segurança e justiça", in Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL, ano x, n.º 19, 2010, disponível em www.fd.unl.pt, p. 7.

internas" e as "medidas relativas à passagem das fronteiras externas dos EMs " (art. 62.º TCE)³. Mais, o Conselho delibera por unanimidade as "medidas destinadas a assegurar, (...), a ausência de controlos de pessoas, quer se trate de cidadãos da União, quer de nacionais de países terceiros, na passagem das fronteiras internas" e a jurisdição nacional de última instância, o Conselho, e a Comissão podem agora requerer que o TJ se pronuncie sobre uma questão de interpretação do Título em causa ou sobre a validade e a interpretação dos actos das Instituições da Comunidade fundamentados neste Título se for necessária uma decisão do TJ para que a jurisdição nacional possa emitir o seu parecer. No entanto, a competência do TJ é limitada, uma vez que este não é competente para se pronunciar sobre as medidas ou decisões tomadas para garantir a supressão de qualquer controlo das pessoas quando transpõem as fronteiras internas.

Continua a ser da exclusiva responsabilidade dos EMs a garantia da ordem pública e a salvaguarda da segurança interna. No entanto, em situações de emergência, nomeadamente caso se verifique um afluxo inesperado de nacionais de países terceiros num determinado EM, o Conselho pode, por maioria qualificada e sob proposta da Comissão, adoptar medidas provisórias, de uma duração de, 6 meses no máximo, a favor do EM interessado, de forma a limitar a livre circulação ou a entrada de nacionais de países terceiros.

Finalmente, O Tratado de Amesterdão institui, pela primeira vez, os fundamentos jurídicos para uma política de imigração comum. Assim, é da competência do Conselho adoptar medidas relativas à política de imigração na sua vertente "legal", nomeadamente quanto às condições de entrada e de residência de estrangeiros, à emissão de vistos de longa

³ Assim, PIÇARRA, N., "A Política de Fronteiras da União Europeia – Do arranque adiado à centralidade progressiva", in www.fd.unl.pt, pp. 2-3.

duração e às autorizações de residência permanente para efeitos de reagrupamento familiar, indicando também os direitos e as condições em que os nacionais de países terceiros podem residir num EM, e, na sua vertente "ilegal", definindo a luta contra a imigração clandestina e residência ilegal, considerando o repatriamento de residentes em situação ilegal como sendo uma das prioridades da UE no âmbito da Política de Imigração (art. 63.º).

Nasce o *espaço de fronteiras internas abertas* entre os EMs da UE signatários dos acordos de Schengen, os "Estados Schengen"⁴.

Nasce uma UE enquanto espaço de liberdade, segurança e justiça.

Esta liberdade de circulação interna é acompanhada de um reforço dos controlos nas fronteiras externas da União de forma a combater eficazmente a imigração clandestina, o tráfico de seres humanos e a criminalidade organizada.

O Tratado de Nice, adoptado na sequência do Conselho Europeu de Nice em Dezembro de 2000, assinado em 26 de Fevereiro de 2001, com entrada em vigor em 1 de Fevereiro de 2003, não introduz alterações substanciais ao ELSJ. Este continua submetido à dualidade entre método comunitário e método intergovernamental. Assim, aditando o Tratado de Amesterdão, o Tratado de Nice procede ao alargamento do processo de co-decisão às medidas em matéria de asilo, às normas mínimas em matéria de concessão de protecção temporária a pessoas deslocadas de países terceiros que não possam regressar ao seu país de origem, bem como a pessoas que, por outros motivos, necessitem de protecção internacional, assim como

⁴ Assim, LEMOINE, P., "Éloge de l'esprit pratique", in *L'Union Européenne après le Traité de Lisbonne: Visions de décideurs politiques, d'académiques et de journalistes*, Education and culture, 2010, p. 165.

às medidas no domínio da cooperação judiciária em matéria civil que tenham incidência transfronteiriça, com exclusão dos aspectos referentes ao direito da família.

Por outro lado, o Tratado de Nice estabelece um "mecanismo de alarme", com vista à preservação dos princípios da liberdade, da democracia, do respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, bem como do Estado de direito, o que melhora as condições para a criação e consolidação do ESLJ.

Também a reforma do TJ das Comunidades Europeias melhora substancialmente o modo de funcionamento do Tribunal contribuindo, assim, para uma implementação mais eficiente do ESLJ.

Em 1 de Dezembro de 2009, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, o terceiro pilar⁵ é suprimido, o ELSJ passa a integrar o direito comum da UE e a sua construção torna-se um objectivo da UE, conforme dispõe o número 2 do artigo 3.º do TUE: "*A União proporciona aos seus cidadãos ELSJ sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno*" dependendo, por outro lado, da competência partilhada entre a União e os EMs conforme estabelece a alínea j) do número 2 do artigo 4.º do TFUE: "*As competências partilhadas entre a União e os EMs aplicam-se aos principais domínios a seguir enunciados: [...] j) ELSJ*". No entanto, as medidas relativas à integração dos imigrantes (art. 79.º, n.º 4 TFUE), podem ser consideradas enquanto meras medidas de apoio à acção dos EMs.

⁵ Assim, VITORINO, A., "A « casa europeia » de Lisboa", in *Relações internacionais*, Março 2010, pp. 19-20.

Por outro lado, o artigo 67.º do TFUE visa enquadrar e implementar e consolidar o ELSJ. Assim, refere o n.º 1 do artigo sub-judice, que o desenvolvimento e implementação do ELSJ deve respeitar os "*direitos fundamentais e [os] diferentes sistemas e tradições jurídicas dos EMs*" uma vez que o TL dotou a Carta dos Direitos Fundamentais da UE de força jurídica, englobando-a enquanto direito primário da UE (art. 6.º, n.º 1 TUE) e procedeu à adesão da União à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (art. 6.º, n.º 2 TUE).

Mais, conforme disposto no número 2 do artigo 67.º, o controlo das fronteiras, o asilo e a imigração tornam-se, com o TL, políticas comuns da UE, para as quais o princípio da solidariedade entre EMs é essencial e imprescindível. É feita, pela primeira vez, uma referência a um sistema europeu comum de asilo (art. 78.º TFUE) e a União é dotada de uma competência, mesmo que limitada, no domínio da imigração legal e na política de admissão de nacionais de países terceiros sendo que a definição das condições de admissão destes para efeitos de emprego assalariado ou não assalariado são da competência de cada EM.

Por sua vez, a cooperação judiciária é abordada no número 4 do artigo 67.º. Este preceito consagra o princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais e extrajudiciais em matéria civil e a facilitação do acesso à justiça. O número 3 desta disposição refere-se à cooperação policial e judiciária em matéria penal. Assim, é novamente feita referência ao reconhecimento mútuo das decisões judiciais em matéria penal, prevendo também, se

necessário, e numa lógica de prevenção da criminalidade e reforço da actuação repressiva, a aproximação das legislações penais e processais penais dos EMs⁶.

A nível das instituições da União, o artigo 68.º do TFUE reconhece o papel central do Conselho Europeu no desenvolvimento do ELSJ. Assim, compete ao Conselho Europeu "[definir] as orientações estratégicas da programação legislativa e operacional no ELSJ". Considerando que o Conselho Europeu reúne os Chefes de Estado ou de Governo de cada país da União, e, tendo em conta a eliminação da estrutura de pilares e nas suas consequências, designadamente, a adopção do processo legislativo ordinário, a extensão da competência de controlo jurisdicional do TJUE, assim como o poder que a Comissão tem de desencadear processos de infracção contra os EMs, o artigo 68.º revela a apreensão dos EMs em transferirem parte da sua soberania para a União em sede de matérias políticas do ELSJ. Nesse sentido, os artigos 82.º e 83.º do TFUE conferem ao Conselho Europeu um papel central no "*mecanismo-travão*" em matérias de cooperação judiciária penal⁷.

Quanto à imigração clandestina, o Conselho Europeu referiu várias vezes a importância da sua luta no desenvolvimento de uma política comunitária de imigração eficaz e credível, nomeadamente aquando do Conselho Europeu de Tampere⁸, em Outubro de 2009, o qual se reuniu em sessão extraordinária e se dedicou à criação de um ELSJ, explorando plenamente as possibilidades proporcionadas pelo Tratado de Amesterdão; mas também com a adopção de um novo programa de acção quinquenal, o Programa da Haia, em Novembro de 2004; em

⁶ Assim, VITORINO, A., comentário ao art. 67.º, in *Tratado de Lisboa – Anotado e Comentado*, LOPES PORTO, M. e ANASTÁCIO, G. (coord.), Almedina, 2012, pp. 371-373.

⁷ Assim, VITORINO, A., comentário ao art. 68.º, in *Tratado de Lisboa – Anotado e Comentado*, LOPES PORTO, M. e ANASTÁCIO, G. (coord.), Almedina, 2012, pp. 374-375.

⁸ "[...] a importância de que o controlo das futuras fronteiras externas da União seja efectuado por profissionais devidamente habilitados".

10 e 11 de Dezembro de 2009, com a adopção do programa de Estocolmo, programa plurianual, para o período 2010-2014, que teve como principais preocupações os interesses e as necessidades dos cidadãos e de outras pessoas pelas quais a UE seja, de algum modo, responsável e, finalmente, na Abordagem Global das Migrações (2005).

Finalmente, foram implementadas várias agências que contribuem para o ELSJ tais como, a Agência dos Direitos Fundamentais da UE relativa aos direitos fundamentais e à luta contra a discriminação, a Frontex no domínio da gestão e controlo das fronteiras externas da UE, embrião de uma possível guarda de fronteiras comum, o Gabinete Europeu de Apoio ao Asilo. Por outro lado, os papéis da Europol (matéria de cooperação policial, art. 88.º TFUE) e da Eurojust (matéria de cooperação judiciária penal, art. 85.º TFUE) foram reforçados, e foi criado o Comité de segurança interna (art. 71.º TFUE), destinado a permitir a coordenação das várias forças nacionais encarregues da segurança interna dos EMs. Por fim, torna-se possível a criação de um Procurador Europeu (art. 86.º TFUE).

A nível nacional, o TL reforça a dimensão parlamentar da UE⁹: o direito de informação dos PNs é alargado e "directo" e a intervenção destes torna-se directa, embora limitada, quando esteja em causa a violação do princípio da subsidiariedade.

Assim, a estratégia política da UE relativamente ao ELSJ tem assentado numa gestão dos fluxos migratórios, baseada numa parceria com os Países de origem e de trânsito assim como numa cooperação em matéria de luta contra a imigração ilegal, no repatriamento e readmissão de imigrantes ilegais e no reforço do controlo das fronteiras externas.

⁹ Assim, LOPES MARCELO, P., comentário ao art. 69.º, in *Tratado de Lisboa – Anotado e Comentado*, LOPES PORTO, M. e ANASTÁCIO, G. (coord.), Almedina, 2012, p. 376.

Mas o que significa "imigração ilegal"¹⁰?

Este termo é utilizado para descrever diversos fenómenos. *"Inclui a entrada de nacionais de países terceiros no território de um EM ilegalmente por via terrestre, marítima e aérea, incluindo as zonas de trânsito nos aeroportos, o que ocorre frequentemente mediante a utilização de documentos falsos ou falsificados ou com a assistência de redes de criminalidade organizada de passadores e traficantes. Além disso, são muitos os indivíduos que entram legalmente no território dos EMs, sendo detentores de um visto válido ou ao abrigo de um regime de isenção de visto, mas que excedem o período de estadia autorizada ou que mudam a finalidade da sua estadia sem a aprovação das autoridades; em último lugar, refira-se o caso dos requerentes de asilo cujo pedido foi indeferido mas que não partem após uma decisão final negativa"*¹¹.

Este estudo visa analisar a atitude da UE face à imigração clandestina, ao longo das suas constantes evoluções políticas, legislativas e institucionais.

Refletiremos, na primeira parte deste trabalho, sobre a "atitude" do TL face a este fenómeno mediante a análise do artigo 79.º, n.º 2, alíneas c) e d) e o n.º 3 bem como do artigo 80.º. Veremos também em que medida a CDFUE, as novas competências do TJ assim como o envolvimento mais intenso dos PNs são essenciais no enquadramento deste "combate".

¹⁰ Assim MERLINO, M. e PARKIN, J., "La migration clandestine en Europe : Les politiques de l'UE et l'écart en termes de droits fondamentaux", Centre for European Policy Studies (CEPS) – Centre d'étude des politiques européennes, 2011, pp. 2-3.

¹¹ Comunicação da Comissão sobre as prioridades da política de luta contra a imigração clandestina de nacionais de países terceiros, COM(2006) 402 final, de 19 de Julho de 2002, Bruxelas, p. 12, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>.

Numa segunda parte, estudaremos as recentes evoluções políticas introduzidas pelo Pacto sobre a Imigração e o Asilo, adoptado em Outubro de 2008, e pelo Programa de Estocolmo, de 2009.

For fim, numa terceira e última parte, serão analisados os instrumentos legislativos mais recentes nomeadamente as Directivas 2008/115/CE, de 16 de Dezembro de 2008, relativa a normas e procedimentos comuns nos EMs para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular, qualquer que seja o motivo da irregularidade da sua situação, e 2009/52/CE, de 18 de Junho de 2009, que se destina a sancionar os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular na UE, assim como os mais recentes desenvolvimentos jurisprudenciais do TJ e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pertinentes para a interpretação e aplicação das Directivas referidas, nomeadamente de conceitos tais como o afastamento, as garantias processuais , a detenção e as expulsões colectivas.

2. O TRATADO DE LISBOA E O COMBATE À IMIGRAÇÃO CLANDESTINA

O n.º 2 do artigo 3.º do TUE estabelece que "*a União proporciona aos seus cidadãos um ELSJ sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno*". Este artigo, cuja finalidade é enunciar os grandes objectivos da UE, confere prioridade ao estabelecimento de um ELSJ, ao contrário do Tratado de Nice. Este objectivo é doravante citado, mesmo antes do estabelecimento de um mercado interno.

Vejamos então que inovações no tocante a princípios e competências da UE e institucionais foram introduzidas pelo TL.

2.1. Inovações no que toca a princípios e competências da União Europeia

2.1.1. *Análise do artigo 79º n.º 2, alíneas c) e d) e n.º 3*

O artigo 79.º do TFUE determina que "*a UE desenvolve uma política comum de imigração destinada a garantir [...] a prevenção da imigração ilegal e do tráfico de seres humanos e o reforço do combate a estes fenómenos*".

Desta forma, se por um lado, o tráfico de seres humanos é parte integrante da imigração ilegal, por outro, "*o reforço do combate a estes fenómenos*" só será possível havendo também uma prevenção destes mesmos fenómenos.

Assim, e tal como refere o comentário ao artigo 79.º de Nuno Piçarra, in O TRATADO DE LISBOA ANOTADO¹², é visível no n.º 2 deste mesmo artigo e analisando os instrumentos jurídicos adoptados pela UE, que a segunda vertente da política de imigração da UE, a vertente de prevenção e combate à imigração ilegal, prevalece sobre a sua primeira vertente, a vertente da promoção e organização da imigração legal¹³.

Na modalidade da prevenção e do combate à imigração clandestina, as medidas adoptadas pelo PE e pelo Conselho, por processo legislativo ordinário, pretendem atingir dois objectivos. O primeiro objectivo consiste no combate à "*imigração clandestina e residência ilegal, incluindo o afastamento e o repatriamento de residentes em situação ilegal*" (artigo 79.º, n.º 2, c)). O segundo objectivo abrange o "*combate ao tráfico de seres humanos, em especial de mulheres e crianças*" (art. 79.º, n.º 2, d)).

Analisemos cada um destes objectivos.

O TCE referia já, com bastante clareza, a necessidade de combater a imigração clandestina e residência ilegal na alínea b), do n.º 3, do seu artigo 63.º. Referia este artigo que, para um combate à imigração clandestina eficiente, é necessário fazer retornar o estrangeiro em situação irregular ao país terceiro de que seja nacional (repatriamento), ou a qualquer outro país terceiro que o possa ou deva acolher (afastamento). Por outro lado, o retorno

¹² Assim, PIÇARRA, N., comentário ao art. 77.º, in *Tratado de Lisboa – Anotado e Comentado*, LOPES PORTO, M. e ANASTÁCIO, G. (coord.), Almedina, 2012, pp. 395-402.

¹³ Assim, MERLINO, M. e PARKIN, J., "La migration clandestine en Europe : Les politiques de l'UE et l'écart en termes de droits fondamentaux", Centre for European Policy Studies (CEPS) – Centre d'étude des politiques européennes, 2011, pp. 7-9.

deverá ser, tanto quanto possível, voluntário¹⁴ devendo ser encorajado, "*inclusive pela criação de sistemas de incentivo, pela oferta de formação, reintegração e subsídios*".

No entanto, estas medidas não devem ser aplicadas da mesma forma a todos os nacionais de países terceiros que se encontram em situação irregular. Deve ser feita uma distinção entre quem possa vir a ser vítima de tratamento desumano e degradante, podendo beneficiar do princípio de não repulsão¹⁵, e quem não corra esse risco. Estas medidas deverão ser sempre aplicadas tendo em conta o respeito pelos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, nomeadamente os artigos 7.º, 9.º, 19.º e 41.º da CDFUE. Assim, o combate ao tráfico de seres humanos, em especial de mulheres e de crianças, encontrava-se regulado nos artigos 29.º e 31.º, alínea e), do Título VI sobre "*Disposições relativas à cooperação policial e judiciária em matéria penal*" do TUE. Integrava assim o terceiro pilar, ao contrário do combate à imigração clandestina que englobava o primeiro pilar da UE. Com base nesse título foi adoptada a Decisão-Quadro 2002/629/JAI, de 19 de Julho de 2002 relativa à luta contra o tráfico de seres humanos.

Com a entrada em vigor do TL, o combate ao tráfico de seres humanos tornou-se um elemento essencial na prevenção e combate à imigração clandestina, encontrando-se previsto na inovadora alínea d), do n.º 2, do artigo 79.º, artigo este que estabelece que a UE tem

¹⁴ Tal como dispõem o Pacto Europeu sobre a Imigração e Asilo nos seus pontos II (pp. 7-8), IV (p. 12), disponível em <http://register.consilium.europa.eu/pdf/pt/08/st13/st13440.pt08.pdf> e o Programa de Estocolmo, no seu ponto 6.1.6 (pp. 30-31), disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:pt:PDF>.

¹⁵ Princípio de origem jusinternacional. Foi originariamente estabelecido no art. 33.º da Convenção de Genebra, modificada pelo Protocolo adicional de Nova Iorque, relativos ao Estatuto dos Refugiados. Desde então, tem sido referido em vários tratados como a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e a CEDH por via da interpretação e aplicação que lhe vem dando o TEDH (*ac. Soering c. Reino Unido, de 7 de Julho de 1989*). Por força dele, tal como consagrado no art. 19.º, n.º 2, da CDFUE: "ninguém pode ser afastado, expulso ou extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito a pena de morte, a tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes".

competência para adoptar medidas de combate ao tráfico de seres humanos, "*em especial de mulheres e de crianças*". Também o n.º 1 do artigo 83.^{o16} reforça a ideia de que o tráfico de seres humanos é, de facto, um dos "*domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça*", dotando assim a União de competência para estabelecer "*regras mínimas*" relativas à definição dessa infracção e às sanções aplicáveis¹⁷. Por sua vez, a Decisão-Quadro 2002/629/JAI¹⁸ foi substituída pela Directiva 2011/36/UE do PE e do Conselho, de 5 de Abril de 2011, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas.

Por fim, também a Directiva 2009/52/CE, que foi adoptada com base no artigo 63.º, ponto 3, alínea b), do Tratado de Roma, e que estabelece normas mínimas sobre sanções e medidas contra os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular, constituiu um marco importante na luta contra o tráfico de seres humanos, estabelecida na alínea d), do n.º 2, do artigo 79.º, uma vez que prevê "*sanções mais dissuasivas nos casos graves, tais como [...] conhecimento por parte do empregador de que o trabalhador é vítima de tráfico de seres humanos [...]*"¹⁹.

Analisemos finalmente o n.º 3 do artigo 79.º do TFUE.

Este número versa sobre a cooperação e parceria global a estabelecer com os países de origem e de trânsito de fluxos migratórios "*promovendo as sinergias entre as migrações e o*

¹⁶ "Domínios de criminalidade particularmente grave com dimensão transfronteiriça".

¹⁷ Assim, PIÇARRA, N., comentário ao art. 79.º, in *Tratado de Lisboa – Anotado e Comentado*, LOPES PORTO, M. e ANASTÁCIO, G. (coord.), Almedina, 2012, p. 416.

¹⁸ Esta Decisão-Quadro trata o tráfico de seres humanos como sendo um crime contra a pessoa, que tem por objecto a exploração da própria pessoa.

¹⁹ Directiva 2009/52/CE, art. 9.º, n.º 1, a).

desenvolvimento" ²⁰. Assim, a *"União pode celebrar com países terceiros acordos [necessários para alcançar, no âmbito das políticas da União, um dos objectivos estabelecidos pelos Tratados] (art. 216.º, n.º 1 TFUE) destinados à readmissão"* de nacionais de países terceiros que estejam em situação irregular²¹ pois é necessário combater a imigração ilegal a nível global e, sobretudo, de forma idêntica em todos os EMs.

Mediante estes acordos, os países terceiros signatários comprometem-se a acolher os seus nacionais ou residentes que *"não preencham ou tenham deixado de preencher as condições de entrada, de presença ou de residência no território de um dos EMs"*.

O processo de negociação e celebração dos acordos de readmissão, encontra-se enunciado no artigo 218.º do TFUE. Segundo este artigo, a Comissão ou o Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança apresenta recomendações ao Conselho que autoriza a abertura das negociações, define o mandato de negociação e designa o negociador da União, designadamente num elemento da Comissão ou o Alto Representante, para conduzir as negociações e apresentar a proposta de conclusão, quando o acordo projectado incida *"exclusiva ou principalmente sobre a política externa e de segurança comum"* (n.º 3, art. 218.º).

Por sua vez, a Comissão deve fornecer regularmente informações a um comité especial do PE durante as negociações (n.º 10). Por outro lado, o Conselho tem competência para decidir, por deliberação por maioria qualificada, sempre que não esteja em causa a adopção de

²⁰ Programa de Estocolmo, ponto 6, p. 28, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:pt:PDF>.

²¹ Nacionais ou residentes de países terceiros que *"não preencham ou tenham deixado de preencher as condições de entrada, de presença ou de residência no território de um dos EMs"*.

um acto que exija a unanimidade (n.º 8). É também indispensável a aprovação do PE relativamente a quaisquer acordos celebrados nos domínios cujas políticas se encontrem sujeitas ao processo legislativo ordinário da UE.

Por fim, qualquer EM, o PE, o Conselho ou a Comissão pode pedir o parecer prévio do TJ sobre a compatibilidade de um acordo internacional com as disposições dos Tratados. Par tal, é apenas necessário que o TJ disponha de elementos suficientes sobre o conteúdo e contexto do acordo projectado, mesmo que as negociações a nível internacional não estejam concluídas ou não se tenham ainda formalmente iniciado. Assim, o parecer do TJ pode ser obtido, designadamente, sobre as questões que dizem respeito à repartição de competências entre a União e os EMs para concluir um determinado acordo com países terceiros podendo também ser solicitado após a assinatura do acordo em causa, desde que não tenha ainda sido expresso definitivamente o consentimento da União em ser vinculada pelo referido acordo.

Estas regras, embora já referidas, em parte, no artigo 300.º do TCE, sofreram alterações com a entrada em vigor do TL. Assim, são aplicadas as mesmas regras processuais aos acordos no âmbito da PESC bem como aos referentes à cooperação policial e judiciária em matéria penal, matérias às quais se aplicava o processo referido no art. 24.º TUE. Por outro lado, surge a figura do Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança, ao qual compete, por um lado, apresentar ao Conselho recomendações para a abertura de negociações quando o acordo projectado incida exclusiva ou principalmente sobre a PESC e, por outro, propor a posição a adoptar pela União em instâncias criadas por acordos celebrados nesse domínio, bem como a suspensão da aplicação de um acordo desse tipo. As negociações, anteriormente conduzidas pela Comissão (n.º 1, art.

300.º TCE) são agora conduzidas pelo "*negociador*" ou "*chefe da equipa de negociação da União*". Os poderes do PE foram reforçados. Assim, existe agora a obrigação de informar imediata e plenamente este órgão em todas as fases do processo. Por outro lado, ele pode agora consultar, previamente à celebração pelo Conselho, a generalidade dos acordos internacionais, com excepção daqueles que incidam exclusivamente sobre a PESC. Finalmente, é alagrada a necessidade de aprovação prévia do PE, sendo que, para alguns casos, a aprovação deste órgão é obrigatória²².

2.1.2. Análise do artigo 80º e a sua implementação

A manutenção e o desenvolvimento do ELSJ, necessitando do reforço da coesão económica e social no seio da UE e, mais particularmente, da boa aplicação das medidas necessárias para a criação de uma política comum em matéria de imigração e de controlo das fronteiras externas, baseiam-se num princípio essencial, o "*princípio da solidariedade e da partilha equitativa de responsabilidades entre os EMs*"²³, que deve ser aplicado em concordância com os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

Este princípio, que foi introduzido por Robert Schuman na sua Declaração de 9 de Maio de 1950, famoso discurso que levou à criação da CECA, quando declarou que "*L'Europe ne*

²² Assim, AFONSO, M., comentário ao art. 218.º, in *Tratado de Lisboa – Anotado e Comentado*, LOPES PORTO, M. e ANASTÁCIO, G. (coord.), Almedina, 2012, pp. 834-835.

²³ Assim, "Solidarity cuts across EU, national and local institutions and across the former EU pillars, thus providing the 'thickest' example of transnational legal bonds performing this kind of unifying role. This is not an attempt at replicating statism with one EU legal order but an accommodation of orders with solidarity as the essential value and instrument for keeping conflict and difference within manageable bounds", ROSS, M., "Solidarity – A New Constitutional Paradigm for the EU?", in *Promoting Solidarity in the European Union*, Ross Malcom and Yuri Borgmann-Prebil (ed.), Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 23-45.

se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble: elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait", tornou-se um valor da União²⁴.

Antes da entrada em vigor do TL²⁵, este princípio encontrava-se referido no número 2, alínea b), do artigo 63.º. Estava apenas em causa uma "*repartição equilibrada do esforço assumido pelos EMs ao acolherem refugiados e pessoas deslocadas e suportarem as consequências decorrentes desse acolhimento*".

Por outro lado, este princípio funda-se num outro princípio ao serviço da coesão social²⁶, o princípio da cooperação leal²⁷, ou da lealdade, princípio constitucional da UE, que se encontra definido no número 3 do artigo 4.º do TUE, segundo o qual "*a União e os Estados respeitam-se e assistem-se mutuamente no cumprimento das missões decorrentes dos Tratados*"²⁸, e que se desdobra em três obrigações:

²⁴ "A União funda-se nos valores [...]. Estes valores são comuns aos Estados-Membros, numa sociedade caracterizada [... pela] solidariedade" (art. 2.º do Tratado da União Europeia).

²⁵ Este princípio estava também previsto no projecto de Constituição para a União Europeia enquanto "partilha equitativa dos encargos" (fair burdensharing). Foi alterado, tendo em conta a conotação pejorativa da expressão "burden" (carga, fardo, peso), para "partilha equitativa das responsabilidades". Assim, "First of all it is important to realize that neither refugees nor immigrants are burdens and that, instead, they are welcome in the European Union; it is therefore misleading, in this context, to speak of burden-sharing", Comments by Mrs Evelin Lichtenberger, Member of the Convention on the Working document 05 "Possible ways for the Working Group", in *Convention Working Group X, Working Document 15*, Bruxelas, 15 de Novembro de 2002, p. 2.

²⁶ Nesse sentido, *ac. do TJ, Comissão c. Itália, de 7 de Fevereiro de 1973*: "A ruptura unilateral, por parte de um EM, em obediência ao que considera ser o interesse nacional, do equilíbrio entre as vantagens e os ónus que decorrem da sua pertença à Comunidade, põe em causa a igualdade dos Estados-membros face ao direito comunitário e cria discriminações em prejuízo dos seus nacionais, a começar pelos do próprio EM que viola as normas comunitárias. Este incumprimento dos deveres de solidariedade que assumiram os Estados-membros pela sua adesão à Comunidade afecta os fundamentos mais essenciais do ordenamento jurídico comunitário. Portanto, ao recusar deliberadamente dar execução no seu território a um dos regimes instituídos pelos Regulamentos n.os 1975/69 e 2195/69, a República Italiana deixou de cumprir, gravemente, as obrigações que lhe incumbiam por força da sua pertença à Comunidade Económica Europeia".

²⁷ Assim, MOTA DE CAMPOS, J. e MOTA DE CAMPOS, J. L., "Manual de Direito Europeu – O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia", 6ª Edição, Coimbra Editora, 2010, pp. 352-352.

²⁸ Este artigo impõe às instituições europeias e aos EMs deveres recíprocos de cooperação leal tendo em vista a realização dos objectivos do Tratado de Lisboa. Nesse sentido, o *ac. do TJ, Processo C-2/88, Zwartveld, de 6 de Dezembro de 1990*, sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos EMs da UE na aplicação dos arts. 81.º e 82.º do TCE, assim "les institutions communautaires sont tenues à une obligation de coopération loyale

- a) a obrigação para os EMs de adoptarem todas as medidas que forem necessárias à eficaz execução de todo o Direito da União;
- b) a obrigação para os EMs de ajudarem a União a cumprir os seus objectivos e;
- c) a não tomarem qualquer medida que possa impedir ou dificultar a prossecução desses objectivos.

Com a entrada em vigor do TL, é o próprio princípio da solidariedade, estravazando o plano financeiro e englobando a noção de partilha equitativa das responsabilidades, que se encontra por diversas vezes referido no TFUE. Encontra-se assim referido no n.º 2 do artigo 67.^{o29} assim como nos artigos referentes às Políticas relativas aos controlos nas fronteiras, ao asilo e à imigração (arts. 77.º a 79.º)³⁰.

Mas é no artigo 80.º do TFUE que se encontra particularmente explícito.

Conforme estabelecido neste artigo, existem dois tipos de solidariedade:

- a) a "*solidariedade financeira*" pois nem todos os EMs apresentam a mesma situação geográfica, alguns têm fronteiras externas mais extensas encontrando-se assim mais expostos a "*súbitos fluxos*" (art. 78.º, n.º 3 TFUE) de nacionais de países terceiros, confrontando-se com maiores dificuldades do que os outros EMs no controlo e vigência das fronteiras externas da UE. Por outro lado, nem todos os EMs dispõem

avec les autorités judiciaires des États membres, chargées de veiller à l'application et au respect du droit communautaire dans l'ordre juridique national".

²⁹ O qual pressupõe que os níveis de solidariedade e justiça na partilha de responsabilidade podem diferir consoante a política em causa sendo que a política comum em matéria de "[...] imigração e de controlo das fronteiras externas" deve basear-se no princípio de solidariedade entre EMs e que é "equitativa em relação aos nacionais de países terceiros".

³⁰ Este princípio é também essencial para a boa aplicação das Directivas 2008/115 e 2009/52 (art. 79.º, n.º 2, c)) assim como para o combate ao tráfico de seres humanos (art. 79.º, n.º 2, d)).

dos mesmos recursos financeiros, sendo que, por vezes, os governos de determinados países da UE têm de desempenhar tarefas em benefício de todos os membros. Nesse sentido, os países do sul e de leste, devido à sua localização geográfica, protegem as fronteiras em nome, também, dos países da União situados mais a norte e a oeste.

Assim, em sinal de solidariedade, os líderes da UE decidiram partilhar algumas despesas necessárias para a prossecução deste fim, criando, no âmbito do programa geral "*Solidariedade e gestão dos fluxos migratórios*", quatro fundos da UE com uma dotação total de mais de 4 milhões de euros para o período 2007-2013.

O maior desses fundos é Fundo para as Fronteiras Externas para o período de 2007 a 2013, criado em 23 de Maio de 2007 pela Decisão n.º 574/2007/CE do PE e do Conselho. A dotação de 1,8 mil milhões de euros anuais será distribuída pelos países da UE com base nos encargos que cabem a cada um dos EMs pelo controlo das fronteiras externas e política de vistos. Este fundo ajuda a financiar infra-estruturas de passagem de fronteiras, equipamentos de transporte para os guardas fronteiriços e, ainda, formação e investimento em tecnologia.

O Fundo Europeu para a Integração de Nacionais de Países Terceiros³¹ ajuda a facilitar a integração dos imigrantes nas sociedades europeias, promovendo o diálogo intercultural entre imigrantes e população local, proporciona cursos de língua e ensina os imigrantes a adaptarem-se ao modo de vida e de trabalho no novo ambiente.

³¹ Decisão 2007/435/CE do Conselho, de 25 de Junho de 2007.

Com uma dotação de 676 milhões de euros, o Fundo Europeu de Regresso³² visa apoiar os esforços dos países da UE no sentido de melhorar e apoiar a política de regresso e a reinstalação dos imigrantes ilegais. Presta uma particular assistência aos grupos vulneráveis e cobre as despesas de regresso, assistência médica e intérpretes.

Finalmente, o Fundo Europeu para os Refugiados³³, que goza de um orçamento de 628 milhões de euros para 2007-2013, visa aumentar a capacidade dos sistemas de asilo nos países da UE. Além disso, apoia os esforços de instalação a longo prazo dos refugiados e requerentes de asilo, bem como os esforços de partilha equilibrada pelos EMs dos encargos decorrentes da aceitação de refugiados e requerentes de asilo. As suas verbas são atribuídas em função do número de requerentes de protecção internacional acolhidas pelos EMs, financiando também a melhoria das infra-estruturas menos adequadas a tal protecção.

b) a "*solidariedade não financeira*", ou "*partilha equitativa das responsabilidades*".

No âmbito desta solidariedade, os requerentes de asilo ou de protecção subsidiária são repartidos de forma equitativa pelos EMs. Outro exemplo é a contribuição equitativa com meios humanos e técnicos para a Frontex³⁴. Neste caso, deve ser tido em consideração o disposto no n.º 3 do artigo 78.º do TFUE, segundo o qual "*no caso de um ou mais EMs serem confrontados com uma situação de emergência, caracterizada por um súbito fluxo de nacionais de países terceiros, o Conselho, sob proposta da Comissão, pode adoptar medidas*

³² Decisão n.º 575/2007/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Maio de 2007.

³³ Decisão n.º 73/2007/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de Maio de 2007.

³⁴ Já discutido durante a elaboração do projecto de Constituição para a União Europeia. Assim, "The responsibility for controlling the EU's external borders cannot simply be left to the most northerly, easterly, southerly or westerly member States but must be borne, both technically and financially, on a Community basis", Letter by Prof. Dr. Mihael Brejc, Vice-President of the National Assembly of Slovenia, Alternate Member of the European Convention, in *Convention Working Group X, Working Document 31*, Bruxelas, 26 de Novembro de 2002, p. 3.

provisórias a favor desse ou desses EMs. O Conselho delibera após consulta ao PE". Assim, a UE tem competência para, através processo legislativo especial, aprovar medidas provisória a favor do, ou dos EMs confrontados com uma situação de emergência provocada por um "*súbito afluxo de nacionais de países terceiros*". Para tal, é necessário que exista um risco real e suficientemente fundado de perturbações da ordem pública ou da segurança interna provocado pelo referido afluxo.

Importa também referir que, embora este princípio emane do direito primário, será difícil considerar que goze do efeito directo³⁵ segundo o qual os particulares podem invocar uma norma europeia em relação ao Estado (efeito directo vertical), ou em relação a outro particular (efeito directo horizontal), de forma a, por um lado, proteger os particulares e, por outro, garantir a eficácia do Direito comunitário, sendo que, para que as obrigações gozem de efeito directo devem ser precisas, claras, incondicionais e não devem requerer medidas complementares, de carácter nacional ou europeu. Ora, neste caso, o princípio da solidariedade carece de concretização, nomeadamente, de medidas complementares sendo que este artigo se limita a constituir um fundamento suplementar para a inclusão de medidas adequadas para a aplicação deste princípio nos instrumentos a adoptar com base nos artigos 77.º a 79.º do TFUE.

Por fim, tal como pressupõe a segunda parte do artigo 80.º quando estabelece que "***sempre que necessário, os actos da União adoptados por força do presente capítulo conterão medidas adequadas para aplicação desse princípio***" (negrito nosso), o princípio da

³⁵ Afirmado pela primeira vez em 1963, no *ac. Van Gend & Loos do TJ*: "O art. 12.º do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia produz efeitos imediatos e cria na esfera jurídica dos particulares direitos individuais que os órgãos jurisdicionais nacionais devem salvaguardar".

solidariedade e da partilha equitativa de responsabilidades entre os EMs encontra-se limitado, ou pelo menos enquadrado, por dois princípios, o da proporcionalidade, segundo o qual os órgãos e as instituições da União, para realizarem os objectivos comunitários, devem utilizar os meios necessários e adequados e ainda os meios menos restritivos, e o da subsidiariedade que só se aplica no domínio das competências concorrentes entre a União e os EMs e segundo o qual a União só intervém caso os Estados não conseguiam realizar adequadamente os objectivos fixados.

Assim, antes de implementar novas medidas neste âmbito, nomeadamente, o da imigração clandestina, a UE deve reflectir sobre se a medida em questão é necessária e se o EM em causa a pode implementar por si só ou se, pelo contrário, será necessário recorrer ao princípio da solidariedade e da partilha equitativa de responsabilidades entre os EMs³⁶.

2.1.3. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

A Carta foi elaborada por uma Convenção composta por um representante de cada país da União e da Comissão Europeia, bem como por deputados do PE e dos PN. Foi formalmente adoptada pelo PE, pelo Conselho Europeu e pela Comissão Europeia, em Nice, em 7 de Dezembro de 2000³⁷, não tendo, no entanto, sido inserida no Tratado de Nice nem incorporada numa lei comunitária enquanto direito derivado.

³⁶ Assim, VANHEULE, Dirk, "The Implementation of Article 80 TFEU on the principle of solidarity and fair sharing of responsibility, including its financial implications, between the Member States in the field of border checks, asylum and immigration", Parlamento Europeu, Bruxelas, 2011, pp. 8-17.

³⁷ Assim, GUILD, E., "What fundamental rights for whose European Union citizens? ", in *L'Union Européenne après le Traité de Lisbonne: Visions de décideurs politiques, d'académiques et de journalistes*, Education and culture, 2010, pp. 147-150.

A Carta reúne num único documento os direitos que anteriormente se encontravam dispersos por diversos instrumentos legislativos, tais como as legislações nacionais e comunitária, bem como as Convenções Internacionais do Conselho da Europa, das Nações Unidas e da Organização Internacional do Trabalho (Preâmbulo da CDFUE), e a CEDH. Os seis capítulos da Carta cobrem os aspectos referentes à dignidade, liberdades, igualdade, solidariedade, cidadania e justiça.

Mas relembremos, antes de mais, um pouco da "história" dos direitos fundamentais na UE.

Foi o Tratado de Maastricht que reconheceu um novo conjunto de direitos fundamentais, os direitos de cidadania europeia tendo, por outro lado, consagrado os direitos enunciados na Carta Europeia dos Direitos Humanos de 1950 e os princípios constitucionais comuns dos EMs como "princípios gerais de direito" da ordem jurídica comunitária. A interpretação, alcance e delimitação dos "princípios gerais" ficavam no entanto nas mãos do TJ.

Mais tarde, com o Tratado de Amesterdão, o "modelo social europeu" ganhou expressão constitucional tendo este Tratado introduzido um capítulo de políticas sociais no TCE.

Quanto ao valor jurídico da Carta, antes da entrada em vigor do TL, havia quem entendesse que a Carta era um acto político e havia quem defendesse que era um acto jurídico, mas todos estavam de acordo quanto ao facto de a Carta não ser vinculativa, sendo apenas parte do direito da UE enquanto princípio geral de direito, podendo ser invocada pela Comissão e pelo PE mas não podendo ser invocada judicialmente. A tutela dos direitos

fundamentais era exclusivamente da competência do TJ que tem, ao longo dos anos, assumido um compromisso inequívoco relativamente aos direitos fundamentais, tendo referido alguns instrumentos de direito internacional enquanto enquadramento para a tutela destes, destacando-se a CEDH, a Carta Social Europeia assim como algumas disposições da Organização Internacional do Trabalho. Por outro lado, e antes da entrada em vigor do TL, o TJ fundou muitas das suas decisões nas tradições constitucionais comuns aos EMs³⁸.

Com a entrada em vigor do TL, a CDFUE tornou-se vinculativa, foi investida de efeito jurídico vinculativo, à semelhança dos Tratados³⁹, conforme dispõe o número 1 do artigo 6.º do TUE. Tornou-se numa fonte de direito primário da UE⁴⁰ e o verdadeiro *bill of rights*⁴¹ desta.

Na prática, os particulares encontram-se hoje mais protegidos perante as autoridades comunitárias, evitando-se, por outro lado, ameaças à autonomia do direito comunitário⁴².

³⁸ Nesse sentido, *ac. do TJ, Parlamento Europeu c. Conselho, C-540/03, de 27 de Junho de 2006*: "Os direitos fundamentais são parte integrante dos princípios gerais de direito cujo respeito é assegurado pelo TJ. Para este efeito, este último inspira-se nas tradições constitucionais comuns aos EMs, bem como nas indicações fornecidas pelos instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos do Homem em que os EMs colaboraram ou a que aderiram. A CEDH reveste, neste contexto, um significado particular. [...] O TJ teve já ocasião de recordar que o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos é um dos instrumentos internacionais relativos à protecção dos direitos Humanos que tem em conta na aplicação dos princípios gerais do direito comunitário".

³⁹ Assim, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., "Droit Fondamentaux et Citoyenneté Européenne", in *L'Union Européenne après le Traité de Lisbonne: Visions de décideurs politiques, d'académiques et de journalistes*, Education and culture, 2010, p. 114.

⁴⁰ Assim, MERLINO, M. e PARKIN, J., "Cadre des Droits fondamentaux et des Droits de l'Homme : Protection des immigrés clandestins dans l'UE", Centre for European Policy Studies (CEPS) – Centre d'étude des politiques européennes, 2011, p. 2.

⁴¹ Assim, MOREIRA, V., "Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia", in *Tratado de Lisboa – Anotado e Comentado*, LOPES PORTO, M. e ANASTÁCIO, G. (coord.), Almedina, 2012, pp. 1397-1398.

⁴² Relembrem-se as decisões Solange I e Solange II, segundo as quais o Tribunal Constitucional Alemão permitiu controlar a validade do direito comunitário à luz dos direitos fundamentais elencados na Constituição alemã.

Tornou-se assim inequívoco que os órgãos e Instituições da UE devem respeitar os direitos consagrados na Carta⁴³, na observância do princípio da subsidiariedade (art. 51.º da CDFUE) cabendo ao TJ zelar pela correcta aplicação da Carta⁴⁴. É no entanto pouco clara a subordinação dos EMs à Carta, e a consequente obrigação destes a respeitarem a mesma aquando da aplicação do direito da UE. Resulta, no entanto, da jurisprudência do TJ, a imposição de uma vinculação alargada das autoridades centrais, regionais e locais e outras entidades públicas que apliquem o direito comunitário, dos Estados aos direitos fundamentais elencados na Carta, devendo estas respeitá-los quando aplicam ou implementam normas provenientes do ordenamento comunitário⁴⁵ mas também sempre que recusem a sua aplicação ou derroquem⁴⁶ as suas disposições normativas, com fundamento numa excepção. Mais,

⁴³ A Comunicação sobre a "Estratégia para a efectiva aplicação da CDFUE", de 19 de Novembro de 2010, enuncia um conjunto de medidas que devem ser tomadas na preparação de qualquer acto da Comissão tais como a necessidade de elaboração de um relatório anual sobre a implementação da Carta. Assim, "aussi longtemps que les Communautés européennes, notamment la jurisprudence de la Cour des Communautés, garantiront de façon générale une protection efficace des droits fondamentaux à l'égard de la puissance publique des Communautés, protection qui soit essentiellement équivalente à celle prescrite comme impérative et inaliénable par la loi fondamentale, et qui assure de façon générale la substance même des droits fondamentaux, la Cour constitutionnelle n'exercera plus sa juridiction sur l'applicabilité du droit communautaire dérivé" (Cour de Karlsruhe).

⁴⁴ Assim, CIOBANU-DORDEA, A., "Fundamental Rights and Union Citizenship", in *L'Union Européenne après le Traité de Lisbonne: Visions de décideurs politiques, d'académiques et de journalistes*, Education and culture, 2010, p. 125.

⁴⁵ Nesse sentido, *ac. do TJ, Parlamento Europeu c. Conselho, C-540/03, de 27 de Junho de 2006*: "Decorre do exposto que, embora o art. 4.º, n.º 6, da directiva tenha por efeito autorizar os EMs a recusar que os pedidos apresentados por crianças menores com idade superior a 15 anos fiquem sujeitos às condições gerais do art. 4.º, n.º 1, da directiva, os EMs continuam obrigados a examinar o pedido no interesse da criança e com a preocupação de favorecer a vida familiar. [...] Em última análise, deve concluir-se que, embora a directiva deixe aos EMs uma margem de apreciação, esta é suficientemente ampla para lhes permitir aplicar as regras da directiva em conformidade com as exigências decorrentes da protecção dos direitos fundamentais. [...] A este respeito, impõe-se recordar que, conforme resulta de jurisprudência assente, as exigências que decorrem da protecção dos princípios gerais reconhecidos no ordenamento jurídico comunitário também vinculam os EMs aquando da implementação das regulamentações comunitárias e que, por conseguinte, estes são obrigados a, na medida do possível, aplicar estas regulamentações em condições que respeitem as referidas exigências".

⁴⁶ Nesse sentido, *ac. do TJ, Schmidberger, C-112/00, de 12 de Junho de 2003*: "Contudo, embora a protecção do ambiente e da saúde pública, designadamente na referida região, possa, em certas condições, constituir um objectivo legítimo de interesse geral susceptível de justificar uma restrição às liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado, entre as quais figura a livre circulação de mercadorias, importa referir, como faz o advogado-geral no n.º 54 das suas conclusões, que os objectivos específicos da referida manifestação não são, enquanto tais, determinantes no contexto de uma acção jurisdicional como a intentada pela Schmidberger, que tem por objecto pôr em causa a responsabilidade de um EM pela alegada violação do direito comunitário, sendo esta deduzida da circunstância de as autoridades nacionais não terem impedido que fosse criado um obstáculo à circulação na auto-estrada de Brenner".

devendo as "instituições, órgãos e organismos"⁴⁷ da UE respeitar os direitos fundamentais sempre que tratem com os sujeitos, destinatários e beneficiários do direito da UE, a própria Frontex, deve, tendo em conta as suas competências e funções em matéria de controlo e vigilância das fronteiras externas da União mas também nas Operações Conjuntas de Regresso⁴⁸ que desenvolve, tais como HERA⁴⁹ e RABIT⁵⁰, prestar uma particular atenção aos artigos 3.º da Carta, sobre o Direito à integridade do ser humano, 4.º, que proíbe a tortura e os tratos ou penas desumanos e degradantes e o artigo 19.º, que proíbe as expulsões colectivas assim como reafirma o princípio de não repulsão⁵¹. Também o Serviço Europeu de Polícia, a Europol, deve sempre respeitar a Carta no exercício das suas competências em matéria de "coordenação de equipas de investigação conjuntas" no âmbito das quais, embora não podendo directamente aplicar medidas coercivas, possa sugerir o uso deste tipo de medidas às polícias nacionais.

Por outro lado, as disposições do direito primário e derivado da UE que infriam as normas da Carta são inválidas e inconstitucionais podendo gerar responsabilidade pelos danos causados. Por fim e através do mecanismo da "questão prejudicial" (art. 267.º TFUE), os próprios tribunais nacionais têm o dever de apreciar a conformidade dos actos internos dos EMs com as normas da Carta relativamente às questões que envolvam a aplicação do direito

⁴⁷ Como por exemplo a Frontex ou a Europol duas Agências europeias necessárias para uma luta contra a imigração clandestina eficaz. Assim, em 2010, 14% das operações levadas a cabo pela Europol tinham a ver com a imigração clandestina, sendo assim a prioridade desta Agência.

⁴⁸ Operação POSEIDON por exemplo (fronteiras gregas), in www.europol.europa.eu.

⁴⁹ HERA I e HERA II: joint sea operations.

⁵⁰ Assim, "The basic idea of Rapid Border Intervention Teams was to create such a mechanism that could allow, in case of urgent and exceptional migratory pressure, rapid deployment of border guards on a European level. Rapid Border Intervention Teams are intended to provide short-term assistance. The responsibility for the control and surveillance of the external borders remains to lie with the Member States", in Frontex PRESS KIT – Rapid Border Intervention Teams, 2010, disponível em <http://www.statewatch.org/news/2010/oct/eu-frontex-rabits-background.pdf>.

⁵¹ Assim, CARRERA, S.; DEN HERTOOG, L.; GUILD, E.; PARKIN, J., "Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights and its Impact on EU Home Affairs Agencies Frontex, Europol and the European Asylum Support Office", Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2011, pp. 17-29.

da União ou sobre a interpretação e validade dos seus actos. Em caso de falta de aplicação da Carta, os EMs ficam sujeitos à acção por incumprimento junto do TJ (arts. 258.º a 260.º TFUE).

Assim, sendo a Carta vinculativa, é necessário dar plena eficácia à protecção dos direitos nela consagrados pois estes direitos devem guiar o conjunto das iniciativas legislativas e políticas da UE, mas também as acções concretas e efectivas das autoridades nacionais, enquanto "*órgãos executivos da União*", quando estas actuem ao abrigo do direito da União ou implementem o direito da União a nível interno. A Comissão deve assim aplicar uma política de "tolerância zero" contra as violações da Carta, reforçando os mecanismos para assegurar o seu respeito e comunicando as informações acerca desta matéria ao PE e ao Conselho⁵². Mais concretamente, a UE deve utilizar todos os instrumentos que estão ao seu dispor para fornecer uma resposta europeia forte e determinada a todos os atentados aos direitos constantes da Carta.

Assim, se a incorporação da CDFUE não altera os poderes da UE, proporciona mais direitos e uma maior liberdade aos cidadãos. Por outro lado, o novo valor jurídico da Carta conferiu visibilidade e clareza aos direitos fundamentais, criando uma maior segurança jurídica dentro da UE.

Mais, o controlo jurisdicional da UE foi reforçado realçando a ideia de que as medidas de prevenção e combate à imigração clandestina tomadas não devem, nem podem, prevalecer

⁵² Assim, CIOBANU-DORDEA, A., "Fundamental Rights and Union Citizenship", in *L'Union Européenne après le Traité de Lisbonne: Visions de décideurs politiques, d'académiques et de journalistes*, Education and culture, 2010, p. 125.

sobre os direitos fundamentais dos indivíduos nacionais de países terceiros que, embora encontrando-se em situação irregular, são também titulares de direitos sociais, económicos e políticos não devendo tais direitos ser violados ou retirados unilateralmente. Assim, os direitos ligados à dignidade humana valem para todas as pessoas sujeitas à jurisdição da UE⁵³.

Esta intenção legiferante encontra-se claramente definida no preâmbulo:

*"Consciente do seu património espiritual e moral, a União baseia-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade; assenta nos princípios da democracia e do Estado de direito. **Ao instituir a cidadania da União e ao criar um ELSJ, coloca o ser humano no cerne da sua acção**"* (negrito nosso).

São várias as normas da CDFUE que visam proteger os nacionais de países terceiros que se encontram em situação ilegal, analisemos agora algumas das disposições mais relevantes em sede de imigração clandestina e protecção dos nacionais de países terceiros que se encontram em situação irregular.

2.1.3.1. Proibição do tráfico de seres humanos (art. 5.º, n.º 3)

O n.º 3 do artigo 5.º refere que "*é proibido o tráfico de seres humanos*".

⁵³ O próprio texto da Carta distingue em geral o âmbito pessoal de cada direito ao utilizar expressões tais como "para todos os cidadãos" quando beneficiam do direito consagrado os cidadãos europeus, e "para todas as pessoas" quando estão em causa direitos que valem para os cidadãos de países terceiros, sem residência legal na União.

A afirmação contida neste preceito decorre directamente da dignidade do ser humano, exposto no primeiro artigo da Carta segundo o qual "a dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida", e tem em conta as novas formas da criminalidade organizada, como a organização de redes lucrativas de imigração clandestina ou de exploração sexual.

Relativamente à luta contra o auxílio à imigração clandestina e às redes de imigração clandestina, dispõe o n.º 1, do artigo 27.º, do Capítulo VI da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, integrada no acervo da União que, *"as Partes Contratantes comprometem-se a prever sanções adequadas contra quem fomenta ou tente fomentar, com fins lucrativos, um estrangeiro a entrar ou a permanecer no território de uma Parte Contratante violando a legislação desta Parte Contratante em matéria de entrada e residência de estrangeiros"*. Mas que significa *"auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares"*?

A Directiva 2002/90/CE do Conselho, de 28 de Novembro de 2002, pretendeu definir o auxílio à imigração clandestina sendo *"essencial aproximar as disposições legais existentes, em especial, por um lado, a definição exacta da infracção em causa e dos casos de isenção, objecto da presente directiva, e, por outro, as normas mínimas em matéria de sanções, responsabilidades das pessoas colectivas e competência judiciária"*.

Assim, comete infracções, devendo assim ser punido adequadamente mediante a aplicação de sanções efectivas, proporcionadas e dissuasivas, pelos EMs, quem:

"a) (...) *auxilie intencionalmente uma pessoa que não seja nacional de um EM a entrar ou a transitar através do território de um EM, em infracção da legislação aplicável nesse Estado em matéria de entrada ou trânsito de estrangeiros;*

b) (...), *com fins lucrativos, auxilie intencionalmente uma pessoa que não seja nacional de um EM a permanecer no território de um EM, em infracção da legislação aplicável nesse Estado em matéria de residência de estrangeiros"* (art. 1.º da Directiva).

O n.º 2 do preceito introduz uma excepção à aplicação de uma sanção nos casos referidos na alínea a), do n.º 1, desde que "*o objectivo desse comportamento seja prestar assistência humanitária à pessoa em questão*". Assim, é evidente que a Directiva em análise pretende evitar que alguém deixe de prestar auxílio com vista à obtenção de asilo ou à protecção temporária de outrem por mero receio de ser incriminado pela prática de crime de auxílio à imigração ilegal.

As sanções aplicáveis às pessoas singulares e colectivas vêm formuladas na Decisão-Quadro 2002/946/JAI do Conselho, de 28 de Novembro de 2002, relativa ao reforço do quadro penal para a prevenção do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares, posteriormente substituída pela Directiva 2011/36/UE do PE e do Conselho, de 5 de Abril de 2011, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas que introduziu igualmente "*disposições comuns, tendo em conta uma perspectiva de género, para reforçar a prevenção destes crimes e a protecção das suas vítimas*".

Esta Directiva adopta um conceito mais amplo de tráfico de seres humanos do que a Decisão-Quadro referida anteriormente, passando a incluir novas formas de exploração.

Assim, considera ser tráfico de seres humanos o "*recrutamento, transporte, transferência, guarida ou acolhimento de pessoas, incluindo a troca ou a transferência do controlo sobre elas exercido, através do recurso a ameaças ou à força ou a outras formas de coacção, rapto, fraude, ardil, abuso de autoridade ou de uma posição de vulnerabilidade, ou da oferta ou obtenção de pagamentos ou benefícios a fim de conseguir o consentimento de uma pessoa que tenha controlo sobre outra para efeitos de exploração*" (art. 2.º, n.º 1). Este conceito inclui "*no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, incluindo a mendicidade, a escravatura ou práticas esquiparáveis à escravatura, a servidão, a exploração de actividades criminosas, bem como a remoção de órgãos*" (n.º 3 do art. 1.º).

Empenhada na prevenção destes crimes, a União considera a "*instigação, o auxílio e a cumplicidade, ou a tentativa*" puníveis (art. 3.º), e estabelece que os EMs "*devem tomar medidas adequadas, como a educação e a formação, para desencorajar e reduzir a procura que incentiva todas as formas de exploração ligada ao tráfico de seres humanos (...) nomeadamente através da Internet*" (art. 18.º).

As infracções são puníveis com penas máximas com duração de pelo menos 5 anos de prisão (n.º 1 do art. 4.º) mas haverá uma agravção da duração das penas máximas, que poderão atingir os 10 anos de detenção, em caso de circunstâncias agravantes (art. 4.º, n.º 2), tais como, a particular vulnerabilidade⁵⁴ da vítima, caso a infracção tenha sido cometida no

⁵⁴ "Por posição de vulnerabilidade entende-se uma situação em que a pessoa não tem outra alternativa, real ou aceitável, que não seja submeter-se ao abuso em causa." (art. 2, n.º 2).

quadro de uma organização criminosa na acepção da Decisão-Quadro 2008/841/JAI⁵⁵, caso tenha posto em perigo a vida da vítima, caso tenha sido cometida com dolo ou negligência grosseira ou, por fim, caso tenha sido cometida com especial violência ou tenha causado à vítima danos particularmente graves.

Quando perpetradas por pessoas colectivas (art. 5.º), as sanções incluem multas, coimas ou outras sanções, nomeadamente (art. 6.º):

- exclusão do benefício de vantagens ou auxílios públicos;
- proibição temporária ou permanente de exercer actividade comercial;
- colocação sob vigilância judicial;
- liquidação judicial;
- encerramento temporário ou permanente dos estabelecimentos utilizados para a prática da infracção.

Apesar do seu carácter maioritariamente sancionatório, esta Directiva pretende também proteger às vítimas⁵⁶. Dispõe assim o seu artigo 8.º que *"os EMs devem, de acordo com os princípios de base do respectivo sistema jurídico, tomar as medidas necessárias para garantir que as autoridades nacionais competentes tenham o direito de não instaurar acções penais ou de não aplicar sanções às vítimas de tráfico de seres humanos pela sua*

⁵⁵ Decisão-Quadro 2008/841/JAI do Conselho, de 24 de Outubro de 2008, relativa à luta contra a criminalidade organizada e segundo a qual é considerada « Organização criminosa », a associação estruturada de mais de duas pessoas, que se mantém ao longo do tempo e actua de forma concertada, tendo em vista a prática de infracções passíveis de pena privativa de liberdade ou medida de segurança privativa de liberdade cuja duração máxima seja, pelo menos, igual ou superior a quatro anos, ou de pena mais grave, com o objectivo de obter, directa ou indirectamente, benefícios financeiros ou outro benefício material." (n.º 1 do art. 1.º).

⁵⁶ Conceito desenvolvido no art. 1.º, alínea a) da Decisão-Quadro do Conselho, 2001/220/JAI, de 15 de Março de 2001 da seguinte forma: "a pessoa singular que sofreu um dano, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um dano moral, ou uma perda material, directamente causadas por acções ou omissões que infringem a legislação penal de um EM".

participação em actividades criminosas que tenham sido forçadas a cometer como consequência directa de estarem submetidas a qualquer dos actos referidos no artigo 2.º.

Por outro lado, refere o artigo 9.º que os EMs devem garantir que *"a investigação ou o exercício da acção penal relativamente a infracções [...] não dependam de queixa ou acusação por parte da vítima e que a acção penal [possa] prosseguir mesmo que a vítima retire a sua declaração"*. Por fim, os EMs devem proporcionar assistência, apoio, aconselhamento e patrocínio judiciário gratuitos caso a vítima não disponha de meios financeiros suficientes (arts. 11.º a 16.º). Todas estas medidas devem ser aplicadas em complemento dos direitos estabelecidos na Decisão-Quadro 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de Março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal, tais como o direito de receber informações, o direito à protecção, o direito à indemnização no âmbito do processo penal, entre outros.

Por outro lado, a Directiva 2011/36/UE faz referência à Directiva 2009/52/CE do PE e do Conselho, de 18 de Junho de 2009, que *"prevê sanções contra os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular que, apesar de não terem sido acusados nem condenados por tráfico de seres humanos, utilizam o trabalho ou serviços de uma pessoa com conhecimento de que esta é vítima desse tipo de tráfico"*.

Neste mesmo contexto e de forma a pôr termo ao aumento do tráfico ilícito de migrantes por via terrestre, marítima e aérea, através da promoção da cooperação e do intercâmbio de informações entre os EMs, a UE aderiu, mediante as Decisões 2006/616/CE e 2006/617/CE do Conselho, de 24 de Julho de 2006, ao Protocolo contra o tráfico ilícito de migrantes por via

terrestre, marítima e aérea, adicional à Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional.

Analisemos as Decisões em causa.

Tal como o Protocolo refere no seu preâmbulo, estas Decisões visam prevenir e combater o tráfico ilícito de migrantes. O Conselho recorda em primeiro lugar que este tipo de tráfico põe em risco a segurança e a vida dos migrantes. De forma a pôr termo a estas actividades, insta os Estados Partes e os organismos das Nações Unidas a reforçarem a cooperação internacional. O Conselho tenciona assim:

- *combater as causas profundas das migrações, designadamente as que estão ligadas à pobreza;*
- *demonstrar as inúmeras vantagens dos movimentos migratórios legais; (...).*

Estas Decisões são aplicáveis à prevenção, investigação e repressão das infracções cometidas com o objectivo de obter um benefício financeiro ou outro benefício material, tais como:

- *a introdução clandestina de migrantes, isto é, facilitar a entrada ilegal de uma pessoa num Estado do qual essa pessoa não é nacional ou residente;*
- *falsificação ou à alteração de um documento de viagem ou de identidade fraudulento por uma pessoa que não esteja legalmente autorizada a fazê-lo;*
- *a utilização de documentos de identidade por outra pessoa que não o seu titular legítimo;*
- *a obtenção e a emissão de documentos fraudulentos;*

- *o facto de permitir a uma pessoa que permaneça num Estado sem preencher as condições legais necessárias para o efeito.*

Os EMs, partes no Protocolo, devem, para tal, cooperar com vista à adapção de medidas legislativas que definam as infracções penais e as circunstâncias agravantes tais como as acções que ameaçam a segurança, põem em perigo a vida dos migrantes em causa ou que se caracterizam por um tratamento desumano ou degradante desses migrantes.

Numa segunda parte, o Protocolo faz referência ao tráfico ilícito de migrantes por via marítima estabelecendo, no seu artigo 8.º, as medidas de luta necessárias contra este tipo de tráfico. Assim, se um EM, parte no Protocolo, tiver motivos razoáveis para suspeitar que um navio registado no estrangeiro se dedica ao tráfico de migrantes, deve notificar o Estado do navio e solicitar a confirmação do registo da matrícula⁵⁷. Tal pedido deverá ser tratado o mais rapidamente possível (art. 8.º, n.º 3). Caso as suspeitas se confirmem, o Estado requerente poderá entrar a bordo e proceder à busca, respeitando os limites estabelecidos no artigo 9.º. Se forem encontradas provas que confirmem o tráfico, esse Estado Parte terá o direito de tomar medidas apropriadas quanto ao navio, às pessoas e à carga mas não poderá tomar qualquer decisão sem autorização prévia do Estado do pavilhão, salvo em caso de perigo iminente.

A última parte do Protocolo volta a aludir à necessidade de cooperação e intercâmbio de informações entre os EMs. Assim, cada EM, parte no Protocolo, deverá reforçar os controlos fronteiriços podendo recusar a entrada de pessoas envolvidas na prática de tráfico ilícito de migrantes (art. 11.º). Por outro lado, os Estados com fronteiras comuns ou que se encontram

⁵⁷ São autoridades habilitadas a receber pedidos de confirmação do registo de matrícula, de assistência e de autorização as designadas pelos Estados conforme art. 8.º, n.º 2.

situados em itinerários utilizados pelos traficantes devem trocar entre si informações relevantes, elencadas no n.º1 do artigo 10.º. Mais, dispõe o artigo 14.º, nos seus n.ºs 1 e 3, que é da competência dos Estados assegurar a formação dos funcionários dos serviços de imigração no domínio da prevenção do tráfico, do tratamento humano dos migrantes e do respeito dos seus direitos. Por outro lado, os Estados Partes que tenham conhecimentos especializados relevantes assim como recursos técnicos adequados, deverão prestar assistência aos países de origem ou de trânsito dos migrantes. Mais uma vez é feita uma referência à necessidade de dupla-cooperação, cooperação entre os Estados Partes e cooperação destes com as organizações competentes e outros sectores da sociedade civil, de forma a assegurar uma formação adequada em diversos domínios elencados no n.º2 do artigo 14.º.

O Protocolo refere também medidas de prevenção, de protecção, de assistência e de regresso. Assim, relativamente às medidas de prevenção, dispõe o artigo 15.º que cada Estado Parte deverá lançar campanhas de informação destinadas a sensibilizar o público, devendo também promover programas de desenvolvimento e de cooperação a nível nacional, regional e internacional, de forma a combater as causas profundas da introdução clandestina de migrantes, tais como a pobreza e o subdesenvolvimento.

As medidas de protecção, por sua vez, encontram-se reguladas no artigo 16.º. Segundo este preceito, os Estados deverão adoptar as disposições necessárias à protecção dos direitos dos migrantes à vida e do direito a não serem submetidos a tratamentos desumanos ou degradantes, devendo ter em conta as necessidades específicas das mulheres e das crianças.

Por fim, dispõe o artigo 18.º, referente às medidas de regresso, que cada Estado Parte acorda em facilitar o regresso de uma pessoa que foi objecto do tráfico de migrantes e que é seu nacional. A fim de facilitar o regresso do migrante, o Estado Parte do qual essa pessoa é nacional deverá aceitar emitir os documentos necessários. Finalmente, e em articulação com o artigo 16.º, o Estado Parte compromete-se a usar todos os meios para respeitar a segurança e a dignidade da pessoa.

2.1.3.2. Direito à liberdade e à segurança (art. 6.º)

O Direito à liberdade e à segurança encontra-se consagrado no artigo 6.º da Carta e corresponde aos direitos elencados no artigo 5.º da CEDH, cujo sentido e âmbito são iguais, de acordo com o disposto no n.º 3 do artigo 52.^{o58} da Carta. Resulta daí que as restrições que lhes possam ser legitimamente impostas não poderão exceder as autorizadas pela CEDH nos termos do disposto no artigo 5.º, nomeadamente:

" a) se for preso em consequência de condenação por tribunal competente;

b) se for preso ou detido legalmente, por desobediência a uma decisão tomada, em conformidade com a lei, por um tribunal, ou para garantir o cumprimento de uma obrigação prescrita pela lei;

c) se for preso e detido a fim de comparecer perante a autoridade judicial competente, quando houver suspeita razoável de ter cometido uma infracção, ou quando houver motivos razoáveis para crer que é necessário impedi-lo de cometer uma infracção ou de

⁵⁸ "Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma protecção mais ampla", art. 52.º, n.º 2.

se pôr em fuga depois de a ter cometido;

- d) se se tratar da detenção legal de um menor, feita com o propósito de o educar sob vigilância, ou da sua detenção legal com o fim de o fazer comparecer perante a autoridade competente;*
- e) se se tratar da detenção legal de uma pessoa susceptível de propagar uma doença contagiosa, de um alienado mental, de um alcoólico, de um toxicómano ou de um vagabundo;*
- f) se se tratar de prisão ou detenção legal de uma pessoa para lhe impedir a entrada ilegal no território ou contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição."*

Sendo que, em caso de detenção, a pessoa presa deve gozar dos direitos e protecções referidas nos números 2 a 5 do artigo 5.º, nomeadamente o direito de ser informada das razões da sua detenção e de qualquer acusação formulada contra si, o direito de ser apresentada imediatamente a um Juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais, o direito a ser julgada num prazo razoável, ou posta em liberdade durante o processo, o direito de recorrer e o direito de ser indemnizada.

2.1.3.3. Protecção em caso de afastamento, expulsão ou extradição (art. 19.º)

Outro artigo, essencial para o nosso estudo, é o artigo 19.º da Carta referente à "*Protecção em caso de afastamento, expulsão ou extradição*"⁵⁹.

⁵⁹ Assim, CARRERA, S., DEN HERTOOG, L., GUILD, E. e PARKIN, J., "Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights and its Impact on EU Home Affairs Agencies Frontex, Europol and the European Asylum Support Office", Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2011, pp. 53-55.

O n.º 1 deste artigo estabelece que "*são proibidas as expulsões colectivas*". Este ponto tem um sentido e um âmbito iguais aos do artigo 4.º do Protocolo n.º 4 à CEDH no que respeita às expulsões colectivas⁶⁰, Protocolo este que não foi ratificado nem pela Grécia nem pelo Reino Unido, sendo que, no entanto, a Grécia deve respeitar este preceito uma vez que se encontra vinculada à CDFUE.

Esta proibição tem como objectivo garantir que cada decisão seja objecto de uma análise específica e que não seja possível decidir, através de uma medida única, expulsar todas as pessoas que tenham a nacionalidade de um determinado Estado⁶¹.

O n.º2 deste artigo, que incorpora a jurisprudência relevante do TEDH relativa ao artigo 3.º da CEDH⁶², decorre do princípio de não repulsão e estabelece que "*ninguém pode ser afastado, expulso ou extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito a pena de morte, a tortura ou a outros tratos ou pena desumanos ou degradantes*". Neste sentido, o Tribunal estabelece pela primeira vez, no acórdão do TEDH, de 7 de Julho de 1989, Soering contra Reino Unido, que um Estado pode ser responsabilizado se decidir expulsar ou

⁶⁰ "Proibição de expulsão colectiva de estrangeiros: São proibidas as expulsões colectivas de estrangeiro", art. 4.º do Protocolo n.º 4 em que se reconhecem certos direitos e liberdades além dos que já figuram na Convenção e no Protocolo adicional à Convenção.

⁶¹ Nesse sentido, *ac. do TEDH, Conka c. Bélgica, de 5 de Fevereiro de 2002*: "le terme « expulsion collective » doit s'entendre de toute « mise en œuvre collective de mesures d'éloignement du territoire ». [...] Qu'il n'y a pas d'expulsion collective lorsque la situation de l'étranger requérant a fait l'objet d'un examen individuel et objectif lui permettant d'avancer ses arguments contre l'expulsion. [...] Il faut entendre par expulsion collective [...] toute mesure contraignant des étrangers, en tant que groupe, à quitter un pays, sauf dans les cas où une telle mesure est prise à l'issue et sur la base d'un examen raisonnable et objectif de la situation particulière de chacun des étrangers qui forment le groupe".

⁶² "Proibição da tortura: Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes", art. 3.º da CEDH.

extraditar uma pessoa para um Estado onde corra um risco sério de ser sujeita a pena de morte, a tortura ou a outros tratos ou pena desumanos ou degradantes⁶³.

Esta disposição é uma consequência lógica do artigo 4.º que proíbe a tortura e as penas ou tratos desumanos ou degradantes. Por fim, o n.º 2 do artigo 19.º dispõe que nenhuma restrição pode ou deve ser admitida⁶⁴ sendo que nenhum preceito deve ser interpretado no sentido de admitir situações que visem a destruição de um qualquer direito ou a aplicação de restrições não previstas na Carta⁶⁵.

2.1.3.4. Família (arts. 7.º, 9.º e 24.º)

A Carta, nos seus artigos 7.º e 9.º, protege a vida familiar de todos os indivíduos que se encontrem na UE⁶⁶.

Vejamos antes de mais o que engloba o conceito de "*vida familiar*" segundo a jurisprudência do TEDH. No acórdão *Marckx contra Bélgica*, de 13 de Junho de 1979, o

⁶³ Nesse sentido, *ac. do TEDH, Soering c. Reino Unido, 7 de Julho de 1989*: "[...] la Commission rappelle que d'après sa jurisprudence, une expulsion ou extradition peut soulever un problème au regard de l'article 3 de la Convention s'il existe des raisons sérieuses de croire que la personne en cause subira dans l'État de destination un traitement contraire à ce texte".

⁶⁴ A cláusula geral prevista no art. 51.º, n.º1 da Carta enuncia os quatro princípios para a restrição dos direitos fundamentais: 1.º - toda a restrição deve estar prevista na lei (princípio da legalidade), 2.º - toda a restrição tem de ser justificada pela salvaguarda de outro direito fundamental ou de outro interesse geral constitucionalmente protegido (princípio da fundamentação), 3.º - toda a restrição deve limitar-se ao mínimo necessário para alcançar o objetivo que a justifica (princípio da proporcionalidade), 4.º - nenhuma restrição pode aniquilar o direito em causa, devendo salvaguardar o seu conteúdo essencial (reserva do núcleo essencial), assim, MOREIRA, V., "Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia", in *Tratado de Lisboa – Anotado e Comentado*, LOPES PORTO, M. e ANASTÁCIO, G. (coord.), Almedina, 2012, p. 1404.

⁶⁵ d'étude des politiques européennes, 2011, p. 2.

⁶⁵ Assim, MOREIRA, V., "Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia", in *Tratado de Lisboa – Anotado e Comentado*, LOPES PORTO, M. e ANASTÁCIO, G. (coord.), Almedina, 2012, p. 1403.

⁶⁶ Assim, CARRERA, S., DEN HERTOOG, L., GUILD, E. e PARKIN, J., "Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights and its Impact on EU Home Affairs Agencies Frontex, Europol and the European Asylum Support Office", Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2011, pp. 53-55.

TEDH refere que a "*vida familiar*" engloba, pelo menos, a ligação entre parentes próximos⁶⁷, não sendo condição necessária o vínculo de sangue, devendo, no entanto, existir entre elas uma dependência económico-financeira⁶⁸ e comunhão de habitação⁶⁹. Este último requisito deve ser analisado caso a caso não devendo ser automaticamente, e sem outras considerações, aplicado⁷⁰.

O artigo 7.º da Carta é particularmente relevante em sede de expulsão de nacionais de países terceiros em situação irregular. Assim, e segundo a jurisprudência do TEDH que versa sobre este tema, a expulsão de um indivíduo que tenha constituído família num EM será apenas possível se estiver prevista na lei nacional, se esta for acessível às pessoas em questão, e se for suficientemente clara de forma a que o sujeito saiba que acções podem levar à

⁶⁷ Assim, "Aux yeux de la Cour, la "vie familiale" au sens de l'article 8 (art. 8) englobe pour le moins les rapports entre proches parents, lesquels peuvent y jouer un rôle considérable, par exemple entre grands-parents et petits-enfants. Le "respect" de la vie familiale ainsi entendue implique, pour l'État, l'obligation d'agir de manière à permettre le développement normal de ces rapports (cf., mutatis mutandis, le paragraphe 31 ci-dessus). Or l'épanouissement de la vie familiale d'une mère célibataire et de son enfant reconnu par elle peut se voir entravé si le second n'entre pas dans la famille de la première et si l'établissement de la filiation ne produit d'effets qu'entre eux deux".

⁶⁸ Nesse sentido, *ac. do TEDH, X e Y c. Reino Unido, de 15 de Dezembro de 1997*: "la Commission rappelle qu'elle a déjà estimé qu'en plus de la parenté par le sang, il doit exister certains liens entre des personnes pour que leurs relations puissent être considérée comme représentant une « une vie familiale ». [...] Ainsi, pour se prononcer sur l'existence ou l'absence d'une « vie familiale », la Commission a recherché, par exemple, si les personnes vivaient effectivement ensemble et s'il existait entre elles un rapport de dépendance pécuniaire".

⁶⁹ Nesse sentido, *ac. do TEDH, X e Y c. Suíça, de 14 de Julho de 1977*: "De l'avis de la Commission, les relations entre un père et ses enfants illégitimes sont toujours couvertes par le concept de vie familiale, au sens de l'article 8 de la Convention, alors qu'il n'en va pas nécessairement de même des relations extra-conjugales, même si des enfants en sont nés. La Commission ne nie pas que les relations extra-conjugales peuvent constituer « une vie familiale », au sens de la disposition précitée. En l'espèce, cependant, les requérants n'ont pas d'habitation commune et ils ne vivent pas ensemble en permanence, le premier requérant étant marié et habitant normalement avec sa famille à Munich. La Commission estime donc que les relations entre le premier requérant et la seconde requérante ne relèvent que de la « vie privée », au sens de l'article 8 de la Convention".

⁷⁰ São requisitos não exaustivos, devendo ser analisados caso a caso. Nesse sentido, *ac. do TEDH, Angela e Rodney Price c. Reino Unido, de 9 de Março de 1998*: "Cohabitation however is not a prerequisite for the maintenance of family ties which are to fall within the scope of the concept of « family life ». Cohabitation is one factor amongst many others, though often an important one, to be taken into account when considering the existence or otherwise of family ties". Também nesse sentido, *ac. do TEDH, Berrehab c. Holanda, de 28 de Maio de 1988*: "la cohabitation ne constitue pas une condition indispensable à l'existence d'une « vie familiale »".

execução de que medida⁷¹.

Por outro lado, o objectivo prosseguido pela expulsão deve ser "*legítimo*"⁷² e a expulsão ser a medida necessária e proporcional⁷³ para a realização desse mesmo objectivo.

⁷¹ Nesse sentido, *ac. do TEDH, Onur c. Reino Unido, de 17 de Fevereiro de 2009*: "Article 8 of the Convention: « 1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. 2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others. » [...] The Court recalls that, as Article 8 also protects the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world and can sometimes embrace aspects of an individual's social identity, it must be accepted that the totality of social ties between settled migrants and the community in which they are living constitutes part of the concept of «private life» within the meaning of Article 8. Regardless of the existence or otherwise of a «family life», the expulsion of a settled migrant therefore constitutes an interference with his or her right to respect for private life. It will depend on the circumstances of the particular case whether it is appropriate for the Court to focus on the «family life» rather than the « private life » aspect. [...] The Court reiterates that it has consistently held that the expression « in accordance with the law » requires first, that the impugned measure should have a basis in domestic law, but also refers to the quality of the law in question, requiring that it be accessible to the persons concerned and formulated with sufficient precision to enable them – if need be, with appropriate advice – to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail".

⁷² Estando por exemplo em causa a segurança pública.

⁷³ Assim, "In cases where one part of a family must leave the territory of the State Party while the other part would be entitled to remain, the relevant criteria for assessing whether or not the specific interference with family life can be objectively justified must be considered, on the one hand, in light of the significance of the State Party's reasons for the removal of the person concerned and, on the other, the degree of hardship the family and its members would encounter as a consequence of such removal.", Comunicação n.º 1222/2003 do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos do Homem, disponível em [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/0113f5475f622043c1256f71004cff09?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/0113f5475f622043c1256f71004cff09?Opendocument). Nesse sentido: *ac. do TEDH, Boultif c. Suíça, de 2 de Agosto de 2011*: "[...] article 8 de la Convention, dont le passage pertinent est ainsi libellé : « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie familiale [...], 2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. » [...] La Cour rappelle qu'il incombe aux Etats contractants d'assurer l'ordre public, en particulier dans l'exercice de leur droit de contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités, l'entrée et le séjour des non-nationaux. A ce titre, ils ont la faculté d'expulser les délinquants parmi ceux-ci. Toutefois, leurs décisions en la matière, dans la mesure où elles porteraient atteinte à un droit protégé par le paragraphe 1 de l'article 8, doivent se révéler nécessaires, dans une société démocratique, c'est-à-dire justifiées par un besoin social impérieux et, notamment proportionnées au but légitime poursuivi. [...] Aussi la tâche de la Cour consiste-t-elle à déterminer si le refus de renouveler l'autorisation de séjour du requérant en l'espèce a respecté un juste équilibre entre les intérêts en présence, à savoir, d'une part, le droit de l'intéressé au respect de sa vie familiale, et, d'autre part, la protection de l'ordre public et la prévention des infractions pénales. [...] Pour apprécier les critères pertinents en pareil cas, la Cour prendra en compte la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant, la durée de son séjour dans le pays d'où il va être expulsé, la période qui s'est écoulée depuis la perpétration de l'infraction ainsi que la conduite de l'intéressé durant cette période, la nationalité des diverses personnes concernées, la situation familiale du requérant, par exemple la durée de son mariage, et d'autres éléments dénotant le caractère effectif de la vie familiale d'un couple, le point de savoir si le conjoint était au courant de l'infraction au début de la relation familiale, la naissance d'enfants

Para que seja possível avaliar a necessidade de aplicação de uma medida de expulsão, devem ser tomados em consideração vários factores tais como - a natureza e gravidade da infracção cometida, - a duração da residência no território de um EM, - o tempo decorrido desde a infracção e a conduta do autor desta durante esse período, - as nacionalidades das pessoas em questão, - a situação familiar do sujeito, duração do matrimónio, por exemplo, - se o cônjuge estava informado sobre o crime quando constituiu família com o indivíduo em causa, - se existem filhos oriundos do casamento, e se assim for, a idade destes, - as dificuldades às quais o cônjuge e os filhos do casal poderão estar sujeitos no país para o qual o sujeito será expulso, e a - solidez dos laços sociais, culturais e familiares com o país de acolhimento e com o país de destino⁷⁴.

A nível nacional, a Lei n.º 29/2012, de 9 de Agosto de 2012, que procede à primeira alteração da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, que aprovou o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional, dispõe, no seu artigo

légitimes et, le cas échéant, leur âge. En outre, la Cour examinera tout autant la gravité des difficultés que risque de connaître le conjoint dans le pays d'origine de son époux ou épouse, bien que le simple fait qu'une personne risque de se heurter à des difficultés en accompagnant son conjoint ne saurait en soi exclure une expulsion".

⁷⁴ Assim, GUILD, E., "What fundamental rights for whose European Union citizens? ", in *L'Union Européenne après le Traité de Lisbonne: Visions de décideurs politiques, d'académiques et de journalistes*, Education and culture, 2010, pp. 157-158.

Nesse sentido, *ac. do TEDH, Ziya Uner c. Holanda, de 18 de Novembro de 2010*: "57. Même si, dans ces conditions, l'article 8 de la Convention ne confère pas à une quelconque catégorie d'étrangers un droit absolu à la non-expulsion, la jurisprudence de la Cour démontre amplement qu'il y a des circonstances dans lesquelles l'expulsion d'un étranger emporte violation de cette disposition [...]. Dans l'affaire Bouloufi précitée, la Cour a énuméré les critères devant être utilisés pour l'appréciation de la question de savoir si une mesure d'expulsion était nécessaire dans une société démocratique et proportionnée au but légitime poursuivi. Ces critères, qui se trouvent reproduits au paragraphe 40 de l'arrêt de la chambre, sont les suivants: - la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant; - la durée du séjour de l'intéressé dans le pays dont il doit être expulsé; - le laps de temps qui s'est écoulé depuis l'infraction, et la conduite du requérant pendant cette période; - la nationalité des diverses personnes concernées; - la situation familiale du requérant, et notamment, le cas échéant, la durée de son mariage, et d'autres facteurs témoignant de l'effectivité d'une vie familiale au sein d'un couple; - la question de savoir si le conjoint avait connaissance de l'infraction à l'époque de la création de la relation familiale; - la question de savoir si des enfants sont issus du mariage et, dans ce cas, leur âge; et - la gravité des difficultés que le conjoint risque de rencontrer dans le pays vers lequel le requérant doit être expulsé. 58. La Cour souhaite expliciter deux critères qui se trouvent peut-être déjà implicitement contenus dans ceux identifiés dans l'arrêt Bouloufi: - l'intérêt et le bien-être des enfants, en particulier la gravité des difficultés que les enfants du requérant sont susceptibles de rencontrer dans le pays vers lequel l'intéressé doit être expulsé; et - la solidité des liens sociaux, culturels et familiaux avec le pays hôte et avec le pays de destination."

135.º, que não podem ser expulsos do território nacional os nacionais de país terceiro em situação irregular que:

- *tenham nascido em território português e aqui residam* (art. 135.º, al. a)) habitualmente, existindo nestes casos uma maior ligação entre o cidadão estrangeiro e o território português. Nos termos da lei, o nacional de país terceiro pode até vir a adquirir a nacionalidade portuguesa sendo que a atribuição da nacionalidade, a chamada nacionalidade originária, não lhe está vedada. Nesse mesmo sentido, dispõe a alínea a) do artigo 36.º da Lei n.º 29/2012 que não pode ser recusada a entrada a cidadãos estrangeiros que tenham nascido em território português e aqui residam habitualmente sendo que, neste caso, "*se pretende proteger a situação de um residente que nasceu em Portugal, aqui foi criado e educado, que se integrou na sociedade portuguesa, criou o seu núcleo de relações e que, por isso mesmo, se identifica mais com Portugal do que porventura com o país da sua nacionalidade*"⁷⁵. Este limite respeita não só o artigo 33.º, n.º1 da CRP mas também os artigo 8.º da CEDH e 7.º da CDFUE;
- *tenham a seu cargo filhos menores de nacionalidade portuguesa ou estrangeira, a residir em Portugal, sobre os quais exerçam efectivamente as responsabilidades parentais e a quem assegurem o sustento e a educação* (art. 135.º, al. b)). Neste caso, não basta que exista uma relação familiar. É necessário que o migrante exerça efectivamente o poder paternal e assegure o sustento e educação do menor. Este limite

⁷⁵ In www.sef.pt.

visa salvaguarda os interesses do menor, nomeadamente a sua educação e sustento⁷⁶;

- *que se encontrem em Portugal desde idade inferior a 10 anos e aqui residam habitualmente* (art. 135.º, al. c)).

⁷⁶ Nesse sentido, *ac. do STJ, de 17 de Fevereiro de 2011* (Proc. 66/06.0PJAMD-A.S1): "1 - O recorrente fundamenta o seu pedido de revisão de sentença, no que respeita à condenação na pena acessória de expulsão, com afastamento do território nacional, na al. d) do n.º 1 do art. 449.º do CPP, sendo certo que o facto novo invocado (nascimento de um filho) teve lugar depois da sentença condenatória que se quer ver revista. 2 - Assim, parece claro que a revisão será de recusar, desde logo porque a referida al. d) utiliza a expressão "Se descobrirem novos factos ou meios de prova": a literalidade do preceito aponta para uma descoberta, e de uma realidade que embora existente era desconhecida. Não para uma realidade nova, moldada por factos entretanto acontecidos. 3 - Será ir longe demais atender, em nome da justiça, não apenas ao desconhecimento de factos que poderiam ter sido conhecidos à data da prolação da decisão, como também a uma situação sobrevinda depois da decisão, que obviamente o juiz não tinha que prever. Não fora assim, e estaria aberta a porta à invocação de um sem número de factos supervenientes, responsáveis pela criação de uma situação que se veio a revelar injusta. Tudo isso constituiria motivo de revisão, e abalaria de modo insuportável o efeito de caso julgado, ou seja, a segurança das decisões. 4 - A justiça da condenação não poderá confundir-se com a situação em que o condenado possa ter ficado depois da condenação, em virtude de factos sobrevividos ulteriormente; a essa situação posteriormente criada só poderá atender-se, a nosso ver, em sede de execução da pena, porque não é a decisão que se mostra injusta, é a execução da decisão que, face ao novo condicionalismo, se veio a revelar injusta. 5 - A CRP tanto estabelece a garantia de que os cidadãos portugueses não poderão ser expulsos do território nacional (art. 33.º, n.º 1), como garante também aos filhos o direito a não serem separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais e exigindo-se para tanto uma decisão judicial (art. 36.º, n.º 6). 6 - O direito à convivência, ou seja, o direito dos membros do agregado familiar a viverem juntos, não é "apenas um direito dos pais ou dos filhos portugueses, mas também dos filhos portugueses em relação ao progenitor estrangeiro ou deste em relação aos filhos portugueses", não sendo consentida outra interpretação com base nos princípios da equiparação e da igualdade. 7 - O TC declarou com força obrigatória geral, no Acórdão n.º 232/2004, a inconstitucionalidade material do art. 101.º, n.ºs 1, als. a), b) e c), e 2, do DL 244/98, na sua versão original, "na dimensão em que permite a expulsão de cidadãos estrangeiros que tenham a seu cargo filhos menores de nacionalidade portuguesa residentes em território nacional, por violação conjugada do disposto nos arts. 33.º, n.º 1 e 36.º, n.º 6 da Lei Fundamental", com fundamento de que "o cidadão estrangeiro que tenha os filhos a seu cargo, que com eles mantenha uma relação de proximidade, que contribua decisiva e efectivamente para o seu sustento e para o desenvolvimento das suas personalidades", tem o direito a não ser separado dos filhos, assim como os filhos têm o direito a não ser separados dos pais, salvo se estes não cumprirem os seus deveres fundamentais para com aqueles. 8 - A citada decisão do TC exige que o indivíduo a expulsar tenha os filhos a seu cargo, mantenha uma relação de proximidade com eles, ou contribua decisiva e efectivamente para o seu sustento e para o desenvolvimento das suas personalidades, e é a essa luz que se deverá interpretar, sendo o caso, a expressão do art. 135.º, al. b), da Lei 23/2007, de 04-07, "Tenham efectivamente a seu cargo". Por outras palavras, será preciso que a separação entre pai e filho redunde num prejuízo material ou psicológico significativo. 9 - No presente caso falece o condicionalismo de que a lei faz depender a admissibilidade do recurso de revisão, já que a previsão do art. 449.º, n.º 1, al. d), do CPP não admite que se dê relevância a factos supervenientes à decisão a rever. Seja como for, não é de excluir que a execução da pena acessória de expulsão, na altura de se efectivar, possa vir a revelar-se injusta. 10 - De acordo com o art. 138.º, n.º 4, al. d), do CEPMP, compete ao TEP determinar a execução da pena acessória de expulsão e, se na altura dessa decisão, se verificar a existência de um impedimento à sua execução, decorrente de facto superveniente à decisão condenatória, não determinará a expulsão, por impossibilidade legal. 11 - No caso em apreço, o TEP não poderá determinar a expulsão, se verificar que na altura em que a mesma vier a ter lugar o menor é português, e está efectivamente a cargo do arguido, ou o menor é estrangeiro, reside em Portugal e é o arguido que assegura o seu sustento e educação, exercendo sobre ele o poder paternal. Tudo, ponderando, evidentemente, o condicionalismo específico decorrente da situação de reclusão".

Estes limites à decisão de afastamento coercivo ou de expulsão deparam-se, no entanto, com três excepções. Assim, e embora tendo a seu cargo filhos menores, o nacional de país terceiro que se encontre em situação irregular poderá ser expulso quando a sua presença no território português represente um atentado à segurança nacional⁷⁷ ou à ordem pública⁷⁸ (art. 135.º), quando a sua presença ou actividades no País constituam ameaça aos interesses ou à dignidade do Estado Português ou dos seus nacionais (art. 134.º, n.º 1, al. c)) ou, por fim, quando existam sérias razões para crer que o estrangeiro em causa cometeu ilícitos criminosos, à luz do ordenamento jurídico em vigor, graves ou que tenciona cometer actos dessa natureza, designadamente no território da UE (art. 134.º, n.º 1, al. f)).

Por outro lado, é assegurada a protecção da família conforme disposto no n.º 1 do artigo 33.º da Carta assim como no artigo 10.º da Convenção sobre os Direitos da Criança, adoptada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de Novembro de 1989, artigo segundo o qual *"as crianças e os seus pais têm o direito de deixar qualquer país e entrar no seu para fins de reunificação ou para a manutenção das relações pais-filhos"*. Por outro lado, também o n.º 2 do artigo 3.º da Resolução do Conselho, de 26 de Junho de 1997, relativa aos menores não acompanhados, nacionais de países terceiros, dispõe que *"tendo em vista o reagrupamento, os EMs deverão esforçar-se por localizar, o mais cedo possível, os familiares dos menores não acompanhados ou por determinar o local de residência dos familiares, independentemente do seu estatuto jurídico e sem prejuízo dos méritos de um eventual pedido*

⁷⁷ "A condição da Nação que se traduz pela permanente garantia da sua sobrevivência em Paz e Liberdade, assegurando a soberania, independência e unidade, a integridade do território, a salvaguarda colectiva das pessoas e bens e dos valores espirituais, o desenvolvimento das funções do Estado, a liberdade de acção política dos órgãos de soberania e o pleno funcionamento das instituições democráticas", in www.sef.pt.

⁷⁸ "Ordem pública é locução que tem por fundamento definitivo um interesse fundamental da sociedade, portanto geral, que se pode manifestar pela importância na prevenção de danos sociais à tranquilidade (manutenção da ordem na rua, lugares públicos, etc.), da segurança (prevenção de acidentes, defesa contra catástrofes, prevenção de crimes) e da salubridade (águas, alimentos, etc.)", in www.sef.pt.

de residência".

Nesse sentido, e conforme referido anteriormente, também a lei portuguesa, desejando proteger a unidade familiar, considera que não podem ser expulsos os nacionais de país terceiro em situação irregular desde que estes tenham a seu cargo filhos menores de nacionalidade portuguesa ou estrangeira, a residir em Portugal sobre os quais exerçam efectivamente as responsabilidades parentais e a quem assegurem o sustento e a educação (art. 135.º). Por outro lado, uma disposição *a contrario* seria violadora de preceitos constitucionais tais como a garantia de não separação de pais e filhos (art. 36.º, n.º 6 da CRP). Imaginemos agora que o estrangeiro é expulso do território nacional e a ele regressa, ilegalmente, concebendo então um filho que, nos termos da lei, tem a nacionalidade portuguesa. *Quid juris?* A jurisprudência impõe neste caso, uma ponderação de interesses: o interesse da preservação da legalidade e o interesse em reservar a unidade familiar tendo em conta a relação estreita entre os seus membros⁷⁹.

⁷⁹ Nesse sentido, o *ac. 470/99 do Tribunal Constitucional, de 14 de Julho de 1999* (Proc. 535/98), deu prevalência à conservação dos laços familiares, assim "A medida de expulsão a ser decretada acessoriamente, em caso de condenação, pode implicar perda de direitos profissionais, civis e políticos que o estrangeiro porventura goze. [...] « nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos », princípio recolhido fielmente pelo legislador ordinário, no n.º 1 do art. 65º do Código Penal, impede o funcionamento de uma aplicação automática, meramente ope legis. [...] A garantia constitucional que consiste em os filhos não poderem, em princípio, ser separados dos pais, não constitui apenas um direito subjectivo dos próprios pais em não serem separados dos filhos - como se ponderou no acórdão n.º 181/97 - mas também um direito subjectivo dos filhos a não serem separados dos respectivos pais. As restrições, quando ocorrerem, apenas são possíveis mediante decisão judicial, nos casos expressamente previstos por lei e verificados os pressupostos expressamente previstos na Constituição: « quando se torne necessário salvaguardar os direitos dos menores por os pais não cumprirem os seus deveres para como eles ». Reconhece-se, por conseguinte, a natureza primordial e insubstituível da intervenção dos pais na tarefa de educação e acompanhamento dos filhos, só se justificando a separação ou afastamento de uns e outros em casos extremos, de irresponsabilidade ou negligência. [...] Nesta perspectiva, as razões de interesse e ordem pública que fundamentam a medida de expulsão deverão ser ponderadas em articulação com o interesse na conservação da unidade familiar, dado nem uns nem outro deverem ser tomados absolutamente. E o balanceamento que dos dois se fizer pode ditar a « inexecução específica » da medida judicialmente decretada".

Também nesse sentido, *ac. 181/97 do STJ, de 17 de Fevereiro de 1999* (Proc. 98P1453), que se refere à necessidade de residência ou coabitação dos filhos com o arguido estrangeiro, assim, "é inteiramente válido para a correspondente disposição do art. 34.º n.º1 do Decreto-Lei 15/93 atrás referido - a imposição a estrangeiro da pena de expulsão prevista neste último preceito não pode ter lugar como consequência automática da sua

Estreitamente associados ao princípio do respeito pela vida privada e ao direito de contrair casamento e de constituir família estão os direitos das crianças⁸⁰ que vêm referidos no artigo 24.º. Este artigo baseia-se na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, cujos aspectos mais relevantes assentam nos seguintes valores estruturantes:

- a não discriminação;
- a salvaguarda do interesse superior da criança;
- o acesso a serviços básicos e à igualdade de oportunidade;
- o respeito pela opinião da criança.

Analisemos então o artigo 24.º da CDFUE.

A primeira parte do n.º 1 do artigo 24.º dispõe que "*as crianças têm direito à protecção e aos cuidados necessários ao seu bem-estar*". Esta afirmação decorre do artigo 20.º da Convenção segundo o qual o Estado tem a obrigação de assegurar uma protecção especial à criança privada do seu ambiente familiar e de garantir que esta possa beneficiar de cuidados alternativos adequados ou da colocação em instituições apropriadas. Todas as medidas relativas a esta obrigação deverão ter devidamente em conta a origem cultural da criança.

condenação por qualquer dos crimes previstos no DL n.º 15/93 devendo ser sempre avaliada em concreto a sua necessidade e justificação. Também o TC no *ac. n.º 181/97, de 5 de Março* (Proc. 402/96) se pronunciou no sentido de julgar inconstitucional a norma constante do art. 34.º do DL n.º 15/93 de 22 de Janeiro, quando aplicável a cidadãos estrangeiros que tenham filhos menores de nacionalidade portuguesa com eles residentes em território nacional por violação das disposições conjugadas dos arts. 33.º n.º 1 e 36.º n.º 6 da CRP. Do que se expôs, resulta que a aplicação do disposto naquele art. 34.º (pena acessória de expulsão), não é de aplicação automática, sendo uma faculdade dada ao Tribunal e depende de uma apreciação concreta efectuada devendo para o efeito ser ponderados e equacionados vários factores e, dentre eles, merecem realce a situação familiar do arguido e do seu agregado, a dependência deste em relação àquele e o maior ou menor enraizamento do arguido no País. Isto posto vejamos o caso em apreço. O arguido recorrente é natural de Cabo Verde e encontra-se há cerca de nove anos nos Açores mantendo uma relação com uma companheira de quem tem dois filhos menores. Não tem antecedentes criminais. A família recebe subsídio de rendimento mínimo garantido. Resulta, assim, que o arguido está enraizado em Portugal, há perto de nove anos, onde constituiu família, pelo que a sua expulsão do território nacional teria repercussões nefastas no seu agregado familiar, designadamente nos filhos".

⁸⁰ É criança "todo o ser humano menor de 18 anos, salvo se, nos termos da lei que lhe for aplicável, atingir a maioridade mais cedo".

Por outro lado, o artigo 22.º da Convenção dispõe que deve ser dada especial protecção à criança refugiada ou que procure obter o estatuto de refugiada tendo o Estado a obrigação de colaborar com as organizações competentes que asseguram essa protecção. Neste sentido, foi adoptada uma Resolução do Conselho, em 26 de Junho de 2007, relativa a menores não acompanhados nacionais de países terceiros. Segundo o n.º 3 do artigo 2.º deste documento, *"os menores não acompanhados que, por força das disposições nacionais, devam permanecer na fronteira até que seja tomada uma decisão sobre a admissão no território ou o seu repatriamento, deverão receber todo o apoio material e assistência necessários à satisfação das suas necessidades básicas, tais como alimentação, alojamento adaptado à sua idade, instalações sanitárias e assistência médica"*. Assim, *"independentemente do seu estatuto jurídico, os menores não acompanhados deverão ter direito à protecção e aos cuidados essenciais necessários de acordo com o disposto na legislação nacional"*.

Por outro lado, a criança tem o direito de participar na sociedade podendo e devendo ser ouvida sobre questões que lhe digam respeito. As suas opiniões, conforme dispõe o artigo 12.º da Convenção, devem ser devidamente respeitadas e tidas em conta, tendo em atenção a sua idade e maturidade. Desta forma, a criança passa a ser um sujeito de pleno direito em vez de um objecto de direito, o que lhe confere um estatuto próprio que lhe permite defender os seus próprios direitos e interesses. Mais, dispõe o artigo 13.º que a criança goza de liberdade de expressão, podendo exprimir os seus pontos de vista, obter informações, dar a conhecer ideias e informações. Estes dois artigos foram retomados CDFUE, no n.º 1 do seu artigo 24.º.

O n.º 2 do artigo 24.º faz referência ao *"interesse superior da criança"* enquanto princípio moderador de todos os actos relativos às crianças, quer praticados por entidades públicas,

quer por instituições privadas. O artigo 3.º da Convenção faz também referência a este conceito dispondo assim que todas as decisões que digam respeito à criança devem ter plenamente em conta o seu interesse superior. O Estado deve garantir à criança cuidados adequados quando os pais, ou outras pessoas responsáveis por ela, não tenham capacidade para tal.

Por fim, o n.º 3 do artigo 24.º reflecte o disposto no artigo 9.º da Convenção. Assim, estes dois preceitos estabelecem que a criança beneficia do direito de viver com os seus pais a menos que tal seja considerado incompatível com o seu interesse superior. A criança tem também o direito de manter contacto com ambos os pais caso esteja separada deles, sendo que o Estado deve proteger a criança contra todas as formas de maus tratos por parte dos pais ou dos seus responsáveis e estabelecer programas sociais para a prevenção dos abusos e para tratar as vítimas (art. 19.º).

2.1.3.5. Direito a uma boa administração (art. 41.º)

Por fim, importa fazer uma breve referência ao artigo 41.º que estabelece o direito a uma boa administração⁸¹.

Embora este artigo esteja englobado no capítulo "Cidadania" da Carta, a verdade é que, sendo um princípio geral da UE, o direito aí contemplado deve ser aplicado a todos os sujeitos e não só àqueles que tenham a "*nacionalidade de um EM*" (art. 17.º TFUE). Desta forma, os

⁸¹ Assim, CARRERA, S.; DEN HERTOOG, L.; GUILD, E. e PARKIN, J., "Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights and its Impact on EU Home Affairs Agencies Frontex, Europol and the European Asylum Support Office", Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2011, pp. 55-56.

nacionais de países terceiros que se encontram em situação irregular devem também beneficiar deste direito⁸². No âmbito da Directiva 2008/115/CE, os nacionais de países terceiros em situação irregular podem ter acesso aos seus processos de forma a poderem defender-se com eficiência⁸³ podendo também obter assistência e representação jurídica de forma gratuita⁸⁴ se necessário⁸⁵.

2.1.3.6. A CDFUE e os acordos de readmissão

Como vimos, a CDFUE tornou-se, com a entrada em vigor do TL, vinculativa. Assim, todos os direitos nela consagrados, nomeadamente os direitos consagrados nos artigos 3.º, 4.º e 19.º, devem ser respeitados e contemplados por todas as iniciativas legislativas e políticas da UE.

Vimos também que, no âmbito da cooperação e parceria global, a UE tem competência para celebrar acordos com países terceiros para a readmissão, no país de origem ou de

⁸² Assim, "citizenship describes a process of accumulation of bundles of rights by people", MARSHALL, T.H., "Integration For Third-Country Nationals in the European Union – The Equality Challenge", Edited by Sonia Morano-Foadi and Micaela Malena, 2012, p. 9.

Assim, "As people within a territory and under an authority claim bundles of rights and as those claims become realized, citizenship is created and enacted", ISIN, E. e TURNER, B.S., "Handbook of Citizenship Studies", London: Sage, 2002, in *The European Union after the Treaty of Lisbon Fundamental Rights and EU Citizenship*, Elspeth Guild (ed.), July 2010, p. 5.

⁸³ Nesse sentido, *ac. do TEDH, Nolan e K. c. Rússia, de 12 de Fevereiro de 2009*: "the decision on the applicant's exclusion had not been communicated to him for more than three months and [...] he had not been allowed to submit reasons against his expulsion and to have his case reviewed with the participation of his counsel".

⁸⁴ Nesse sentido, *ac. do TEDH, M.S.S. c. Bélgica e Grécia, de 21 de Janeiro de 2011*: "Il [le Gouvernement Belge] indique que le requérant avait droit à l'aide juridique gratuite et à l'assistance judiciaire pour les frais de justice. Il [le requérant] ne devrait donc avoir engagé aucun frais".

⁸⁵ Condições previstas no art. 15.º, n.ºs 3 a 6 da Directiva 2005/85 do Conselho, directiva específica deste procedimento, relativa a normas mínimas aplicáveis ao procedimento de concessão e retirada do estatuto de refugiado nos Estados-Membros. Por outro lado, "the remedy shall be accessible, which implies in particular that, where the subject of the removal order does not have sufficient means to pay for necessary legal assistance, he/she should be given it free of charge, in accordance with the relevant national rules regarding legal aid" Comité de Ministros do Conselho da Europa no seu documento "Twenty Guidelines on Forced Return", Setembro 2005, Guideline 5, p. 20.

trânsito, de nacionais de países terceiros que não preencham ou tenham deixado de preencher as condições de admissão ou residência num ou mais EMs, segundo o disposto no n.º 3 do artigo 79.º.

No entanto, a UE assinou acordos de readmissão com países terceiros que não respeitam os direitos fundamentais dos seus cidadãos, não tendo aplicado os instrumentos internacionais fundamentais no sentido de reforçar o regime dos direitos humanos, nomeadamente a Convenção de Genebra de 1951.

É o caso do acordo celebrado em 7 de Outubro de 2010, com o Paquistão, país que assumiu novos compromissos internacionais para salvaguardar os direitos dos seus cidadãos mas onde ainda se recorre à tortura e outras formas de maus tratos, a detenções arbitrárias, assim como à pena de morte retencionista⁸⁶. O mesmo acontece com o acordo celebrado em 19 de Abril de 2007, com a Federação da Rússia, Estado onde ainda se recorre à tortura⁸⁷.

⁸⁶ Assim, o relatório anual 2010 da AI refere que "Nas zonas controladas pelos Taliban do Paquistão e grupos armados aliados, os civis foram vítimas de graves abusos, incluindo detenções arbitrárias, tortura e outras formas de maus-tratos, ausência quase total de devido processo judicial, severas restrições à liberdade de expressão e de reunião, discriminação religiosa e étnica, bem como violência e discriminação contra as mulheres e raparigas. Aumentou a violência contra as minorias, com o governo a não ser capaz de impedir os ataques nem de punir os perpetradores. [...] Dezenas de detidos foram torturados até à morte ou assassinados, e registaram-se outras execuções extrajudiciais por entre um clima de impunidade generalizada para este tipo de violações. [...] O trabalho infantil, a violência doméstica, os abusos sexuais e os casamentos forçados de raparigas para resolver disputas continuaram. O governo raramente tomou medidas para travar estes abusos ou para garantir a punição dos perpetradores. [...] A Comissão dos Direitos do Homem do Paquistão registou 276 novas sentenças de morte, elevando para 7700 o número de pessoas no corredor da morte", relatório disponível em http://www.amnistia-internacional.pt/files/relatorioanual/Paises_resumo/Paquistao.pdf.

⁸⁷ Assim, o relatório anual 2010 da AI refere que "Defensores dos direitos humanos, advogados e jornalistas foram ameaçados e atacados, e alguns foram mortos. A polícia não investigou devidamente estes crimes, persistindo o clima de impunidade. Foram relatados cada vez mais abusos dos direitos humanos no Cáucaso Norte. Em vários casos, suspeitos criminais foram alegadamente sujeitos a tortura e outras formas de maus-tratos para obter confissões. As autoridades russas não investigaram devidamente as violações dos direitos humanos cometidas pelas forças armadas durante o conflito com a Geórgia, em Agosto de 2008. Mantiveram-se as preocupações relacionadas com a incapacidade de garantir o cumprimento dos padrões de julgamento justo. Responsáveis governamentais denunciaram o racismo, mas continuaram regularmente a registar-se ataques racistas", relatório disponível em http://www.amnistia-internacional.pt/files/relatorioanual/Paises_resumo/Russia.pdf.

2.1.3.7. Os mecanismos de garantia e protecção dos direitos fundamentais elencados na Carta

Apesar de a Carta beneficiar do mesmo valor jurídico que os Tratados, quais os mecanismos de garantia e protecção dos direitos fundamentais elencados nela? Existirá já uma adequada articulação entre as normas declarativas dos direitos e as normas instituidoras de mecanismos de garantia, articulação essa da qual dependerá a efectiva protecção dos direitos fundamentais? Até hoje a resposta a estas questões é negativa. A introdução de uma CDFUE vinculativa no panorama europeu foi positiva mas continua bastante limitada. Efectivamente, é necessário existir um tribunal, dotado de jurisdição obrigatória e ao qual os titulares dos direitos alegadamente violados possam, por iniciativa directa, recorrer.

Por outro lado, a Carta é apenas aplicável às instituições europeias no respeito pelo princípio da subsidiariedade, não podendo alargar as competências e as funções que lhe são conferidas pelos Tratados.

Por fim, o Protocolo relativo à Aplicação da CDFUE à Polónia e ao Reino Unido, introduz a figura dos Privilégios de Exclusão restringindo a interpretação da Carta pelo TJ e pelos tribunais nacionais relativamente à Polónia, ao Reino Unido e, futuramente, à República Checa, nomeadamente no que diz respeito aos direitos relativos à solidariedade, o que poderá representar uma via perigosa dos direitos a duas velocidades⁸⁸ pois os ordenamentos jurídicos destes três EMs não se encontram vinculados à Carta.

⁸⁸ Assim, DUARTE, M. L., Estudos sobre o Tratado de Lisboa, Coimbra, Almedina, 2010 p. 112.

A doutrina comunitária apresentou já diversas sugestões no sentido de aprofundamento dos mecanismos de protecção dos direitos fundamentais da UE, propondo, nomeadamente, uma formulação dos direitos fundamentais mais imperativa; a revisão do artigo 263º do TFUE, no tocante ao recurso de anulação, visando permitir a impugnação de actos jurídicos da União, ainda que gerais e abstractos, por iniciativa dos titulares dos direitos com fundamento na sua alegada violação; e sugerindo, finalmente, a inclusão da figura do Provedor de Justiça Europeu no elenco dos recorrentes institucionais do artigo 263º do TFUE.

Por outro lado, o PE convida a UE a prevenir e reduzir a imigração ilegal designadamente através de uma política de regresso eficaz, respeitando na íntegra os direitos fundamentais, assim como através da celebração de acordos de readmissão com os países de origem e de trânsito dos migrantes, e instaurando uma abordagem equilibrada para tratar a questão da migração legal e da imigração ilegal. Uma gestão adequada dos fluxos migratórios implica o aperfeiçoamento das medidas de combate à imigração ilegal e uma maior cooperação com os países terceiros em todas as áreas.

2.2. Inovações institucionais

2.2.1. Supressão das restrições relativamente às competências do Tribunal de Justiça

O TL introduziu alterações quanto à organização e às competências do TJUE (art. 19.º TUE).

Quanto à sua organização, e tendo desaparecido a dualidade entre pilar comunitário e pilares intergovernamentais⁸⁹, o hoje designado TJUE engloba todo o sistema jurisdicional da União e é composto por três jurisdições: o Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral⁹⁰ e os tribunais especializados⁹¹ (art. 19.º TUE). Quanto às modalidades de criação destes últimos, o TL prevê certas alterações. Assim, os tribunais especializados, aos quais deram lugar as secções adstritas ao antigo Tribunal de Primeira Instância (art. 220.º TCE), são agora criados segundo o processo legislativo ordinário⁹² e não por unanimidade. Até hoje foi apenas instituído o Tribunal da Função Pública.

Por outro lado, o artigo 281.º do TFUE, prevê a alteração do Estatuto do TJUE, fixado no Protocolo relativo ao Estatuto do TJUE, através do processo legislativo ordinário⁹³, quer a pedido do TJ e após consulta da Comissão, quer sob proposta da Comissão e após consulta do TJ. Por sua vez, a alteração do Estatuto dos juizes do TJ, que são nomeados por comum acordo pelos Governos dos EMs por 6 anos, e, desde a entrada em vigor do TL, após consulta

⁸⁹ Assim, "em primeiro lugar, a utilização da designação « Tribunal de Justiça da União Europeia » para abranger os vários tribunais da União pode ser explicada pelo desaparecimento da actual estrutura decorrente do TUE comportando uma dualidade entre pilar comunitário e pilares intergovernamentais, entre as Comunidades Europeias e a União Europeia.", RANGEL DE MESQUITA, M.J., "O sistema jurisdicional após o Tratado de Lisboa", disponível em <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/824-1353.pdf>, p. 4.

⁹⁰ Anteriormente designado por "Tribunal de Primeira Instância", "denominação materialmente desactualizada por força das competências que lhe tinham sido atribuídas pelo Tratado de Nice de conhecimento de recursos interpostos contra decisões do Tribunal da Função Pública", assim, DA CUNHA RODRIGUES, J. N. e ROBALO CORDEIRO, A. J., comentário ao art. 19.º, in *Tratado de Lisboa – Anotado e Comentado*, LOPES PORTO, M. e ANASTÁCIO, G. (coord.), Almedina, 2012, p. 97.

⁹¹ Assim, "com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 1 de dezembro de 2009, o art. 19.º, n.º 1, do TUE adotou a designação "Tribunal de Justiça da União Europeia" para aquele conjunto, denominando-se agora o primeiro dos três órgãos jurisdicionais simplesmente Tribunal de Justiça. O TPI, por seu lado, passou a denominar-se Tribunal Geral (TG). As câmaras jurisdicionais denominam-se agora tribunais especializados, ainda não tendo sido criado entretanto mais nenhum para além do TFPUE [Tribunal da Função Pública da União Europeia]", PIÇARRA, N., "Três Notas sobre a Identidade do Sistema Jurisdicional da União Europeia", disponível em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/np_MA_18017.pdf, p. 3.

⁹² Processo de co-decisão por maioria qualificada.

⁹³ "O processo legislativo ordinário consiste na adopção de um regulamento, de uma directiva ou de uma decisão conjuntamente pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, sob proposta da Comissão. Este processo é definido no art. 294.º, art. 289.º, n.º 1.

de um comité instituído por decisão do Conselho (255.º TFUE)⁹⁴, e dos advogados-gerais, 11 com a entrada em vigor do TL, continuam sujeitos à regra da unanimidade assim como o regime linguístico do TJ.

Com a entrada em vigor do TL foram também introduzidas alterações relativas às competências do TJUE. De facto, tendo a estrutura em pilares introduzida pelo Tratado de Maastricht desaparecido, deu-se um considerável alargamento das competência do TJUE. Assim, o n.º 3 do artigo 19.º traça o quadro geral dessas competências que compreendem todo o direito da União, incluindo o ELSJ, que englobava o terceiro pilar, domínio para o qual o TJ possui agora competência prejudicial genérica, e mesmo alguns aspectos relativos à PESC, matéria que englobava o segundo pilar, a menos que os Tratados disponham em contrário.

Quanto às limitações da sua competência no domínio do ELSJ, dispõe o artigo 276.º do TFUE que "*o TJUE não é competente para fiscalizar a validade ou a proporcionalidade de operações efectuadas pelos serviços de polícia ou outros serviços responsáveis pela aplicação da lei num EM, nem para decidir sobre o exercício das responsabilidades que incumbem aos EMs em matéria de manutenção da ordem pública e de garantia da segurança interna*". O legislador, numa verdadeira preocupação de respeito pelo princípio da subsidiariedade e tendo em conta a importância que estas matérias revestem para a soberania de cada EM⁹⁵, determinou que o TJ não é competente para fiscalizar as disposições supra referidas nem os actos adoptados com base nelas, não podendo, desta forma, deliberar sobre

⁹⁴ Comité, composto por sete pessoas escolhidas de entre os antigos membros das duas jurisdições, os membros dos tribunais supremos nacionais e juristas de reconhecida competência, um dos quais será proposto pelo Parlamento Europeu, encarregado de dar um parecer sobre a adequação dos candidatos ao exercício das funções de Juiz e de advogado-geral no Tribunal de Justiça e no Tribunal Geral.

⁹⁵ Assim, REDING, V., "Toutefois, dans un domaine aussi marqué par les processus intergouvernementaux et aussi sensible pour les souverainetés nationales, il a été nécessaire, pour les faire accepter, de prévoir des mécanismes compensatoires permettant aux États de sauvegarder leurs intérêts", in "Le traité de Lisbonne et l'espace de liberté, de sécurité et de justice", *L'Observateur de Bruxelles*, n.º 80, Abril de 2010, p. 12.

as operações policiais executadas por um EM nem sobre as responsabilidades dos EMs em matéria de manutenção da ordem pública e de garantia da segurança interna. Por outro lado, o TJ também não tem competência no domínio da cooperação judiciária em matéria penal, tampouco no domínio da cooperação policial. Assim, esta limitação poderá revestir uma importância primordial relativamente às competências do TJUE na apreciação dos actos da Europol e da Eurojust. Desta forma, "*no ELSJ a regra é a competência fiscalizadora daqueles tribunais, com as duas excepções*" previstas no artigo 276.⁹⁶ e sem prejuízo do disposto no Protocolo relativo à posição do Reino Unido e da Irlanda em relação ao ELSJ.

No domínio do ELSJ, são fiscalizáveis pela UE as políticas e actos dos EMs relacionados com os vistos, o asilo, a imigração e outras relativas à circulação das pessoas⁹⁷, sendo que, com a revogação do artigo 68.º do TCE, todos os órgãos jurisdicionais podem agora recorrer ao TJ, no quadro das duas vias de recurso aplicáveis neste contexto, a acção por incumprimento e o reenvio prejudicial, regulado no artigo 267.º e o qual se aplica agora sem reservas. De acordo com este artigo, o processo prejudicial é alargado aos actos adoptados pelos órgãos e organismos da União. O TJ pode interpretar e, a pedido dos juízes nacionais, fiscalizar a validade desses actos, a fim de lhes permitir, por exemplo, verificar a conformidade da sua legislação nacional com o direito da UE⁹⁸, havendo assim, sem dúvida, uma aplicação mais uniformizada da legislação comunitária em matéria de imigração.

⁹⁶ Assim, PIÇARRA, N., "Três Notas sobre a Identidade do Sistema Jurisdicional da União Europeia", disponível em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/np_MA_18017.pdf, p. 22.

⁹⁷ Nomeadamente a cooperação judiciária em matéria civil, o reconhecimento e a execução das decisões.

⁹⁸ Assim, MERLINO, M. e PARKIN, J., "Cadre des Droits fondamentaux et des Droits de l'Homme : Protection des immigrés clandestins dans l'UE", Centre for European Policy Studies (CEPS) – Centre d'étude des politiques européennes, 2011, p. 3, e também MERLINO, M. e PARKIN, J., "La migration clandestine en Europe : Les politiques de l'UE et l'écart en termes de droits fondamentaux", Centre for European Policy Studies (CEPS) – Centre d'étude des politiques européennes, 2011, p. 6.

Por outro lado, no âmbito da cooperação policial e judiciária em matéria penal, e como consequência da revogação do artigo 35.º do TUE, desaparece a reserva que, por um lado, fazia depender a competência prejudicial do TJ de declaração nesse sentido, por parte de cada um dos EMs, e, por outro lado, que, em caso de aceitação da competência, autorizava os EMs a restringi-la a decisões dos tribunais nacionais insusceptíveis de recurso.

Quanto às limitações, refere o artigo 275.º do TFUE que "*o TJUE não dispõe de competência no que diz respeito às disposições relativas à política externa e de segurança comum, nem no que diz respeito aos actos adoptados com base nessas disposições*". Assim, neste domínio, a regra geral continua a ser a da falta de competência fiscalizadora dos tribunais da UE. O TJUE não tem jurisdição sobre os actos adoptados ao abrigo dos artigos 23.º a 41.º do TUE, tal como não é competente para fiscalizar a aplicação das provisões gerais do Tratado no domínio da PESC. Por outro lado, e sendo os actos adoptados no quadro da PESC de natureza intergovernamental pretendendo assim à esfera da competência exclusiva dos governos dos EMs, os tribunais destes não podem reenviar, a título prejudicial, uma questão deste âmbito para interpretação pelo TJUE. Mais, o TJUE tampouco tem competência para apreciar a legalidade de actos adoptados pelo Conselho no quadro da PESC.

Existem no entanto duas excepções, que vêm previstas do artigo 275.º e que atribuem competência ao TJUE para fiscalizar, ainda que de forma limitada, a legalidade de alguns actos adoptados pelo Conselho no quadro da PESC. Desta forma, o TJ pode ser chamado a pronunciar-se, a título prejudicial, ou no quadro de recurso directo, sobre medidas que, tendo sido adoptadas no quadro da PESC, tenham, na realidade, um âmbito de aplicação que ultrapasse os objectivos dessa política, invadindo áreas da competência da UE. Assim, numa

preocupação de nítida delimitação entre o que releva da integração e o que releva da reserva inter-governamental, e de forma a controlar a boa observância do artigo 40.º do TUE que visa prevenir o "perigo de substituição", o TJ tem competência para observar se a base jurídica de uma medida adoptada no âmbito da PESC, é correcta ou se, pelo contrário, se inclui entre as competências atribuídas à UE, nomeadamente e tendo em conta o nosso estudo, as competências referidas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 3.º, n.ºs 2 e 3 do artigo 4.º, n.ºs 1, 3 e 4 do artigo 5.º, e, finalmente, no n.º 1 do artigo 6.º do TUE.

Por outro lado, o TJUE é competente para se pronunciar sobre acções de anulação interpostas por pessoas singulares e, deste modo, fiscalizar a legalidade de decisões que estabeleçam medidas restritivas contra pessoas singulares ou colectivas, aprovadas pelo Conselho⁹⁹, como por exemplo a violação dos direitos fundamentais. Assim, quando uma decisão é aprovada no âmbito da PESC, o Conselho pode completá-la adoptando, sob proposta conjunta da Comissão e do Alto Representante da União para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança, um regulamento baseado no artigo 215.º, n.º 2, do TFUE, contendo, em conformidade com o n.º 3, "*as disposições necessárias em matéria de garantias jurídicas*". Tal como o TJ esclareceu recentemente, o artigo 215.º, n.º 2, só pode ser utilizado como base jurídica quando uma decisão tomada no âmbito da PESC preveja a adopção de "*medidas restritivas relativamente a pessoas singulares ou colectivas, a grupos ou a entidades não estatais*", não tendo estas medidas que se "*limitar ao combate ao terrorismo, nem que se reportar unicamente aos movimentos de capitais e pagamentos*"¹⁰⁰.

⁹⁹ Assim, RANGEL DE MESQUITA, M.J., "O sistema jurisdicional após o Tratado de Lisboa", disponível em <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/824-1353.pdf>, p. 21.

¹⁰⁰ Assim, PIÇARRA, N., "Três Notas sobre a Identidade do Sistema Jurisdicional da União Europeia", disponível em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/np_MA_18017.pdf, p. 21.

Mais, sendo a CDFUE doravante juridicamente vinculativa e integrando o âmbito material dos Tratados, o seu principal instrumento de protecção é a via judicial. Cabe assim ao TJUE, enquanto órgão de "justiça constitucional"¹⁰¹ zelar pelo seu cumprimento e boa aplicação¹⁰², por intermédio dos mecanismos de anulação de normas ou de actos concretos e dos mecanismos da responsabilidade civil¹⁰³, sendo que o controlo em matéria de violação de direitos fundamentais é agora possível nos termos gerais previstos nos TUE e TFUE e relativamente aos próprios EMs quando aplicam o direito da União (art. 51.º da Carta)¹⁰⁴. Assim, se por um lado existe a possibilidade de recurso de qualquer pessoa interessada, existe, por outro, a possibilidade de impugnação abstracta da validade de qualquer acto por violação dos Tratados ou da Carta. Neste caso, e conforme estabelece o artigo 263.º do TFUE *"[...] o TJ é competente para conhecer dos recursos com fundamento em [...] violação dos Tratados ou de qualquer norma jurídica relativa à sua aplicação"*. A validade dos actos submetidos ao escrutínio do TJUE é pois, aferida consoante a sua conformidade, ou não, com os direitos elencados na Carta.

Existe também a possibilidade de um EM, das instituições da União ou das restantes pessoas jurídicas, singulares ou colectivas, suscitarem perante o Tribunal a ilicitude de uma omissão das instituições europeias na tomada das medidas necessárias para fazer cumprir a Carta, conforme dispõe o artigo 265.º. Segundo este artigo, os tribunais da UE têm

¹⁰¹ Assim, MOREIRA, V., "Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia", in *Tratado de Lisboa – Anotado e Comentado*, LOPES PORTO, M. e ANASTÁCIO, G. (coord.), Almedina, 2012, p. 1404.

¹⁰² Assim, BAKER, E. e HARDING, C., *From past imperfect to future perfect? A longitudinal study of the Third Pillar*, ELR, 2009, pp. 44 e 46.

¹⁰³ Assim, MOREIRA, V., "Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia", in *Tratado de Lisboa – Anotado e Comentado*, LOPES PORTO, M. e ANASTÁCIO, G. (coord.), Almedina, 2012, p. 1405.

¹⁰⁴ Assim, MERLINO, M. e PARKIN, J., "Cadre des Droits fondamentaux et des Droits de l'Homme : Protection des immigrés clandestins dans l'UE", Centre for European Policy Studies (CEPS) – Centre d'étude des politiques européennes, 2011, p. 3, e também, MERLINO, M.; PARKIN, J., "La migration clandestine en Europe : Les politiques de l'UE et l'écart en termes de droits fondamentaux", Centre for European Policy Studies (CEPS) – Centre d'étude des politiques européennes, 2011, p. 6.

competência para declarar a ilegalidade de uma abstenção de pronúncia imputável a uma instituição, a um órgão ou a um organismo da União. Por outro lado, as pessoas jurídicas, singulares ou colectivas, enquanto recorrentes não privilegiados, podem recorrer a esta figura desde que esteja em causa a omissão de um acto que, embora não sendo estes os destinatários do acto em causa, este lhes diga directa e individualmente respeito¹⁰⁵.

É no entanto de lamentar que figuras tais como o "recurso de âmparo" e a "queixa constitucional" continuem a não estar previstas na ordem judicial da UE.

Por outro lado, e conforme referimos anteriormente, o Reino Unido e a Polónia¹⁰⁶ beneficiaram de uma derrogação, da qual resulta que a Carta não torna extensiva a faculdade de o TJ ou de qualquer órgão jurisdicional desses dois EMs considerarem que as leis, regulamentos ou disposições, práticas ou acções administrativas são incompatíveis com os direitos ou os princípios fundamentais. Mais, os chefes de Estado e de Governo acordaram alargar no futuro esta derrogação à República Checa¹⁰⁷. Ora, poderá haver aqui uma limitação ao controlo jurisdicional pelo TJUE no entanto, estes EMs encontram-se "*vinculados à protecção dos direitos fundamentais por via do disposto no artigo 6.º do TUE, por via dos*

¹⁰⁵ Neste sentido, *ac. do TJ, E.N.U c. Comissão, de 16 de Fevereiro de 1993*: "Consequentemente, essa decisão mesmo se tivesse sido dirigida à Agência, diria directa e individualmente respeito à demandante que teria, assim, podido impugná-la perante o Tribunal de Justiça com fundamento no art. 146.º, segundo parágrafo, do Tratado".

¹⁰⁶ Protocolo anexo ao TFUE relativo à aplicação da CDFUE à Polónia e ao Reino Unido.

¹⁰⁷ Conclusões do Conselho Europeu de 20 e 30 de Outubro de 2009 indicam que o Protocolo relativo à aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia à Polónia e ao Reino Unido se aplica à República Checa. Assim, art. 1.º: "O Protocolo n.º 30, relativo à aplicação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia à Polónia e ao Reino Unido, aplicar-se-á à República Checa", disponível em http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/pt/ec/110910.pdf.

princípios gerais de direito e, nessa medida, sujeitos à jurisdição do TJUE em matéria de acção por incumprimento"¹⁰⁸.

Por outro lado, o TL, introduziu, na última parte do artigo 267.º do TFUE, uma disposição segundo a qual o TJ deve, caso uma questão prejudicial seja suscitada num processo pendente em qualquer órgão jurisdicional nacional relativamente a uma pessoa que se encontre detida (art. 267.º TFUE), decidir com a maior brevidade possível. Assim, no domínio do ELSJ, e seguindo uma comunicação do TJ de 3 de Março de 2008, este, impulsionado pelo Conselho, "*propôs a instituição de um novo tipo de tramitação: a tramitação prejudicial urgente*"¹⁰⁹. *[Tornou-se aplicável] a partir de 1 de Março de 2008, esta [permite] ao TJ apreciar num prazo consideravelmente mais curto as questões mais sensíveis relativas ao ELSJ, como as que se podem colocar, por exemplo, em situações de privação da liberdade, quando a resposta à questão colocada seja determinante para a apreciação da situação jurídica da pessoa detida ou privada de liberdade ou, no âmbito de um litígio relativo ao poder paternal ou à guarda de crianças, quando a competência do juiz chamado a julgar a causa nos termos do direito comunitário dependa da resposta à questão prejudicial*". Mais, o Regulamento de Processo do TJ, adoptado em 15 de Janeiro de 2008 prevê a possibilidade de recurso ao processo prejudicial de urgência conforme refere o seu artigo 104.º-B.

¹⁰⁸ Assim, RANGEL DE MESQUITA, M.J., "O sistema jurisdicional após o Tratado de Lisboa", disponível em <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/824-1353.pdf>, p. 24.

¹⁰⁹ Decisão do Conselho, de 20 de Dezembro de 2007, que altera o Protocolo relativo ao Estatuto do TJ e alterações ao Regulamento de Processo do TJ adoptadas pelo TJ em 15 de Janeiro de 2008.

Finalmente, continua a ser possível recorrer ao TJ sempre que estejam em causa acordos internacionais, como por exemplo acordos de readmissão. Em caso de parecer negativo do TJ, o acordo projectado não pode entrar em vigor, salvo alteração deste ou revisão dos Tratados (art. 218.º, n.º 11 TFUE). Este preceito tem por objectivo evitar as complicações que resultariam de impugnações judiciais relativas à compatibilidade com os Tratados de acordos internacionais que vinculam a União.

2.2.2. *Envolvimento mais intenso dos Parlamentos Nacionais*

O TL reconhece e reforça o papel dos PNs¹¹⁰ que, no respeito das atribuições das instituições europeias, estão agora mais envolvidos no trabalho da União¹¹¹. É assim reconhecido que estes "*contibuem activamente para o bom funcionamento da União*", no inovador artigo 12.º do TUE, exercendo o seu "*controlo sobre a acção dos respectivos Governos no tocante às actividades da UE*" (preâmbulo do Protocolo relativo ao papel dos PNs na UE). Este artigo, elenca, de forma genérica, as várias dimensões através das quais os PNs podem exercer a sua influência no processo político da UE.

Por outro lado, o TUE, no seu artigo 10.º, fazendo uma referência ao princípio da democracia representativa, reconhece que os Governos são democraticamente responsáveis perante os PNs. É assim reconhecido o direito de todos os cidadãos participarem na vida

¹¹⁰ O reforço do papel dos PN tornou-se evidentemente essencial durante as discussões que levaram à elaboração do Tratado de Lisboa, nomeadamente na Alemanha onde se temia que o novo Tratado desrespeitasse o princípio da subsidiariedade (ver Bundesrat, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Sanktionen gegen Personen, die Drittstaatsangehörige ohne legalen Aufenthalt beschäftigen, Drucksache 364/07, Ratsdok 9871/07, 06.07.07).

¹¹¹ Assim, DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., "Droit Fondamentaux et Citoyenneté Européenne", in *L'Union Européenne après le Traité de Lisbonne: Visions de décideurs politiques, d'académiques et de journalistes*, Education and culture, 2010, pp. 115.

democrática da União sendo que as decisões desta devem ser tomadas de forma tão aberta e tão próxima dos cidadãos quanto possível. Nesse sentido, a UE pretende aproximar-se cada vez mais do seu ideal, já expresso no Tratado de Amesterdão, nomeadamente o de "*incentivar uma maior participação dos PNs nas actividades da UE e reforçar a sua capacidade de exprimirem as suas opiniões sobre os projectos de actos legislativos da UE e sobre outras questões que para eles possam revestir especial interesse*"¹¹².

Por sua vez, o Protocolo relativo ao papel dos PNs na UE, define claramente os direitos e as obrigações dos PNs no quadro da União, quer se trate da sua informação, do controlo do princípio da subsidiariedade (Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade¹¹³ e da proporcionalidade), ou ainda, dos mecanismos de avaliação no quadro do ELSJ ou da revisão dos Tratados.

Vejamos então em que áreas o Tratado reforça o papel dos PNs.

O direito de informação¹¹⁴ foi alargado. Efectivamente, antes da entrada em vigor do TL, os PNs recebiam, "*prontamente*", os documentos de consulta da Comissão, designadamente os livros verdes, livros brancos e comunicações, e as propostas legislativas¹¹⁵. Com a entrada em vigor do TL, todas as propostas da UE são transmitidas aos PNs. Estes devem receber, ao

¹¹² Assim, SIDJANSKI, D., "Espace politique européen: la participation citoyenne", in *L'Union Européenne après le Traité de Lisbonne: Visions de décideurs politiques, d'académiques et de journalistes*, Education and culture, 2010, p. 135.

¹¹³ Assim, MÉNDEZ DE VIGO, I., "La Unión Europea después del Tratado de Lisboa y los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", in *L'Union Européenne après le Traité de Lisbonne: Visions de décideurs politiques, d'académiques et de journalistes*, Education and culture, 2010, p. 121.

¹¹⁴ "Sendo informados pelas instituições da União e notificados dos projectos de actos legislativos da União, de acordo com o Protocolo relativo ao papel dos PN na UE", art. 12.º, al. a).

¹¹⁵ Ponto I. Informações destinadas aos PN dos EMs, Protocolo relativo ao papel dos PN na UE – Tratado de Amesterdão.

mesmo tempo que as instituições comunitárias, nomeadamente o PE e o Conselho, "o programa legislativo anual [da Comissão Europeia] ou qualquer outro instrumento de programação legislativa ou de estratégia política" (Título 1, art. 1.º, e parágrafo 3.º do art. 2.º). O PE deve enviar os seus projectos legislativos directamente aos PNs (Título 1, art. 2.º, parágrafo 4.º). Quanto à Comissão, esta envia agora directamente aos PNs os seus "documentos de consulta" (Título 1, art. 1.º) assim como "os seus projectos de actos legislativos" (Título 1, art. 2.º, parágrafo 3.º) facultando assim aos PNs a possibilidade de zelar pela boa aplicação do princípio da subsidiariedade¹¹⁶. Por sua vez, o Conselho deve enviar a estas instituições nacionais "os projectos de actos legislativos emanados de um grupo de EMs, do TJ, do BCE ou do BEI" (Título 1, art. 2.º, parágrafo 5.º) assim como "as ordens do dia e os resultados das reuniões [do Conselho], incluído as actas das reuniões em que [o Conselho] delibere sobre projectos de actos legislativos" (Título 1, art. 5.º). Também o Tribunal de Contas deve "enviar o seu relatório anual [...], a título de informação, aos PNs" (Título 1, art. 7.º). Conforme referido no artigo 71.º do TFUE, é criado no Conselho um Comité Permanente que assegure na UE a promoção e o reforço da cooperação operacional em matéria de segurança interna sendo que os PNs serão periodicamente informados acerca desses trabalhos. Por outro lado, o lançamento, em 1 de Julho de 2006, do Inter-Parliamentary EU Information Exchange, também contribuiu para facilitar o acompanhamento do processo legislativo europeu na medida em que tornou possível o acesso directo à informação das acções desenvolvidas pelos outros PNs relativamente a cada uma das iniciativas legislativas, nomeadamente, saber se estes estão a acompanhar a proposta, que tipo de acompanhamento se

¹¹⁶ Assim, "Compte tenu de l'importance des principes de subsidiarité et de proportionnalité, le Conseil européen se félicite de l'initiative prise par la présidence autrichienne d'organiser une conférence sur la subsidiarité à St. Pölten les 18 et 19 avril 2006, dans le prolongement de la conférence qui a eu lieu l'an dernier à La Haye. Il convient d'examiner les idées exposées lors de ces conférences et d'encourager les futures présidences à faire progresser ces travaux.", in "Conclusões do Conselho Europeu, de 15 e 16 de Junho de 2006", ponto 37, disponível em http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/pt/ec/90122.pdf.

encontram a desenvolver e se o princípio da subsidiariedade está a ser respeitado. Neste sentido, e tendo em conta a relevância da cooperação entre EMs no âmbito do controlo e prevenção da imigração clandestina, o TL confere enorme importância à manutenção de relações estreitas entre os PNs dos EMs através de reuniões regulares e de uma cooperação interparlamentar (Título II do Protocolo relativo ao papel dos PNs na UE).

Os PNs passaram também a assumir novas responsabilidades enquanto garantes do princípio da subsidiariedade, conforme refere o n.º 3 do artigo 5.º do TUE, e da proporcionalidade, de acordo com os artigos 7.º e 8.º do Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade e os artigos 3.º e 6.º do Protocolo relativo ao papel dos PNs na UE, mediante o sistema de "*Alerta Prévio*" sendo que este controlo reforçado por parte dos PNs se aplica unicamente ao processo legislativo ordinário, processo em que o PE é co-legislador e o Conselho decide por maioria qualificada, e não quando o Conselho decide por unanimidade ou quando o PE apenas dispõe de competência consultiva¹¹⁷. De acordo com esta figura, os PNs dispõem de um prazo de 8 semanas¹¹⁸ a contar da data de envio do projecto legislativo, para dirigir aos "*presidentes do PE, do Conselho e da Comissão um parecer fundamentado*" expondo as razões pelas quais um projecto de acto legislativo não respeita o princípio da subsidiariedade, ou, por intermédio do Presidente do Conselho, aos "*Governos dos EMs dos quais emana o projecto de acto legislativo, ou, ainda, a outro órgão da UE do qual provem o projecto, sobre a conformidade das propostas legislativas com estes princípios*" (Título 1, art. 3.º, parágrafo 1) devendo pois, "*garantir o respeito pelo princípio da subsidiariedade, de acordo com os procedimentos*

¹¹⁷ Assim, PIÇARRA, N., "O Tratado de Lisboa e o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça", p. 12.

¹¹⁸ O prazo de adopção de projectos de actos legislativos foi alargado de 6 semanas para 8 semanas, Título 1, art. 4.º.

previstos no Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade" (art. 12.º, al. b) TUE, e art. 69.º TFUE). Todos os PNs podem agora defender a sua posição se considerarem que uma proposta legislativa não é da competência da UE, o que lhes permite assegurar que a UE não ultrapasse os limites das suas competências, interferindo em questões que seriam tratadas mais eficazmente a nível nacional, regional ou local.

Se, no âmbito do ESLJ, $\frac{1}{4}$ dos PNs, sendo que cada PN dispõe de 2 votos, considerar que uma determinada proposta legislativa não obedece ao princípio da subsidiariedade, apresentando objecções, a Comissão deverá reexaminá-la e decidir se a mantém, altera ou retira (Título 1, art. 3.º, parágrafo 1.º). É o chamado cartão "amarelo".

No âmbito do processo legislativo ordinário, caso a proposta legislativa seja contestada por maioria simples dos votos atribuídos aos PNs, por, designadamente, 28 votos, deve a Comissão rever a sua proposta. Se não o fizer, dar-se-á início a um procedimento específico. A Comissão deverá justificar o respeito pelo princípio da subsidiariedade, expondo as suas motivações num parecer fundamentado. Este parecer, em conjunto com os pareceres fundamentados dos PNs, será levado ao conhecimento do legislador, PE e Conselho para consideração. Se o Conselho, por maioria de 55%, ou o Parlamento, por maioria simples, considerar que a proposta não respeita a subsidiariedade, está será retirada. É o cartão "laranja".

Finalmente, o cartão "vermelho" refere que o TJUE é competente para se pronunciar sobre recursos com fundamento na violação do princípio da subsidiariedade, interposto por um

EM ou por ele transmitidos através do seu PN. Neste caso, os PNs podem recorrer ao TJUE indirectamente e caberá a cada EM, através do respectivo governo, notificar o Tribunal "*em conformidade com o seu ordenamento jurídico interno, em nome do seu PN*". Note-se porém, que o cartão vermelho pertence ao TJUE e não aos PNs o que preserva o núcleo essencial dos poderes de iniciativa legislativa da Comissão¹¹⁹.

Um PN pode também submeter ao TJ um recurso de anulação de um acto legislativo que alegadamente violar o princípio da subsidiariedade.

Mas vejamos antes de mais o que significa "*recurso de anulação*".

Os recursos de anulação correspondem à fiscalização da legalidade dos actos europeus mediante os quais o recorrente pode solicitar a anulação de um acto legislativo, de um acto destinado a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros, adoptado pelo Conselho, pela Comissão, pelo BCE, pelo PE ou pelo Conselho Europeu, e, também, de um acto, destinado a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros, adoptado por órgãos ou organismos europeus, ou ainda, de uma deliberação do Conselho de Governadores ou do Conselho de Administração do BEI.

O que dispõe o TL relativamente a este tipo de recurso ?

¹¹⁹ Assim, LOPES MARCELO, P., comentário ao art. 69.º, in *Tratado de Lisboa – Anotado e Comentado*, LOPES PORTO, M. e ANASTÁCIO, G. (coord.), Almedina, 2012, p. 377.

Relativamente aos recorrentes, o TL mantém a distinção entre requerente privilegiado¹²⁰ e requerente não privilegiado¹²¹. Quanto ao tipo de recurso, o Tratado mantém a figura dos recursos específicos que podem ser interpostos por determinados recorrentes¹²².

A grande inovação introduzida pelo TL prende-se com a nova competência dada aos PNs em sede de recurso. Estes podem agora interpor recursos de anulação contra os actos que considerem contrários ao princípio da subsidiariedade, dispondo para tal, conforme os restantes recorrentes, de um prazo de 2 meses, a contar a partir da data da publicação do acto em causa, da data da sua notificação ao recorrente ou da data em que o recorrente teve conhecimento do acto.

Por outro lado, no âmbito do ELSJ, o papel dos PNs extravasa o mero controlo do princípio da subsidiariedade conforme dispõe o artigo 12.º, alínea c), segundo o qual os PNs, participam "*nos mecanismos de avaliação da execução das políticas da União dentro desse mesmo espaço [ELSJ], nos termos do artigo 70.º do TFUE, e sendo associados ao controlo político da Europol¹²³ e à avaliação das actividades da Eurojust, nos termos dos artigos 88.º e 85.º do referido Tratado*".

¹²⁰ São recorrentes privilegiados os Estados-Membros, a Comissão, o Parlamento Europeu e do Conselho pois podem interpor um recurso de anulação perante o TJUE sem terem de demonstrar um interesse em agir.

¹²¹ São recorrentes não privilegiados os particulares que devem demonstrar um interesse em agir para solicitar a anulação de um acto europeu sendo que o acto impugnado deve ter incidência na situação pessoal do recorrente ou afectá-lo directa e individualmente.

¹²² O Tribunal de Contas, o Banco Central Europeu e o Comité das Regiões podem interpor recursos de anulação contra os actos europeus que atentem contra as suas prerrogativas assim como o Conselho de Administração do Banco Europeu de Investimento pode contestar as deliberações do Conselho de Governadores do Banco.

¹²³ Assim, PIÇARRA, N., "Direito da União Europeia: o espaço de liberdade, segurança e justiça", in Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL, ano x, n.º 19, 2010, disponível em www.fd.unl.pt, em particular pp. 11-12.

Assim, o TL reforça o papel dos PNs no acompanhamento das políticas da UE no ELSJ, não só em termos de subsidiariedade, mas da própria avaliação das políticas. De acordo com o artigo 70.º do TFUE, o Conselho pode adoptar medidas estabelecendo regras através das quais os EMs, em colaboração com a Comissão, procedem a uma avaliação objectiva e imparcial da execução, por parte das autoridades dos EMs, das políticas União em matéria de ELSJ. O PE e os PNs são informados dessa avaliação¹²⁴.

Mais, no domínio da segurança interna, foi criado um Comité Permanente que assegura a promoção e o reforço da cooperação operacional e fomentará *"a coordenação das acções das autoridades competentes dos EMs"* sendo o PE e os PNs periodicamente informados do trabalho desenvolvido, conforme dispõe o artigo 71.º do TFUE. Este dispositivo *"não prejudicará o exercício das responsabilidades que incumbem aos EMs em matéria de manutenção da ordem pública e de garantia da segurança interna"* (art. 72.º TFUE).

Os PNs encontram-se também associados às modalidades de controlo das actividades da Eurojust (art. 85.º TFUE) e Europol. Desta forma, dispõe o artigo 88.º TFUE, após referir qual a missão da Europol no seu n.º 1, que *"o PE e o Conselho, por meio de regulamentos adoptados de acordo com o processo legislativo ordinário, determinam a estrutura, o funcionamento, o domínio de acção e as funções da Europol"* e que *"esses regulamentos definem igualmente as modalidades de controlo das actividades da Europol pelo PE, controlo ao qual são associados os PNs"*. As acções da Europol devem assim ser conduzidas em articulação e com a anuência das autoridades nacionais territorialmente competentes, não

¹²⁴ Assim, MENDONÇA MENDES, A. C. e CANAS, comentário ao art. 12.º, in *Tratado de Lisboa – Anotado e Comentado*, LOPES PORTO, M. e ANASTÁCIO, G. (coord.), Almedina, 2012, p. 61.

podendo os seus agentes aplicar medidas coercivas, as quais revelam da exclusiva competência dos EMs. Mais, tendo em conta as funções da Europol, os PNs têm competência para avaliar as actividades desta agência, nomeadamente:

"a) a recolha, armazenamento, tratamento, análise e intercâmbio das informações transmitidas, nomeadamente, pelas autoridades dos EMs ou de instâncias ou países terceiros", e,

"b) a coordenação, organização e realização de investigações e de acções operacionais, conduzidas em conjunto com as autoridades competentes dos EMs ou no âmbito de equipas de investigação conjuntas, eventualmente em articulação com a Eurojust".

Quanto ao processo de revisão dos Tratados, dispõe a alínea d) do artigo 12.º que, estando em causa decisões que alterem todas ou parte das disposições da Parte III do TFUE, nomeadamente no domínio do ELSJ, é lhe aplicado o procedimento de revisão simplificado, desenvolvido no n.º 7 do artigo 48.º. Este preceito introduz o mecanismo da "*cláusula passerelle*". Nas decisões que requerem a unanimidade, como por exemplo o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais o que inclui a aproximação das disposições legislativas e regulamentares dos EMs (n.º 1, do art. 82.º), o Conselho Europeu pode decidir que estas modificações passem a ser decididas por maioria qualificada. Por outro lado, o Conselho Europeu pode determinar que as modificações em matéria de Direito da Família com incidência transfronteiriça, habitualmente sujeitas ao processo legislativo especial, possam ser adoptadas de acordo com o processo legislativo ordinário. Nestes dois casos, as iniciativas são comunicadas aos PNs que se podem opor no prazo de 6 meses, bastando a oposição de um deles para impedir a adopção da decisão. Desta forma, e embora a aprovação

dos EMs não seja necessária, a participação dos PNs assegura a legitimidade democrática interna e europeia do processo.

Assim, os PNs têm hoje direitos e obrigações no âmbito da UE, quer se trate da respectiva informação, do controlo da subsidiariedade, dos mecanismos de avaliação no contexto do ELSJ assim como da revisão dos Tratados, sendo directamente implicados no processo de decisão europeia. Por fim, a maior participação dos PNs reforça a legitimidade democrática da União pois os EMs e, conseqüentemente, os cidadãos europeus participam directamente no processo legislativo europeu num espírito de cooperação, cada vez mais estreita, essencial para concretização de um ELSJ e para a luta e prevenção da imigração clandestina.

3. RECENTES EVOLUÇÕES POLÍTICAS

3.1. O Pacto Europeu sobre a Imigração e o Asilo

No Pacto Europeu sobre a Imigração e o Asilo, adoptado em 15 de Outubro de 2008, o Conselho Europeu convidou as diversas instituições europeias¹²⁵ e os EMs a tomarem as decisões necessárias à aplicação do Pacto, tendo em vista o desenvolvimento de uma política comum de imigração e de asilo.

O Pacto Europeu sobre a Imigração e o Asilo assentou em cinco pilares :

- a organização da imigração legal, tendo em consideração as necessidades e capacidades de acolhimento de cada EM e favorecer a integração ;
- a luta contra a imigração ilegal, em especial assegurando um retorno efectivo dos imigrantes em situação ilegal ;
- a melhoria da eficácia do controlo de fronteiras;
- a construção de uma Europa do Asilo;
- a construção de uma parceria com países de origem e de trânsito ao serviço do seu desenvolvimento.

Todos estes pontos correspondiam a compromissos fundamentais sobre a imigração legal e a integração, a imigração ilegal, os controlos nas fronteiras, o asilo e a parceria com os países de origem e de trânsito¹²⁶ assumidos pelo Conselho.

¹²⁵ Parlamento Europeu, Conselho e Comissão.

¹²⁶ A Abordagem Global das Migrações, adoptada pelo Conselho Europeu em Dezembro de 2005, preconiza um tratamento global, integrado e equilibrado de todos os aspectos e de todas as fases do fenómeno migratório,

Tendo em conta o objecto do nosso estudo, analisaremos apenas o segundo e terceiro domínio de acção deste Pacto, nomeadamente a luta contra a imigração clandestina e o reforço da eficácia dos controlos nas fronteiras.

3.1.1. A Luta contra a imigração clandestina

O Pacto estabeleceu formas de lutar contra a imigração clandestina¹²⁷ sendo o principal compromisso o de assegurar o retorno dos estrangeiros em situação irregular ao seu país de origem ou a um país de trânsito. Assim, o Conselho Europeu reafirmou a sua determinação em lutar contra esta realidade mas respeitando sempre três princípios fundamentais.

O primeiro princípio consiste por um lado, no reforço da cooperação dos EMs e da Comissão com os países de origem e de trânsito, recorrendo, a título voluntário, e na medida do possível, a dispositivos comuns para assegurar o afastamento dos estrangeiros em situação irregular, tais como a identificação biométrica dos clandestinos e voos conjuntos, necessidade afirmada pelo Conselho, e, por outro lado, o reforço da cooperação entre os países de origem e de trânsito, no âmbito da Abordagem Global das Migrações, de forma a lutar contra a imigração ilegal e, em particular, conduzir uma política ambiciosa de cooperação policial e judiciária com esses países de forma a lutar contra as redes criminosas internacionais de

através do diálogo político e da cooperação operacional com os países terceiros de origem e trânsito dos fluxos migratórios, segundo um espírito de parceria e partilha de interesses e responsabilidades com a UE. Numa fase inicial as acções empreendidas no âmbito da abordagem global centravam-se em África e no Mediterrâneo, tendo-se depois alargado aos países vizinhos da UE para Leste e Sudeste.

¹²⁷ Relembrando sempre a importância do princípio de solidariedade e da partilha equitativa de responsabilidades entre Estados-Membros: "chegou o momento de dar um novo impulso – num espírito de responsabilidade mútua e de solidariedade entre os Estados-Membros", in Pacto Europeu sobre a imigração e o Asilo, p. 11, disponível em <http://register.consilium.europa.eu/pdf/pt/08/st13/st13440.pt08.pdf>.

contrabando de migrantes e de tráfico de seres humanos¹²⁸, e informar melhor as populações ameaçadas para evitar a ocorrência de tragédias, nomeadamente no mar.

O segundo princípio consiste no afastamento efectivo dos estrangeiros em situação irregular mas sempre na observância dos direitos fundamentais e no respeito pela dignidade das pessoas em causa, dando preferência ao retorno voluntário e havendo um reconhecimento das decisões de afastamento tomadas por outro EM.

Foram várias as medidas propostas no Pacto relativamente a este segundo princípio. Assim, estabeleceu-se que seria apenas legal proceder a regularizações caso a caso, no âmbito das legislações nacionais, por motivos humanitários e económicos. Por outro lado, o Conselho convidou os EMs a dotarem-se de dispositivos de incentivo no que se refere à ajuda ao retorno voluntário, e a informarem-se mutuamente a este respeito, tendo em vista, nomeadamente, prevenir o regresso abusivo à UE de pessoas que tenham beneficiado dessas ajudas. É também necessário que os EMs, no interesse dos próprios migrantes, lutem com firmeza contra as pessoas que explorem os estrangeiros em situação irregular, recorrendo, para tal, à aplicação de sanções dissuasivas e proporcionadas. Mais, o Conselho acordou dar plena aplicação às disposições comunitárias segundo as quais uma decisão de afastamento tomada por um EM deva poder ser aplicada em qualquer outro EM, sendo que, neste

¹²⁸ Segundo a Convenção Europol, alterada pelo Acto do Conselho de 27 de Novembro de 2003, o tráfico de seres humanos corresponde ao: "facto de submeter uma pessoa ao poder real e ilegal de outrem mediante o recurso à violência ou a ameaças, abuso de autoridade ou utilização de subterfúgios, nomeadamente com o objectivo de se dedicar à exploração da prostituição de outrem, a formas de exploração e de violências sexuais em relação a menores ou ao comércio ligado ao abandono de crianças".

contexto, a sua indicação no SIS¹²⁹ obriga os outros EMs a impedirem a entrada e a estadia da pessoa em causa no seu território.

No entanto, em 31 de Janeiro de 2006, no acórdão C-503/03, do TJ, foi decidido que "*ao recusar a entrada, no território dos Estados partes no Acordo relativo à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns, assinado em 14 de Junho de 1985 em Schengen, a H. Farid, bem como ao recusar a emissão de um visto para entrar neste território a H. Farid e a S. Bouchair, nacionais de um Estado terceiro, cônjuges de nacionais de um EM, unicamente com o fundamento de que essas pessoas estavam indicadas no SIS para efeitos de não admissão, sem ter previamente verificado se a presença destas pessoas constituía uma ameaça real, actual e suficientemente grave que afectasse um interesse fundamental da sociedade, o Reino de Espanha não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 1.º a 3.º da Directiva 64/221/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1964, para a coordenação de medidas especiais relativas aos estrangeiros em matéria de deslocação e estada justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública*". Fazendo uma breve referência à Directiva 64/221, relativa ao direito à livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos EMs,

¹²⁹ "As Partes Contratantes criarão e manterão um sistema de informação comum, a seguir denominado "Sistema de Informação Schengen", composto por uma parte nacional junto de cada uma das Partes Contratantes e por uma função de apoio técnico. O Sistema de Informação Schengen permitirá às autoridades designadas pelas Partes Contratantes, graças a um processo de consulta automatizado, disporem da lista de pessoas indicadas e de objectos, aquando dos controlos nas fronteiras e das verificações e outros controlos de polícia e aduaneiros efectuados no interior do país em conformidade com o direito nacional, bem como, apenas em relação à lista de pessoas indicadas a que se refere o art. 96.º, para efeitos do processo de emissão de vistos, da emissão de títulos de residência e da administração dos estrangeiros, no âmbito da aplicação das disposições da presente Convenção sobre a circulação das pessoas" e "tem por objectivo, de acordo com o disposto na presente Convenção, preservar a ordem e a segurança públicas, incluindo a segurança do Estado, bem como a aplicação das disposições da presente Convenção sobre a circulação das pessoas nos territórios das Partes Contratantes com base nas informações transmitidas por este sistema", in Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen de 14 de Junho de 1985 entre os Governos dos Estados da União Económica Benelux, da República Federal Alemanha e da República Francesa Relativo à Supressão Gradual dos Controlos nas Fronteiras Comuns, arts. 92.º e 93.º.

substituída pela Directiva 2004/38/CE, do PE e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, que se aplica aos nacionais de um EM que permanecessem ou que se dirigissem para outro EM quer para exercerem uma actividade assalariada ou não assalariada, quer na qualidade de destinatário de serviços bem como ao cônjuge e aos membros da família. De acordo com a Directiva 2004/38, os cidadãos da União conservam o estatuto de trabalhadores assalariados ou de trabalhadores independentes quando:

- não possam trabalhar por motivo de doença ou acidente, ou
- quando estejam em situação de desemprego involuntário devidamente registado e estejam inscritos como candidatos a emprego no serviço de emprego competente, ou
- quando frequentam um curso de formação profissional.

Por outro lado, possuem também o direito de residir num EM, por mais de 3 meses, as outras pessoas economicamente não activas desde que disponham de recursos financeiros suficientes para si próprias e para os membros da sua família, por forma a não serem um encargo para a assistência social do EM de acolhimento durante o período de residência e possuam uma cobertura completa de seguro de doença.

O terceiro e último princípio consiste na obrigação que todos os EMs têm de readmitir os seus nacionais em situação irregular no território de outro Estado.

O Conselho Europeu acordou assim celebrar acordos de readmissão com os países em relação aos quais tal seja necessário, seja no plano comunitário, seja no plano bilateral, de modo a que cada EM disponha dos instrumentos jurídicos necessários para assegurar o afastamento dos estrangeiros em situação irregular. Por outro lado, será avaliada a eficácia

dos acordos comunitários de readmissão. Os mandatos de negociação que não tenham tido seguimento deverão ser revistos e, por fim, os EMs e a Comissão concertar-se-ão estreitamente aquando da negociação dos futuros acordos de readmissão a nível comunitário.

3.1.2. O reforço da eficácia dos controlos nas fronteiras

Grande parte dos migrantes que residem ilegalmente na UE são cidadãos de países terceiros que entram no território da União, ao abrigo de um regime de isenção de visto¹³⁰ ou detentores de vistos de curta duração, mas que aqui se mantêm, por motivos económicos, após a expiração do visto¹³¹. Consequentemente, o local mais conveniente para impedir a imigração ilegal são as fronteiras externas da União, que assumiram importância redobrada após a abolição das fronteiras internas.

Sabemos que o controlo das fronteiras externas do Espaço Schengen, controlo esse que dá acesso a um espaço comum de livre circulação, é da competência de cada Estado signatário no tocante à parte de fronteira que lhe pertence. No entanto, e porque a UE é um espaço comum de livre circulação, não sendo o controlo fronteiriço efectuado exclusivamente no interesse do EM em cujas fronteiras se exerce mas no interesse de todos os EMs que suprimam o controlo nas fronteiras internas, é necessário que esta competência seja exercida

¹³⁰ 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, alterado por último pelo Regulamento n.º 1211/2010, de 15 de Dezembro de 2010.

¹³¹ Nestes casos é utilizada a expressão "overstayers".

num espírito de co-responsabilidade e de solidariedade¹³². Para o efeito, o Conselho Europeu convidou os EMs e a Comissão Europeia a:

- a) mobilizarem todos os meios ao seu dispor para assegurarem um controlo mais eficaz das fronteiras externas terrestres, marítimas e aéreas.

Foi nesse sentido criada, em 2004¹³³, a Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos EMs da UE. A agência Frontex tem por missão a coordenação da cooperação operacional entre os EMs, bem como a promoção da formação, investigação e desenvolvimento da actividade de vigilância das fronteiras externas. Esta agência define as normas de formação comuns para os guardas de fronteiras nacionais, promove a realização de análises de risco e acompanhamento de investigação relevante em matéria de controlo, a assistência operacional e técnica reforçada nas fronteiras externas e a organização de operações conjuntas de regresso, pois a gestão eficaz das fronteiras externas e de vigilância contribui para a luta contra a imigração clandestina. Dispõe o Regulamento (CE) n.º 863/2007 do PE e do Conselho, que estabelece um mecanismo para a criação de equipas de intervenção rápida nas fronteiras¹³⁴, que os EMs têm a possibilidade de solicitar o destacamento para os respectivos territórios, em situações excepcionais e urgentes, de equipas de intervenção rápida nas fronteiras para prestarem assistência às suas guardas de fronteira de forma temporária.

¹³² Nomeadamente quando um país membro da UE, pela sua situação geográfica, esteja exposto a um afluxo desproporcionado de migrantes e não possua os meios necessários para lutar contra esta situação.

¹³³ Regulamento (CE) n.º 2007/2004 do Conselho.

¹³⁴ Regulamento de 11 de Julho de 2007 que altera o Regulamento (CE) n.º 2004/2007 do Conselho no que se refere ao mecanismo para a criação de equipas de intervenção rápida nas fronteiras e que regulamenta as competência e tarefas dos agentes convidados.

- b) generalizarem, até 1 de Janeiro de 2012, e graças ao Sistema de Informação sobre Vistos (VIS), a emissão de vistos biométricos e a reforçar, sem demora, a cooperação entre os consulados dos EMs.

No âmbito da segurança interna, e mediante a acção do SEF¹³⁵, foi particularmente relevante o desenvolvimento de diversos instrumentos, dos quais se salientam o Sistema de Informação Schengen, que constitui um elemento essencial para o funcionamento do ELSJ, na medida em que contribui para a efectiva aplicação das disposições de livre circulação de pessoas e, para a cooperação policial e judiciária em matéria penal, a Europol, que, em sede de cooperação policial, tem como âmbito de actuação a prevenção do terrorismo, do tráfico de estupefacientes e de outras formas graves de criminalidade, em particular a organizada e relacionada com o tráfico de seres humanos e auxílio à imigração ilegal e a agência Frontex. Houve uma intensificação das parcerias internacionais no quadro da Frontex, da Europol e do Eurojust, visando aprofundar a luta contra a imigração clandestina e o tráfico de seres humanos.

- c) reforçarem a agência Frontex nos termos definidos nas conclusões do Conselho de Junho de 2008.

Assim, o Pacto sobre a Imigração e o Asilo pretendia dotar a Frontex, no respeito pelas funções e pelas responsabilidades que incumbem aos EMs, de meios que lhe permitam exercer plenamente a sua missão de coordenação no controlo das fronteiras externas da UE,

¹³⁵ "O Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF) é um serviço de segurança integrado no Ministério da Administração Interna que, no quadro da política de segurança interna, tem por objectivos fundamentais assegurar o controlo das pessoas nas fronteiras, dos estrangeiros em território nacional, a prevenção e o combate à criminalidade relacionada com a imigração ilegal e tráfico de seres humanos, promover, coordenar e executar as medidas e acções relacionadas com estas actividades e com os movimentos migratórios, gerir os documentos de viagem e de identificação de estrangeiros e proceder à instrução dos processos de pedido de asilo", in www.sef.pt.

fazer face a situações de crise e levar a cabo, a pedido dos EMs, as operações necessárias, sejam elas temporárias ou permanentes. Por outro lado, em 5 e 6 de Junho de 2008, o Conselho aprovou, numa óptica de reforço do papel e meios operacionais desta agência, conclusões sobre a gestão das fronteiras externas dos EMs da UE nas quais definiu as prioridades a curto e longo prazo e apurou os futuros desafios inerentes a um maior desenvolvimento da Frontex. Convidou também esta agência a considerar a possibilidade de estabelecer secções ou gabinetes especializados, em função da diversidade das situações, em particular para as fronteiras terrestres do leste e marítimas do sul, sendo que a criação desses gabinetes não deverá, em caso algum, comprometer a unicidade da Frontex, tal como disposto no artigo 16.º do Regulamento (CE) 2007/2004 do Conselho, de 26 de Outubro de 2004. Em 2010, o maior porto grego, Pireu, acolheu o primeiro gabinete regional da Frontex.

- d) aprofundar a cooperação com os países de origem ou de trânsito dos fluxos migratórios, tendo em vista reforçar o controlo da fronteira externa e lutar contra a imigração ilegal, aumentando a ajuda da UE para a formação e o equipamento dos funcionários responsáveis nesses países pelo controlo dos fluxos migratórios.

Por outro lado, muitos EMs adoptaram uma política mais rigorosa em matéria de regresso forçado, com vista a desencorajar possíveis migrantes ilegais. Assim, segundo o Relatório anual em matéria de imigração e asilo de 2010, em 2009, o número de nacionais de países terceiros em situação irregular detidos na UE elevou-se a cerca de 570 000, o que corresponde a 7% menos do que em 2008. Os EMs obrigaram ao regresso de cerca de 253 000 cidadãos de países terceiros, ou seja, 4,7% mais do que em 2008. Em 2010, 63%, o que representa aproximadamente 20 000, das travessias ilegais da fronteira para a UE foram detectadas no terceiro trimestre de 2010 na fronteira terrestre entre a Grécia e a Turquia.

Quanto ao reforço dos controlos nas fronteiras e da cooperação com países terceiros, este já deu provas da sua eficácia uma vez que foram assinados vários acordos de readmissão, que são acompanhados pelos comités conjuntos em matéria de admissão, e directrizes de negociação sobre acordos de parceria e de cooperação.

Ao nível da cooperação bilateral com a Espanha, evidenciou-se em 2010, no seguimento dos compromissos estabelecidos no Pacto, a criação dos Centros de Cooperação Policial e Aduaneira, que visam o reforço e ampliação da coordenação dos serviços incumbidos de missões policiais e aduaneiras desenvolvidas nas zonas fronteiriças, no sentido de garantir a segurança e a ordem pública, bem como a prevenção da criminalidade transfronteiriça e o terrorismo. A actuação destes centros incide, em especial, no intercâmbio de informação policial e na realização de operações policiais conjuntas.

- e) melhorar as modalidades e a frequência da avaliação Schengen, em conformidade com as conclusões do Conselho de 5 e 6 de Junho de 2008.

3.1.3. Lacunas

Como vimos, o Pacto Europeu sobre a Imigração e o Asilo representa um compromisso amplo para atingir uma política comum em matéria de imigração e asilo assente em cinco pilares, três dos quais dizem respeito à imigração, nomeadamente a organização da imigração legal tendo em conta as prioridades, as necessidades e as capacidades de acolhimento determinadas por cada EM, e o favorecimento da integração, mas também a luta contra a imigração ilegal, assegurando, nomeadamente, o retorno dos estrangeiros em situação

irregular ao seu país de origem ou a um país de trânsito e a criação de uma parceria global com os países de origem e de trânsito, promovendo sinergias entre migrações e desenvolvimento. No entanto, este texto possui várias lacunas.

Assim, e tal como foi exposto pela deputada do PE, Silvana Koch-Mehrin, o Pacto não foi suficientemente longe não sendo juridicamente vinculativo. Assim, *"cada país adopta a sua própria política, por exemplo, a nível da legalização de pessoas que não têm documentos legais. Continuamos sem ter uma política de imigração comum e direccionada em relação aos imigrantes de que precisamos. Estes assuntos deviam ter sido abordados, nem que fosse de uma forma geral, mas infelizmente tal não aconteceu"*¹³⁶.

Por outro lado, segundo a organização de Direitos Humanos, Human Rights Watch, o Pacto Europeu sobre a Imigração e o Asilo põe em causa o direito ao reagrupamento familiar assim como o tratamento médico dos migrantes, potenciando o risco de perseguição. A organização sublinhou também o aumento, em 30 milhões de euros, no orçamento de 2008, destinado ao controlo das fronteiras.

3.2. O Programa de Estocolmo – Uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos –

O Programa de Estocolmo, adoptado pelo Conselho Europeu de Dezembro de 2009, centra-se, em conformidade com os anteriores programas de Tampere e da Haia, nas

¹³⁶ Silvana Koch-Mehrin.

prioridades da UE para o EJLS para o período de 2010 a 2014, aplicando as novas disposições previstas no TL.

São elas:

- a promoção da cidadania e dos direitos fundamentais¹³⁷;
- a Europa do direito e da justiça;
- a Europa que protege;
- o acesso à Europa num mundo globalizado;
- a Europa da solidariedade;
- a Europa num mundo globalizado.

Assim, com o Programa de Estocolmo, o Conselho Europeu:

- solicitou à Comissão que, o mais tardar no início de 2010, apresente propostas no sentido de clarificar o mandato e reforçar o papel da Frontex;
- convidou a Frontex a ponderar, no âmbito do seu mandato, a criação de serviços regionais e/ou especializados;
- convidou a Comissão a lançar um debate sobre o desenvolvimento da Frontex a longo prazo, que incida sobre a viabilidade da criação de um sistema europeu de guardas de fronteira;
- convidou o Gabinete Europeu de Apoio em Matéria de Asilo¹³⁸ a desenvolver métodos que permitam determinar com mais exatidão quem tem necessidade de proteção internacional nos fluxos mistos, e a cooperar com a Frontex sempre que possível;

¹³⁷ Assim, GUILD, E., "What fundamental rights for whose European Union citizens? ", in *L'Union Européenne après le Traité de Lisbonne: Visions de décideurs politiques, d'académiques et de journalistes*, Education and culture, 2010, p. 151.

- considerou que importa melhorar o processo de avaliação do espaço Schengen, reforçando o papel da Frontex neste domínio; e
- convidou o Conselho e a Comissão a apoiarem o reforço das capacidades nos países terceiros, de modo a que possam controlar eficazmente as suas fronteiras externas.

O Conselho Europeu convidou ainda a Comissão a:

- apresentar propostas para um sistema de entrada/saída¹³⁹, juntamente com um programa acelerado de registo de viajantes;
- preparar um estudo sobre a possibilidade e utilidade de desenvolver um sistema europeu de autorizações de viagem¹⁴⁰, bem como a apresentar, eventualmente, propostas nesse sentido;
- continuar a analisar a questão dos controlos de fronteira automatizados e outras questões ligadas ao objetivo de uma gestão de fronteiras mais eficiente ;
- apelou ao desenvolvimento faseado do Sistema Europeu de Vigilância das Fronteiras¹⁴¹, nas fronteiras meridionais e orientais, e à exploração das possibilidades de um maior intercâmbio de informações e de uma maior cooperação entre as autoridades de guarda de fronteiras e outras autoridades de aplicação da lei no interior do território.

¹³⁸ Regulamento (UE) n.º 439/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio de 2010 criou um Gabinete Europeu de Apoio em matéria de Asilo.

¹³⁹ EES.

¹⁴⁰ ESTA.

¹⁴¹ EUROSUR.

O nosso estudo apenas versará sobre o quinto ponto do Programa de Estocolmo intitulado "*Uma Europa responsável, solidária e aberta a parcerias em matéria de migração e asilo*"¹⁴².

Embora o objectivo principal da UE seja o de desenvolver uma política comum de imigração, a verdade é que, conforme relembra o Conselho, esta política comum apenas será possível se for levada a cabo uma acção eficaz contra a imigração clandestina. Desta forma, o Programa de Estocolmo dispõe que a luta contra a imigração clandestina, mas também o combate ao tráfico de seres humanos, assim como a gestão integrada das fronteiras e a cooperação com os países de origem e de trânsito, com o apoio da cooperação policial e judiciária, continuam a ser uma prioridade.

Este documento político estabelece que, com a disponibilização dos recursos financeiros necessários e respeitando sempre o princípio de não repulsão e os direitos fundamentais, principalmente a dignidade das pessoas a repatriar, é necessário que os EMs intensifiquem os seus esforços para o retorno dos nacionais de países terceiros com residência ilegal para que seja desenvolvida uma política de regresso eficaz. Nesta matéria, o Programa dá uma vez mais prioridade ao regresso voluntário devendo este ser incentivado¹⁴³, sempre que possível, sendo assim necessário concluir acordos de readmissão eficazes e operacionais, a nível bilateral ou da União de forma a reforçar a eficiência das políticas de regresso. No entanto, o Programa não exclui a necessidade de haver, por vezes, um regresso compulsivo ou forçado

¹⁴² Existe novamente uma referência ao princípio da solidariedade e da partilha equitativa de responsabilidades entre os EMs: "Continua a ser um objectivo político essencial da União o desenvolvimento de uma política europeia em matéria de migração virada para o futuro e global, baseada na solidariedade e na responsabilidade".

¹⁴³ Regresso voluntário encorajado pela criação de sistemas de incentivo, pela oferta de formação, reintegração e subsídios e pelo recurso às possibilidades oferecidas pelos instrumentos financeiros existentes.

devido o EM em causa possuir meios eficazes¹⁴⁴ para tal. Mais, as decisões de repatriamento emitidas por um EM são aplicáveis em toda a União existindo assim um reconhecimento mútuo das decisões de repatriamento¹⁴⁵.

Por outro lado, o Programa volta a aludir à importância do princípio de solidariedade sendo que actores como a Comissão, a Frontex e os EMs devem, sempre que necessário e de forma voluntária, prestar assistência a um EM que não consiga assegurar a eficácia das suas políticas de regresso. É assim necessário que a cooperação efectiva entre os EMs seja intensificada, no que respeita, por exemplo, ao fretamento regular de voos conjuntos de repatriamento financiados pela Frontex, à verificação da nacionalidade dos cidadãos de países terceiros sujeitos ao repatriamento, e à obtenção de documentos de viagem junto de países terceiros.

Por fim, o Programa tenciona controlar a efectiva transposição para os diversos direitos nacionais das Directivas 2008/115 e 2009/52, Directiva relativa a normas e procedimentos comuns nos EMs para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular, e, Directiva que estabelece normas mínimas sobre sanções e medidas contra os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular, respectivamente.

¹⁴⁴ Como por exemplo a identificação biométrica dos clandestinos, o fretamento regular de voos conjuntos de repatriamento e o reconhecimento mútuo das decisões de expulsão, todos já previstos em legislação da União Europeia.

¹⁴⁵ Para que tal seja possível as proibições de entrada devem ser registadas no Sistema de Informação de Schengen (SIS) facilitando assim o intercâmbio de informações essencial para o bom funcionamento do espaço de liberdade, de segurança e de justiça. A cooperação prática entre os EMs é assim essencial. Por outro lado, as informações operacionais sobre qualquer incidente na fronteira externa devem ser objecto de intercâmbio em tempo real entre EMs vizinhos. É esta a finalidade do Sistema Europeu de Vigilância das Fronteiras (EUROSUR), que está a ser progressivamente desenvolvido desde 2008.

Assim, o programa definiu as prioridades da UE em matéria de migração, nomeadamente no âmbito da imigração clandestina, tais como o desenvolvimento de uma Abordagem Global da UE à Migração, baseada em políticas eficazes para combater a imigração ilegal, numa política de retorno eficaz e sustentável, na celebração de acordos de readmissão, e na protecção especial para menores não acompanhados.

Convém, no entanto, referir que este programa voltou a não englobar os nacionais de países terceiros em situação irregular nos "*grupos vulneráveis*" o que tornaria a protecção dos direitos fundamentais destes uma prioridade da política comunitária. Ao invés, o programa centrou-se nos direitos dos cidadãos da União¹⁴⁶, fazendo alusão à insegurança que gera a imigração clandestina, que é considerada como uma ameaça, e a luta que deve ser travada contra esta¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Assim, MERLINO, M. e PARKIN, J., "La migration clandestine en Europe : Les politiques de l'UE et l'écart en termes de droits fondamentaux", Centre for European Policy Studies (CEPS) – Centre d'étude des politiques européennes, 2011, pp. 11-12.

¹⁴⁷ Assim, GEBHARDT, D., "Irregular migration and the role of local and regional authorities" in *Assessing EU Policy on Irregular Immigration under the Stockholm Programme*, CARRERA, S.; MERLINO, M. (eds), Centre for European Policy Studies (CEPS), Centre d'étude des politiques européennes, Out. 2010, pp. 15-18.

4. INSTRUMENTOS LEGISLATIVOS MAIS RECENTES E DESENVOLVIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

4.1. A Directiva 2008/115/CE

4.1.1. *Antecedentes*

Foram adoptadas numerosas medidas legislativas e não legislativas na sequência do Plano de Acção em matéria de regresso de Novembro de 2002. No contexto da cooperação no domínio do regresso foram adoptadas a Directiva 2003/110/CE do Conselho, de 25 de Novembro de 2003, relativa ao apoio em caso de trânsito para efeitos de afastamento por via aérea e a Decisão 2004/573/CE do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa à organização de voos comuns para o afastamento, representam os primeiros marcos jurídicos importantes.

A Directiva 2001/40/CE do Conselho, de 28 de Maio de 2001, relativa ao reconhecimento mútuo das decisões de afastamento de nacionais de países terceiros, em conjugação com a Decisão 2004/191/CE do Conselho que estabelece os critérios e as modalidades práticas da compensação dos desequilíbrios financeiros decorrentes da aplicação daquela Directiva, prevê um quadro jurídico para o reconhecimento mútuo das decisões de afastamento. Assim, segundo o artigo 7.º da Directiva, "*os EMs procederão à compensação mútua dos desequilíbrios financeiros que possam resultar da aplicação da presente directiva, sempre que o afastamento não se possa efectuar a expensas do ou dos nacionais de um país terceiro*".

No que diz respeito à dimensão financeira do regresso, a Comissão propôs, conforme referido anteriormente, a criação de um Fundo Europeu de Regresso para o período de 2008 a 2013 no âmbito do programa geral "*Solidariedade e gestão dos fluxos migratórios*". As acções preparatórias de 2005-2007 ajudaram a introduzir progressivamente este instrumento financeiro.

Assim, a legislação comunitária no domínio do regresso limitava-se, até então, a determinados aspectos escolhidos pelos EMs tais como a organização de voos comuns para o afastamento, na já mencionada Decisão 2004/573 do Conselho, o apoio em caso de trânsito para efeitos de afastamento por via aérea¹⁴⁸ e o reconhecimento mútuo de decisões de afastamento¹⁴⁹.

4.1.2 Conteúdo

A Directiva 2008/115 do PE e do Conselho, de 16 de Dezembro de 2008, relativa a normas e procedimentos comuns nos EMs para o regresso de nacionais de países terceiros¹⁵⁰

¹⁴⁸ Directiva 2003/110/CE do Conselho de 25 de Novembro de 2003, relativa ao apoio em caso de trânsito para efeitos de afastamento por via aérea.

¹⁴⁹ Directiva 2001/40/CE do Conselho de 28 de Maio de 2001, relativa ao reconhecimento mútuo de decisões de afastamento de nacionais de países terceiros.

¹⁵⁰ **Noção de "nacional de país terceiro"**: uma pessoa que não seja cidadão da União, na acepção do n.º 1 do art. 17.º do Tratado, "[...] É cidadão da União qualquer pessoa que tenha a nacionalidade de um EM. [...], art. 17.º, n.º 1), e que não beneficie do direito comunitário à livre circulação nos termos do art. 2.º do Código das Fronteiras Schengen (art. 3.º, n.º 1).

Noção de "Beneficiários do direito comunitário à livre circulação": a) Os cidadãos da União, na acepção do n.º 1 do art. 17.º do Tratado, bem como os nacionais de países terceiros membros da família de um cidadão da União que exerçam o seu direito à livre circulação no território da UE, [...]; b) Os nacionais de países terceiros e membros das suas famílias, independentemente da sua nacionalidade que, por força de acordos celebrados entre a Comunidade e os seus EMs, por um lado, e esses países terceiros, por outro, beneficiem de direitos em matéria de livre circulação equivalentes aos dos cidadãos da União (art. 2.º, n.º 5 do Regulamento (CE) n.º 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).

em situação irregular¹⁵¹, qualquer que seja o motivo da irregularidade da sua situação¹⁵², foi elaborada após um amplo processo de consulta lançado pelo Livro Verde de 2002.

Esta Directiva pretendia estabelecer um conjunto de normas, comuns, claras, transparentes e equitativas em matéria de regresso¹⁵³, afastamento¹⁵⁴, recurso a medidas coercivas, prisão preventiva e readmissão¹⁵⁵, dispondo que os estrangeiros em situação irregular no território dos EMs devem abandonar esse território sendo que cada EM se compromete a assegurar a aplicação efectiva desse princípio (n.º 1, art. 6.º), na observância do direito e no respeito pela dignidade das pessoas em causa, dando preferência ao retorno voluntário¹⁵⁶, reconhecendo, por outro lado, as decisões de retorno tomadas por um outro EM.

Analisemos então a Directiva em questão.

No segundo capítulo deste instrumento legislativo, intitulado "*Termo da situação irregular*", é estabelecido um procedimento harmonizado em duas fases para pôr termo à

¹⁵¹ **Noção de "situação irregular"**: a presença, no território de um EM, de um nacional de país terceiro que não preencha ou tenha deixado de preencher as condições de entrada previstas no art. 5.º do Código das Fronteiras de Schengen ou outras condições aplicáveis à entrada, permanência ou residência nesse EM (art. 3.º, n.º 2).

¹⁵² Esta pode ser devida ao termo de validade do visto ou de uma autorização de residência, ao cancelamento ou retirada da autorização de residência, à decisão final negativa sobre um pedido de asilo, à retirada do estatuto de refugiado, à entrada ilegal, ...

¹⁵³ **Noção de "regresso"**: o processo de retorno de nacionais de países terceiros, a título de cumprimento voluntário de um dever de regresso ou a título coercivo: - ao país de origem; - a um país de trânsito, ao abrigo de acordos de readmissão comunitários ou bilaterais ou de outras Convenções, ou - a outro país terceiro, para o qual a pessoa em causa decida regressar voluntariamente e no qual seja aceite (art. 3.º, n.º 3).

¹⁵⁴ **Noção de "afastamento"**: a execução do dever de regresso, ou seja, o transporte físico para fora do EM (art. 3.º, n.º 5).

¹⁵⁵ Assim, AVRIL, P., "L'Europe harmonise sa lutte contre les clandestins", Le Figaro, 05 Jun. 2008, disponível em www.lefigaro.fr.

¹⁵⁶ **Noção de "partida voluntária"**: cumprimento do dever de regressar no prazo fixado pela decisão de regresso (art. 3.º, n.º 8).

situação irregular: uma decisão de regresso¹⁵⁷ num primeiro momento e, se necessário, uma medida de afastamento num segundo momento.

É assim conferida prioridade ao princípio do regresso voluntário (art. 7.º), tendo este um prazo¹⁵⁸ que pode ser, sempre que necessário, estendido pelos EMs, conforme estabelece o n.º 2 do artigo 7.º.

Caso o nacional de um país terceiro em situação irregular não regressar de forma voluntária e, quando exista um risco de fuga¹⁵⁹ por parte deste, ou, caso ponha em risco a segurança nacional¹⁶⁰ ou ainda, caso tenha sido indeferido um pedido de permanência regular, o EM em causa executará a obrigação de regresso através de uma medida de afastamento, conforme estabelecido no artigo 8.º, devendo esta respeitar o princípio da transparência¹⁶¹, da proporcionalidade, não excedendo o uso razoável da força, e de não repulsão assim como os direitos humanos e dignidade das pessoas¹⁶². O recurso a medidas coercivas deve assim, ser limitado, encontrar-se vinculado ao princípio da proporcionalidade e estabelecer garantias mínimas para a conduta no quadro de regressos forçados. Caso contrário a decisão de afastamento poderá ser adiada (art. 9.º).

¹⁵⁷ **Noção de "decisão de regresso"**: uma decisão ou acto administrativo ou judicial que estabeleça ou declare a situação irregular de um nacional de país terceiro e imponha ou declare o dever de regresso (art. 3.º, n.º 4) .

¹⁵⁸ "A decisão de regresso deve prever um prazo adequado para a partida voluntária, entre 7 e 30 dias" (art. 7.º, n.º 1).

¹⁵⁹ **Noção de "risco de fuga"**: a existência num caso concreto de razões, baseadas em critérios objectivos definidos por lei, para crer que o nacional de país terceiro objecto de um procedimento de regresso pode fugir (art. 3.º, n.º 7).

¹⁶⁰ Neste caso pode também ser alargada a interdição de readmissão.

¹⁶¹ A norma prevê um conjunto mínimo de garantias processuais. Assim, o fundamento de facto e de direito do afastamento deve sempre ser exposto por escrito (art. 12.º).

¹⁶² Assim, MERLINO, M. e PARKIN, J., "Cadre des Droits fondamentaux et des Droits de l'Homme : Protection des immigrés clandestins dans l'UE", Centre for European Policy Studies (CEPS) – Centre d'étude des politiques européennes, 2011, p. 4.

Por outro lado, uma decisão de regresso tem de ser acompanhada de uma proibição de entrada¹⁶³ sempre que "*não tenha sido concedido qualquer prazo para a partida voluntária*" ou nos casos em que "*a obrigação de regresso não tenha sido cumprida*" (art. 11.º, n.º 1) a não ser que esteja em causa uma vítima de tráfico humano ou um nacional de país terceiro objecto de uma acção de auxílio à imigração ilegal, e a quem tenha sido concedido um título de residência¹⁶⁴. A duração da proibição é determinada tendo em conta todas as circunstâncias relevantes no caso concreto, não podendo exceder os 5 anos a não ser que o nacional de país terceiro "*[constitua] uma ameaça grave para a ordem pública, a segurança pública ou a segurança nacional*" (art. 11.º, n.º 2) e podendo ser revogada ou suspensa pelo EM em causa sempre que o nacional de país terceiro consiga provar que respeitou a decisão de regresso que recaía sobre si.

O capítulo III, "*Garantias processuais*", constitui um ponto importante para a defesa dos direitos do imigrante ilegal¹⁶⁵ contra o qual foi emitido uma decisão de regresso, pois prevê um efectivo recurso judicial contra as decisões de regresso e medidas de afastamento.

Assim, o nacional de país terceiro, que poderá beneficiar de assistência e representação jurídica gratuita (art. 13.º, n.ºs 3 e 4), pode recorrer da decisão das autoridades competentes, tendo este recurso jurisdicional efeito suspensivo (art. 13.º, n.ºs 1 e 2). Por outro lado, estas decisões podem ser reapreciadas pelas autoridades competentes.

¹⁶³ Este instrumento, estabelecido no art. 11.º, pretendia ter um impacto preventivo e reforçar a credibilidade de uma verdadeira política europeia em matéria de regresso.

Noção de "proibição de entrada": uma decisão ou acto administrativo ou judicial que proíbe a entrada e a permanência no território dos EMs durante um período determinado e que acompanha uma decisão de regresso (art. 3.º, n.º 6).

¹⁶⁴ Os EMs podem decidir não emitir uma proibição de entrada por razões humanitárias (art. 11.º, n.º 3).

¹⁶⁵ Assim, MERLINO, M. e PARKIN, J., "*Cadre des Droits fondamentaux et des Droits de l'Homme : Protection des immigrés clandestins dans l'UE*", Centre for European Policy Studies (CEPS) – Centre d'étude des politiques européennes, 2011, p. 4.

Por fim, no seu quarto capítulo, "*Detenção para efeitos de afastamento*", a Directiva estabelece a possibilidade de se recorrer à detenção preventiva¹⁶⁶.

Esse recurso à detenção preventiva deve no entanto ser limitado e respeitar o princípio da proporcionalidade. Assim, os EMs só podem manter detidos, em centros de detenção especializados¹⁶⁷, nacionais de países terceiros objecto de procedimento de regresso "*a fim de preparar o regresso e, ou, efectuar o processo de afastamento*" e, apenas e unicamente, quando "*[não] possam ser aplicadas com eficácia outras medidas suficientes mas menos coercivas*" (art. 15.º, n.º 1).

Por outro lado, e numa preocupação de enquadramento desta medida excepcional, a norma estabelece garantias e condições mínimas no quadro da detenção preventiva para efeitos de afastamento, respeitando assim os direitos fundamentais que são princípios gerais do direito comunitário e do direito internacional. Assim, a aplicação desta medida deve ser regularmente reapreciada por uma autoridade judicial (art. 15.º, n.º 3), devendo ser limitada no tempo¹⁶⁸ e poderá apenas ser ordenada, por escrito e de maneira fundamentada, por quem tem poderes para o efeito¹⁶⁹, devendo o nacional de país terceiro em causa ser imediatamente

¹⁶⁶ Quando existir risco de fuga ou quando o nacional do país terceiro em causa evitar ou entravar a preparação do regresso ou o procedimento do afastamento (art. 15.º, n.º 1).

¹⁶⁷ Condições de detenção, art. 16.º: - em centros especializados (n.º 1); - os detidos podem contactar os seus representantes legais, os seus familiares e as autoridades consulares competentes (n.º 2); - devem ser prestados cuidados de saúde urgentes e tratamentos básicos de doenças às pessoas vulneráveis (n.º 3); - as organizações e órgãos relevantes podem visitar estes centros (n.º 4); - os detidos são informados acerca dos seus direitos e deveres (n.º 5).

Noção de "pessoas vulneráveis": menores, menores não acompanhados, pessoas com deficiência, idosos, grávidas, famílias monoparentais com filhos menores e pessoas que tenham sido vítimas de tortura, violação ou outras formas graves de violência psicológica, física ou sexual (art. 3.º, n.º 9).

¹⁶⁸ "Cada EM fixa um prazo limitado de detenção, que não pode exceder os 6 meses" (art. 15.º, n.º 5). É possível, em certos casos expressamente previstos na Directiva, estender o prazo de detenção a mais 12 meses (art. 15.º, n.º 6).

¹⁶⁹ "A detenção é ordenada por autoridades administrativas ou judiciais" (art. 15.º, n.º 2).

libertado em caso de detenção ilegal. Estas garantias e condições são ainda mais importantes quando se trata de um menor (art. 17.º).

Este instrumento legislativo representa mais um passo no sentido de uma política comunitária global em matéria de imigração e de asilo sendo assim necessário proceder à aproximação e reforço da cooperação em matéria de regresso entre os EMs mas também com os países terceiros. Não foi por acaso que tal matéria, pela sua importância, tenha sido "regulada" pela figura jurídica da Directiva. De facto, este instrumento é utilizado principalmente no âmbito da harmonização das legislações nacionais e, embora caracterizada pela sua flexibilidade de utilização deixando aos EMs a liberdade de escolherem os meios para alcançar o objetivo que fixa, estabelece uma obrigação de resultado, sendo obrigatória e vinculativa.

Por outro lado, fixou uma interpretação comum, mais ou menos clara, dos termos mais relevantes em sede de imigração clandestina, tais como os conceitos de regresso, afastamento, risco de fuga, prisão preventiva, interdição de entrada, pessoa vulnerável, entre outros, limitando deste modo o poder discricionário dos EMs e a adopção de abordagens, conceitos e definições nacionais, que diferem de Estado para Estado, relativamente a cada uma destas noções.

**4.1.3. A Lei n.º 29/2012, de 9 de Agosto e a transposição da Directiva
2008/115 para a ordem jurídica interna**

A nível nacional, a Lei n.º 29/2012, de 9 de Agosto, que procede à primeira alteração à Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, que aprovou o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional, estabelece que são fundamentos para o afastamento de estrangeiros do território nacional:

- a) *a entrada ou permanência ilegal do nacional de país terceiro no território português* (art. 134.º, n.º 1, al. a)).

Considera-se "*entrada irregular*" aquela que é realizada sem que estejam reunidas as condições legais necessárias para tal¹⁷⁰, ou quando o estrangeiro declara um fim para a sua entrada em território nacional, diferente daquele que, efectivamente, o traz a Portugal¹⁷¹. Esta tanto pode ser detectada pelas autoridades no momento em que o estrangeiro pretende passar pelo posto de fronteira como poderá ser detectada posteriormente. O cidadão estrangeiro pode ter entrado irregularmente no território português por diversas razões. Assim, pode não ter entrado pelos postos fronteiriços (art. 6.º), pode não ter sido submetido aos controlos fronteiriços (art. 6.º), pode não deter os documentos necessários à entrada legal no território nacional (arts. 9.º e 10.º) ou pode ter operado a entrada quando esta lhe estava recusada (art. 32.º, n.ºs 1 e 2).

¹⁷⁰ Podem ser irregularidades com a própria autorização: falta ou caducidade do visto; ou do próprio passaporte: caducidade ou falsidade do documento; interdição de entrada no Espaço Schengen.

¹⁷¹ Casos em que o estrangeiro tem uma autorização legal para entrar em território nacional e reúne todas as condições legais para tal, mas apresenta fortes indícios de que o fim que pretende com a sua estadia em Portugal não corresponde ao fim que declarou para obter a sua autorização.

A "*permanência irregular*", por sua vez, engloba todas as situações em que o estrangeiro está irregularmente em Portugal, apesar de, em princípio, ter entrado regularmente em território nacional ¹⁷². A permanência ilegal superveniente pode surgir em caso de cancelamento de visto (art. 70.º), de cancelamento de autorização de residência (art. 85.º), de permanência sem obtenção de prorrogação (art. 71.º) ou sem renovação de autorização de residência temporária (art. 78.º).

b) *sempre que o nacional de país terceiro atente contra a segurança nacional, ou ordem pública* (art. 134.º, n.º 1, al. b)).

Neste caso expulsa-se o estrangeiro que, embora permaneça regularmente em Portugal, possui uma conduta que colocou em causa a segurança nacional, a ordem pública ou os bons costumes. Assim, e embora o estrangeiro em questão se encontre licitamente em Portugal, é-lhe aplicada uma medida de expulsão do território nacional em virtude das suas condutas. O afastamento de estrangeiros do território nacional só será justificável enquanto sanção das condutas que lesem gravemente, quer relativamente aos valores ofendidos, quer relativamente aos efeitos produzidos, a segurança nacional e a ordem pública, ambos valores constitucionalmente consagrados. Não é, pois, qualquer ilícito que justifica a medida de expulsão. Pelo contrário, terá de estar em causa um ilícito grave, que coloque em causa a segurança nacional e a ordem pública de forma igualmente grave. O legislador não enuncia o que entende por "*ações suficientemente graves*" no n.º 3 do artigo 151.º. Esta lacuna é particularmente relevante quanto à referência feita aos "*bons costumes*" uma vez que estes não são princípios fundamentais da sociedade e tampouco serão conhecidos pelo cidadão de

¹⁷² Situações de caducidade da autorização para permanecer em Portugal; prossecução de fins diferentes dos permitidos pela autorização que foi requerida e concedida para entrar legalmente em Portugal.

país terceiro. Por outro lado, é necessário que haja mais que uma mera suspeita, possibilidade ou até probabilidade.

- c) *quando a presença ou actividades do nacional do país terceiro no país constituam ameaça aos interesses ou à dignidade do Estado Português ou dos seus nacionais (art. 134.º, n.º 1, al. c)).*

Esta ameaça pode ser devida à simples "presença" do nacional de país terceiro. Assim, segundo o SEF, "o sujeito, [...], deixa de ser interessante ao país que o acolheu pelas mais diversas razões: políticas, de comportamento anti-social ou anti-humanitário no país de origem ou nos Estados Nacionais onde tenha anteriormente estado, etc. O que abstractamente se antevê na previsão normativa é a ocorrência de um conhecimento "a posteriori" ou superveniente da verdadeira condição do indivíduo"¹⁷³. Esta ameaça pode também ser consequência de actividades do nacional de país terceiro. Mais uma vez o legislador não define aqui o que entende por "*actividades que constituam ameaça aos interesses ou à dignidade do Estado português ou dos seus nacionais*";

- d) *quando o nacional de país terceiro interferir de forma abusiva no exercício de direitos de participação política reservados aos cidadãos nacionais (art. 134.º, n.º 1, al. d)), respeitando assim o disposto nos artigos 48.º a 52.º da CRP;*
- e) *quando o nacional de país terceiro tenha praticado actos que, se fossem conhecidos pelas autoridades portuguesas, teriam obstado à sua entrada no País (art. 134.º, n.º 1, al. e)).*

¹⁷³ In www.sef.pt.

Esta última alínea abrange, quer as situações em que o estrangeiro iludiu a Administração para, de forma fraudulenta, entrar e permanecer em Portugal, quer através da ocultação da prática de factos que, se fossem do conhecimento das autoridades competentes, estes lhe impediriam de obter a autorização para entrar e permanecer em território nacional. Neste caso não se trata de um problema na entrada do estrangeiro, uma vez que este entrou em território nacional com uma autorização válida, nem se trata de um problema de boa ou má conduta do estrangeiro em Portugal. A entrada e a permanência do estrangeiro em Portugal são efectivamente válidas, tanto formal como materialmente. No entanto, este ocultou, com a sua conduta, factos que teriam impedido a emissão da autorização legal para entrar em Portugal, sendo este acto de logro da Administração que é punível com a expulsão. Assim, em sede de exemplo, podemos referir o caso em que um cidadão, tardiamente inscrito no SIS, conseguiu entrar legalmente em território nacional.

- f) *quando existam sérias razões para crer que o nacional de país terceiro cometeu actos criminosos graves ou que tenciona cometer actos dessa natureza, designadamente no território da UE* (art. 134.º, n.º 1, al. f)).

A lei não define, uma vez mais, o que entende por crime grave sendo da competência das autoridades administrativas ou dos órgãos jurisdicionais competentes a apreciação deste critério, caso a caso, tendo em conta nomeadamente, a pena aplicada. Em Espanha por exemplo, é considerado "*acto criminoso grave*" o ilícito criminal sancionado com uma pena privativa de liberdade superior a 1 ano. Também é criticável a possibilidade de expulsar alguém por factos que alegadamente terá cometido, quando este ainda não foi condenado por uma decisão judicial transitada em julgado, devendo assim gozar da presunção de inocência,

nos termos do artigo 32.º, n.º 1 da CRP¹⁷⁴. Por outro lado, a possibilidade de expulsão prende-se com um critério algo vago, que está perigosamente próximo da probabilidade e do hipotético, nomeadamente, a "*intenção*" do estrangeiro em cometer actos graves. Não se sanciona assim a concretização prática e efectiva de actos mas antes a existência de uma presunção, que, pela sua própria natureza, é do domínio do especulativo e subjectivo, nomeadamente a mera intenção do agente.

Por fim,

g) *quando o estrangeiro é detentor de um título de residência válido ou de outro título que lhe confira direito de permanência em outro Estado membro e não cumpra a obrigação de se dirigir, imediatamente, para esse Estado membro (art. 134.º, n.º 1, al. g)).*

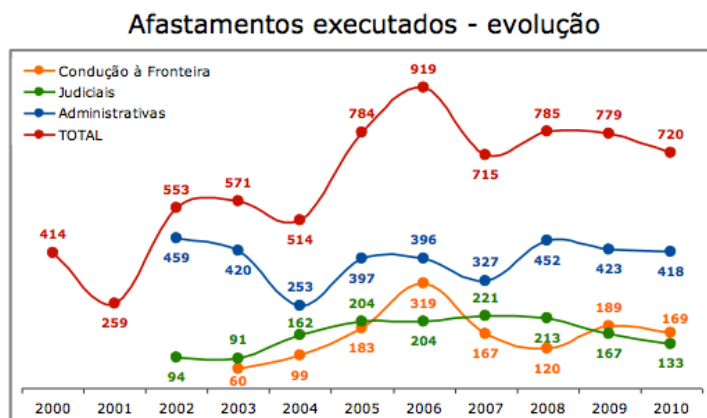
Por outro lado, e conforme estabelece o n.º 2 do artigo 134.º, a aplicação de uma pena de expulsão não impossibilita a aplicação de uma qualquer outra pena. A pena de expulsão é assim subsidiária relativamente a outra pena aplicada ao estrangeiro, a título de responsabilidade¹⁷⁵. A aplicação desta pena subsidiária terá que respeitar os princípios da proporcionalidade em todas as suas vertentes: necessidade, razoabilidade, proporcionalidade em sentido estrito (art. 18.º, n.º 2 da CRP), e esta não deverá exceder o uso razoável da força. Assim, os EMs devem utilizar as medidas coercivas para impor o afastamento de um nacional de país terceiro que resista ao afastamento, como último recurso, devendo as medidas "*ser*

¹⁷⁴ "O Processo Criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso".

¹⁷⁵ Nesse sentido, *ac. do STJ, de 18 de Maio de 1995* (Proc. 047890): "1 - A expulsão de estrangeiro, pena acessória a que Figueiredo Dias prefere chamar "efeito não automático da condenação", é, por vezes, castigo muito maior que o da pena principal; pernicioso para o arguido, a família, a sociedade e até o interesse nacional. 2 - Para ser decretada, não basta invocar a gravidade da infracção (no caso, tráfico de estupefaciente) e uma débil ligação a Portugal".

executadas em conformidade com a legislação nacional, de acordo com os direitos fundamentais e no devido respeito pela dignidade e integridade física dos nacionais de países terceiros em causa".

O n.º 3 deste preceito estabelece uma exceção uma vez que dispõe que estas medidas não devem ser aplicadas aos estrangeiros resistentes em Portugal que gozem do estatuto de refugiado sendo "refugiado" a "a pessoa que, por causa de fundados temores de perseguição devido à sua raça, religião, nacionalidade, associação a determinado grupo social ou motivos políticos, se encontra fora de seu país de origem e ao qual não pode ou não quer regressar"¹⁷⁶.



Fonte: SEF, in "Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo 2010", Junho 2011

Por outro lado, também a lei portuguesa faz a distinção entre afastamento coercivo, anteriormente designado por "afastamento administrativo", e a expulsão, referida na lei anterior enquanto "afastamento judicial".

¹⁷⁶ In www.sef.pt.

O afastamento administrativo, retomado pela Lei n.º 29/2012 enquanto "*afastamento coercivo*" determinado por autoridade administrativa, só poderá ter aplicado caso estejamos perante uma situação que recaia no âmbito de aplicação da alínea a) do n.º1 do artigo 134.º, supra referida. Esta medida deverá ser determinada por autoridade administrativa representada pelo director-geral do SEF (art. 149.º, n.º 1) caso esteja em causa a entrada ou permanência ilegal em território nacional (art. 145.º), sem prejuízo da sua readmissão.

Neste caso o estrangeiro é detido por autoridade policial¹⁷⁷ e, sempre que possível, entregue ao SEF, acompanhado do respectivo auto, devendo o mesmo ser presente, no prazo máximo de 48 horas após a sua detenção, ao juiz de pequena instância ou ao juiz da comara, competente para a validação e aplicação de medidas de coacção (art. 146.º), medidas estas que vêm referidas no artigo 141.º da lei e de entre as quais se privilegia a vigilância electrónica ou a detenção em centros de instalação temporária ou espaço equiparado, sendo que esta última medida não poderá exceder 60 dias, tempo necessário para permitir a execução da decisão de expulsão, e deverá também respeitar as condições enumeradas no artigo 146.º-A¹⁷⁸.

Sendo ou não determinada a colocação do cidadão estrangeiro em centro de instalação temporária deve ser dado conhecimento do facto ao SEF para que promova o competente processo, visando o afastamento do cidadão estrangeiro do território nacional (art. 146.º, n.º2).

¹⁷⁷ As autoridades e os agentes da autoridade do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, da Guarda Nacional Republicana, da Polícia de Segurança Pública, da Polícia Judiciária e da Polícia Marítima.

¹⁷⁸ Nomeadamente "contactar os seus representantes legais, os seus familiares e as autoridades consulares competentes", "comunicar com o seu advogado ou defensor em privado", "prestação de cuidados de saúde urgentes e ao tratamento básico de doenças",

Caso o cidadão estrangeiro, informado de que irá ser detido, declare pretender *"abandonar o território nacional, [não será detido e] pode, por determinação do juiz competente e desde que devidamente documentado, ser entregue à custódia do SEF para efeitos de condução ao posto de fronteira e afastamento no mais curto espaço de tempo possível"* ficando *"interdito de entrar em território nacional pelo prazo de um ano"*, inscrito no SIS assim como na lista nacional de pessoas não admissíveis (art. 147.º). A duração da interdição do regresso ao território nacional difere consoante o fundamento do afastamento.

Durante a instrução do processo é assegurada a audição da pessoa contra a qual o mesmo foi instaurado, a qual goza de todas as garantias de defesa, designadamente do princípio do contraditório e do direito de defesa antes de ser proferida a decisão (art. 148.º) podendo a decisão administrativa ser ferida de anulabilidade ou nulidade caso os direitos do interessados não sejam respeitados. A decisão de expulsão deve ser comunicada ao ACIDI e notificada à pessoa contra a qual foi instaurado o processo, observando-se, quanto ao seu conteúdo, o disposto nos artigos 4.º, 8.º, 9.º e 100.º do CPA (art. 149.º).

Por fim, a decisão de afastamento coercivo, proferida pelo director nacional do SEF, é suscetível de impugnação judicial com efeito devolutivo perante os tribunais administrativos, mediante a acção administrativa especial tendente à anulação ou à declaração da nulidade (arts. 46.º, n.ºs 1 e 2, al. a), e 50.º, n.º 1, do CPTA), o que não permite ao cidadão estrangeiro permanecer em território nacional pois tal impugnação não suspende os efeitos da decisão de afastamento coercivo. Assim, é necessário que o estrangeiro interponha uma providência cautelar tendente à suspensão de eficácia (arts. 36.º, n.º 1, al. e), 112.º, n.ºs 1 e 2, al. a), 58.º, 120.º, e n.º2 do art. 113.º do CPTA). Por outro lado, conforme dispõe o n.º2 do artigo 150.º, o

cidadão estrangeiro pode "recorrer aos processos urgentes ou com efeito suspensivo, previstos na lei processual administrativa".

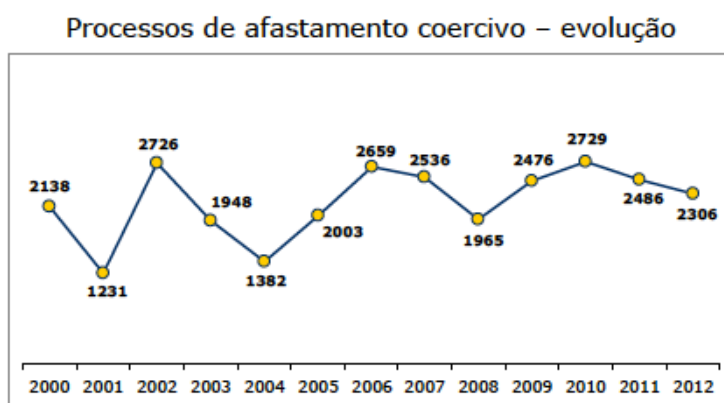
Importa também referir que existem limites ao afastamento coercivo, limites estes elencados no número 5 do artigo 146.º. Assim, "não é organizado processo de afastamento coercivo contra o cidadão estrangeiro que:

a) tendo entrado irregularmente no território nacional, apresente pedido de asilo a qualquer autoridade policial dentro das 48 horas após a sua entrada;

b) seja detentor de um título de residência válido ou de outro título, que lhe confira direito de permanência em outro EM e cumpra a sua obrigação de se dirigir imediatamente para esse EM;

c) seja readmitido ou aceite a pedido de outro EM, em conformidade com acordos ou Convenções Internacionais celebrados nesse sentido, desde que seja portador de título que o habilite a permanecer ou residir legalmente em território nacional;

d) seja titular de uma autorização de residência ou outro título habilitante da sua permanência legal em território nacional, em conformidade com as disposições legais em vigor".



Fonte: SEF, in "Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo 2012", Junho 2013

A expulsão será judicial caso seja tomada por um tribunal (art. 140.º, n.º1). Esta desdobra-se em duas categorias, designadamente "*medida autónoma*" ou "*pena acessória*".

Enquanto medida autónoma, a pena de expulsão é aplicada caso o estrangeiro tenha entrado ou permanecido regularmente no país, por um dos fundamentos legais (arts. 140.º, n.º 2, e 134.º, n.º 1, als. b) a f), sendo aplicada pelo tribunal em processo instaurado com esse específico fim (arts. 152.º e 157.º). São competentes para aplicar a medida autónoma de expulsão, os juízos de pequena instância criminal ou os tribunais de comarca (art. 152.º).

Neste caso, e sempre que tenha conhecimento de qualquer facto que possa constituir fundamento de expulsão, deve o SEF organizar o processo, sendo que este apenas começará com o despacho do SEF, recolhendo as provas que habilitem à decisão. Esta é considerada a primeira fase do processo, a fase administrativa, pré-judicial (art. 153.º). A fase de julgamento vem estabelecida no artigo 154.º, artigo segundo o qual o juiz deve, logo que receba o processo, marcar julgamento para os 5 dias imediatos. O julgamento é imediato uma vez que o estrangeiro não se encontra detido, embora este possa ser preso para apresentação do juiz caso seja necessário proceder à validação da detenção ou à aplicação de medidas de coacção (art. 146.º, n.ºs 1 e 2). O julgamento também se realizará imediatamente caso esteja em causa um cidadão estrangeiro "*em relação ao qual existam sérias razões para crer que cometeu actos criminosos graves ou que tenciona cometer actos desta natureza, designadamente no território da União Europeia*" (al. f), n.º1 do art. 134.º e n.º5 do art. 154.º). Por outro lado, e numa preocupação de respeito do princípio do contraditório e garantia de uma defesa justa e plena, a presença do estrangeiro na audiência é obrigatória sendo que, caso este não compareça, o julgamento será adiado para os 10 dias seguintes. Caso o estrangeiro volte a não

comparecer, o julgamento efectuar-se-á sem a sua presença (n.º2 do art. 154.º e art. 155.º). Por outro lado, e conforme refere o número 3 do artigo 154.º, a contestação poderá ser apresentada em audiência de julgamento conjuntamente com o rol de testemunhas que poderão ser até 5 (arts. 386.º e 387.º do CPP e n.º3 do art. 156.º).

É proferida uma decisão da qual devem constar os fundamentos da aplicação da medida de expulsão, caso contrário a decisão é nula, as obrigações legais do expulsando, a imposição de interdição de entrada em território português, com a indicação da respectiva duração, que poderá ser de 10 a 20 dias, a fixação do prazo limite para o estrangeiro abandonar o território nacional e a indicação do país para onde não deverá ser reencaminhado caso beneficie de direito de asilo, não podendo ser expulso para um país onde possa ser perseguido pelos motivos que, nos termos da lei, justificam a concessão do direito de asilo (n.º1 do art. 157.º). Por outro lado, a execução desta decisão implicará, também, a inscrição no SIS ou na lista de pessoas não admissíveis (n.º2 do art. 157.º).

Em sede de recurso, têm legitimidade para tal o cidadão estrangeiro e o Ministério Público (art. 401.º, n.º 1, als. a) e b), do CPP, art. 158.º). Estes poderão recorrer da decisão de expulsão para o TR a cuja área aquele pertence com efeito devolutivo, a não ser que esteja em causa um cidadão estrangeiro residente de longa duração, tendo o recurso, neste caso, efeito suspensivo. Caso o recurso tenha efeito meramente devolutivo, este não permite ao sujeito permanecer em território nacional pois o recurso não suspende os efeitos da decisão de expulsão podendo o estrangeiro ser expulso do território nacional enquanto o processo de recurso ainda estiver pendente. A decisão deixa, deste modo, de ter efeitos úteis para o interessado. Este não só vê a sua defesa enfraquecida como o recuso não o impede de ter de

abandonar Portugal. No entanto e caso a impugnação da decisão de afastamento for acompanhada de um pedido de medida provisória para suspender a execução da decisão, o afastamento do território não poderá ser concretizado enquanto não for tomada a decisão sobre a medida provisória (art. 26.º, Lei 37/2006, de 9 de Agosto que regula o exercício do direito de livre circulação e residência dos cidadãos da UE e dos membros das suas famílias no território nacional e transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2004/38/CE, do PE e do Conselho, de 29 de Abril)¹⁷⁹.

Finalmente, o prazo de interdição será aqui de 5 anos (art. 144.º), podendo até ser reduzido para 3 anos (art. 139.º, n.º 3) sendo que, esta redução, só será possível para os casos de abandono voluntário e antes de ser organizado o processo de expulsão.

Enquanto pena acessória, a expulsão judicial é da competência do juiz de execução de penas (art. 151.º, n.ºs 4 e 5). Caso esteja em causa um estrangeiro não residente no território nacional, a pena acessória de expulsão poder-lhe-á ser aplicada, caso tenha sido condenado por crime doloso em pena superior a 6 meses de prisão efectiva ou em pena de multa em alternativa à pena de prisão superior a 6 meses, estando excluídos os crimes cometidos com negligência (art. 151.º, n.º 1).

Caso esteja em causa um cidadão estrangeiro, esta pena poder-lhe-á ser aplicada se for condenado por crime doloso em pena superior a um 1 de prisão, devendo, porém, ter-se em

¹⁷⁹ Nesse sentido, dispõe a Directiva 2004/38/CE, de 29 de Abril de 2004, que "se a impugnação, quer administrativa, quer judicial, da decisão de afastamento for acompanhada de um pedido de medida provisória para suspender a execução da decisão, o afastamento do território não pode ser concretizado enquanto não for tomada a decisão sobre a medida provisória, a não ser que: - a decisão de afastamento se baseie em decisão judicial anterior, ou - as pessoas em questão já anteriormente tenham impugnado judicialmente o afastamento, ou - a decisão de afastamento se baseie em razões imperativas de segurança pública ao abrigo do n.º 3 do art. 28.º".

conta na sua aplicação, a gravidade dos factos praticados pelo arguido, a sua personalidade, a eventual reincidência, o grau de inserção na vida social, a a prevenção especial¹⁸⁰ e o tempo de residência em Portugal (art. 151.º, n.º 2), não sendo a aplicação da expulsão automática.

Por fim, a pena acessória de expulsão só pode ser aplicada ao cidadão estrangeiro com residência permanente quando a sua conduta constitua uma ameaça suficientemente grave para a ordem pública ou segurança nacional (art. 151.º, n.º 3), representando uma medida securitária, de eliminação do perigo. Assim, esta pena só se aplica a crimes dolosos e o juiz tem de ter em consideração a situação pessoal, familiar, profissional e até social do estrangeiro¹⁸¹ sendo que estão excluídos os crimes cometidos com negligência.

Sendo decretada a pena acessória de expulsão, o arguido cumprirá primeiramente 2/3 da pena de prisão e só depois será executada a pena acessória de expulsão. No entanto, pode acontecer que, cumprida metade da pena principal, o juiz de execução das penas entenda estarem verificados os pressupostos de que dependa a concessão de liberdade condicional. Quando tal se verificar, em vez de obter a liberdade condicional, poderá dar-se imediatamente início à execução da expulsão.

¹⁸⁰ Maria Fernanda Palma, no seu voto de vencido ao *ac. 232/04 do TC, de 12 de Julho de 2004* (Proc. 807/99), diz que a conformidade constitucional da medida de expulsão pressupõe que esta obedeça ao "estrito critério (...) da adequação realização da prevenção especial, tendo em conta as próprias necessidades de recuperação e de reinserção do agente".

¹⁸¹ Nesse sentido, *ac. 0074395 do TR de Lisboa, de 10 de Julho de 2001*: "em relação à sua vida familiar e possibilidades de trabalho no seu país de origem por forma a fundamentar a convicção de aí estarem reunidas as melhores possibilidades de inserção social".

Aos olhos dos estrangeiros que dela são vítimas, a pena acessória de expulsão é uma pena dupla¹⁸², de acordo com a definição estabelecida no artigo 151.º, números 1 e 2. De facto, a expulsão não é o resultado de uma apreciação global da periculosidade do estrangeiro em relação à ordem pública, à luz, por exemplo, de uma impossível ou improvável reinserção ou de um desvio reincidente, mas unicamente a medida complementar à condenação penal.

Por fim, a aplicação da pena acessória depende da verificação de determinadas circunstâncias na prática do crime, que não são elemento constitutivo deste. Essas circunstâncias constituem o chamado pressuposto material da pena acessória e dizem respeito a "*um particular conteúdo de ilícito*"¹⁸³.

Quanto à execução das decisões de afastamento coercivo e de expulsão, estas competem ao SEF (art. 159.º). O cidadão estrangeiro destinatário da decisão dispõe de um prazo de saída de território nacional, 10 dez e 20 dias. No entanto, "*em situações devidamente fundamentadas, nomeadamente quando se verificarem razões concretas e objectivas geradoras de convicção de intenção de fuga, sempre que o nacional de um Estado terceiro utilizar documentos falsos ou falsificados, ou tenha sido detectado em situações que indiciam a prática de um crime, ou existam razões sérias para crer que cometeu actos criminosos graves ou indícios fortes de que tenciona cometer actos dessa natureza, o cidadão fica entregue à custódia do SEF, com vista à execução da decisão de afastamento coercivo ou de expulsão judicial*" (art. 160.º, n.º 2).

¹⁸² O que parece violar o disposto no art. 29.º, n.º 5 da CRP, segundo o qual "Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime", pois pune-se duplamente a mesma conduta.

¹⁸³ Quando há violação de forma grave de valores sociais dominantes e fundamentais da sociedade portuguesa, FIGUEIREDO DIAS, J., "Direito Penal Português", Coimbra Editora.

Dispõe o n.º 3 do artigo 160.º, que pode também ser requerido ao juiz competente, que o cidadão estrangeiro, enquanto não for executada a decisão de afastamento coercivo ou de expulsão judicial e não expirar o prazo referido anteriormente, fique sujeito ao regime:

a) de colocação em centro de instalação temporária ou espaço equiparado, por período não superior a 30 dias;

b) de obrigação de permanência na habitação com utilização de meios de vigilância eletrónica;

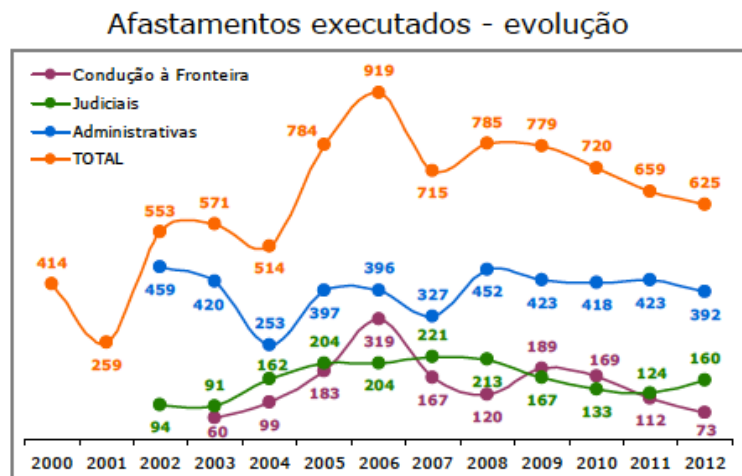
c) de apresentação periódica no SEF ou às autoridades policiais;

d) de pagamento de uma caução.

Em caso de desobediência por parte do notificado, o que pressupõe que o cidadão estrangeiro não tenha sido expulso imediatamente após a medida, tampouco tenha sido colocado num centro de instalação temporária, estabelece o n.º 1 do artigo 161.º, que, caso o cidadão estrangeiro não se apresente para abandono do território nacional no dia designado, será procurado, detido e acompanhado até à fronteira. Caso não seja possível executar a decisão de afastamento coercivo ou de expulsão no prazo de 48 horas após a detenção, é dado conhecimento do facto ao juiz competente, para que seja determinada a "*manutenção do cidadão estrangeiro em centro de instalação temporária ou em espaço equiparado*" (art. 161.º, n.º 2).



Fonte: SEF, in "Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo 2012", Junho 2013



Fonte: SEF, in "Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo 2012", Junho 2013

Analisemos agora a figura da readmissão que vem regulada nos artigos 163.º e seguintes.

Dispõe o artigo 163.º que *"nos termos das Convenções Internacionais, os cidadãos estrangeiros que se encontrem ilegalmente no território de um Estado, vindos directamente de outro Estado, podem ser por este readmitidos, mediante pedido formulado pelo Estado em*

cujo território se encontrem". Assim, a readmissão, na medida em que implica o reenvio do cidadão, apresenta-se como uma medida de afastamento que só é possível quando se trate de cidadãos estrangeiros, abrangidos por alguma Convenção Internacional de que Portugal seja parte, que se encontram em situação ilegal no território nacional. O Estado português terá de desencadear um processo de expulsão caso o estrangeiro a readmitir não se encontre abrangido por nenhuma Convenção.

Tem competência para aceitar os pedidos de readmissão, em território Português, o Director-geral do SEF com faculdade de delegação (art. 164.º).

Readmissões	Total	Ativas	Passivas
2012	527	122	405
2011	459	156	303
2010	572	204	368

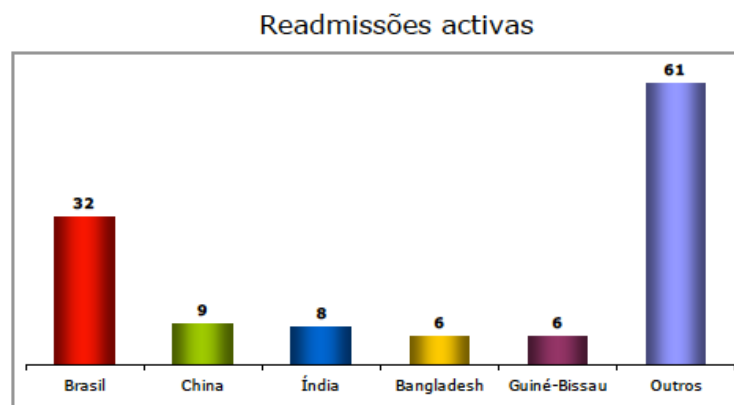
Fonte: SEF, in "Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo, 2012", Junho de 2013

Por outro lado, a readmissão pode ser activa, quando Portugal é o Estado requerente, e passiva, quando Portugal é o Estado requerido, conforme dispõe o número 2 do artigo 163.º.

No primeiro caso, sempre que um estrangeiro, abrangido por Convenção Internacional, se encontrar em situação irregular no território nacional e deva ser readmitido por outro Estado, cabe ao SEF formular o respectivo pedido (n.º1 do art. 165.º). O cidadão estrangeiro deverá ser ouvido durante a instrução do processo de readmissão (n.º2 do art. 165.º). Caso o pedido apresentado por Portugal seja aceite, a entidade competente determinará o reenvio do cidadão estrangeiro para o Estado requerido (n.º3 do art. 165.º). Caso seja recusado, será instaurado

um processo de expulsão (n.º4 do art. 165.º). O cidadão estrangeiro expulso será inscrito na lista nacional de pessoas não admissíveis no SIS caso o Estado requerido seja um Estado terceiro, não sendo esta inscrição obrigatória caso o Estado requerido seja um EM (art. 165.º, n.º 6). Mais, ao cidadão estrangeiro reenviado para outro Estado ao abrigo de Convenção Internacional será vedada a entrada no País pelo período de 3 anos (art. 167.º).

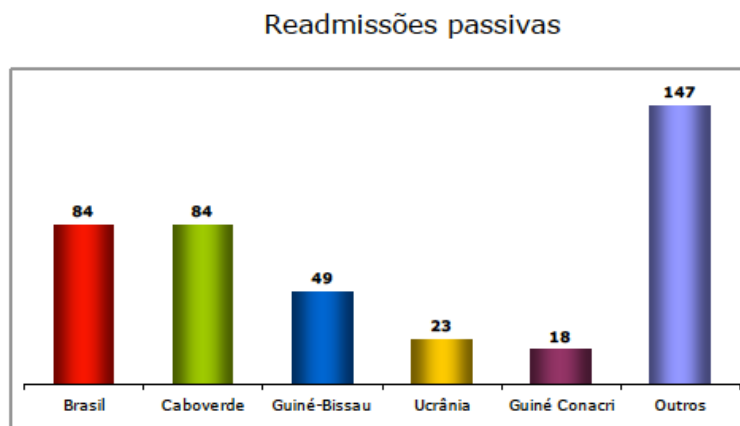
Por fim, cabe ao interessado recurso hierárquico para o Ministro da Administração Interna com efeito devolutivo, a interpor no prazo de 30 dias (art. 166.º) sendo que o SEF poderá imediatamente dar início à execução da respectiva decisão.



Fonte: SEF, in "Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo, 2012", Junho de 2013

No caso de readmissão passiva, o cidadão é readmitido em território português. Caso o cidadão "reenviado" para Portugal não reúna as condições legalmente exigidas para permanecer em território nacional, o SEF dará início a um processo que tenha em vista o seu afastamento (art. 168.º, n.º 1). Podem ser directamente readmitidos os nacionais de Estados terceiros que tenham adquirido o estatuto de residente de longa duração em Portugal, bem como os seus familiares, sempre que tenham sido objecto de uma decisão de afastamento coercivo do EM onde exerceram o seu direito de residência (art. 168.º, n.º 2, al. a)). Podem

também ser readmitidos caso sejam titulares de autorização de residência ("cartão azul UE"¹⁸⁴), emitido nos termos dos artigos 121.º-A e seguintes, bem como os seus familiares, ainda que aquele esteja caducado ou tenha sido retirado durante a análise do pedido, sempre que tenham sido sujeitos a uma decisão de afastamento coercivo do EM para onde se deslocaram para efeitos de trabalho altamente qualificado (art. 168.º, n.º 2, al.b)). Podem finalmente ser readmitidos caso sejam objecto de pedido de aceitação formulado por outro EM, ao abrigo de acordos ou convenções nesse sentido, na condição de serem portadores de títulos que os habilitem a permanecer ou residir legalmente em território nacional (art. 168.º, n.º 2, al. c)).



Fonte: SEF, in "Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo, 2012", Junho de 2013

Por fim, as figuras do abandono voluntário e do apoio ao regresso voluntário vêm respectivamente reguladas nos artigos 138.º e 139.º da nova lei.

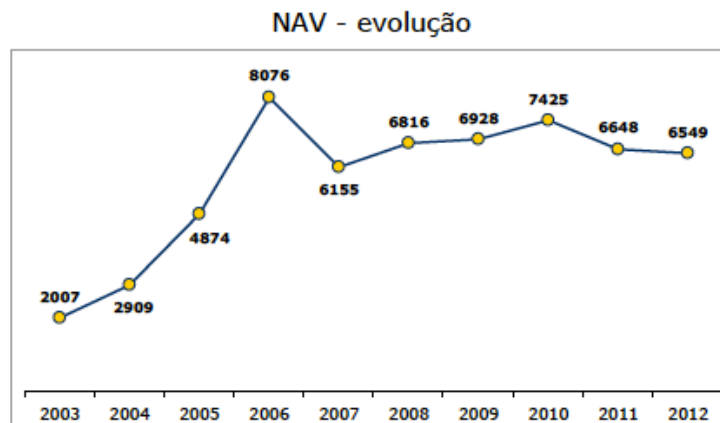
¹⁸⁴ O "cartão azul UE" é o título de residência que habilita o seu titular a residir e a exercer, em território nacional, uma atividade altamente qualificada, nos termos e de acordo com o disposto na presente secção.", art. 121.º-A, n.º 1. Assim, MERLINO, M. e PARKIN, J., "La migration clandestine en Europe : Les politiques de l'UE et l'écart en termes de droits fondamentaux", Centre for European Policy Studies (CEPS) – Centre d'étude des politiques européennes, 2011, p. 10.

Relativamente ao abandono voluntário, refere a lei que o cidadão estrangeiro que entre ou permaneça ilegalmente em território nacional ou a quem tenha sido cancelada a autorização de residência, é notificado pelo SEF para abandonar voluntariamente o território nacional no prazo que lhe for fixado, 10 dez a 20 dias (art. 138.º, n.º 1 e 2). Esta figura constitui a exceção à regra que é a da detenção do estrangeiro em causa.

Por outro lado, e sendo hoje os efeitos da aplicação da pena no núcleo familiar do arguido estrangeiro, principalmente tendo este filhos menores portugueses a seu cargo, um dos problemas mais relevantes, a tendência que se segue a de limitar a aplicação da pena de expulsão à situação familiar do arguido, afastando-a quando se representa como gravemente perturbadora da unidade familiar (art. 135.º al. b) e c)).

Também no âmbito do abandono voluntário se refere que o prazo para o abandono voluntário *"pode ser prorrogado pelo SEF tendo em conta, designadamente, a duração da permanência, a existência de filhos que frequentem a escola e a existência de outros membros da família e de laços sociais, disso sendo notificado o cidadão estrangeiro"* (art. 138.º, n.º 3).

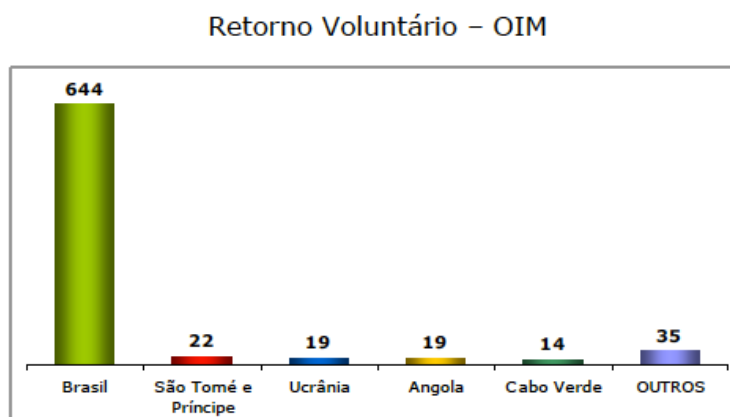
Caso o cancelamento de autorização de residência radique na ausência prolongada do território sem justificação ou sem razão atendível (art. 85.º, n.º2), não é dado qualquer prazo ao estrangeiro para o abandono sendo pois, notificado para abandonar imediatamente o território nacional, sob pena de incorrer em crime de desobediência qualificada, previsto no artigo 348.º, n.º2 do CP. Neste caso, não se poderá propriamente falar em abandono voluntário.



Fonte: SEF, in "Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo 2012", Junho 2013

Ao retorno voluntário, por sua vez, são apresentadas duas exceções. Assim, o legislador eliminou a sanção de interdição de entrada, a qual passa a ser aplicável apenas em caso de afastamento coercivo. Assim, o imigrante em situação ilegal, que se decida pelo regresso voluntário, passa a estar numa situação mais favorável do que a do cidadão estrangeiro expulso, na medida em que pode voltar a imigrar legalmente, embora, caso o faça no período de 3 anos, tenha a obrigação de reembolsar o Estado pelas quantias gastas, acrescidas de juros à taxa legal, com o seu regresso (segunda parte do n.º3 do art. 139.º). A segunda exceção encontra-se referida no n.º4 do artigo 139.º, segundo o qual, podem ser readmitidos no território nacional os cidadãos estrangeiros que tenham abandonado voluntariamente Portugal, antes mesmo do decurso do prazo de 3 anos e mesmo sem devolver os montantes referidos anteriormente, com fundamento em razões humanitárias, sendo que, neste caso ser-lhes-á emitido um visto de curta duração, ou caso os cidadãos em causa tenha beneficiado de um regime de protecção temporária.

Por fim, e ao contrário do que sucede com de abandono voluntário, o cidadão que tome a iniciativa de regressar ao seu país poderá beneficiar de um apoio financeiro para suportar os custos inerentes ao regresso.



Fonte: SEF, in "Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo 2012", Junho 2013

4.1.4. Críticas

O facto de a Directiva em análise estabelecer normas para o regresso dos imigrantes em situação ilegal, possibilitando a aplicação de uma medida tão coerciva quanto a detenção preventiva que pode exceder os seis meses, levou a que tenha sido apelidada de "Directiva da vergonha"¹⁸⁵ por vários órgãos da comunicação social e ONGs que lutam pela defesa dos Direitos Humanos, tais como a Human Rights Watch.

Uma das críticas apontadas a este instrumento legislativo tem que ver com o n.º 5 do seu artigo 6.º. Este ponto estabelece que, estando em causa um nacional de país terceiro que tenha requerido a renovação do seu título de residência ou de outra autorização que lhe

¹⁸⁵ Assim, ALMEIDA LEITE, R., "Os paradoxos do tratamento da imigração ilegal na União Europeia frente à Directiva de Retorno", in *Revista Espaço Acadêmico* n.º 108, Maio de 2010, pp. 68-70.

confira um direito de permanência num EM, apenas este terá a competência para ponderar a hipótese de se abster de emitir uma decisão de regresso até que o processo de renovação seja concluído. Ora, muitas destas situações resultam tipicamente da existência de regras inflexíveis e do carácter burocrático ou da falta de pessoal dos organismos responsáveis pela área da imigração, que não dispõem dos recursos necessários para apreciarem os pedidos e requerimentos em tempo devido. Pode assim acontecer que um nacional de país terceiro se encontre em situação irregular devido aos longos atrasos na apreciação dos seus pedidos.

Por outro lado, podem ainda ser impostas obrigações para que se evite o risco de fuga, tais como "*a apresentação periódica às autoridades, o depósito de uma caução adequada, a apresentação de documentos ou a obrigação de permanecer em determinado local durante o prazo de partida voluntária*" (art. 7.º, n.º 3). Ora, tendo em conta o provável nível de vida dos nacionais de países terceiros que se encontram em situação irregular, parece-nos pouco plausível poderem proceder ao depósito de uma caução.

Mas o instrumento mais polémico desta Directiva é sem dúvida o possível recurso à detenção preventiva. Assim, parece que a possibilidade de recorrer à detenção de migrantes ilegais neste contexto, não pretende ser excepção mas pertende, ao invés, permitir um isolamento e um controlo dos nacionais de países terceiros que residam ilegalmente num EM. É assim possível recorrer à detenção preventiva nos casos em que houver "*risco de fuga*" ou quando "*o nacional de país terceiro evitar ou entravar a preparação do regresso ou o procedimento de afastamento*" (art. 15.º, n.º 1). Ora, estes conceitos, por serem demasiado vagos, deixam uma "margem de manobra" bastante importante aos EMs que podem vir a "abusar" desta excepção.

Foi também duramente criticada a duração máxima da detenção preventiva.

Estabelece o n.º 5 do artigo 15 que a detenção não pode exceder 6 meses. No entanto, o número seguinte dispõe que o prazo de detenção pode ser prolongado por mais 12 meses, podendo assim ter uma duração efectiva de 18 meses, caso exista uma *"falta de cooperação do nacional do país terceiro em causa"* ou caso existam *"atrasos na obtenção da documentação necessária junto de países terceiros"* (art. 15.º, n.º 6). Assim, o imigrante que se encontra em situação irregular pode ficar detido por um prazo de 18 meses por não possuir um documento de identificação ou por conta da lentidão da burocracia do seu país de origem em fornecê-lo. Por razões que lhe são totalmente alheias, portanto. Este ponto parece assim ser contrário ao princípio da proporcionalidade, princípio basilar da UE.

Mais, o PE, que votou esta Directiva, parece não ser constante nas suas decisões e opiniões uma vez que aprovou, em 2008, uma resolução em que requeria às autoridades de Malta que reduzissem consideravelmente os prazos máximos de detenção dos nacionais de países terceiros que era de 18 meses.

Por outro lado, de acordo com os registos médicos dos Médicos Sem Fronteiras, e após a intervenção desta ONG em centros de detenção em Evros, em 2011, mais de 60% dos problemas médicos dos migrantes irregulares eram causados ou estavam directamente relacionados com as condições precárias da detenção. Também a Amnistia Internacional¹⁸⁶ no seu Relatório Anual de 2011 referente à Grécia dispõe que *"as deficientes condições de detenção nos postos fronteiriços e nos centros de detenção de imigrantes continuaram a ser*

¹⁸⁶ "A AI é um movimento global (...) que luta para pôr fim aos abusos dos Direitos Humanos." - Relatórios disponíveis em <http://www.amnistia-internacional.pt/>.

motivo de preocupação, incluindo sobrelotação, detenção prolongada em instalações não concebidas para estadias de longo termo, falta de higiene e de exercício físico e inexistência ou acesso limitado a cuidados médicos. [...] Em Outubro [de 2011], o ACNUR, a agência da ONU para os refugiados, exortou o governo a tomar medidas urgentes para responder às necessidades humanitárias na região de Evros, incluindo o envio de funcionários suficientes e a adoção de medidas imediatas para garantir os padrões mínimos de dignidade humana nos centros de detenção".

No seu Relatório de 2012, referente a Chypre, a AI refere que *"migrantes, incluindo requerentes de asilo cujos pedidos foram rejeitados, foram detidos em condições extremamente deficientes apenas por causa do seu estatuto de imigração. O uso de instalações desadequadas, incluindo celas policiais para curtas estadias e duas alas da Prisão Central de Nicósia, causou igualmente preocupação. Os detidos denunciaram o acesso limitado ou inexistente a assistência jurídica e cuidados de saúde".*

Finalmente, no Relatório do mesmo ano mas desta vez referente à Itália, a AI refere que *"uma crise humanitária irrompeu, na ilha de Lampedusa, como resultado do fracasso das autoridades em garantir a transferência, rápida, de um número suficiente de pessoas para a Sicília ou para outras regiões da Itália. Milhares de migrantes, requerentes de asilo e refugiados foram abandonados em Lampedusa em péssimas condições, muitos deles tendo de dormir em locais inadequados, com acesso limitado ou inexistente a instalações sanitárias ou de higiene".*

Por outro lado, e se a Directiva estabelece várias disposições para a sua efectiva compatibilidade com os direitos fundamentais, a verdade é que o objecto deste instrumento não é da competência exclusiva da UE. Assim, o respeito pelos direitos fundamentais apenas poderá ser aferido aquando da elaboração, por parte de cada EM de disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à directiva¹⁸⁷.

Quanto à sua transposição para a lei portuguesa, as disposições diferem quanto ao prazo para o abandono voluntário do território. Assim, relativamente ao prazo máximo, a lei portuguesa é menos "benévola" concedendo ao cidadão estrangeiro que se encontre em situação irregular um prazo máximo de 20 dias para abandonar voluntariamente o país, sendo que a Directiva refere um prazo máximo de 30 dias. Finalmente, e embora seja um problema cada vez mais relevante, a lei portuguesa não possui artigos que visem proteger o estado de saúde do nacional de país terceiro em causa, conforme possui a Directiva (art. 5.º). Por outro lado, o princípio de não repulsão é apenas referida no artigo 131.º da lei portuguesa no caso de perda do estatuto de residente de longa duração. Finalmente, a lei portuguesa não refere a necessidade das decisões de afastamento referirem as vias jurídicas de recurso disponíveis, conforme estabelecido no artigo 12.º, n.º 1 da Directiva.

Em qualquer dos casos, a política de regresso, enquanto elemento essencial da política europeia de imigração, deve ser posta em prática no pleno respeito dos direitos fundamentais e da dignidade das pessoas alvo das correspondentes medidas.

¹⁸⁷ Assim, MERLINO, M. e PARKIN, J., "La migration clandestine en Europe : Les politiques de l'UE et l'écart en termes de droits fondamentaux", Centre for European Policy Studies (CEPS) – Centre d'étude des politiques européennes, 2011, p. 9.

4.2. A Directiva 2009/52/CE

4.2.1. Antecedentes

Foram várias as medidas tomadas no âmbito do mercado comum e da livre circulação das pessoas singulares, nomeadamente dos trabalhadores europeus. Mas os destinatários destas normas sempre foram, apenas e unicamente, os nacionais dos EMs, que trabalham por conta de outrem e que desejam desenvolver uma actividade profissional noutro EM.

No entanto, em 22 de Dezembro de 1995, o Conselho emitiu uma Recomendação relativa a harmonização dos meios de luta contra a imigração e o emprego ilegais e ao aperfeiçoamento dos meios de controlo previstos para esse efeito, referindo os nacionais de países terceiros em situação irregular mas também os empregadores destes. Nesta Recomendação, estabelece o Conselho que *"os estrangeiros deverão estar munidos, para apresentação, nos termos da legislação nacional, às autoridades competentes para o efeito, da confirmação da autorização de permanência no território do EM onde se encontram, por exemplo, títulos ou documentos ao abrigo dos quais estão autorizados a permanecer no território desse EM"*¹⁸⁸. Mais, cabe às *"entidades patronais que pretendam contratar estrangeiros verificar a regularidade da situação destes em matéria de residência e de trabalho, pela apresentação do documento ou documentos ao abrigo dos quais estão autorizados a permanecer e a trabalhar no EM"*¹⁸⁹. Por fim, quem empregar um nacional de país terceiro em situação irregular poderá estar sujeito a sanções¹⁹⁰.

¹⁸⁸ Ponto 3 da Recomendação.

¹⁸⁹ Ponto 5 da Recomendação.

¹⁹⁰ Ponto 6 da Recomendação.

4.2.2. Conteúdo

Existiam já alguns instrumentos que pretendiam regular a situação dos "imigrantes económicos". No entanto, nenhum deles tinha o objectivo de impedir a imigração ilegal. Ora, estudos apontam para o facto de que os empregadores¹⁹¹ dispostos a contratar imigrantes ilegais constituem um importante factor de atracção da imigração ilegal.

A Directiva 2009/52 do PE e do Conselho, de 18 de Junho de 2009, que se destina a sancionar os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular na UE, proíbe o emprego ilegal (art. 3.º)¹⁹² e prevê a aplicação de normas mínimas comuns sobre sanções e outras medidas, bem como, nos casos mais graves, sanções penais contra os empregadores dos referidos nacionais.

Podemos dividir o estudo deste instrumento legislativo em três partes.

Numa primeira parte, que corresponde ao artigo 4.º da Directiva, estão enumeradas as obrigações dos empregadores. Assim, os empregadores, estão obrigados a exigir aos nacionais de países terceiros, antes de serem contratados, a apresentação da autorização de residência ou outro documento que autorize a sua permanência (art. 4.º, n.º 1, a)). Por outro lado, devem conservar, durante o período de contratação, cópias dos referidos documento caso surjam

¹⁹¹ **Noção de "empregador"**: qualquer pessoa singular ou colectiva, incluindo empresas de trabalho temporário (a pessoal singular ou colectiva que, de acordo com a legislação nacional, celebra contratos de trabalho ou constitui relações de trabalho com trabalhadores temporários cedidos temporariamente a utilizadores para trabalharem sob a autoridade e direcção destes – art. 2.º, h)), por conta de quem ou sob cuja direcção e/ou autoridade o trabalho é realizado (art. 2.º, e)).

¹⁹² **Noção de "nacional de um país terceiro em situação irregular"**: nacional de um país terceiro presente no território de um EM que não preenche ou deixou de preencher as condições de permanência ou residência nesse EM (art. 2.º, b)).

Noção de "emprego": o exercício de uma atividade que abranja qualquer forma de trabalho ou ocupação profissional regulamentada pelo direito interno ou de acordo com uma prática estabelecida, por conta ou sob a direcção e/ou autoridade de um empregador (art. 2.º, c)).

Noção de "emprego ilegal": o emprego de um nacional de um país terceiro em situação irregular (art. 2.º, d)).

eventuais inspecções das autoridades nacionais. Por fim, os empregadores também estão obrigados a notificar as autoridades sempre que contratarem um nacional de um país terceiro¹⁹³¹⁹⁴, no prazo estabelecido pelo EM.

Numa segunda parte, o PE e o Conselho estabelecem que, em caso de incumprimento das obrigações acima descritas, é da competência dos EMs a aplicação de sanções eficazes, proporcionais e dissuasivas (art. 5.º, n.º 1). Estas sanções podem ser:

a) "*Financeiras*" tal como estabelece o artigo 5.º.

Este grupo de sanções engloba as "*sanções financeiras*" que devem ser aplicadas ao nacional de país terceiro empregado ilegalmente e que podem ser atenuadas sempre que o empregador seja uma pessoa singular e que empregue nacionais de países terceiros em situação irregular para fins particulares, desde que as condições de trabalho não sejam abusivas (art. 5.º, n.º 3).

São também considerados sanções financeiras, o "*pagamento das despesas de regresso dos nacionais de países terceiros empregados ilegalmente*" (art. 5.º, n.º 2, b)). No caso de ser aplicada esta sanção, é necessário que os EMs assegurem que os empregadores sejam responsáveis pelos pagamentos em atraso de qualquer remuneração¹⁹⁵ pelo trabalho efectuado

¹⁹³ Os EMs podem prever um processo simplificado de notificação sempre que o empregador seja uma pessoa singular que empregue um nacional de países terceiros para fins particulares (art. 4.º, n.º 2).

¹⁹⁴ Os EMs podem não exigir uma notificação sempre que o nacional de países terceiros beneficie de um estatuto de residente de longa duração nos termos da Directiva 2003/109 do Conselho, de 25 de Novembro de 2003, relativa ao estatuto dos nacionais de Estados terceiros residentes de longa duração.

Noção de "Residente de longa duração": qualquer nacional de um país terceiro que seja titular do estatuto de residente de longa duração (art. 2.º, b) da Directiva 2003/109).

¹⁹⁵ **Noção de "remuneração de nacionais de países terceiros em situação irregular"**: salário ou vencimento e quaisquer outras retribuições em dinheiro ou em espécie que o trabalhador aufera directa ou indirectamente pelo

não remunerado, incluindo as despesas decorrentes do envio destes pagamentos para o país de origem do trabalhador e as contribuições para a segurança social (art. 6.º, n.º 1). Para o cálculo do pagamento em atraso, estabelece-se a presunção de que a relação de trabalho tenha a duração de, pelo menos, 3 meses, salvo prova em contrário (art. 6.º, n.º 3). Por outro lado, os EMs devem implementar os procedimentos necessários para que os nacionais de países terceiros empregados ilegalmente possam apresentar queixa contra os seus empregadores por qualquer remuneração em dívida sendo que os nacionais dos países terceiros devem ser informados dos seus direitos antes da aplicação de qualquer decisão de regresso (art. 6.º, n.º 2 e n.º 4).

b) "*Outras medidas*".

Aos empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular na UE podem também ser aplicadas "*outras medidas*" (art. 7.º).

Estas "*outras medidas*" podem consistir na exclusão do direito a alguns ou a todos os benefícios públicos, incluindo financiamentos da UE, por um período até 5 anos (art. 7.º, n.º 1, a)) ou na exclusão da participação em processos de adjudicação de contratos públicos por um período até 5 anos (art. 7.º, n.º 1, b)). Podem também consistir na obrigação de reembolso de benefícios concedidos até 12 meses antes da deteção do emprego ilegal (art. 7.º, n.º 1, c)) ou, por fim, no encerramento temporário ou permanente do seu estabelecimento (art. 7.º, n.º 1, d)).

seu trabalho, da parte do seu empregador, e que sejam equivalentes às que teriam direito trabalhadores equivalentes numa relação de trabalho lícita (art. 2.º, j)).

Os EMs devem também assegurar que, sempre que o empregador seja subcontratado¹⁹⁶, o contratante, que tenha directamente subcontratado o empregador, seja considerado responsável solidariamente com o empregador ou sub-rogando-se a este (art. 8.º, n.º 1 e n.º 2). No entanto, os contratantes que cumpram as respectivas obrigações com a devida diligência, nos termos da legislação nacional, não serão responsabilizados (art. 8.º, n.º 3). Os EMs podem também prever normas de responsabilidade mais rigorosas para a subcontratação (art. 8.º, n.º 4).

Mais gravosa é a infracção cometida com dolo que constitui uma infracção de carácter penal quando o empregador persistir no incumprimento da proibição de emprego ilegal estabelecida no artigo 3.º da Directiva em análise (art. 9.º, n.º 1, a)) e sempre que este empregar um número significativo de nacionais de países terceiros em situação irregular (art. 9.º, n.º 1, b)), quando sujeitar esses nacionais a condições de trabalho particularmente abusivas (art. 9.º, n.º 1, c)), ou, quando empregar, ilegalmente, vítimas de tráfico de seres humanos (art. 9.º, n.º 1, d)) ou menores (art. 9.º, n.º 1, e)). A instigação, o favorecimento e a cumplicidade nesta prática constituem igualmente uma infracção penal punível (art. 9.º, n.º 2). Por outro lado, as sanções penais podem ser acompanhadas de outras medidas, tais como a publicação da decisão judicial (art. 10.º, n.º 2). Por fim, as pessoas colectivas¹⁹⁷ também são consideradas responsáveis (art. 11.º e art. 12.º).

¹⁹⁶ **Noção de "subcontratado"**: qualquer pessoa singular ou colectiva à qual seja atribuída a execução de toda ou parte das obrigações de um contrato prévio (art. 2.º, f)).

¹⁹⁷ **Noção de "pessoa colectiva"**: qualquer entidade que beneficie desse estatuto por força do direito nacional aplicável, com excepção dos Estados ou de pessoas colectivas públicas no exercício nas suas prerrogativas de autoridade pública, e das organizações internacionais públicas (art. 2.º, g)).

Numa terceira e última parte, estabelece a Directiva que os EMs devem criar mecanismos para que os nacionais de países terceiros possam apresentar queixa (art. 13.º) contra os seus empregadores directamente ou através de representantes designados.

Podem ser concedidas, caso a caso, autorizações de residência aos nacionais de países terceiros vítimas de condições de trabalho particularmente abusivas durante o período de duração dos seus processos, nos termos equivalentes aos previstos na Directiva 2004/81 relativa ao título de residência concedido aos nacionais de países terceiros que sejam vítimas de tráfico de seres humanos e que cooperem com as autoridades competentes.

Por fim, os EMs devem realizar inspecções eficazes e adequadas com base em análises de risco regulares a fim de controlar o emprego de nacionais de países terceiros em situação irregular (art. 14.º).

Assim, a Directiva 2009/52 institui uma política comum com três características principais. Em primeiro lugar, os empregadores ficam sujeitos a novas obrigações administrativas que têm de cumprir antes do recrutamento de qualquer nacional de país terceiro. O incumprimento dessas obrigações levará a uma série de medidas punitivas, sanções financeiras e sanções penais, nos casos mais graves. Em segundo lugar, o processo de tratamento das queixas será harmonizado. Em terceiro lugar, cada EM deverá levar a cabo inspecções eficazes e adequadas a fim de controlar o emprego de imigrantes ilegais.

**4.2.3. A Lei n.º 29/2012, de 9 de Agosto e a transposição da Directiva
2009/52 para a ordem jurídica interna**

A lei portuguesa, refere no seu artigo 185.º que, "*quem, com intenção lucrativa, para si ou para terceiro, aliciar ou angariar com o objectivo de introduzir no mercado de trabalho cidadãos estrangeiros que não sejam titulares de autorização de residência ou visto que habilite ao exercício de uma actividade profissional é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos. Se houver uma prática reiterada desses actos, a pessoa em questão pode ser punida com pena de prisão de 2 a 6 anos*".

Por outro lado, estabelece o artigo seguinte que "*quem, de forma habitual, utilizar o trabalho de cidadãos estrangeiros que não sejam titulares de autorização de residência ou visto que habilite a que permaneçam legalmente em Portugal, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 240 dias*" (art. 185.º-A, n.º 1). Estas penas podem ser agravadas caso a pessoa em causa usufrua, em simultâneo, da actividade de um número significativo de cidadãos estrangeiros em situação ilegal, podendo nesse caso ser punido com pena de prisão até 2 anos ou pena de multa até 480 dias (art. 185.º-A, n.º 2). Caso esteja em causa um menor de idade, o empregador é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 480 dias (art. 185.º-A, n.º 3).

Mais, são consideradas circunstâncias agravantes as "*condições de trabalho particularmente abusivas ou degradantes*" devendo o empregador, nesse caso, ser punido com pena de prisão de 1 a 5 anos, se pena mais grave não couber por força de outra

disposição legal (art. 185.º-A, n.º 5). Os limites das penas também são elevados nos termos gerais em caso de reincidência (art. 185.º-A, n.º 6).

Também a lei portuguesa, em concordância com a Directiva 2009/52, dispõe que as pessoas colectivas e equiparadas podem ser civil e criminalmente responsabilizadas pela prática dos crimes supra referidos (art. 182.º), respondendo solidariamente com aquela, os respectivos administradores, gerentes ou directores (art. 198.º, n.º 11) pelo pagamento da coima, cujos limites mínimo e máximo são elevados ao dobro, podendo ainda ser declarada a interdição do exercício da actividade pelo período de 3 meses a 5 anos (art. 185.º-A, n.º 7). O valor das coimas aplicáveis vem estipulado no artigo 198.º-A. Este difere consoante o número de cidadãos estrangeiros em situação irregular contratados, conforme referido anteriormente. Nesse caso, as coimas podem ir de € 2.000 a € 90.000 (art. 198.º-A, n.º 1).

Podem também ser aplicadas sanções acessórias, conforme o também referido na Directiva. Assim, são penas acessórias, a apreensão de documentos, a interdição de exercer uma profissão ou uma actividade, a privação do direito a subsídio outorgado por entidades ou serviços públicos e a privação do direito de participar em feiras ou mercados¹⁹⁸, a privação do direito de participar em arrematações ou concursos públicos que tenham por objecto a empreitada ou a concessão de obras públicas, o fornecimento de bens e serviços, a concessão de serviços públicos e a atribuição de licenças ou alvarás, o encerramento de estabelecimento cujo funcionamento esteja sujeito a autorização ou licença de autoridade administrativa e a suspensão de autorizações, licenças e alvarás¹⁹⁹.

¹⁹⁸ Devem seguir as regras do art. 21.º e seguintes do Regime Geral das Contraordenações.

¹⁹⁹ DL n.º 244/95, de 14 de Setembro.

Mais, no âmbito da cedência ocasional ou de utilização de trabalho temporário, o empregador e o empreiteiro geral são solidariamente responsáveis, nos termos do n.º 5 do artigo 198.º-A:

"a) pelo pagamento das coimas previstas nos números anteriores e dos créditos salariais emergentes de contrato de trabalho, da sua violação ou da sua cessação;

b) pelas sanções decorrentes do incumprimento da legislação laboral;

c) pelas sanções decorrentes da não declaração de rendimentos sujeitos a descontos para a administração fiscal e para a segurança social, relativamente ao trabalho prestado pelo trabalhador estrangeiro cuja actividade foi utilizada ilegalmente;

d) pelo pagamento das despesas necessárias à estada e ao afastamento dos cidadãos estrangeiros envolvidos;

e) pelo pagamento de quaisquer despesas decorrentes do envio de verbas decorrentes de créditos laborais para o país ao qual o cidadão estrangeiro tenha regressado voluntária ou coercivamente".

4.2.4. Críticas

A existência de um mercado de trabalho informal constitui um dos principais factores de atracção da imigração irregular e a exploração de nacionais de países terceiros. Embora fundamental, esta Directiva não escapou às críticas²⁰⁰.

²⁰⁰ Assim, SANCHO ALONSO, I. DE, "Access to labour rights for undocumented workers", in *Assessing EU Policy on Irregular Immigration under the Stockholm Programme*, CARRERA, S. e MERLINO, M. (eds), Centre for European Policy Studies (CEPS) – Centre d'étude des politiques européennes, Out. 2010, pp. 10-15.

Antes de mais, cada EM já previa medidas contra o trabalho ilegal, nomeadamente sanções contra os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular. Esta Directiva não acrescenta assim, nada de particularmente novo²⁰¹.

O Comité Económico e Social Europeu no seu Parecer sobre a "*Proposta de Directiva do PE e do Conselho que estabelece sanções contra os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular*"²⁰² aprova a Directiva em análise por respeitar os direitos humanos. No entanto, considera-se que estas medidas são insuficientes na luta contra o emprego ilegal em geral pois este encontra-se englobado numa realidade bem mais densa, a do mercado de trabalho, aconselhando assim a existência de uma política de sanções uniformes contra os empregadores, independentemente da nacionalidade dos trabalhadores não declarados.

Por outro lado, um estudo do sociólogo francês Emmanuel Terray, publicado no livro SANS PAPIERS, L'ARCHAÏSME FATAL²⁰³, indica que em França, apenas 1 em cada 100 empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular é efectivamente sancionado. Esta realidade deve-se, em parte, a razões práticas. Os serviços de inspecção assim como as autoridades jurisdicionais competentes dos diversos EMs não têm, muitas das vezes, meios suficientes para levar a cabo este tipo de procedimento. No entanto, os controlos feitos²⁰⁴ levam quase sempre a um despedimento "bruto" ou à detenção dos trabalhadores de

²⁰¹ CARRERA, S. e GUILD, E., "An EU Framework on Sanctions against Employers of Irregular Immigrants. Some Reflections on the Scope, Features & Added Value" in *CEPS Policy Brief*, n.º 140, Agosto de 2007, pp. 1-7.

²⁰² Disponível in Jornal Oficial C204 de 9/8/2008, pp. 70-76.

²⁰³ BALIBAR, E.; COSTA-LASCOUX, J.; CHEMILLIER-GENDREAU, M.; TERRAY, E., "Sans-papiers : l'archaïsme fatal", Paris : Editions La Découverte, 1999.

²⁰⁴ Assim, "according to the European Commission's Impact Assessment, only 2% of the establishments in the member state are subject to such inspections", CARRERA, S. e GUILD, E., "An EU Framework on Sanctions

países terceiros em situação irregular. Assim, as medidas tomadas na prática são bem mais gravosas para os trabalhadores o que, não desincentivando nem amedrontando os empregadores que seriam no entanto transformados em verdadeiros "cães de guarda" contra a imigração ilegal²⁰⁵, não diminui a taxa de emprego ilegal que poderá representar, ou mesmo ultrapassar, 20% do PIB em alguns dos países da Europa do sul e de leste²⁰⁶.

Por fim, existirão sempre sectores económicos de difícil acesso à inspecção do trabalho, tais como o trabalho doméstico e as limpezas, que são, juntamente com os sectores da construção, da agricultura e da restauração, os sectores económicos que mais imigrantes em situação ilegal²⁰⁷ empregam.

Quanto à lei portuguesa, esta não faz referência às obrigações dos empregadores aludindo apenas às sanções financeiras, seguindo o disposto no artigo 5.º da Directiva 2009/52, acessórias, conforme o também estabelecido no artigo 7.º da Directiva, e penais, de acordo com o artigo 10.º da Directiva, aplicáveis, fazendo também referência às várias circunstâncias agravantes.

A lei nacional também não faz referência ao procedimento de queixa (art. 13.º da Directiva) nem às inspecções (art. 14.º da Directiva).

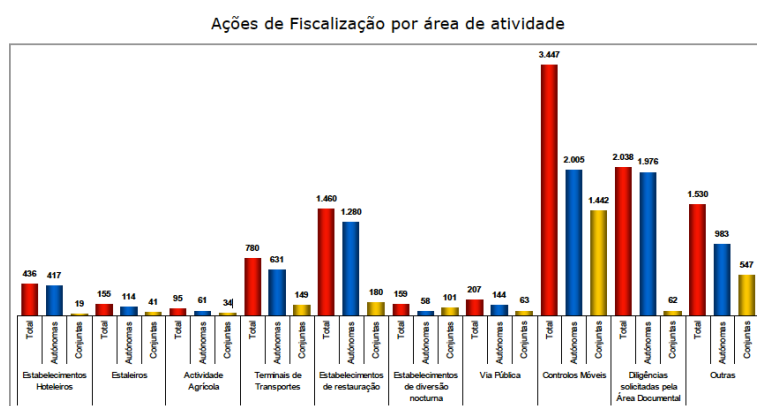
against Employers of Irregular Immigrants. Some Reflections on the Scope, Features & Added Value", in CEPS Policy Brief, n.º 140, Agosto de 2007, p. 5.

²⁰⁵ "Employers will be transformed into 'watchdogs of the EU' regarding irregular immigration", CARRERA, S. e GUILD, E., "An EU Framework on Sanctions against Employers of Irregular Immigrants. Some Reflections on the Scope, Features & Added Value" in CEPS Policy Brief, n.º 140, Agosto de 2007, p. 5.

²⁰⁶ Número comunicado na COM(2007) 628 final de 24 de Novembro de 2007, Intensificar o combate ao trabalho não declarado.

²⁰⁷ "Such a practice would be discriminatory in nature, with the result that some labour sectors and employers would be subject to greater checks than others because of their 'risky features'. This could be the case, for instance, for small- and medium-sized enterprises as they contribute significantly in the generation of employment, and of ethnic minority business", CARRERA, S. and GUILD, E., "An EU Framework on Sanctions against Employers of Irregular Immigrants. Some Reflections on the Scope, Features & Added Value" in CEPS Policy Brief, n.º 140, Agosto de 2007, p. 5.

Na prática, as Direcções Regionais do SEF empreenderam, em 2012, 10 307 acções de inspecção e fiscalização, o que reflete um decréscimo de 5,37% do número de acções de fiscalização face ao ano passado, sustentado no crescimento da actuação conjunta, de 5,35%, actuação esta levada a cabo em colaboração com outras forças e serviços de segurança. Mais, e conforme refere o quadro que segue, os sectores da agricultura, construção, trabalho doméstico, não são, de facto, os mais fiscalizados.



Fonte: SEF, in "Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo 2012", Junho 2013

Por outro lado, segundo dados do SEF, o segundo tipo de crime mais expressivo em 2012 foi o do auxílio à imigração ilegal, tendo sido registados 55 inquéritos referentes a este ilícito criminal, num total de 299 inquéritos. A angariação de mão de obra ilegal vem em nona posição, com um número de inquéritos que se eleva a 7, o que talvez reflita lacunas ao nível da fiscalização da mesma.

Inquéritos registados



Fonte: SEF, in "Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo 2012", Junho 2013

Assim, A UE adoptou dois importantes actos legislativos para combater a migração clandestina, nomeadamente a "Directiva Regresso", 2008/115/CE, relativa a normas e procedimentos comuns nos EMs para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular, que institui normas e procedimentos comuns a nível da UE para o regresso e a Directiva 2009/52/CE relativa a sanções e medidas a serem aplicadas nos EMs contra os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular.

Por outro lado, a União comprometeu-se, mediante a actuação da Comissão, a desenvolver uma parceria com os países de origem e de trânsito de migrantes em situação irregular, de modo a celebrar acordos de readmissão para o regresso destes e promover a cooperação na luta contra o tráfico de seres humanos. Os acordos de readmissão fazem assim parte de uma estratégia mais ampla da UE de combate à imigração ilegal, que foi acordada nos Conselhos Europeus de Tampere, Laeken e Sevilha. Estes acordos incluem compromissos de cooperação recíproca entre a UE e os países terceiros relativos ao regresso de pessoas em situação ilegal ao seu país de origem ou de trânsito.

No entanto, e conforme estudámos, estes instrumentos não estão isentos de críticas. A própria transposição para as diversas ordens jurídicas, mediante a figura da Directiva europeia é criticada uma vez que cada EM pode escolher os meios para alcançar os objectivos que estes instrumentos legislativos fixam. Ora, para um problema que não tem fronteiras, como é o caso do combate e a prevenção à imigração clandestina, seria necessário a adopção de verdadeiras medidas, harmoniosas, análogas, e emanadas em conjunto, e não apenas de objectivos pois tal poderá, ao invés, tornar um EM mais atractivo que outro havendo assim apenas e unicamente um jogo de "ping-pong" de imigração clandestina entre EMs.

4.3. A Jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem pertinente para a sua interpretação e aplicação

Convém antes de mais referir que tendo em conta o novo valor jurídico conferido à Carta e havendo, por outro lado, a expressa imposição de interpretação de grande parte dos preceitos desta de acordo com o disposto na CEDH, conforme referido no artigo 52.º, n.º 3, é necessário harmonizar as decisões do Tribunal do Luxemburgo e do Tribunal de Estrasburgo sobre as mesmas questões, sendo que o primeiro terá de seguir a linha jurisprudencial do segundo. Por outro lado, e dado o princípio do esgotamento dos meios judiciais na jurisdição de origem, é possível recorrer das decisões proferidas pelo TJ para o TEDH tornando essa harmonização de interpretação e aplicação dos preceitos essencial.

É extensa a jurisprudência do TEDH, e muito limitada aquela do TJUE, pertinente para a interpretação e aplicação destes diplomas de direito derivado.

Analisemos então a jurisprudência relevante para a interpretação da Directiva 2008/115.

4.3.1. *Afastamento (arts. 5.º, 8.º e 9.º da Directiva 2008/115)*

O acórdão do TEDH, *Soering c. Reino Unido*, de 7 de Julho de 1989, remetendo para o conceito de não repulsão, estabelece pela primeira vez que um EM pode ser responsabilizado sempre que decidir expulsar um nacional de país terceiro em situação irregular para um Estado onde possa vir a sofrer maus tratos²⁰⁸, indo assim ao encontro do disposto no n.º 2 do artigo 19.º da CDFUE segundo o qual "*ninguém pode ser afastado, expulso ou extraditado para um Estado onde corra sério risco²⁰⁹ de ser sujeito à pena de morte²¹⁰, à tortura ou a*

²⁰⁸ Assim, "La décision d'un État contractant d'extrader un fugitif peut soulever un problème au regard de l'article 3, donc engager la responsabilité de l'État en cause au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on le livre à l'État requérant, y courra un risque réel d'être soumis à la torture ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants".

Também nesse sentido, *ac. do TEDH, Ahmed c. Áustria, de 17 de Dezembro de 1996*: "Article 3 de la Convention (art. 3) qui dispose: « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ». La Cour rappelle tout d'abord que les Etats contractants ont, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités internationaux y compris la Convention, le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux. [...] Cependant, l'expulsion d'un étranger par un Etat contractant peut soulever un problème au regard de l'article 3 (art. 3), donc engager la responsabilité de l'Etat en cause au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on l'expulse vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3 (art. 3). En pareil cas, cette disposition (art. 3) implique l'obligation de ne pas expulser la personne en question vers ce pays. [...] Toutefois, pour apprécier les risques encourus dans le cas d'une expulsion qui n'a pas encore eu lieu, le moment auquel il convient de se placer est celui de l'examen de l'affaire par la Cour. S'il est vrai que les faits historiques présentent un intérêt dans la mesure où ils permettent d'éclairer la situation actuelle et son évolution probable, ce sont les circonstances présentes qui s'avèrent déterminantes".

²⁰⁹ Nesse sentido, *ac. do TEDH, Cruz Varas e outros c. Suécia, de 20 de Março de 1991*: "1) afin de déterminer s'il y a des motifs sérieux et avérés de croire à un risque réel de traitements incompatibles avec l'article 3 (art. 3), elle s'appuie sur l'ensemble des éléments qu'on lui fournit ou, au besoin, qu'elle se procure d'office; 2) dans une telle affaire, un État contractant assume une responsabilité au titre de l'article 3 (art. 3) pour avoir exposé quelqu'un au risque de mauvais traitements. En contrôlant l'existence de ce risque, il faut donc se référer par priorité aux circonstances dont l'État en cause avait ou devait avoir connaissance au moment de l'expulsion, mais cela n'empêche pas la Cour de tenir compte de renseignements ultérieurs; ils peuvent servir à confirmer ou infirmer la manière dont la Partie contractante concernée a jugé du bien-fondé des craintes d'un requérant; 3) pour tomber sous le coup de l'article 3 (art. 3), un mauvais traitement doit atteindre un minimum de gravité. L'appréciation de ce minimum est relative par essence; elle dépend de l'ensemble des données de la cause.

²¹⁰ Nesse sentido, *ac. do TEDH, Soering c. Reino Unido, de 7 de Julho de 1989*: "The alleged breach derives from the applicant's exposure to the so-called « death row phenomenon ». This phenomenon may be described as consisting in a combination of circumstances to which the applicant would be exposed if, after having been

outros tratos ou penas desumanos ou degradantes"²¹¹, por qualquer razão que seja"²¹², seja este sofrimento físico ou psicológico. Mais, devem também ser protegidos os nacionais de

extradited to Virginia to face a capital murder charge, he were sentenced to death. In its report (at paragraph 94) the Commission reaffirmed « its case-law that a person's deportation or extradition may give rise to an issue under Article 3 (art. 3) of the Convention where there are serious reasons to believe that the individual will be subjected, in the receiving State, to treatment contrary to that Article (art. 3) ». [...] Extradition in such circumstances [...] would plainly be contrary to the spirit and intendment of the Article, and in the Court's view this inherent obligation not to extradite also extends to cases in which the fugitive would be faced in the receiving State by a real risk of exposure to inhuman or degrading treatment or punishment proscribed by that Article (art. 3). What amounts to « inhuman or degrading treatment or punishment » depends on all the circumstances of the case. [...] In sum, the decision by a Contracting State to extradite a fugitive may give rise to an issue under Article 3 (art. 3), and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if extradited, faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the requesting country. The establishment of such responsibility inevitably involves an assessment of conditions in the requesting country against the standards of Article 3 (art. 3) of the Convention" e *ac. do TEDH, Jabari c. Turquia, de 11 de Julho de 2000*: "La Cour observe par ailleurs qu'eu égard au fait que l'article 3 consacre l'une des valeurs les plus fondamentales des sociétés démocratiques et proscrie en termes absolus la torture et les traitements ou peines inhumains ou dégradants, il faut impérativement soumettre à un contrôle attentif le grief d'un requérant aux termes duquel son expulsion vers un pays tiers l'exposerait à des traitements prohibés par l'article 3. [...] la Cour n'est pas persuadée que la situation dans le pays d'origine de la requérante ait évolué au point que l'adultère n'y soit plus jugé comme un affront répréhensible au droit islamique. Elle a pris note d'études récentes concernant la situation en Iran et relève que la répression de l'adultère par lapidation est toujours prévue par la législation et que les autorités peuvent recourir à cette peine. Eu égard aux considérations qui précèdent, la Cour juge avéré qu'il existe un risque réel pour la requérante d'être soumise à des traitements contraires à l'article 3 si elle est renvoyée en Iran".

²¹¹ Nesse sentido, *ac. do TEDH, Saadi c. Itália, de 28 de Fevereiro de 2008*: "l'expulsion par un Etat contractant peut soulever un problème au regard de l'article 3, et donc engager la responsabilité de l'Etat en cause au titre de la Convention, lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé, si on l'expulse vers le pays de destination, y courra un risque réel d'être soumis à un traitement contraire à l'article 3. Dans ce cas, l'article 3 implique l'obligation de ne pas expulser la personne en question vers ce pays. [...] Pour déterminer l'existence de motifs sérieux et avérés de croire à un risque réel de traitements incompatibles avec l'article 3, la Cour s'appuie sur l'ensemble des éléments qu'on lui fournit ou, au besoin, qu'elle se procure d'office." e *ac. do TEDH, Chahal c. Reino Unido, de 15 de Novembro de 1996*: "Toutefois, la Cour n'est pas liée par les constatations du rapport de la Commission et demeure libre d'apprécier les faits elle-même. Dans des affaires telles que la présente espèce, la Cour se doit en effet d'appliquer des critères rigoureux en vue d'apprécier l'existence d'un risque réel de mauvais traitements, eu égard au caractère absolu de l'article 3 (art. 3) et au fait qu'il consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques formant le Conseil de l'Europe".

²¹² Por exemplo a religião. Nesse sentido, *ac. do TEDH, Z e T c. Reino Unido, de 28 de Fevereiro de 2006*: "the alleged breach arises from the assertion that if the United Kingdom returns the applicants to Pakistan they will be unable, due to the prevailing situation in that largely Islamic country, to live as Christians without risking adverse, if not worse, attention or taking steps to conceal their religion. It is true that the responsibility of a Contracting State may be engaged, indirectly, through placing an individual at a real risk of a violation of his rights in a country outside their jurisdiction. [...] protection is offered to those who have a substantiated claim that they will either suffer persecution for, inter alia, religious reasons or will be at real risk of death or serious ill-treatment, and possibly flagrant denial of a fair trial or arbitrary detention, because of their religious affiliation (as for any other reason)".

países terceiros que corram o risco de serem vítimas de um processo²¹³ ou detenção²¹⁴ arbitrários.

O risco deve ser sério e real, conforme estabelece o acórdão Vilvarajah e outros contra o Reino Unido, de 30 de Outubro de 1991²¹⁵, e deve ser aferido pelo Tribunal, aquando da sua análise do caso, à luz dos acontecimentos presentes, mas também após análise dos elementos históricos sendo que o passado de um Estado reflete muitas das vezes os traços da sua evolução futura²¹⁶.

²¹³ Nesse sentido, *ac. do TEDH, Muminov c. Rússia, de 11 de Dezembro de 2008*: "[...] where the fugitive has suffered or risks suffering a flagrant denial of a fair trial in the requesting country".

²¹⁴ Nesse sentido, *ac. do TEDH, Z e T c. Reino Unido, de 28 de Fevereiro de 2006*: "[...] protection is offered to those who have a substantiated claim that they will either suffer persecution for, inter alia [...] possibly flagrant denial of a fair trial or arbitrary detention, because of their religious affiliation (as for any other reason)."

²¹⁵ "Il résulte [...] que l'examen de la question doit se concentrer en l'espèce sur les conséquences prévisibles du renvoi des requérants à Sri Lanka, compte tenu de la situation générale dans l'île en février 1988 et des circonstances propres au cas de chacun d'eux. [...] Les preuves fournies à la Cour quant aux antécédents des requérants et au contexte général à Sri Lanka n'établissent pas que la situation personnelle des intéressés fût pire que celle de la généralité des membres de la communauté tamoule ou des autres jeunes Tamouls de sexe masculin qui regagnaient leur pays. La conjoncture restant instable, ils se trouvaient devant un certain risque de détention ou de mauvais traitements, qui s'était apparemment déjà réalisé pour certains d'entre eux par le passé. Toutefois, en de telles circonstances une simple possibilité de mauvais traitements n'entraîne pas en soi une infraction à l'article 3 (art. 3). [...] Ces considérations l'amènent à conclure à l'absence de motifs sérieux et avérés de croire que le renvoi des requérants à Sri Lanka en février 1988 allait les exposer à un risque réel de subir des traitements inhumains ou dégradants, au sens de l'article 3 (art. 3)."

²¹⁶ Nesse sentido, *ac. do TEDH, N. c. Finlândia, de 26 de Julho de 2005*: "The decision of a Contracting State to expel a person may nevertheless give rise to an issue under Article 3 of the Convention, and hence engage the responsibility of that State under the Convention, where substantial grounds have been shown for believing that the person concerned faces a real risk of being subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment in the receiving country. In such circumstances Article 3 implies the obligation not to expel the person in question to that country. [...] As the prohibition provided by Article 3 against torture, inhuman or degrading treatment or punishment is of absolute character, the activities of the individual in question, however undesirable or dangerous, cannot be a material consideration. [...] The Court's examination of the existence of a risk of ill-treatment in breach of Article 3 must necessarily be a thorough one in view of the absolute character of this provision and the fact that it enshrines one of the fundamental values of the democratic societies making up the Council of Europe. [...] The assessment of the existence of the risk must be made on the basis of information concerning the conditions prevailing at the time of the Court's consideration of the case, the historical position being of interest in so far as it may shed light on the present situation and its likely evolution. [...] The Court considers that decisive regard must be had to the applicant's specific activities as an infiltrator and informant in President Mobutu's special protection force, reporting directly to very senior-ranking officers close to the former President. On account of those activities the Court finds that he would still run a substantial risk of treatment contrary to Article 3, if now expelled to the DRC. [...] In these circumstances, and having assessed all the material before it the Court concludes that sufficient evidence has been adduced to establish substantial grounds for believing that the applicant would be exposed to a real risk of treatment contrary to Article 3, if expelled to the DRC at this moment in time. Accordingly, the enforcement of the order issued to that effect would violate that provision for as long as the risk persists".

Por outro lado, refere o artigo 5.º da Directiva, que na aplicação de uma medida de expulsão, deve o EM ter em conta três critérios ou limites:

- a) *o interesse superior da criança*. Este critério moderador poderá surgir relativamente à expulsão, sendo que devem para tal ser tidos em consideração factos tais como a idade, os laços que unem a criança ao EM onde se encontra em situação irregular, o que será aferido graças a critérios tais como, por exemplo, a efectiva escolarização, a duração da sua permanência no EM em questão, a existência de laços familiares, culturais e sociais com o seu país de origem, (...).
- b) *a vida familiar*, deve ser devidamente protegida pois encontra-se elencada na CDFUE. Assim, para que um nacional de país terceiro que tenha constituído família num EM possa ser expulso, é necessário que esta medida de afastamento se encontre devidamente prevista na lei nacional, seja acessível para as pessoas em questão, seja clara, de forma a que o sujeito saiba que acções podem levar à execução de que medida, justificada, legítima e proporcional²¹⁷. Quanto ao critério da proporcionalidade, este vem referido, por uma lado, no número 4 do artigo 8.º que dispõe que "*se os EMs utilizarem — como último recurso — medidas coercivas para impor o afastamento de um nacional de país terceiro que resista a este, tais medidas devem ser **proporcionadas** e não devem exceder o uso razoável*

²¹⁷ Nesse sentido, *ac. do TEDH, Mokrani c. França, de 15 de Julho de 2003*: "La Cour considère, comme le Gouvernement, que la mesure d'expulsion prise à l'encontre du requérant en l'espèce, constitue une ingérence dans son droit à la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention. 2. *Justification de l'ingérence* - Pareille ingérence enfreint la Convention si elle ne remplit pas les exigences du paragraphe 2 de l'article 8. Il faut donc rechercher si elle était « prévue par la loi », inspirée par un ou plusieurs buts légitimes au regard dudit paragraphe, et « nécessaire, dans une société démocratique », a) « *Prévue par la loi* » - Il n'est pas contesté que l'arrêté d'expulsion litigieux se fondait sur les articles 23 et suivants de l'ordonnance du 2 novembre 1945 telle que modifiée, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, b) « *But légitime* » - Il n'est pas davantage controversé que l'ingérence en cause visait des fins pleinement compatibles avec la Convention, à savoir « la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales », c) « *Nécessaire* », « *dans une société démocratique* »"

da força [...]" (negrito nosso), e, por outro, formulado no acórdão do TEDH *Boultif c. Suíça*, de 2 de Agosto de 2011, que estabelece que, para avaliar a necessidade de aplicação de uma medida de expulsão, deverão ser tomados em consideração factores tais como a natureza e gravidade da infracção cometida, a duração da residência no território de um EM, o tempo decorrido desde a infracção e a conduta do autor desta durante esse período, as nacionalidades das pessoas em questão, a situação familiar do sujeito, analisada à luz de factos tais como a duração do matrimónio²¹⁸, se o cônjuge estava informado sobre o crime quando constituiu família com o indivíduo, se existem filhos oriundos do casamento, e se assim for, a idade destes, as dificuldades às quais o cônjuge e os filhos do casal poderão estar sujeitos no país para o qual o sujeito será expulso, e a solidez dos laços sociais, culturais e familiares com o país de acolhimento²¹⁹ e com o país de destino²²⁰.

²¹⁸ Nesse sentido, *ac. do TEDH, Beldjoudi et Teychene c. França, de 11 de Julho de 1989*: "Le requérant expose qu'il est né en France, qu'il y a toujours vécu, qu'il ne parle pas un mot d'arabe et qu'il n'a pas été élevé par ses parents dans la religion coranique. Il expose également qu'il est marié depuis 1970 à une ressortissante française. Dans ces conditions, le requérant soutient que l'exécution de l'arrêté d'expulsion qui lui a été notifié sans motivation en 1979 constituerait une violation de son droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention. Le requérant soutient également que du fait qu'il estime être depuis sa naissance dans la possession d'état de français, son expulsion porterait atteinte aux droits qui lui sont reconnus par la Convention aux articles 3, 9, 12 et 14 de la Convention."

²¹⁹ Neste sentido, *ac. TEDH, Beldjoudi et Teychene c. França, de 11 de Julho de 1989*, que rejeita a possibilidade de expulsão de um nacional de país terceiro que "Nonobstant cette nationalité étrangère rétroactivement attribuée, les parents du requérant avaient donné à celui-ci comme à ses frères et soeurs une culture française et s'étaient abstenus d'une part de leur faire apprendre l'arabe et d'autre part de les éduquer dans la religion coranique. Le requérant, pour sa part, alors qu'il était majeur de dix-huit ans mais avait moins de vingt-et-un ans avait la ferme détermination de rester français et de ne pas se voir attribuer la nationalité d'un pays qui lui était totalement étranger".

²²⁰ Assim, *ac. do TEDH Boultif c. Suíça, de 2 de Agosto de 2011*: "[...] La Cour rappelle qu'il incombe aux Etats contractants d'assurer l'ordre public, en particulier dans l'exercice de leur droit de contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux des traités, l'entrée et le séjour des non-nationaux. A ce titre, ils ont la faculté d'expulser les délinquants parmi ceux-ci. Toutefois, leurs décisions en la matière, dans la mesure où elles porteraient atteinte à un droit protégé par le paragraphe 1 de l'article 8, doivent se révéler nécessaires, dans une société démocratique, c'est-à-dire justifiées par un besoin social impérieux et, notamment proportionnées au but légitime poursuivi. [...] Aussi la tâche de la Cour consiste-t-elle à déterminer si le refus de renouveler l'autorisation de séjour du requérant en l'espèce a respecté un juste équilibre entre les intérêts en présence, à savoir, d'une part, le droit de l'intéressé au respect de sa vie familiale, et, d'autre part, la protection de l'ordre public et la prévention des infractions pénales. [...] Pour

c) *o estado de saúde* do nacional de país terceiro em causa, referido no acórdão do TEDH, D. c. Reino Unido, de 2 de Maio de 1997²²¹.

4.3.2. *Garantias processuais (art. 12.º da Directiva 2008/115)*

O artigo 12.º da Directiva 2008/115, estabelece que uma medida de afastamento deve respeitar o princípio da transparência.

Assim, o fundamento de facto e de direito do afastamento deve ser sempre exposto por escrito. O acórdão do TEDH, *Geleri c. Roménia*, de 15 de Fevereiro de 2011, relembra esta

apprécier les critères pertinents en pareil cas, la Cour prendra en compte la nature et la gravité de l'infraction commise par le requérant, la durée de son séjour dans le pays d'où il va être expulsé, la période qui s'est écoulée depuis la perpétration de l'infraction ainsi que la conduite de l'intéressé durant cette période, la nationalité des diverses personnes concernées, la situation familiale du requérant, par exemple la durée de son mariage, et d'autres éléments dénotant le caractère effectif de la vie familiale d'un couple, le point de savoir si le conjoint était au courant de l'infraction au début de la relation familiale, la naissance d'enfants légitimes et, le cas échéant, leur âge. En outre, la Cour examinera tout autant la gravité des difficultés que risque de connaître le conjoint dans le pays d'origine de son époux ou épouse, bien que le simple fait qu'une personne risque de se heurter à des difficultés en accompagnant son conjoint ne saurait en soi exclure une expulsion". Também nesse sentido, *ac. do TEDH, Amghar c. França, de 7 de Abril de 1992*, aqui o sujeito não é casa e não tem filhos mas "compte tenu de la situation particulière du requérant et, notamment, de sa qualité de migrant de la seconde génération, de la gravité des problèmes notamment d'insertion, auxquels il se verra en toute probabilité confronté du fait de l'expulsion, de ses liens faibles avec l'Algérie et de ses attaches profondes avec la France, la mesure d'expulsion peut s'analyser en l'espèce comme une ingérence dans le droit du requérant au respect de sa vie privée protégé par l'article 8 de la Convention".

²²¹ Nesse sentido, *ac. do TEDH, D. c. Reino Unido, de 2 de Maio de 1997*: "Cela étant, la Cour recherchera s'il existe un risque réel que l'expulsion du requérant soit contraire aux règles de l'article 3 (art. 3) compte tenu de l'état de santé de D. à l'heure actuelle. Pour cela, la Cour évaluera ce risque à la lumière des éléments dont elle dispose au moment où elle examine l'affaire, et notamment des informations les plus récentes sur la santé du requérant. [...] Il existe un risque sérieux que les conditions défavorables qui l'attendent à Saint-Kitts réduisent encore son espérance de vie déjà courte et lui causent des souffrances physiques et morales extrêmes. Le traitement médical qu'il pourrait espérer y recevoir ne saurait combattre les infections qu'il risquerait de contracter du fait de l'absence de logement et de nourriture correcte et des problèmes sanitaires dans lesquels se débat la population de Saint-Kitts. [...] Compte tenu de ces circonstances exceptionnelles et du fait que le requérant est parvenu à un stade critique de sa maladie fatale, la mise à exécution de la décision de l'expulser vers Saint-Kitts constituerait, de la part de l'Etat défendeur, un traitement inhumain contraire à l'article 3 (art. 3). La Cour relève aussi à cet égard que l'Etat défendeur assume la responsabilité du traitement du requérant depuis août 1994. Celui-ci est devenu dépendant des soins médicaux et palliatifs qu'il reçoit actuellement et il est sans nul doute psychologiquement prêt à affronter la mort dans un environnement tout à la fois familial et humain. Même si l'on ne peut dire que la situation qui serait la sienne dans le pays de destination constitue en soi une violation de l'article 3 (art. 3), son expulsion l'exposerait à un risque réel de mourir dans des circonstances particulièrement douloureuses et constituerait donc un traitement inhumain".

necessidade estabelecendo que, apesar de estar em causa um perigo para a segurança nacional, existindo "*des informations suffisantes et sérieuses [indiquant] qu'il [o nacional de país terceiro em causa, M. Geleri, neste caso] se livrait à des activités de nature à mettre en danger la sécurité nationale*", estes fundamentos devem ser comunicados ao destinatário da medida de afastamento apesar de, tendo em conta a sua natureza, serem considerados confidenciais pela lei nacional do EM²²².

Este aspecto é essencial para que possa haver uma boa administração da justiça assim como garantias efectivas contra as decisões discricionárias.

4.3.3. Detenção (arts. 15.º e 16.º da Directiva 2008/115)

4.3.3.1. Fundamentos (art. 15.º)

O acórdão do TJUE, El Dridi, de 28 de Abril de 2011, veio interpretar os artigos 15.º e 16.º da Directiva 2008/115, nomeadamente o recurso à detenção para efeitos de afastamento.

²²² Nesse sentido, *ac. do TEDH, Liu c. Rússia, de 6 de Dezembro de 2007*: "It is true that domestic law provided for the possibility of challenging the decision before a court. However, the domestic courts were not in a position to assess effectively whether the decision had been justified, because the full material on which it had been based was not made available to them. The submissions by the local police department were confined to the assertion that it was in possession of information that the first applicant posed a national security risk. The content of the information was not disclosed to the applicants or to the courts on the ground that it was a State secret. The Court recognises that the use of confidential material may be unavoidable where national security is at stake. This does not mean, however, that the national authorities can be free from effective control by the domestic courts whenever they choose to assert that national security and terrorism are involved. There are techniques that can be employed which both accommodate legitimate security concerns about the nature and sources of intelligence information and yet accord the individual a substantial measure of procedural justice. The failure to disclose the relevant information to the courts deprived the latter of the power to assess whether the conclusion that the first applicant constituted a danger to national security had a reasonable basis in the facts. It follows that the judicial scrutiny was limited in scope and did not provide sufficient safeguards against arbitrary exercise of the wide discretion conferred by domestic law on the Ministry of Internal Affairs in cases involving national security".

Tal como estabelecido pelo TEDH, a detenção deve estar prevista na lei nacional de forma clara²²³, devendo esta prever os prazos e procedimentos para a aplicação desta medida²²⁴.

Mais, a lei deverá ser acessível para o sujeito em causa²²⁵. As autoridades nacionais devem assim tomar medidas que assegurem que as pessoas detidas tenham acesso a uma

²²³ Nesse sentido, *ac. do TEDH, Abdolkhani e Karimnia c. Turquia, de 22 de Setembro de 2009*: "En résumé, faute de dispositions légales claires établissant la procédure à suivre pour ordonner et proroger une détention aux fins d'expulsion et fixant des limites temporelles à pareille détention, la privation de liberté imposée aux requérants n'était pas entourée de garanties adéquates contre l'arbitraire. Le système national est ainsi resté en défaut de protéger les requérants contre une détention arbitraire, et la détention subie par les intéressés ne peut en conséquence être considérée comme « régulière » aux fins de l'article 5 de la Convention." e *ac. do TEDH, Amuur c. França, de 25 de Junho de 1996*: "L'article 5 (art. 5), en proclamant dans son paragraphe 1 (art. 5-1) le « droit à la liberté », vise la liberté physique de la personne; il a pour but d'assurer que nul n'en soit dépouillé de manière arbitraire. En revanche, il ne concerne pas en principe les simples restrictions à la liberté de circuler qui, elles, obéissent à l'article 2 du Protocole no 4. Pour déterminer si un individu se trouve « privé de sa liberté » au sens de l'article 5 (art. 5), il faut partir de sa situation concrète et prendre en compte un ensemble de critères comme le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée. Entre privation et restriction de liberté, il n'y a qu'une différence de degré ou d'intensité, non de nature ou d'essence. [...] En exigeant que toute privation de liberté soit effectuée « selon les voies légales », l'article 5 par. 1 (art. 5-1) impose, en premier lieu, que toute arrestation ou détention ait une base légale en droit interne. Toutefois, ces termes ne se bornent pas à renvoyer au droit interne; tout comme le membre de phrase « prévue par la loi » du paragraphe 2 des articles 8 à 11 (art. 8-2, art. 9-2, art. 10-2, art. 11-2), ils concernent aussi la qualité de la loi; ils la veulent compatible avec la prééminence du droit, notion inhérente à l'ensemble des articles de la Convention. Pour rechercher si une privation de liberté a respecté le principe de légalité interne, il incombe donc à la Cour d'apprécier non seulement la législation en vigueur dans le domaine considéré, mais aussi la qualité des autres normes juridiques applicables aux intéressés. Pareille qualité implique qu'une loi nationale autorisant une privation de liberté - surtout lorsqu'il s'agit d'un demandeur d'asile - soit suffisamment accessible et précise afin d'éviter tout danger d'arbitraire. Ces caractéristiques revêtent une importance fondamentale dans le domaine des demandeurs d'asile dans les aéroports, compte tenu notamment de la nécessité de concilier la protection des droits fondamentaux et les impératifs de la politique de l'immigration des Etats. [...] Or, à cet égard, ni le décret du 27 mai 1982 ni la circulaire, d'ailleurs non publiée, du 26 juin 1990 - seul texte visant spécifiquement au moment des faits le maintien d'étrangers dans la zone de transit - ne constituaient une « loi » d'une « qualité » suffisante au sens de la jurisprudence de la Cour: offrir une protection adéquate et la sécurité juridique nécessaire pour prévenir les atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis par la Convention".

²²⁴ Nesse sentido, *ac. do TEDH, Abdolkhani e Karimnia c. Turquia, de 22 de Setembro 2009*: "La Cour doit vérifier à cet égard si la détention subie par les requérants reposait effectivement sur une base légale en droit interne. [...] La Cour observe que les dispositions légales précitées invoquées par le gouvernement défendeur prévoient que les étrangers qui ne sont pas en possession de documents de voyage valides ou qui ne peuvent être expulsés sont tenus de résider en des lieux désignés par le ministère de l'Intérieur. Ces dispositions ne parlent pas de privation de liberté dans le contexte de procédures d'expulsion. Elles concernent le séjour de certains groupes d'étrangers en Turquie, mais non leur détention. Elles ne comportent pas davantage la moindre précision quant aux conditions permettant d'ordonner et de prolonger des détentions aux fins d'expulsion et elles ne fixent pas de limites à pareille détention. Aussi la Cour estime-t-elle que la détention subie par les requérants du 23 au 30 juin 2008 n'avait pas une base légale interne suffisante. [...] En résumé, faute de dispositions légales claires établissant la procédure à suivre pour ordonner et proroger une détention aux fins d'expulsion et fixant des limites temporelles à pareille détention, la privation de liberté imposée aux requérants n'était pas entourée de garanties adéquates contre l'arbitraire. [...] Le système national est ainsi resté en défaut de protéger les requérants contre une détention arbitraire, et la détention subie par les intéressés ne peut en conséquence être considérée comme « régulière » aux fins de l'article 5 de la Convention".

informação clara e de fácil compreensão, numa língua que dominem, de forma a poderem entender a natureza e os fundamentos da detenção assim como os meios legais de que dispõem para as suas defesas²²⁶.

Mas poderá a legislação nacional prever a aplicação de uma pena de prisão aos nacionais de países terceiros em situação irregular que se recusem a obedecer à ordem de afastamento do território nacional? O TJUE estabelece, no acórdão *El Dridi*, que tal legislação nacional seria susceptível de comprometer a realização do objectivo de instaurar uma política eficaz de afastamento e de repatriamento com observância dos direitos fundamentais. Assim, os EMs não podem estabelecer derrogações a essas normas e procedimentos mediante a aplicação de normas mais severas. Também nesse sentido dispõe a Directiva 2008/115. Segundo este instrumento, apenas se poderá proceder à detenção de um nacional de país terceiro caso este se encontre em situação irregular e caso o seu comportamento comprometer a execução da decisão de afastamento do EM. Por outro lado, a detenção deve ter a menor duração possível

²²⁵ O que é particularmente relevante no âmbito da imigração clandestina uma vez que estão em causa nacionais de países terceiros que muitas vezes desconhecem as leis do EM onde se encontram e que tampouco dominam a língua desse Estado.

²²⁶ Nesse sentido, *ac. do TEDH, Chahal c. Reino Unido, de 15 de Novembro de 1996*: "Le premier requérant prétend s'être vu refuser la possibilité de faire statuer par un tribunal sur la légalité de sa détention et ce, au mépris de l'article 5 par. 4 de la Convention (art. 5-4), ainsi libellé: « Toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale. » [...] Le concept de « régularité » contenu à l'article 5 par. 1 f) [...] ne renvoie pas seulement à l'obligation d'observer les normes de fond et de procédure de la législation nationale; il exige de surcroît que toute privation de liberté respecte le but de l'article 5. La question se pose donc de savoir si les procédures dont M. Chahal pouvait se prévaloir pour contester la légalité de sa détention et demander sa mise en liberté sous caution constituent un contrôle approprié par les juridictions internes." e *ac. do TEDH, Saadi c. Reino Unido, de 27 de Setembro de 2005*: "« Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle ». [...] La chambre a conclu à la violation de cette disposition au motif que les raisons de la détention n'avaient pas été données « dans le plus court délai ». Elle a jugé que des déclarations générales – en l'occurrence des annonces émanant du Parlement – ne pouvaient répondre à l'obligation, visée à l'article 5 § 2, d'informer l'intéressé des motifs de son arrestation ou de sa détention. La première fois que le requérant s'était vu communiquer le motif véritable de sa détention, c'était par l'intermédiaire de son représentant, le 5 janvier 2001. Il se trouvait alors déjà en détention depuis soixante-seize heures. La chambre a estimé qu'en admettant qu'une communication orale à un représentant satisfasse aux exigences de l'article 5 § 2 de la Convention, un délai de soixante-seize heures pour indiquer les motifs d'une détention était incompatible avec l'obligation, au regard de cette disposition, de les fournir « dans le plus court délai »".

e ser sujeita a reapreciação a intervalos razoáveis cessando quando se afigure já não existir uma perspectiva razoável de afastamento. Por fim, os interessados devem ser colocados em centros especializados e, em todo o caso, separados dos presos comuns.

Por outro lado, o TJ considerou que os EMs, por sua vez, não podem prever, para remediar ao fracasso das medidas coercivas tomadas em sede afastamento forçado, uma pena privativa da liberdade somente porque um nacional de um país terceiro, depois de ter sido notificado de uma ordem para deixar o território nacional e de ter expirado o prazo fixado nessa ordem, continua a permanecer irregularmente no território de um EM. Os EMs devem assim prosseguir os seus esforços para executar a decisão de regresso, que continua a produzir efeitos.

Neste sentido, os artigos 15.º e 16.º *"devem ser interpretados no sentido de que se opõem à legislação de um EM, como a que está em causa no processo principal, 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 desse EM em violação de uma ordem de deixar o referido território num prazo determinado"*. Mais, consoante o acórdão do TJ, Alexandre Achughbabian c. Préfet du Val-de-Marne, de 6 de Dezembro de 2011, a Directiva 2008/115 relativa a normas e procedimentos comuns nos EMs para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular, deve ser interpretada no sentido de que *"se opõe a uma regulamentação de um EM que reprime a permanência irregular através de sanções penais, na medida em que essa regulamentação permite a prisão de um nacional de um país terceiro que, permanecendo em situação irregular no território do referido EM e não estando na disposição de deixar esse território voluntariamente, não foi*

sujeito às medidas coercivas referidas no artigo 8.º desta Directiva e em relação ao qual, em caso de detenção com vista a preparar e a realizar o seu afastamento, não expirou o período de duração máxima dessa detenção". No entanto, esta Directiva "não se opõe a tal regulamentação na medida em que esta permite a prisão de um nacional de um país terceiro ao qual foi aplicado o procedimento de regresso instituído pela referida Directiva e que permanece em situação irregular no referido território, sem motivo justificado para o não regresso".

Por outro lado, o recurso à detenção deverá ter em consideração alguns factos e princípios tais como a idade da pessoa em causa²²⁷, o estado de saúde do nacional de país terceiro em causa²²⁸ e o interesse superior da criança detida²²⁹.

²²⁷ Respeitando assim os Direitos das pessoas idosas, art. 25.º da CDFUE. Nesse sentido, o *ac. do TEDH, Farbtuhs c. Letónia, de 2 de Dezembro de 2004*, decidiu que não se poderia proceder à detenção de um homem de 86 anos.

²²⁸ Assim, *ac. do TEDH, Muskhadzhiyeva e outros c. Bélgica, de 19 de Janeiro de 2010*: "A cela s'ajoute l'état de santé préoccupant des enfants requérants dont ont fait état des médecins indépendants. Ainsi, la Cour note que le 11 janvier 2007, l'organisation « Médecins sans frontières » a établi une attestation psychologique concernant les requérants qui a été versée au dossier. Il y était noté que les enfants, et surtout Khadizha, montraient des symptômes psychiques et psychosomatiques graves, comme conséquence d'un traumatisme psychique et somatique. Khadizha était diagnostiquée comme souffrant d'un stress post-traumatique et présentant un excès d'angoisse très largement supérieure aux enfants de son âge : elle faisait des cauchemars et se réveillait en hurlant, elle criait, pleurait, se cachait sous la table dès qu'elle apercevait un homme en uniforme et se cognait la tête contre les murs. Liana souffrait de sérieuses difficultés de respiration. Le 22 janvier 2007, un médecin de la même organisation a dressé une seconde attestation psychologique. Il précisait que l'état psychologique des requérants se dégradait et que, pour limiter le dommage psychique, il était nécessaire de libérer la famille. Il indiquait également que la mère des quatre enfants vivait une situation de stress si dense qu'elle intensifiait celui des enfants, ces derniers ayant le sentiment que leur mère était dans l'incapacité de les protéger".

²²⁹ Assim, *ac. do TEDH, Muskhadzhiyeva e outros c. Bélgica, de 19 de Janeiro de 2010*: "Ces dispositions doivent permettre une protection efficace, notamment des enfants et autres personnes vulnérables et inclure des mesures raisonnables pour empêcher des mauvais traitements dont les autorités avaient ou auraient dû avoir connaissance. [...] Dans l'arrêt précité, la Cour a conclu à la violation de l'article 3 en raison de la détention d'une mineure dans le centre « 127 », situé près de l'aéroport de Bruxelles et destiné à la détention d'étrangers dans l'attente de leur éloignement. Elle a relevé que les conditions de détention de la requérante, alors âgée de cinq ans, étaient les mêmes que celles d'une personne adulte, que l'enfant a été détenue durant deux mois dans un centre initialement conçu pour adultes alors qu'elle était séparée de ses parents et ce, sans que quiconque n'ait été désigné pour s'en occuper, ni que des mesures d'encadrement et d'accompagnement psychologiques ou éducatives ne soient dispensées par un personnel qualifié, spécialement mandaté à cet effet. Elle a souligné qu'il convenait de garder à l'esprit que la situation d'extrême vulnérabilité de l'enfant était déterminante et prédominait sur la qualité d'étranger en séjour illégal".

4.3.3.2. Condições de detenção (art. 16.º)

O acórdão do TJUE, Kadzoev, de 30 de Novembro de 2009, veio interpretar os números 4 a 6 do artigo 15.º da Directiva relativa a normas e procedimentos comuns nos EMs para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular, nomeadamente quanto ao prazo de detenção e se o período durante o qual a execução da decisão de afastamento esteve suspensa deverá contar para efeitos de prazo. Este acórdão estabelece que o preceito em causa deve ser interpretado no sentido de que a duração máxima de detenção nele prevista deve incluir o período de detenção cumprido no quadro de um processo de afastamento iniciado antes da Directiva em questão ser aplicável.

Assim, os números 5 e 6 do artigo 15.º da Directiva 2008/115 devem ser interpretados no sentido de que o período durante o qual a execução do despacho de condução coerciva à fronteira esteve suspensa, devido a um processo de recurso judicial interposto pelo interessado, deve ser tomado em consideração no cálculo do período de detenção para efeitos de afastamento quando, durante todo o período de apreciação do processo, o interessado tiver permanecido num centro de instalação temporária.

Não deve ser aplicado o disposto no n.º 4 do artigo 15.º quando as possibilidades de prorrogação dos prazos de detenção previstos no artigo 15.º, n.º6, já se tiverem esgotado no momento da fiscalização jurisdicional da detenção da pessoa em causa. Só uma real perspectiva de que o afastamento possa ser executado, atendendo aos prazos fixados nos números 5 e 6 deste mesmo artigo, corresponde a uma perspectiva razoável de afastamento

sendo que esta "*perspectiva razoável de afastamento*" não existe quando se afigure pouco provável que, atendendo aos referidos prazos, o interessado seja acolhido num país terceiro.

Por sua vez, os números 4 e 6 do artigo 15.º devem ser interpretados no sentido de não permitirem, quando o período máximo de detenção previsto nesta Directiva se tenha esgotado, a não libertação imediata do interessado com o fundamento de não possuir documentos válidos, de ter um comportamento agressivo ou de não dispor de meios alojamento ou de subsistência próprios ou fornecidos pelo EM para esse fim. Assim, também o acórdão do TEDH, *Massoud c. Malta*, de 27 de Julho de 2010, volta a referir que o prazo de detenção não poderá nunca exceder os 18 meses²³⁰ mesmo em caso de atrasos administrativos, nomeadamente "*atrasos na obtenção da documentação necessária junto de países terceiros*"²³¹.

²³⁰ Assim, *ac. do TEDH, Massoud c. Malta, de 27 de Julho de 2010*, "The duration of the detention therefore amounted to eighteen months and nine days. The Court notes that the entire duration of the detention was subsequent to the rejection of his asylum claim at first instance, on 24 April 2007, and that the final decision on his asylum claim was delivered three weeks after the commencement of his detention in the detention centre. The Court must determine whether the duration of the detention was excessive and whether the authorities pursued the deportation proceedings with due diligence. [...] However, the delay was not due to the need to wait for the courts to determine a legal challenge, the applicant's asylum claim having been determined before his detention. Although the identity and nationality of the applicant had been determined, the Government submitted that repatriation had been difficult as the applicant was undocumented, the Algerian authorities had refused to issue the relevant documents and the applicant had been unwilling to cooperate. [...] The Court considers that while it is true that the Maltese authorities could not compel the issuing of such a document, there is no indication in the Government's observations that they pursued the matter vigorously or endeavoured entering into negotiations with the Algerian authorities with a view to expediting its delivery. [...] The Government blamed the applicant for his unwillingness to cooperate. However, assuming the Government were right in their allegation, the Court considers that it must have become clear quite early on that the attempts to repatriate him were bound to fail as the applicant had refused to cooperate and/or the Algerian authorities had not been prepared to issue him documents. Detention cannot be said to have been effected with a view to his deportation if this was no longer feasible".

²³¹ Neste sentido, *ac. do TEDH, Kadem c. Malta, de 9 de Janeiro de 2003*: "Moreover, the Court recalls that Article 5 § 4, in guaranteeing to persons arrested or detained a right to take proceedings to challenge the lawfulness of their detention, also proclaims their right, following the institution of such proceedings, to a speedy judicial decision concerning the lawfulness of detention [...]. The question whether a person's right under Article 5 § 4 has been respected has to be determined in the light of the circumstances of each case [...]. In the present case, the applicant first raised the plea of unlawfulness of his arrest at the hearing of 3 November 1998 before the Magistrates' Court [...]. The latter gave a ruling on this plea only seventeen days later, on 20 November 1998 [...]. In these circumstances, the Court finds that the lawfulness of the applicant's detention was not decided « speedily » by the Magistrates' Court as required by Article 5 § 4 of the Convention [...]. It remains

Por fim, o período durante o qual uma pessoa se encontre colocada num centro de instalação temporária, com base numa decisão tomada ao abrigo das disposições nacionais e comunitárias relativas aos requerentes de asilo, não deve ser considerado "*detenção*" para efeitos de afastamento.

4.3.4. *Expulsões colectivas*

São organizados, no âmbito do afastamento de nacionais de países terceiros em situação irregular, voos conjuntos de repatriamento pela Frontex. No entanto, tal como estabelece o acórdão do TEDH, *Conka c. Bélgica*, de 5 de Fevereiro de 2002, as expulsões colectivas são proibidas²³².

Assim, cada decisão de afastamento deve ser objecto de uma análise específica não sendo possível decidir, através de uma medida única, expulsar todas as pessoas que tenham a nacionalidade de um determinado Estado. Esta medida tanto vale para os nacionais de países

to ascertain whether the applicant had at his disposal other effective and speedy remedies for challenging the lawfulness of his detention".

²³² Assim, *ac. do TEDH, Conka c. Bélgica, de 5 de Fevereiro de 2002*: "Court reiterates its case-law whereby collective expulsion, within the meaning of Article 4 of Protocol No. 4, is to be understood as any measure compelling aliens, as a group, to leave a country, except where such a measure is taken on the basis of a reasonable and objective examination of the particular case of each individual alien of the group. [...] The Court notes, however, that the detention and deportation orders in issue were made to enforce an order to leave the territory dated 29 September 1999; that order was made solely on the basis of section 7, first paragraph, point (2), of the Aliens Act, and the only reference to the personal circumstances of the applicants was to the fact that their stay in Belgium had exceeded three months. In particular, the document made no reference to their application for asylum or to the decisions of 3 March and 18 June 1999. Admittedly, those decisions had also been accompanied by an order to leave the territory, but by itself, that order did not permit the applicants' arrest. The applicants' arrest was therefore ordered for the first time in a decision of 29 September 1999 on a legal basis unrelated to their requests for asylum, but nonetheless sufficient to entail the implementation of the impugned measures. In those circumstances and in view of the large number of persons of the same origin who suffered the same fate as the applicants, the Court considers that the procedure followed does not enable it to eliminate all doubt that the expulsion might have been collective. That doubt is reinforced by a series of factors: firstly, prior to the applicants' deportation, the political authorities concerned had announced that there would be operations of that kind and given instructions to the relevant authority for their implementation [...]; secondly, all the aliens concerned had been required to attend the police station at the same time; thirdly, the orders served on them requiring them to leave the territory and for their arrest were couched in identical terms; fourthly, it was very difficult for the aliens to contact a lawyer; lastly, the asylum procedure had not been completed".

terceiros que se encontram em situação irregular há já algum tempo como para os nacionais de países terceiros em situação irregular que acabam de chegar a um EM ou que estejam a tentar aceder a algum EM.

5. CONCLUSÃO

Se entre 1820 e 1930 a América foi a terra de sonho e das oportunidades para milhões de europeus, a partir dos anos 90, o velho continente foi palco de uma estabilidade económica e política, alicerçada nos sucessivos planos de convergência apoiados pelos Fundos Estruturais da Comunidade Europeia, que propiciou um constante aumento dos indicadores de bem estar, económicos e sociais.

A UE tornou-se assim um pólo atractivo para a imigração, assistindo a fluxos migratórios provenientes de entre os diversos EMs. Foi nesse sentido, e de forma a enquadrar e controlar essa realidade, que a UE adoptou, desde 1985, medidas que visavam constituir e consolidar um espaço sem fronteiras internas, um espaço de liberdade, segurança e justiça. No entanto, e porque a UE se deparava cada vez mais com fluxos migratórios ilegais provenientes de Estados terceiros, foi necessário harmonizar o controlo das fronteiras externas, tentando aproximar-se cada vez do ideal, uma política europeia de imigração, efectiva e sólida. Foi nesse sentido, e tendo em consideração essa preocupação, que foram adoptados textos políticos, tais como o Pacto Europeu sobre a Imigração e o Asilo, em 2008 e, em 2009, o Programa de Estocolmo. No entanto, estas recentes evoluções políticas mais não foram do que tímidos passos neste domínio, completados por alguns avanços no domínio legislativo com a adopção de duas importantes Directivas, a Directiva de 2008 relativa a normas e procedimentos comuns nos EMs para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular e a Directiva de 2009 que se destina a sancionar os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular na UE.

Em paralelo, os Tratados que foram sucessivamente adoptados, desde o Tratado de Roma ao Tratado de Amesterdão, passando pelo Tratado de Maastricht, referiam sempre o enquadramento e luta deste fenómeno como necessidade e prioridade da UE. Mais recentemente, com a entrada em vigor do TL, a União assumiu plenamente este ambicioso projecto procurando assim realizar o seu velho objectivo, nomeadamente o de *“facilitar a livre circulação de pessoas, sem deixar de garantir a segurança dos seus povos”*, através do desenvolvimento de um espaço sem controlos de pessoas *“na passagem das fronteiras internas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e de combate a este fenómeno”* (13.º ponto do preâmbulo e o art. 3º, n.º 2 TUE) e procurando também desenvolver *“uma política comum de imigração destinada a garantir [...] a prevenção da imigração ilegal e do tráfico de seres humanos e o reforço do combate a estes fenómenos”*. A intensificação da luta contra a imigração clandestina dependerá pois das medidas que os EMs estejam dispostos a tomar em conjunto, sendo que a solidariedade e partilha equitativa das responsabilidades entre os EMs é imprescindível.

Mais, é necessário que os cidadãos dos diversos EMs se sintam cada vez mais actores e não meros espectadores. É necessário que estes sintam que podem fazer a diferença e que são eles que controlem a União e não a União que os constroi a eles. Assim, e tendo em conta o clima de instabilidade socio-económica que se vive, é necessário que as opiniões negativas, por vezes xenófobas, em relação à imigração, mudem. Tal mudança só será possível graças a um reforço do sentimento de protecção e segurança em relação à imigração clandestina e, em consequência, a um melhor enquadramento deste fenómeno. É assim essencial haver um envolvimento mais intenso dos PNs que é sinónimo de maior democratização na elaboração

das políticas comuns em sede de luta contra a imigração clandestina.

Por outro lado, e tendo em conta que os sujeitos, objecto destas disposições, são seres humanos e não mercadorias, vulneráveis porque, muitas das vezes, vítimas das redes de traficantes e explorados pelos seus empregadores, o TL, dando valor jurídico à CDFUE, sugere que a luta contra a imigração clandestina se deve nortear pelo conjunto dos princípios fundamentais.

Não é solução os EMs "recuarem" num ponto que motivou a criação da UE e que tanta relevância teve para a sua identidade, retirando-se do Espaço Schengen, fechando as suas fronteiras, e, conseqüentemente, fechando-se sobre si mesmo. É sim parte da solução reforçar a segurança nas fronteiras externas baseada num reforço da gestão integrada deste problema graças a agências europeias tais como a Frontex que "*coordena a cooperação operacional entre os EMs no domínio da gestão das fronteiras externas, apoia os EMs na formação dos guardas de fronteiras nacionais, incluindo a definição de normas de formação comuns, realiza análises de risco, acompanha a evolução da investigação relevante em matéria de controlo e vigilância das fronteiras externas, apoia os EMs em circunstâncias que exijam assistência operacional e técnica reforçada nas fronteiras externas, e faculta aos EMs o apoio necessário no âmbito da organização de operações conjuntas de regresso*"²³³.

Mais, as medidas que visem desencorajar a imigração clandestina, tais como o controlo documental e electrónico, designadamente através dos programas PASSE e RAPID, que possibilita uma maior celeridade e segurança no controlo das fronteiras, mas também, no

²³³ Assim, WIHTOLDE WENDEN, C.; "Démographie, Immigration, Intégration", Fondation R. Schuman, in *Questions d'Europe* n.º 112, 6 Out. 2008, in www.robert-schuman.eu, pp. 13-16.

âmbito do mercado de trabalho, as fiscalizações cada vez mais frequentes e a efectiva aplicação de coimas às pessoas singulares ou colectivas que empregam mão de obra ilegal, devem ser cada vez mais numerosas e efectivas. Também as normas e procedimentos comuns para o regresso dos imigrantes ilegais, tais como o reconhecimento mútuo das decisões de afastamento e o fretamento de voos comuns para o afastamento dos migrantes ilegais.

E tudo isto será apenas e unicamente possível se os Estados Schengen derem plena aplicação a um princípio basilar desta União, a solidariedade, sendo também vital um cada vez maior, diálogo político assim como uma cooperação cada vez mais estreita entre os EMs mas também entre os EMs e os Estados terceiros, mediante um apoio ao desenvolvimento. Por outro lado, os Acordos de Readmissão e consequentes negociações dos protocolos Bilaterais de Implementação destes devem perpetuar-se e serem cada vez mais numerosos.

Não podemos "*acolher toda a miséria do Mundo*"²³⁴. É um facto. Mas, enquanto a imigração clandestina estiver associada a imagens, opiniões e pensamentos pejorativos, enquanto parte da opinião pública associar determinados problemas económicos e sociais a este fenómeno, enquanto houver uma "luta" e não uma prevenção desta realidade, enquanto a União for apenas uma união de 27 Estados, fechados sobre si, enquanto tudo isto acontecer não poderá haver um "enquadramento" da imigração clandestina, tampouco uma política europeia de imigração, baseada nos princípios da solidariedade, da cooperação, do diálogo, da confiança e no pleno respeito e promoção dos direitos fundamentais, os Direitos de todos nós, os Direitos dos "*cidadãos do Mundo*".

²³⁴ Expressão de Michel Rocard, ex-primeiro-ministro francês.

Bibliografia

- ALMEIDA LEITE, R., "Os paradoxos do tratamento da imigração ilegal na União Europeia frente à Diretiva de Retorno", in *Revista Espaço Acadêmico* n.º 108, Maio de 2010, pp. 68-70
- AVRIL, P., "L'Europe harmonise sa lutte contre les clandestins", *Le Figaro*, 05 Jun. 2008, in www.lefigaro.fr
- BALIBAR, E.; COSTA-LASCOUX, J.; CHEMILLIER-GENDREAU, M.; TERRAY, E., "Sans-papiers: l'archaïsme fatal", Paris : Editions La Découverte, 1999
- CARRERA, S.; GUILD, E., "An EU Framework on Sanctions against Employers of Irregular Immigrants - Some Reflections on the Scope, Features & Added Value", Agosto 2007, Centre for European Policy Studies (CEPS) – Centre d'étude des politiques européennes, Policy Brief, nº140, 2007, pp. 1-7
- CARRERA, S.; DEN HERTOOG, L.; GUILD, E.; PARKIN, J., "Implementation of the EU Charter of Fundamental Rights and its Impact on EU Home Affairs Agencies Frontex, Europol and the European Asylum Support Office", Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2011, pp. 17-24, 26-29, 50-51, 53-55, 55-56.

- CIOBANU-DORDEA, A., "Fundamental Rights and Union Citizenship", in *L'Union Européenne après le Traité de Lisbonne: Visions de décideurs politiques, d'académiques et de journalistes*, Education and culture, 2010, pp. 124-130
- GEBHARDT, D., "Irregular migration and the role of local and regional authorities" in *Assessing EU Policy on Irregular Immigration under the Stockholm Programme*, CARRERA, S.; MERLINO, M. (eds), Centre for European Policy Studies (CEPS), Centre d'étude des politiques européennes, Out. 2010, pp. 15-18.
- DUARTE, M. L., *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Coimbra, Almedina, 2010, p.112
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., "Droit Fondamentaux et Citoyenneté Européenne", in *L'Union Européenne après le Traité de Lisbonne: Visions de décideurs politiques, d'académiques et de journalistes*, Education and culture, 2010, pp. 114-118
- FIGUEIREDO DIAS, J., "Direito Penal Português", Coimbra Editora, 1993
- ISIN, E.; TURNE, B.S., "Handbook of Citizenship Studies", in *The European Union after the Treaty of Lisbon Fundamental Rights and EU Citizenship*, GUILD, E. (ed.), 2010, pp. 2-5

- GUILD, E., "What fundamental rights for whose European Union citizens? ", in *L'Union Européenne après le Traité de Lisbonne: Visions de décideurs politiques, d'académiques et de journalistes*, Education and culture, 2010, pp. 146-163
- LEMOINE, P., "Éloge de l'esprit pratique", in *L'Union Européenne après le Traité de Lisbonne: Visions de décideurs politiques, d'académiques et de journalistes*, Education and culture, 2010, pp. 164-168
- LOPES PORTO e ANASTÁCIO Gonçalo (coord.), "Tratado de Lisboa – Anotado e Comentado", Almedina, 2012, pp. 61, 371-373, 374-377, 395-402, 416, 834-835, 1397-1398, 1402-1405
- MOTA DE CAMPOS, J. e MOTA DE CAMPOS, J. L., "Manual de Direito Europeu – O sistema institucional, a ordem jurídica e o ordenamento económico da União Europeia", 6ª Edição, Coimbra Editora, 2010, pp. 352-352
- MÉNDEZ DE VIGO, I., "La Unión Europea después del Tratado de Lisboa y los Derechos Fundamentales de la Unión Europea", in *L'Union Européenne après le Traité de Lisbonne: Visions de décideurs politiques, d'académiques et de journalistes*, Education and culture, 2010, pp. 119-123
- MERLINO, M.; PARKIN, J., "Cadre des Droits fondamentaux et des Droits de l'Homme : Protection des immigrés clandestins dans l'UE", Centre for European Policy Studies (CEPS) – Centre d'étude des politiques européennes, 2011, pp. 2-8

- MERLINO, M.; PARKIN, J., "La migration clandestine en Europe : Les politiques de l'UE et l'écart en termes de droits fondamentaux", Centre for European Policy Studies (CEPS) – Centre d'étude des politiques européennes, 2011, pp. 2-12
- MORANO-FOADI, S.; MALENA, M., " Integration For Third-Country Nationals in the European Union – The Equality Challenge", 2012, p.9.
- PIÇARRA, N., "Direito da União Europeia: o espaço de liberdade, segurança e justiça", in *Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL*, ano x, n.º 19, 2010, disponível em www.fd.unl.pt, em particular pp. 7, 11-12.
- PIÇARRA, N., "A Política de Fronteiras da União Europeia – Do arranque adiado à centralidade progressiva", in www.fd.unl.pt, em particular pp. 2-3, 12-13
- PIÇARRA, N., "O Tratado de Lisboa e o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça", in www.fd.unl.pt, em particular p. 12
- PIÇARRA, N., *Três Notas sobre a Identidade do Sistema Jurisdicional da União Europeia*, in http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/np_MA_18017.pdf, pp. 3, 21-22
- RANGEL DE MESQUITA, M.J., "O sistema jurisdicional após o Tratado de Lisboa", in <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/824-1353.pdf>, pp. 4, 21, 24

- ROSS, M., "Solidarity – A New Constitutional Paradigm for the EU", in *Promoting Solidarity in the European Union*, Ross & Borgmann-Prebil (eds), 2010
- SANCHO ALONSO, I. DE, "Access to labour rights for undocumented workers", in *Assessing EU Policy on Irregular Immigration under the Stockholm Programme*, CARRERA, S.; MERLINO, M. (eds), Centre for European Policy Studies (CEPS), Centre d'étude des politiques européennes, Out. 2010, pp. 10-15.
- Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, "Relatório anual de política", Rede europeia das migrações, 2010, pp. 50-63
- SIDJANSKI, D., "Espace politique européen: la participation citoyenne", in *L'Union Européenne après le Traité de Lisbonne: Visions de décideurs politiques, d'académiques et de journalistes*, Education and culture, 2010, p. 135
- VANHEULE, D.; "The Implementation of Article 80 TFEU on the principle of solidarity and fair sharing of responsibility, including its financial implications, between the Member States in the field of border checks, asylum and immigration", Parlamento Europeu, Bruxelas, 2011, pp. 27-36, 39-46 e 96
- VITORINO, António; "A « casa europeia » de Lisboa", in *Relações internacionais*, Março 2010, pp. 15-20

- WIHTOLDE WENDEN, C.; "Démographie, Immigration, Intégration", Fondation R. Schuman, in *Questions d'Europe* n.º 112, 6 Out. 2008, in www.robert-schuman.eu, pp. 13-14, 16

Legislação

A) Nacional

- Constituição da República Portuguesa
- Código Penal
- Código de Processo Penal Português
- Código Administrativo
- Código de Processo nos Tribunais Administrativos

- Lei n.º 29/2012, de 9 de Agosto de 2012, que que procede à primeira alteração da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, que aprovou o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional e que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2008/115/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular et a Directiva n.º 2009/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de junho, que estabelece normas mínimas sobre sanções e medidas contra empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular.
- Lei n.º 37/2006, de 9 de Agosto de 2006, que regula o exercício do direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União Europeia e dos membros das suas famílias no território nacional e que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva 2004/38/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril.

- Decreto-Lei n.º 224/95, de 14 de Setembro

- Decreto Regulamentar n.º 84/2007, de 5 de Novembro

B) Direito primário da União Europeia

- Tratado de Lisboa
- Tratado de Roma
- Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
- Tratado de Nice

C) Direito derivado da União Europeia

- Directiva 2001/40/CE do Conselho de 28 de Maio de 2001, relativa ao reconhecimento mútuo das decisões de afastamento de nacionais de países terceiros
- Directiva 2003/109/CE, do Conselho de 25 de Novembro de 2003, relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração
- Directiva 2003/110/CE do Conselho de 25 de Novembro de 2003, relativa ao apoio em caso de trânsito para efeitos de afastamento por via aérea
- Directiva 2004/81/CE, do Conselho de 29 de Abril de 2004, relativa ao título de residência concedido aos nacionais de países terceiros que sejam vítimas do tráfico de seres humanos ou objecto de uma acção de auxílio à imigração ilegal, e que cooperem com as autoridades competente
- Directiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de Dezembro de 2008, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular

- Directiva 2009/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 18 de Junho de 2009, que estabelece normas mínimas sobre sanções e medidas contra os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular
- Directiva 2011/36/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de Abril de 2011, relativa à prevenção e luta contra o tráfico de seres humanos e à protecção das vítimas, que substitui a Decisão-Quadro 2002/629/JAI do Conselho, de 19 de Julho de 2002, relativa à luta contra o tráfico de seres humanos
- Decisão 2004/191/CE do Conselho de 23 de Fevereiro de 2004, que estabelece os critérios e as modalidades práticas da compensação dos desequilíbrios financeiros decorrentes da aplicação da Directiva 2001/40/CE relativa ao reconhecimento mútuo de decisões de afastamento de nacionais de países terceiros
- Decisão n.º 2004/573/CE do Conselho de 29 de Abril de 2004, relativa à organização de voos comuns para o afastamento, representam os primeiros marcos jurídicos importantes
- Decisão 2006/616/CE do Conselho de 24 de Julho de 2004, relativa à celebração, em nome da Comunidade Europeia, do protocolo contra o tráfico ilícito de migrantes por via terrestre, marítima e aérea, adicional à Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional nas matérias regidas pelo protocolo, na medida em que as disposições do protocolo sejam abrangidas pelo âmbito de aplicação dos artigos 179.º e 181.º-A do Tratado que institui a Comunidade Europeia
- Decisão 2006/617/CE do Conselho de 24 de Julho de 2006, relativa à celebração, em nome da Comunidade Europeia, do protocolo relativo à prevenção, à repressão e à punição do tráfico de pessoas, em especial de mulheres e crianças, adicional à

Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional nas matérias regidas pelo protocolo, na medida em que as disposições do protocolo sejam abrangidas pelo âmbito de aplicação do título IV da parte III do Tratado que institui a Comunidade Europeia

- Decisão n.º 574/2007/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Maio de 2007, que cria o Fundo para as Fronteiras Externas para o período de 2007 a 2013 no âmbito do programa geral "Solidariedade e gestão dos fluxos migratórios"
- Decisão n.º 575/2007/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de Maio de 2007, que cria o Fundo Europeu de Regresso para o período de 2008 a 2013 no âmbito do programa geral "Solidariedade e gestão dos fluxos migratórios"
- Decisão n.º 2007/435/CE do Conselho de 25 de Junho de 2007, que cria o Fundo Europeu para a Integração de Nacionais de Países Terceiros para o período de 2007 a 2013 no âmbito do programa geral "Solidariedade e gestão dos fluxos migratórios"
- Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (1950)
- Convenção Que Cria Um Serviço Europeu de Polícia (Convenção EUROPOL) e Protocolo Relativo à Interpretação a Título Prejudicial pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias da Convenção Que Cria Um Serviço Europeu de Polícia - Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, de 26 de Julho de 1995, substituída por último pela Decisão 2009/371/JAI do Conselho que cria a Europol
- Regulamento (CE) n.º 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), alterado por último pelo Regulamento (CE) n.º 265/2010, de 25 de Março de 2010, e completado pela Decisão 2010/252/UE, de 26 de Abril de 2010

- Regulamento (CE) n.º 863/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, que estabelece um mecanismo para a criação de equipas de intervenção rápida nas fronteiras, que altera o Regulamento (CE) n.º 2007/2004 do Conselho no que se refere a este mecanismo e que regulamenta as competências e tarefas dos agentes convidados
- Regulamento (CE) n.º 2007/2004 do Conselho de 26 de Outubro de 2004, que cria uma Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-Membros da União Europeia, alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1168/2011 do Parlamento e do Conselho, de 25 de Outubro de 2011
- Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, adoptado em 15 de Janeiro de 2008
- Comité das Regiões, "Parecer sobre a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, na perspectiva do Conselho Europeu de Salónica sobre o desenvolvimento de uma política comum em matéria de imigração clandestina, de tráfico ilícito e de tráfico de seres humanos, de fronteiras externas e de regresso das pessoas em residência irregular", 9 de Outubro de 2003
- Programa-quadro, "Solidariedade e gestão dos fluxos migratórios", COM(2005) 123 final, 6 de Abril de 2005, Bruxelas
- Comité de Ministros do Conselho da Europa, "Twenty Guidelines on Forced Return", Setembro de 2005

- Comissão das Comunidades Europeias, "Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular", COM (2005) 391 final, Bruxelas, 1 de Setembro de 2005
- Comissão das Comunidades Europeias, "Livro Verde de 2002 relativo a uma política comunitária em matéria de regresso dos residentes em situação ilegal", COM(2002) 175 final, de 10 de Abril de 2002, Bruxelas
- Comissão das Comunidades Europeias, "Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões - Aplicação da Abordagem Global das Migrações às regiões vizinhas da União Europeia a Leste e a Sudeste" COM(2007) 247 final, de 16 de Maio de 2007, Bruxelas
- Comissão Europeia, "Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Realização de um espaço de liberdade, de segurança e de justiça para os cidadãos europeus – Plano de Acção de aplicação do Programa de Estocolmo", COM (2010) 171 final, Bruxelas, 20 de Abril de 2010
- Comissão Europeia, "Primeiro relatório anual sobre a imigração e o asilo", COM (2010) 214 final, Bruxelas, 6 de Maio de 2010
- Conselho da União Europeia, "Pacto Europeu sobre a Imigração e o Asilo", Bruxelas, 18 de Setembro de 2008

- Programa de Estocolmo, Jornal Oficial n.º C115 de 4 de Maio de 2010

- Conclusões do Conselho Europeu, de 15 e 16 de Junho de 2006

D) Direito internacional

- Convenção de Genebra modificada pelo Protocolo adicional de Nova Iorque, relativos ao Estatuto dos Refugiados
- Convenção das Nações Unidas contra a Tortura
- Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos da Criança
- Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional e Protocolo contra o tráfico ilícito de migrantes por via terrestre, marítima e aérea

Jurisprudência

A) Nacional

- Tribunal Constitucional em acórdão n.º 181/97, de 5 de Março de 1996 (Proc. 402/96)
- Acórdão 470/99 do Tribunal Constitucional, de 14 de Julho de 1999 (Proc. 535/98)
- Acórdão 232/04 do Tribunal Constitucional, de 12 de Julho de 2004 (Proc. 807/99)
- Acórdão do STJ, de 18 de Maio de 1995 (Proc. 047890)
- Acórdão 181/97 do STJ, de 17 de Fevereiro de 1999 (Proc. 98P1453)
- Acórdão do STJ, de 17 de Fevereiro de 2011 (Proc. 66/06.OPJAMD-A.S1)
- Acórdão 0074395 do Tribunal da Relação de Lisboa, de 10 de Julho de 2001

B) Europeia

a. Acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

- Abdolkhani e Karimnia c. Turquia de 22 de Setembro de 2009
- Ahmed c. Áustria, de 17 de Dezembro de 1996
- Amghar c. França, de 7 de Abril de 1992
- Amuur c. França, de 25 de Junho de 1996
- Angela e Rodney Price c. Reino Unido, de 9 de Março de 1998
- Beldjoudi et Teychene c. França, de 11 de Julho de 1989
- Berrehab c. Holanda, de 28 de Maio de 1988
- Boultif c. Suíça, de 2 de Agosto de 2011
- Chahal c. Reino Unido, de 15 de Novembro de 1996
- Conka c. Bélgica, de 5 de Fevereiro de 2002

- Cruz Varas e outros c. Suécia, de 20 de Março de 1991
- D. c. Reino Unido, de 2 de Maio de 1997
- Farbtuhs c. Letónia, de 2 de Dezembro de 2004
- Geleri c. Roménia, de 15 de Fevereiro de 2011
- Jabari c. Turquia, de 11 de Julho de 2000
- Kadem c. Malta, de 9 de Janeiro de 2003
- Liu c. Rússia, de 6 de Dezembro de 2007
- Massoud c. Malta, de 27 de Julho de 2010
- Mokrani c. França, de 15 de Julho de 2003
- Muminov c. Rússia, de 11 de Dezembro de 2008
- M.S.S. c. Bélgica e Grécia, de 21 de Janeiro de 2011
- Muminov c. Rússia, de 11 de Dezembro de 2008
- Muskhadzhiyeva e outros c. Bélgica, de 19 de Janeiro de 2010
- N. c. Finlândia, de 26 de Julho de 2005
- Nolan e K. c. Rússia, de 12 de Fevereiro de 2009
- Onur c. Reino Unido, de 17 de Fevereiro de 2009
- Saadi c. Itália, de 28 de Fevereiro de 2008
- Saadi c. Reino Unido, de 27 de Setembro de 2005
- Soering c. Reino Unido, de 7 de Julho de 1989
- Vilvarajah e outros contra o Reino Unido, de 30 de Outubro de 1991
- X e Y c. Reino Unido, de 15 de Dezembro de 1997
- Z e T c. Reino Unido, de 28 de Fevereiro de 2006
- Ziya Uner c. Holanda, de 18 de Novembro de 2010

b. Acórdãos do Tribunal de Justiça

- Alexandre Achughbalian c. Préfet du Val-de-Marne, Processo C-329/11, de 6 de Dezembro de 2011
- Comissão c. Itália, Processo 39/72, de 7 de Fevereiro de 1973
- Comissão das Comunidade Europeias c. Reino de Espanha, Processo C-503-03, de 31 de Janeiro de 2006
- El Dridi, Processo C-61/11 PPU, de 28 de Abril de 2011
- E.N.U c. Comissão, Processo C-107/91, de 16 de Fevereiro de 1993
- J. J. Zwartveld e Outros, Processo C-2/88, de 6 de Dezembro de 1990
- Kadzoev, Processo C-357/09 PPU, de 30 de Novembro de 2009
- Parlamento Europeu c. Conselho, Processo C-540/03, de 27 de Junho de 2006
- Schmidberger, Processo C-112/00, de 12 de Junho de 2003
- Van Gend and Loos, Processo 26/62, de 5 de Fevereiro de 1963

Sites

- Tribunal Europeu dos Direitos do Homem <http://www.echr.coe.int/>
- Tribunal de Justiça <http://curia.europa.eu/>
- Europol <https://www.europol.europa.eu/>
- Frontex <http://www.frontex.europa.eu/>
- EUROSTAT <http://ec.europa.eu/eurostat>
- ACIME <http://www.acidi.gov.pt/>
- Serviços de Estrangeiros e Fronteiras <http://www.sef.pt/>
- Human Rights Watch <http://www.hrw.org/>
- Amnistia Internacional <http://www.amnistia-internacional.pt/>

