



• U • C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

TEODORA LACHEZAROVA STAMENOVA

UMA DIRETIVA DE EXCLUSÃO NUMA DISFARÇADA POLÍTICA DE HARMONIZAÇÃO

— DIRETIVA 2008/115/ CE

AN EXCLUSION DIRECTIVE IN A DISGUISED POLICY OF HARMONIZATION

— DIRECTIVE 2008/ 115/ EC

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito de Coimbra no Âmbito do 2º ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico- Forenses, sob a orientação do Sr. Doutor Rui Manuel Gens de Moura Ramos

Coimbra, 2019

“Procurar canalizar e enquadrar a imigração é uma estratégia mais eficaz e realista do que negar a sua existência ou estabelecer como objetivos o controlo ou a exclusão totais- objetivos que tendem a criar expectativas irrealistas por parte da opinião pública e a agravar ainda mais o clima de intolerância.”

PAPADEMETRIOU

AGRADECIMENTOS

Agradeço, de coração, à minha família que me apoiou em todos os momentos em que a pressão esteve à flor-da-pele.

Assim, um muito obrigada à minha mãe que me ensinou a lutar e a acreditar nos meus sonhos, e que me apoiou incondicionalmente em todas as etapas da minha vida académica, e ora profissional. Devo-te tudo.

Ao meu pai, à minha irmã pequena, que cada dia-a-dia se parece mais a mim, e que é e será a minha protegida, e à Mimi, agradeço o apoio que me deram ao longo dos seis anos em que estive a estudar, e por nunca terem deixado de acreditar em mim.

Estou eternamente grata à minha prima, Kris, que fez os impossíveis para eu entregar a presente obra. Sei que posso contar contigo, espero que saibas que também podes contar comigo. És incrível.

Ao Mário, agradeço a paciência, bem assim a motivação para me erguer nos momentos em que me sentia em baixo.

Às minha amigas de Coimbra, que são poucas, mas são as melhores, não poderia estar mais feliz de vos ter na minha vida, prezo e agradeço os anos de faculdade que pude estar ao vosso lado. Companheiras para a vida.

E, não poderia deixar de agradecer à Imperial e Magnífica Tertúlia: As Tricanas, que foram a minha família em Coimbra.

Agradecer também aos meus amigos de Lisboa, que apesar dos longos anos em que estive fora, nunca me viraram as costas e sempre salvaguardaram a amizade que existia.

Por fim, um obrigada às minhas três colegas de casa de Coimbra que contribuíram para os melhores anos da minha vida.

RESUMO

A crescente atenção em torno do direito migratório, nos últimos vinte anos, em função da complexidade da gestão de uma política migratória eficaz pelos EM, num espaço europeu sem fronteiras internas e com uma fronteira externa comum, teve como consequência a transferência da competência sobre vários domínios da imigração para a União Europeia.

As exigências de funcionamento de um mercado interno comum e o estabelecimento de um direito à livre circulação, dos cidadãos europeus e dos cidadãos do espaço Schengen, ditou a necessidade, estipulada pelo Tratado de Lisboa, de criar uma política de imigração comum. Foi, pois, com base nas atribuições que decorrem da execução dessa política, que foi aprovada pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho a Diretiva 2008/115/UE, de 16 de dezembro de 2008.

A referida Diretiva, conhecida como “Diretiva Retorno”, é o objeto do presente estudo.

PALAVRAS-CHAVE:

Fenómeno migratório - imigração - processo de integração europeia - política comum de imigração - imigração irregular - Diretiva Retorno - procedimento de regresso – afastamento- medidas coercivas -detenção – princípio da proporcionalidade- criminalização

ABSTRACT

The growing focus on migration law, over the last twenty years, because of the complexity of managing an effective migration policy by MS, in a European area without internal borders and with a common external border, has resulted in the transfer of competence over a number of areas of immigration to the European Union.

The exigencies or demands for an operative common internal market and the establishment of a right to freedom of movement, for European citizens and for the citizens of the Schengen area, have dictated the need for a common immigration policy, laid down in the Treaty of Lisbon. It was therefore on the basis of the powers resulting from the implementation of this policy that Directive 2008/115 / EU of 16 December 2008 was approved by the European Parliament and the Council. This Directive, known as the "Return Directive", is the subject of the present study.

KEY WORDS

Migration phenomenon - immigration - European integration process - common immigration policy - irregular immigration - Return Directive - return process -removal -coercive measures - detention -principle of proportionality- crimmigration

ABREVIATURAS

Al.	Alínea
Art.	Artigo
CE	Comunidade Europeia
CEE	Comunidade Económica Europeia
CECA	Comunidade Económica do Carvão e do Aço
CP	Código Penal
CPP	Código do Processo Penal
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentos da União Europeia
DF	Direitos Fundamentais
DR	Diretiva Retorno
DLG	Direitos, liberdades e garantias
EM	Estado Membro
EM's	Estados Membros
Cfr.	Conforme
Cit.	Citação
UE	União Europeia
LE	Lei dos Estrangeiros
Nº	Número
OIM	Organização Internacional de Migração
P.	Página
Ss.	Seguintes
TCE	Tratado da Comunidade Europeia
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJ	Tribunal da Justiça da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
TL	Tratado de Lisboa
V.	Ver

SUMÁRIO

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS.....	9
CAPÍTULO I - FENÓMENO DA IMIGRAÇÃO	11
1. O Fenómeno da Migração e as suas vertentes	11
2. A Imigração	13
2.1. Delimitação da temática de estudo: imigração voluntária com objetivo de residência; o “ <i>estrangeiro</i> ”	13
2.2. Tipologia subjacente à imigração irregular	15
2.3. Fatores que motivam a Imigração	15
2.4. Entraves à imigração: uma política migratória de porta fechada	16
CAPÍTULO II - O FENÓMENO DA IMIGRAÇÃO NO QUADRO DO DUE: A EVOLUÇÃO DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA EM PARALELO COM A EVOLUÇÃO POLÍTICA DE IMIGRAÇÃO NO SEU SEIO	18
3. A Imigração no Quadro do Direito da União Europeia	18
3.1. Antecedentes históricos	18
3.2. Nascimento das Comunidades	19
3.3. Evolução da UE	19
3.3.1. Ato Único Europeu	20
3.3.2. Tratado de Maastricht sobre a União Europeia	20
3.3.3. Acordo de Schengen - “Espaço Schengen”	21
3.3.4. Tratado de Amesterdão	23
3.3.5. Tratado de Nice	26
3.3.6. Tratado que pretendia estabelecer uma Constituição para a Europa	26
3.3.7. Tratado de Lisboa	28
CAPÍTULO III - BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ATUAL FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA - A DIRETIVA ENQUANTO ATO JURÍDICO DA UNIÃO	30
4. A Diretiva enquanto ato jurídico da UE - características; transposição	30
4.1) Estatuto Internacional da União Europeia	30
4.2. Características da União Europeia	30
4.3. Quadro Normativo da União Europeia	31
4.4. Princípios estruturantes da ordem jurídica da UE	32
4.5. A diretiva enquanto ato jurídico da União Europeia	33
CAPÍTULO IV - A DIRETIVA DE RETORNO	35

5. A Diretiva 2008/115/UE - <i>Diretiva Retorno</i> - enquadramento do seu surgimento; visão generalista sobre as vantagens e desvantagens	35
5.1. Breve enquadramento do surgimento da Diretiva Retorno- antecedentes	35
5.2. Transposição da Diretiva Retorno e a Lei dos Estrangeiros em Portugal	37
5.2.1. Transposição material	38
5.2.2. Transposição formal	40
6. Análise da Diretiva Retorno	44
6.1. Objeto da Diretiva Retorno	44
6.2. Âmbito de aplicação	46
6.3. Procedimento de regresso	47
6.3.1. Decisão de regresso	48
6.3.2. Partida voluntária	48
6.3.3. Afastamento	50
6.3.4. Proibição da entrada	51
6.3.5. Garantias processuais	52
7. Detenção para efeitos de afastamento	53
7.1. Fenómeno da <i>Crimigração</i>	55
8. Considerações Finais	57
BIBLIOGRAFIA	59
LEGISLAÇÃO	61
SITES	62

CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A presente dissertação tem por objetivo refletir sobre o processo de afastamento de nacionais de países estrangeiros em situação irregular, operado pelos Estados Membros da União Europeia, em conformidade com a Diretiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 2008. Em função da complexidade desta questão, enquadrada na política de combate à imigração irregular, afigura-se pela frente um longo percurso.

Este percurso, iniciar-se-á com o desenvolvimento, no Capítulo I, da temática da migração, prosseguindo depois para uma análise, em concreto, de uma das suas vertentes: a imigração. Relativamente a esta, procuraremos delimitar o conceito de imigração, de modo a fazê-lo corresponder ao visado pela Diretiva 2008/115/CE, e apontaremos as principais causas e entraves a este fenómeno, atualmente.

Feita uma breve contextualização dos contornos gerais da imigração, cabe, no Capítulo II enquadrar esta no seio da União Europeia, na medida em que a diretiva em apreço afigura-se, de facto, um ato jurídico da União. Porém, não nós limitaremos a proceder a uma determinação direta das bases jurídicas que fundamentam a diretiva, ocuparem-nos antes, de analisar o caminho percorrido pela evolução da integração europeia, ditada pelas sucessivas revisões aos Tratados Fundadores da União Europeia, e, em simultâneo, acompanharemos o surgimento e tratamento da imigração.

Num momento posterior, abordada a temática da imigração e o seu progressivo desenvolvimento no espaço da União Europeia, propomo-nos a tratar, no Capítulo III, questões relativas ao funcionamento da atual ordem jurídica da UE, fundamentais para compreender o sistema normativo europeu, com base no qual foi adotada a Diretiva 2008/115/CE. Estas questões passarão pela definição do estatuto da UE, as suas principais características, a referência a dois princípios basilares da União e, por último, o exame da diretiva enquanto instrumento normativo da União.

Concluído este percurso, que ao nosso ver tange os pontos mais relevantes e conexos com a diretiva *in casu*, chegamos ao cerne do presente estudo - inserido no capítulo IV - nomeadamente, numa primeira fase, ao enquadramento do seu surgimento e simultaneamente a transposição desta, produzindo-se, com base no anteriormente referido, uma análise das suas valências, bem como apontando as suas insuficiências.

De seguida, abordamos a temática da detenção para efeitos de afastamento, que autonomizamos do restante processo de regresso, porque, sendo este o regime mais limitador dos direitos fundamentais do ser humano, foi nossa intenção destacá-lo.

Por fim abordamos de forma sintética o fenómeno da “crimigração”.

Adotando um método de tratamento de pesquisa equilibrado, mirámos colocar o assunto à discussão, aludindo a conceitos basilares, tendo por meta a aferição do respeito pela Diretiva de padrões mínimos de garantias fundamentais dos imigrantes envolvidos.

CAPÍTULO 1 O FENÓMENO DA IMIGRAÇÃO

1. O Fenómeno da Migração e as suas vertentes

De forma a iniciar o presente estudo cabe, antes de mais, fazer menção a um dos basilares direitos humanos que se encontra, de entre outros instrumentos normativos, sob a alçada da Declaração Universal dos Direitos Humanos¹, falamos assim do “*direito à livre circulação de pessoas*” ou, ainda, “*freedom of movement*”, que se decompõe em três conceitos: a) liberdade de circulação dentro do território de um país; b) direito de abandonar qualquer país; c) direito de regressar ao país de origem.

Este direito de circulação está intimamente ligado a uma necessidade arcaica de deslocação, sentida pelos vários povos ao longo dos séculos, que remonta às povoações nómadas. É neste quadro histórico-social que surge o fenómeno da migração, entendido como o movimento de uma pessoa ou grupo de pessoas, seja para dentro ou fora do próprio território, e independentemente da sua composição ou das suas causas. Assim, encontram-se abarcados por esta noção os fluxos migratórios dos refugiados, das pessoas deslocadas, dos migrantes económicos, bem como, dos indivíduos que se deslocam por outras razões, incluindo a reunificação da família.²

Este fenómeno tem acompanhado, paralelamente, a evolução humana, moldando-se em função dos acontecimentos históricos e desenvolvimentos sociais, representando em ultima *facie*, simultaneamente, uma oportunidade e um desafio. Referimo-nos à visão dualista, positiva e negativa, com que pode ser encarada a migração, seja da perspetiva do migrante, seja da perspetiva do Estado. Colocando-nos sob a perspetiva do migrante, para este a migração pode por um lado significar melhores condições de vida, prosperidade económica, estabilidade familiar e segurança, mas, por outro lado, pode traduzir-se na incerteza e dificuldades inerentes à integração num contexto social novo, mormente a assimilação de uma nova cultura, novos e distintos valores, a sujeição a comportamentos de teor xenófobo e à exclusão social.

Já do ponto de vista estadual, por um lado, a migração desempenha um papel importante ao nível económico, associado à circulação de mão-de-obra barata, assim como ao nível demográfico, nomeadamente no que concerne à renovação e sustentabilidade da camada populacional, revelando-se deste modo uma interconexão entres estes dois. De outro prisma, a migração coloca uma forte tensão sobre os Estados no que toca a questões de segurança, de ordem pública, de organização e ordenamento social. Do exposto resulta que a migração se assemelha a uma faca com dois gumes.

¹ In: <https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> e <http://lexuniversal.com/pt/articles/7133>, Artigo 13º DUDH

² In: <https://www.iom.int/key-migration-terms>, Conceito de migração avançado pelo OIM

O fenómeno migratório desdobra-se em duas vertentes, que são, na sua génese, a dupla face da mesma moeda, referimo-nos à emigração e a imigração. Estas traduzem, respetivamente, a saída de uma pessoa do “país de origem” com o propósito de se estabelecer noutra, e, o processo mediante o qual nacionais de países estrangeiros entram no país onde pretendem estabelecer-se³. A presente dissertação irá incidir sobre aspetos desta última vertente da migração, a imigração, pelo que nos afastamos do estudo da outra.

Atentos aos dados estatísticos que versam sobre a imigração, estima-se que, no ano de 2016, residiam na União Europeia cerca de vinte milhões e setecentos mil nacionais de países terceiros, o que representa 4,1% da população da UE⁴. Em Portugal os dados apontam para trezentos noventa e sete mil, setecentos e trinta e um cidadãos estrangeiros, representando assim 3,9 % do total de residentes neste país⁵.

Por sua vez, no ano de 2017, residiam na União Europeia, aproximadamente, vinte e um milhões e seiscentos mil nacionais de países terceiros, traduzindo-se este número em 4,2% da população da UE⁶.

Assim, relativamente aos fluxos migratórios observados nos últimos anos, podemos constatar que, tanto a nível da União Europeia como a nível nacional, tem se observado um aumento significativo da imigração, sendo aquele último confirmado pelo relatório (RIFA) de 2016 elaborado pelo SEF, segundo o qual o aumento do número de estrangeiros em 2,3% em 2016 face a 2015, inverteu a tendência de decréscimo da população estrangeira residente que se observava desde 2010⁷.

Dada a complexidade deste fenómeno e atendendo à sua natureza multidimensional, não podemos apontar um fator único que possa explicar a totalidade e diversidade dos movimentos populacionais. Podemos sim afirmar que, estes movimentos populacionais se prendem com aspectos sociológicos, psicológicos, económicos e políticos, e nessa medida, têm sido várias as áreas do saber que se têm ocupado do estudo do fenómeno migratório. Em defesa deste argumento veja-se o entendimento de Clifford Jansen, segundo o qual: *“A migração é um problema demográfico: influencia a dimensão das populações na origem e no destino; é um problema económico: muitas mudanças na população são devidas a desequilíbrios económicos entre diferentes áreas; pode ser um problema político: tal é particularmente verdade nas migrações internacionais, onde restrições e condicionantes são aplicadas àqueles que pretendem atravessar uma fronteira política; envolve a*

³ In: <https://www.iom.int/key-migration-terms>, Conceitos básicos de migração de acordo com a OIM

⁴ In: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics/pt, Dados estatísticos da EUROSTAT

⁵ In: <https://www.om.acm.gov.pt/documents/58428/383402/Relatório+Indicadores+de+Integração+de+Imigrantes+OM+2017.pdf/432839ce-f3c2-404f-9b98-39ab22b5edc5>, Dados estatísticos do Observatório das Migrações, p. 10

⁶ In: http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics;, Dados estatísticos da AEROSTAT, relativamente a Portugal, ainda não se encontram disponíveis os dados referentes a 2017.

⁷ In: <https://sefstat.sef.pt/Docs/Rifa2016.pdf>, Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo de 2016 — SEF

*psicologia social, no sentido em que o migrante está envolvido num processo de tomada da decisão antes da partida, e porque a sua personalidade pode desempenhar um papel importante no sucesso com que se integra na sociedade de acolhimento; e é também um problema sociológico, uma vez que a estrutura social e o sistema cultural, tanto dos lugares de origem como de destino, são afectados pela migração e, em contrapartida, afectam o migrante.”*⁸.

Face ao exposto, somos de concluir que “*a imigração é conatural ao ser humano*”⁹, e que a “*globalização e a maior acessibilidade têm ampliado consideravelmente as possibilidades de mobilidade*”¹⁰.

2. A Imigração

2.1. Delimitação da temática de estudo: imigração voluntária com objetivo de residência; o “estrangeiro”

Cabe agora delimitar o âmbito sobre o qual se centra o presente estudo.

Para além do *supra* mencionado conceito de imigração, avançado pela OIM, a UE estabelece o seu próprio entendimento sobre este fenómeno, identificando-o como “*a acção pela qual um indivíduo que residia habitualmente num Estado-Membro ou num país terceiro estabelece a sua residência habitual no território de outro Estado-Membro por um período cuja duração real ou prevista é, no mínimo, de doze meses*”¹¹. Adotaremos, nesta tese, esta última noção, que deverá, contudo, articular-se com a posição de ANA RITA GIL, no sentido de substituir o critério temporal por um critério teológico, concretamente, a finalidade de estabelecimento de residência naquele território¹².

Deste modo, afastamo-nos do discurso sobre os “imigrantes temporários”, ou seja, as pessoas que entram num país estrangeiro por motivos temporários, designadamente visitantes, turistas, trabalhadores sazonais, entre outros.

Excluídos do objeto da presente obra estão, também, aqueles que se deslocam de uma zona do país para outra zona do mesmo país, com o objetivo de aí estabelecerem residência, referimo-nos à subcategoria dos “imigrantes internos”¹³.

⁸ CLIFFORD J. JANSEN, *Some sociological aspects of migration*, IN J.A. Jackson (Ed), Cambridge University Press, Cambridge, 1969, p.60

⁹ ANA RITA GIL, *Imigração e Direitos Humanos*, Petrony Editora, Forte da Casa, 2017, p. 23

¹⁰ In: http://www.eurocid.pt/pls/wsd/wsdwcot0.detalhe?p_cot_id=9509, Dados EUROCID

¹¹ *Cfr.* Art. 2º, nº1, alínea b), do Regulamento (CE) nº 826/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo às estatísticas comunitárias sobre migração e protecção internacional

¹² Neste sentido, ANA RITA GIL, *Imigração e Direitos Humanos...ob. cit.*, p. 28

¹³ In: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/Observaciones/11/Anexo5.pdf> IOM, Glossary on Migration, p. 51; E ainda, ANA RITA GIL, *Imigração e Direitos Humanos...ob. cit.*, p.23

Também não nos iremos ocupar do estudo da denominada “imigração forçada”, que se reporta às deslocações de pessoas de um país para outro devido a coerção, derivada de ação humana ou de facto natural. Por conseguinte, não será analisado o direito que regula a situação dos refugiados¹⁴, dos beneficiários de proteção subsidiária¹⁵ ou dos beneficiários de proteção temporária¹⁶.

Nesse mesmo plano de exclusão estão, também, os casos de entrada e permanência no território estrangeiro para cumprimento de um dever,¹⁷ como por exemplo os diplomatas.

Destarte, decorre do afastamento destas duas últimas subcategorias da imigração, que a presente obra privilegiará o estudo da imigração voluntária, porquanto “*a vontade de deixar o país de origem deve ser fruto de autodeterminação, não de hetero-determinação*”¹⁸.

Por último, exclui-se desta temática a imigração levada a cabo pelos cidadãos nacionais dos Estados Membros da UE, na medida em que o direito de livre circulação dos cidadãos europeus, conferido pelos Tratados da UE, permite a estes a entrada e permanência no território de outros Estados Membros¹⁹. Esta distinção é evidente na legislação nacional portuguesa que, trata de forma separada o regime jurídico que regula o exercício de livre circulação e residência dos cidadãos da UE e dos membros das suas famílias no território nacional - Lei nº 37/2006, de 6 de agosto-, e o regime jurídico que regula a entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional - Lei da Imigração²⁰.

Em síntese, operada uma delimitação negativa da temática, resulta que o presente estudo incidirá sobre o regime legal dos imigrantes voluntários, nacionais de países terceiros à União Europeia, enquanto pessoas que se deslocam do seu país de origem (ou de residência, no caso dos apátridas) para outro país com o objetivo de aí entrarem e estabelecerem residência, e que não possuem a nacionalidade do país de destino²¹. Esta circunscrição à categoria da Imigração, vai, em suma, ao encontro do estipulado pelo artigo 4º da Lei da Imigração.

E ainda neste sentido, cabe sublinhar que, o uso, de ora a diante, da expressão “estrangeiro” designará, precisamente, os destinatários da Lei da Imigração, ou seja, denominará os nacionais de países terceiros que não estejam abrangidos por uma extensão do direito à livre circulação garantido pelo Direito da UE. Assim, na linha do entendimento postulado pelo Direito da União Europeia, o

¹⁴ Termo refugiado: art. 1º Convenção de Genebra, com as alterações do Protocolo de 1967 e ainda, ANA RITA GIL, *Imigração e Direitos Humanos...*ob. cit., p. 32

¹⁵ Regime jurídico da proteção subsidiária — Lei nº27/2008 de 30 de julho, alterada pela Lei 26/2014 de 5 de maio

¹⁶ Regime jurídico da proteção temporária — Lei 67/2003 de 23 de agosto, e ainda, ANA RITA GIL, *Imigração e Direitos Humanos...*ob. cit., p. 32

¹⁷ Cfr. ANA RITA GIL, *Imigração e Direitos Humanos...*ob. cit., p. 31.

¹⁸ Cfr. CARLA AMADO GOMES E ANABELA COSTA LEÃO, *A Condição de Imigrante: Uma Análise de Direito Constitucional e de Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 28.

¹⁹ V. art. 20º/2 a) e 21º do TFUE e art. 45º da CDFUE, não se trata de um direito ilimitado e discriminado — contém limitações: Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de Abril de 2004

²⁰ Lei 23/2007 de 4 de julho — Com última alteração feita pela Lei 102/2017 de 28 de agosto

²¹V. IOM, Glossary on Migration p. 31, e no mesmo sentido ANA RITA GIL, *Imigração e Direitos Humanos...*ob. cit., p. 23.

estrangeiro é “qualquer pessoa que não seja nacional dos Estado Membros das Comunidades Europeias²²”.

2.2. Tipologia subjacente à imigração irregular

Feita a delimitação do tema desta tese, excluimos do seu âmbito: a emigração, a imigração interna, imigração temporária, a imigração para cumprimento de um dever, a imigração forçada e a imigração sob o exercício de uma extensão do direito à livre circulação do cidadão europeu. Em concreto quer isto significar que nos ocuparemos, em exclusivo, com a vertente da imigração designada por imigração irregular.

A imigração irregular *per se* designa situações diferentes, das quais iremos inventariar as mais comuns, como breve referencia à sua tipologia. Primeiramente, referimo-nos aos nacionais de países terceiros que entram num Estado de forma clandestina - entrada indocumentada²³ ou não autorizada. De seguida, reportamo-nos às entradas fraudulentas, enquanto entrada de um indivíduo no país de acolhimento através exibição de documentação falsa. Por fim, apontamos para aqueles casos em que os estrangeiros entram de forma legal no país, mas que deliberadamente excedem o período de permanência legal, em função do termo de validade dos vistos ou autorizações de residência, passando a estar numa situação de ilegalidade.²⁴ São estas as subcategorias que serão alvo de análise doravante.

2.3. Fatores que motivam a imigração

A convivência humana, a necessidade de se agrupar, de socializar e de se deslocar, remonta às povoações nómadas, movidas pela busca de recursos de subsistência e condições de sobrevivência. Na sua génese, estas motivações não estão longe das que ao longo da história têm movido diferentes gerações. Talvez a única diferença resida na acrescida e sucessiva complexificação das causas que envolvem o fenómeno da imigração, manipuladas pelas diferentes políticas estaduais.

Os fatores que têm estado na base dos atuais fluxos migratório relacionam-se com a discrepância de oportunidades a nível económico, nomeadamente no tocante ao mercado de trabalho e ao assalariamento, e ao nível do acesso a um conjunto de bens e serviços - indústria têxtil, sistema

²² V. Art. 1º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen

²³ In: <http://adiiportugal.wixsite.com/info/quem-so-os-imigrantes-indocumentados>), Entrada indocumentada refere-se aos imigrantes que não detêm o título de entrada ou de residência válidos, exigido pela legislação nacional.

²⁴ Cfr. FÁTIMA LOUREIRO DE MATOS, *Migrações e Interculturalidade: A Diretiva Europeia “Retorno” (Directiva 2008/115/CE): Custos e benefícios para uma política comum de imigração*, Livro de Atas de Conferência Internacional, Porto, 2010, p.63.

de cuidados de saúde, sistema educativo e sistema de segurança pública.²⁵ O diferencial de bem estar enunciado deve-se, sobretudo, aos diferentes níveis de desenvolvimento entre os países de origem e os países de destino. Quanto aos países de origem, apontamos como seus corolários os países do terceiro mundo (subdesenvolvidos) e, por outro lado, fazemos corresponder aos países de destino os países desenvolvidos.

Neste seguimento, aproximamo-nos dos Modelos Migratórios de *Push-Pull*, que se têm debruçado sobre o enquadramento deste tema. Segundo estes, os elementos que presidem à decisão que envolve o processo migratório são os factores associados à área de origem (factores que levam à rejeição da região de origem - factores *push off*)- *sociológicos, políticos ou económicos* - e os associados à área de destino (que promovem o apelo da região de destino- factores *pull in*)²⁶.

Outros factores (*push off*) como as políticas estatuais ditas ditatoriais ou autoritárias, os conflitos armados e os ataques terroristas, têm desencadeado um aumento exponencial dos fluxos migratórios, porém, como referido antes, não nos vamos ocupar aqui do estudo destas questões por não integrarem a imigração voluntária.

Assim, relativamente à multiplicidade de factores que impulsionam a imigração recorreremos às palavras de Ana Rita Gil, para melhor os resumir: “*onde há seres humanos, há sociedade e há imigração*”²⁷

2.4. Entraves à imigração: uma política migratória de porta fechada

A imigração, em específico a imigração irregular, tem estado nos últimos anos no centro das atenções, quer dos próprios países, quer da União Europeia, quer ainda a nível internacional.

Este fenómeno é largamente discutido em debates políticos e em conferências, e amplamente divulgado pelos *media*, máxime em função das questões controversas que suscita no seio das políticas estaduais, em específico no que tange ao controlo das fronteiras e soberania. Cabe, pois, aos Estados, no pleno exercício dos seus direitos de soberania, definir políticas migratórias, ao regulamentar o conteúdo da relação *cidadão estrangeiro/Estado nacional* relativamente à entrada, permanência, aquisição de nacionalidade e expulsão do território nacional²⁸. Quer isto significar, que os Estados detêm poderes para determinar, consoante as prioridades conjunturais existentes, se concedem ou negam aos estrangeiros um direito subjetivo de entrada e permanência²⁹ no seu território.

²⁵ Cfr. MARIA IOANNIS BAGANHA, *Política de imigração: A regulação dos fluxos*, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, 2005, p. 29.

²⁶ Cfr. JOÃO PEIXOTO, *As Teorias Explicativas das Migrações...* ob. cit., p.14 e 15

²⁷ Cfr. ANA RITA GIL, *Imigração e Direitos Humanos...* ob. cit., p. 23

Cfr. MARIA IOANNIS BAGANHA, *Política de imigração...* ob. cit., p. 29 e 30.

²⁹ Cfr. ANA RITA GIL, *Imigração e Direitos Humanos...* ob. cit., p. 24.

As políticas migratórias são mais ou menos restritivas, consoante o interesse e bem-estar que visam privilegiar: o nacional, o do estrangeiro, o do resto do mundo, ou uma possível articulação entre estes três.

Para além desta questão do domínio político, que coloca a tónica na soberania estadual, os Estados têm se deparado com outros entraves à imigração, como a salvaguarda da “*identidade nacional, o respeito pela lei, a sustentabilidade do Estado social, o emprego, a população, a saúde pública, a identidade cultural[...], as relações externas e internacionais, a segurança interna e externa, e a ordem pública*”.

Todos estes condicionalismos têm contribuído para a adoção pelos Estados, de uma política migratória de porta fechada, espelhada nos apertados controlos fronteiriços e legislação pouco flexível.

Em resposta a estas políticas migratórias de porta fechada, vários autores³⁰ têm alertado para a vulnerável posição social dos imigrantes irregulares nas sociedades de acolhimento, em detrimento dos escassos direitos sociais de que são titulares e do facto de serem alvos de estigmatização social .

³⁰ Cfr. FÁTIMA LOUREIRO DE MATOS, *Migrações e Interculturalidade...*ob. cit.,p. 63.

CAPÍTULO II
O FENÓMENO DA IMIGRAÇÃO NO QUADRO DO DUE:
A EVOLUÇÃO DA INTEGRAÇÃO EUROPEIA EM PARALELO COM A EVOLUÇÃO DA POLÍTICA DE IMIGRAÇÃO
NO SEU SEIO

3. A Imigração no quadro do Direito da União Europeia

Feita a delimitação à temática da imigração e referidas as principais causas e entraves a este fenómeno social, cabe agora proceder a um breve enquadramento deste no quadro da União Europeia. Para tal, começaremos por seguir o caminho traçado pela história da integração europeia, partindo da criação dos Tratados Fundadores das Comunidades e percorrendo o caminho até à construção da União Europeia tal como a conhecemos hoje.

3.1. O Pós- Guerra

Quando nos questionamos sobre o nascimento desta complexa e multifacetada entidade que é a União Europeia, afigura-se impreterível abordar o contexto histórico em que esta emergiu. Ao nosso ver, parece justo afirmar que a União Europeia nasceu das cinzas. Assim é, porque esta surge no quadro de uma Europa violentada, na sequência dos mais sangrentos conflitos armados a nível global: Primeira Guerra Mundial de 1914-18 e Segunda Guerra Mundial 1939-45. Foi na decorrência destes confrontos bélicos que alguns países europeus “abriram os olhos” para a necessidade de criação de um quadro político, económico, social e cultural comum para a Europa. Na base do projeto de unidade europeia, esteve, pois, a intenção de construir um futuro harmonioso e pacífico para os povos europeus.³¹

De entre os movimentos para a unificação da Europa apontamos como ponto de partida o Congresso de Haia de 1948, que reuniu 800 delegados de vários países da Europa, e que impulsionou a ideia de uma união política e económica entre os países europeus, sob a máxima de “Europa Unida”. Para atingir tais metas, resultaram do congresso os seguintes objetivos: criação de um Conselho de Europa - o que viria a acontecer em 1949; adoção de uma Carta dos Direitos do Homem; criação de um Tribunal da Justiça.³²

É nesta conjuntura que surgem os Tratados Fundadores das Comunidades, que se traduzem em “*verdadeiros instrumentos convencionais multilaterais de direito internacional*”, e que criam um “*ordenamento jurídico autónomo*”³³.

³¹ Cfr. JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 10 e 11

³² IN: https://europa.eu/european-union/about-eu/history/1946-1959/1948_pt

³³ Cfr. JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia*...ob. cit., p. 13.

3.2. Nascimento das Comunidades

A edificação do projeto europeu concretizou-se na assinatura de dois tratadores fundadores.

O primeiro, proposto por Robert Schumann e Jean Monnet, no seguimento da Declaração de 9 de maio de 1950, tudo sido assinado em 18 de abril de 1951 e denominado de Tratado de Paris. Este, instituiu a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA)- estabeleceu um mercado comum para o carvão e o aço-, tornando-se responsável pela criação dos primeiros alicerces da atual União Europeia. Massacradas pelos conflitos armados, as nações europeias viviam receosas em relação ao futuro. É neste sentido que assumem importância as matérias primas visadas no Tratado: carvão e aço, não só a nível económico, como também militar. Relativamente ao domínio militar, a colocação destas matérias sob o controlo e regulamentação de uma autoridade independente, pretendia dificultar, ou melhor, evitar uma nova guerra entre França e Alemanha, máxime impedir o surgimento de novos conflitos entre as nações europeias. Na esfera económica, acreditava-se que a *“fusão dos interesses económicos contribuiria para um desenvolvimento económico mais harmonioso”*³⁴, capaz de unificar uma Europa dividida.

Nas palavras de Schumann: «A paz mundial não poderá ser salvaguardada sem esforços criativos que estejam à altura dos perigos que a ameaçam.»³⁵

O segundo Tratado foi assinado por 6 Estados³⁶ em 25 de março de 1957 e foi apelado de Tratado de Roma. Este institui a Comunidade Económica Europeia (CEE) e a Comunidade Europeia da Energia Atómica (CEEA). A CEE estatua um processo de integração duplamente faseado: a primeira fase iniciava-se com a criação de uma união aduaneira que deveria evoluir para o estabelecimento de um mercado único, assente na livre circulação de mercadorias, capital, serviços e pessoas³⁷; e numa segunda fase, na criação de união económica e monetária³⁸. O mérito do Tratado de Roma residiu no aprofundamento da integração europeia, o qual passa a incorporar uma cooperação económica e, que para tanto se socorre de uma inovação, criando o direito à livre circulação.

3.3. Evolução da União Europeia

Aos tratadores fundadores, “pontas de lança” da Comunidade Europeia, sucederam-se outros instrumentos internacionais que traziam às costas uma evolução multidimensional. Os instrumentos mencionados e as reformas posteriores foram fundamentalmente motivadas pelo aperfeiçoamento

³⁴ In: https://europa.eu/european-union/about-eu/symbols/europe-day/schuman-declaration_pt

³⁵ In: <https://infoeuropa.eu/ocid.pt/files/database/000038001-000039000/000038326.pdf>, Declaração de Schumann de 9 de maio de 1950.

³⁶ Países fundadores da CEE: a França, a Alemanha, a Itália, a Bélgica, Países Baixos e o Luxemburgo

³⁷ Cfr. arts. 2º e 3º do Tratado que constitui a Comunidade Económica Europeia

³⁸ Cfr. JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia...*ob. cit., p. 14

institucional e aos consecutivos alargamentos. Quanto a este último aspeto, sublinha-se que a União Europeia integra atualmente vinte e oito Estados Membros, fruto de sete alargamentos.

3.3.1. Ato Único Europeu

Em fevereiro de 1986, foi assinado o Ato Único Europeu. Este instrumento internacional vingou ao formalizar a cooperação política europeia, voltada para o desenvolvimento de uma política externa comum, e por proceder à reforma das instituições.

Face ao presente objecto de estudo importa atender ao primeiro aspeto mencionado, e para tanto atente-se ao disposto pelos números 1, 2, 5 e 6 do artigo 30º do Título III- Disposições sobre a Cooperação Europeia em Matéria de Política Estrangeira do AUE: «A *Cooperação Europeia em matéria de política estrangeira rege-se pelas disposições seguintes: 1.) As Altas Partes Contratantes, membros das Comunidades Europeias, esforçam-se por formular e aplicar em comum uma política estrangeira europeia. 2.a) As Altas Partes Contratantes comprometem-se a informar-se mutuamente e a consultar-se sobre qualquer questão de política estrangeira de interesse geral, a fim de garantir que a sua influência combinada se exerça da forma mais eficaz, através da concentração, da convergência de posições e da realização de ações comuns;*(...) 5. *As políticas externas da Comunidade Europeia e as políticas acordadas no seio da Cooperação Política Europeia devem ser coerentes.*(...)6. *a) As Altas Partes Contratantes consideram que uma cooperação mais estreita sobre as questões da segurança europeia pode contribuir de forma essencial para o desenvolvimento de uma identidade da Europa em matéria de política externa e estão dispostas a coordenar melhor as suas posições sobre os aspectos políticos e económicos da segurança*³⁹.».

É de ressaltar que o AUE foi o primeiro instrumento normativo europeu a definir como objectivo comum dos Estados Membros, a cooperação no âmbito da política estrangeira. Não obstante o seu mérito em convergir esforços de cooperação dos Estados Membros neste âmbito, sempre se dirá que, este objetivo tem um cariz subsidiário, na medida em que com base neste perspectiva-se garantir a execução de um outro objetivo (primordial), já mencionado *supra* e aprofundado pelo artigo 13º do AUC, designadamente o estabelecimento de um mercado interno através da livre circulação de mercadorias, capitais e pessoas.

3.3.2. Tratado de Maastricht sobre a União Europeia

A segunda revisão dos tratados seguiu-se com a assinatura do Tratado de Maastricht sobre a União Europeia (TUE), a 7 de fevereiro. Denominado de Tratado da União Europeia, este «constituiu uma nova etapa na integração europeia, dado ter permitido o lançamento da integração política. Este

³⁹ In: <https://infoeuropa.euocid.pt/files/database/000037001-000038000/000037591.pdf>, Ato Único Europeu: Jornal Oficial das Comunidades Europeias.

Tratado criou uma União Europeia assente em três pilares: as Comunidades Europeias, a Política Externa e de Segurança Comum (PESC) e a cooperação policial e judiciária em matéria penal (JAI). Instituiu igualmente a cidadania europeia, reforçou os poderes do Parlamento Europeu e criou a União Económica e Monetária (UEM). Além disso, a CEE passou a constituir a Comunidade Europeia (CE).⁴⁰»

Face ao exposto cabe esclarecer que o Tratado da União Europeia assume uma importância fulcral para a presente tese, pois está no seu seio a *gênesis* da *europeização* do fenómeno da imigração, sob a alçada do terceiro pilar. É neste âmbito que pela primeira vez a atenção da CE se foca sobre o fenómeno da imigração. O referido pilar, inserido no Título VI relativo à Cooperação no Domínio da Justiça e dos Assuntos Internos, estabelece, no nº 3 do artigo K.1, entre os domínios da cooperação : «a política de imigração e a política em relação aos nacionais de países terceiros: a) As condições de entrada e de circulação dos nacionais; b) As condições de residência dos nacional de países terceiros no território dos Estados- membros; c) nas condições de residência dos nacionais de países terceiros no território dos Estados-membros, incluindo o reagrupamento familiar e o acesso ao emprego.⁴¹»

A adoção no âmbito do segundo e terceiro pilares do método intergovernamental⁴² de cooperação, contrariamente ao método comunitário⁴³ sob o qual se regia o primeiro pilar, era fortemente influenciado pelo facto dos Estados se mostrarem reticentes à transferência dos seus poderes nesses domínios para a CE e à consequente limitação da sua soberania.

3.3.3. Acordo de Schengen - “Espaço Schengen”

Antes de avançarmos para a análise de outros instrumentos internacionais que revogaram os tratados fundadores, cabe prestar homenagem ao Acordo de Schengen, assinado em 14 de junho de 1985, por cinco países: França, Alemanha, Bélgica, Países Baixos e Luxemburgo.

Estes Estados, conscientes de que o aprofundamento da união entre as nações das Comunidades Europeias implicaria a livre passagem das fronteiras internas por parte de todos os nacionais dos Estados-Membros e a livre circulação das mercadorias e dos serviços, e atentos aos progressos já realizados no seio das Comunidades Europeias nessa área, tomaram uma atitude ativa na criação do mecanismo que impulsionaria tal operação, leia-se Acordo de Schengen.

⁴⁰ Preâmbulo do Tratado de Maastricht da União Europeia

⁴¹ Título VI, Art. K.1 nº3 do Tratado de Maastricht

⁴² “Este pilar implica um processo de decisão intergovernamental que recorre, em grande parte, à tomada de decisão por unanimidade. O papel da Comissão e do Parlamento é limitado e a jurisdição do Tribunal de Justiça não se aplica a este domínio”, IN: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3Axy0026>

⁴³ O método comunitário assenta em três etapas: proposta da Comissão Europeia, adopção pelo Conselho e pelo Parlamento Europeu e controlo da observância do direito comunitário pelo Tribunal de Justiça. O primeiro pilar englobava domínios em que os Estados-Membros exercem, conjuntamente, a sua soberania através das instituições comunitárias

Tratou-se de um acordo extra-comunitário, ou intergovernamental, através do qual os países subscritores - Estados Schengen- se vincularam a uma missão de longo prazo de supressão gradual do controlo das suas fronteiras internas, a favor de uma única fronteira externa, permitindo um espaço de livre circulação aos cidadãos das Comunidades Europeias⁴⁴.

Para um alcance harmonioso desses objetivos é assinada, em 19 de junho de 1990, a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen que vem complementar o referido Acordo através da regulamentação de um vasto leque de medidas a adotar. Destas medidas destacamos o reforço do controlo nas fronteiras externas, a formulação de procedimentos de atribuição uniforme de vistos, a criação de um ficheiro informático Schengen, a coordenação da concessão de asilo e a cooperação aduaneira policial e judiciária⁴⁵.

Importa fazer referência às medidas de combate à imigração clandestina adotadas por decisão do Comité Executivo e decisão do Grupo Central, de 27 de Outubro de 1998, nomeadamente no “plano de acção relativo à implementação de medidas com vista a lutar contra a imigração ilegal”, em concretização do disposto pelo artigo 6º da Convenção de Schengen.

A Convenção entrou em vigor em março de 1995, altura em que foram suprimidos os controlos nas fronteiras entre a Bélgica, a Alemanha, a Espanha, a França, o Luxemburgo, os Países Baixos e, ainda, entre Portugal e Espanha, em virtude da sua adesão ao Acordo em junho de 1991.

Atualmente, o Espaço Schengen abrange vinte e seis países europeus (vinte e dois dos quais são Estados-Membros da União Europeia e 4 Estados não comunitários⁴⁶), o que coincide, quase na íntegra, com as fronteiras da UE. O seu grande contributo consistiu na definição de uma “política comum de fronteiras” (“*sem fronteiras internas entre os Estados Schengen*” e “*com controlos harmonizados nas fronteiras externas entre um Estado Schengen e um Estado não Schengen*”⁴⁷), tornando o Espaço Schengen no garante da liberdade de circulação. Deve esclarecer-se que o direito de livre circulação de pessoas e de permanência no território dos Estados-Membros, consagrado nos artigos 20º nº 2, e 21º do TFUE, difere do contemplado pelo Acordo de Schengen. Assim, há Estados da UE⁴⁸ que não integram o Espaço Schengen mas que independente disso, têm direito de livre circulação quando viajam dentro da UE, enquanto direito inerente à qualidade de cidadão europeu. Podemos falar num direito de livre circulação de fonte dualista, baseado em instrumentos diferentes, mas paralelos, de direito internacional. Assim sendo há cidadãos que gozam de um direito mais amplo de livre circulação (é o caso dos cidadãos portugueses) em virtude do país ser um Estado Membro da

⁴⁴ Cfr. Artigo 17º do Acordo de Schengen.

⁴⁵ Cfr. JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia...* ob. cit., p.21

⁴⁶ São estes: Islândia, Liechtenstein, Noruega e Suíça

⁴⁷In: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/docs/schengen_brochure/schengen_brochure_dr3111126_pt.pdf,

⁴⁸ São estes: Bulgária, Croácia, Chipre, Irlanda e Roménia

UE e também um Estado Schengen. Significa isto, em termos práticos, que os cidadãos dos Estados Schengen não são objeto a controlos fronteiriços internos⁴⁹, e por sua vez, «os cidadãos da UE, em princípio, só são sujeitos a controlos mínimos para a verificação da sua identidade, com base nos documentos de viagem (passaporte ou bilhete de identidade).»⁵⁰

O aperfeiçoamento do acervo de Schengen ao longo destes trinta e três anos tem contribuído para uma Europa mais unida, esbatendo o conceito de território dos Estados-Schengen que a compõem.

3.3.4) Tratado de Amesterdão

O Tratado de Amesterdão assinado em 2 de outubro de 1997 entrou em vigor a 1 de maio de 1999. Este, alterou o Tratado da União Europeia e os Tratados que instituem as Comunidades Europeias, e ainda alguns atos relativos a estes tratados.

Das principais intervenções do Tratado de Amesterdão destacamos as reformas institucionais, na perspetiva de preparar a UE a futuros alargamentos, o reforço da transparência do processo de tomada de decisão, alteração da numeração dos artigos e consolidação dos Tratados da UE e da CEE⁵¹, bem como, o reforço de alguns princípios estruturantes⁵².

Porém, da perspetiva do nosso estudo a grande novidade coloca-se na “*inclusão entre os objetivos da União Europeia, [da conformação e construção da União como] espaço de liberdade, segurança e justiça*”⁵³. É disto que trata o número 5 do artigo 1º do Tratado de Amesterdão ao alterar a redação do artigo B da Parte I que passa a ter a seguinte leitura: “*A União atribui-se os seguintes objetivos: (...) manutenção e o desenvolvimento da União enquanto espaço de liberdade, de segurança e de justiça, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, asilo e imigração, bem como de prevenção e combate à criminalidade.*” O número 15 do artigo 2º por sua vez procedeu à concretização desse objetivo ao aditar à Parte III o Título III-A (que segundo a nova numeração passa a integrar o Título IV, artigos 61º e seguintes), destinado a regular matérias como a atribuição de

⁴⁹ Excecionalmente, possíveis “*controlos policiais, mas apenas com base em informações policiais sobre eventuais ameaças à segurança pública ou suspeitas de criminalidade transnacional; [ou possíveis] controlos nos portos e aeroportos, mas apenas para verificar se a pessoa é o legítimo titular do título de transporte*”, IN: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/docs/schengen_brochure/schengen_brochure_dr3111126_pt.pdf

⁵⁰ IN: https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/docs/schengen_brochure/schengen_brochure_dr3111126_pt.pdf

⁵¹ Neste sentido: https://europa.eu/european-union/law/treaties_pt

⁵² De entre os quais: princípio da igualdade, princípio democrático, princípio do Estado de Direito, princípio do respeito pelas identidades nacionais; e direitos fundamentais. A materialização destes princípios reforçou o fundamento democrático, de Estado de Direito e de direitos humanos da União Europeia, Cfr. JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia...* ob. cit., p. 22.

⁵³ Cfr. NUNO PIÇARRA, *O espaço de liberdade, segurança e justiça no Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa: Unificação e aprofundamento*, Polícia e Justiça, Loures, 2005, p. 968

vistos, o asilo e a imigração. Os artigos 73º-I⁵⁴ e 73º-K nº3 alíneas a) e b)⁵⁵, inseridos neste último Título, materializam o objetivo formulado, indo mais além ao determinar metas para a concretização de medidas no âmbito da política de imigração da União.⁵⁶ Assim, para a efetivação com a devida segurança, da “*colocação em comum dos territórios dos Estados- Membros*”⁵⁷, foram criadas as denominadas *medidas de acompanhamento* inseridas na vertente material do ESLJ, das quais sublinhamos: a) o reforço dos controlos de pessoas na fronteira externa através de um regime uniformizado; b) o estabelecimento de uma disciplina comum relativamente a pedidos de asilo; o desenvolvimento progressivo de uma ampla política comum de imigração, que compreende o combate à imigração clandestina e residência ilegal; c) a regulação de aspetos diversos da imigração legal (como por exemplo as condições de entrada e permanência no Estado Membro)⁵⁸. Estas três medidas de acompanhamento visam em exclusivo atingir um determinado grupo de pessoa- os nacionais de países estrangeiros- e nessa medida podemos denominar este conjunto de medidas, de direito europeu dos estrangeiros⁵⁹.

Com a subtração de alguns domínios que integravam o «terceiro pilar», tais como vistos, asilo, imigração, e a sua passagem do Título VI (TM) para o novo Título IV (TA) assistimos à transferência para os órgãos da União da competência de legislar sobre estes domínios - aplicação do método comunitário e abandono do método intergovernamental -, ampliando o conteúdo e o alcance das medidas jurídicas nessas áreas.⁶⁰ A diferença entre estas duas bases jurídicas -Título VI do TM e Título VI do TA - consistia, respetivamente: a) no processo decisório: i. decisão adotada pelo Conselho, com prévia deliberação por unanimidade, eventualmente por proposta de um Estado Membro, sem consulta do Parlamento Europeu⁶¹; ii. adotada pelo Conselho, com prévia deliberação

⁵⁴ Segundo aquele artigo: “*A fim de criar progressivamente um espaço de liberdade, de segurança e de justiça, o Conselho adoptará: a) No prazo de cinco anos a contar da data de entrada em vigor do Tratado de Amesterdão, medidas destinadas a assegurar a livre circulação de pessoas (...), em conjugação com medidas de acompanhamento, com ela directamente relacionadas, em matéria de controlos na fronteira externa, asilo e imigração, (...), bem como medidas destinadas a prevenir e combater a criminalidade (...), b) Outras medidas em matéria de asilo, imigração e protecção dos direitos de nacionais de países terceiros(...)*”.

⁵⁵ Segundo este: “*O Conselho, deliberando nos termos do artigo 73-O, adoptará, no prazo de cinco anos a contar da data de entrada em vigor do Tratado de Amesterdão: 3). Medidas relativas à política de imigração, nos seguintes domínios: a) Condições de entrada e de residência, bem como normas relativas aos processos de emissão de vistos de longa duração e autorizações de residência permanente, pelos Estados-Membros, nomeadamente para efeitos de reagrupamento familiar; b) Imigração clandestina e residência ilegal, incluindo o repatriamento de residentes em situação ilegal*”.

⁵⁶ De notar que a alteração da numeração operada pelo Tratado de Amesterdão levou à substituição dos artigos 73º-I e 73º - K nº3 als. a e b), pelos artigos 61º e 63º do TCE, respetivamente.

⁵⁷ Cfr. NUNO PIÇARRA, *O espaço de liberdade, segurança e justiça no Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa: Unificação e aprofundamento*, Polícia e Justiça, Loures, 2005, p. 970

⁵⁸ Cfr. NUNO PIÇARRA, *O espaço de liberdade, segurança e justiça...ob. cit.*, p. 971

⁵⁹ Neste sentido RUI MANUEL GENS MOURA RAMOS, *Direito Comunitário*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pág. 99: “*Considerando a afirmação da competência da Comunidade para regular certos aspetos do direito dos estrangeiros e, nomeadamente, o acesso dos mesmos ao território comunitário como a maior alteração que o Tratado de Amesterdão introduziu no TCE*”

⁶⁰ c

⁶¹ Cfr. artigo K.3 nº2 Título VI do Tratado de Maastricht de União Europeia Título “*O Conselho pode: -por iniciativa de qualquer Estado-membro ou da Comissão, nos domínios a que se referem os pontos 1 a 6 do artigo K.1 ; por iniciativa*

por unanimidade, mediante proposta da Comissão e após consulta do Parlamento Europeu⁶²; b) na forma do ato decisório adotado: i. ação comum, posição comum e convenções; ii. diretiva ou regulamento. Considerando o exposto, ressalva-se que não se pode ainda afirmar uma generalização da comunitarização, face à imutabilidade da exigência da deliberação do Conselho por unanimidade.

Neste contexto também se afigura fundamental a incorporação no quadro da União Europeia do adquirido de Schengen, através do Protocolo Anexo ao Tratado de Amesterdão que integra o Acervo de Schengen no âmbito da União Europeia. Atente-se ao preâmbulo do mencionado Protocolo, segundo o qual: “*AS ALTAS PARTES CONTRATANTES, (...)REGISTANDO que os acordos relativos à supressão gradual dos controlos nas fronteiras comuns, assinados por alguns dos Estados Membros da União Europeia em Schengen [...] bem como os acordos conexos e as disposições adotadas com base nesses acordos, se destinam a reforçar a integração europeia e, em especial, a possibilitar que a União Europeia se transforme mais rapidamente num espaço de liberdade, de segurança e de justiça, (...)CONFIRMANDO que as disposições do acervo de Schengen só são aplicáveis se, e na medida em que, forem compatíveis com a legislação da União Europeia e da Comunidade, (...)ACORDARAM nas disposições seguintes, que vêm anexas ao Tratado da União Europeia e ao Tratado que institui a Comunidade Europeia(...)*”.⁶³

A incorporação do Acervo de Schengen no núcleo do direito comunitário ficou a dever-se à premência em compatibilizar os regimes de fonte dualista que regulavam o direito à livre circulação, de forma a assegurar o sucesso e estabilidade da política de mercado comum e a configuração da União como espaço de liberdade, segurança e justiça - estas duas finalidades sobrepõem-se.

Olhando para o quadro normativo da União, retratado pelo Tratado de Amesterdão, podemos situar o acervo de Schengen na esfera do direito que rege o ELSJ. Nessa senda, o referido no parágrafo terceiro vale em certa medida para determinadas partes da cooperação «Schengen».

Por último, deixamos a nota de que o Conselho Europeu reuniu em Tampere, entre 15 a 16 de outubro de 1999, com vista a aprofundar e complementar as imposições do Tratado de Amesterdão, designadamente a criação de um Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, através da formulação do Programa de Tampere⁶⁴.

de qualquer Estado-membro, nos domínios a que se referem os pontos 7 a 9 do artigo K.1:a) adoptar posições comuns: b) Adoptar acções comuns” e ainda artigo K.4 n°3 “ O Conselho delibera por unanimidade, excepto sobre as questões processuais e nos casos em que o artigo K.3 prevê expressamente outras regras de votação.”

⁶² Cfr. artigos 73°-N e 73°-O, nrs° 1 e 2 do Título IV do Tratado de Amesterdão

⁶³ Cfr. Protocolo que integra o Acervo de Schengen no âmbito da UE

⁶⁴ Sobre o Programa de Tampere ver NUNO PIÇARRA, *O espaço de liberdade, segurança e justiça...ob. cit.*, p. 979

3.3.5. Tratado de Nice

O Tratado de Nice foi assinado a 26 de fevereiro de 2001 e entrou em vigor a 1 de fevereiro de 2003, após ratificação pelos EM's⁶⁵. O Tratado foi aprovado por Conferência Intergovernamental inaugurada em Portugal em 15 de fevereiro de 2000 e concluída em Nice, a 7 de dezembro de 2000. O mesmo alterou o Tratado da União Europeia, os Tratados que instituem as Comunidades e alguns atos relativos a estes. Este Tratado visou sobretudo proceder a uma reforma institucional de modo a preparar a União para a adesão aos países candidatos, na qualidade de novos Estados Membros. Não nos vamos alongar mais no tratamento deste Tratado, por não trazer mudanças de regime no âmbito da imigração.

3.3.6. Tratado que pretendia estabelecer uma Constituição para a Europa

As sucessivas reformas aos Tratados têm levado ao crescente alargamento do âmbito de atuação da União.

Em 14 a 15 de dezembro de 2002, o Conselho Europeu de Laeken adotou uma declaração sobre o futuro da União, no sentido da criação de uma Constituição Europeia. E para tal, convocou uma Convenção que se realizou em 10 de julho de 2003, denominada, pela sua finalidade, de Convenção sobre o Futuro da Europa. Nesta adotou-se o Projeto de Constituição Europeia. Mais tarde, no mesmo ano, realizou-se uma Conferência Intergovernamental com o propósito de redigir o Tratado Constitucional. Finalmente, em 29 de outubro de 2004 foi assinado, em Roma, o Tratado Constitucional Europeu.⁶⁶

Como o próprio nome indica, este Tratado perspetivava criar um instrumento dotado de auto-primazia normativa. O Tratado não procedeu a grandes alargamentos das competências da União, cingindo-se à reforma do quadrado institucional e decisório e do sistema de fontes de direito⁶⁷. A este propósito, destacamos a alteração conceitual das medidas decisórias da União: regulamento passou a designar-se lei europeia, e por sua vez as diretivas passaram a ser denominadas de lei-quadro europeia.⁶⁸

Num breve apontamento das suas disposições mais emblemáticas enunciamos dois dos seus artigos: Artigo I-6º “*Direito da União -A Constituição e o direito adoptado pelas instituições da*

⁶⁵ Entre nós, a Resolução da Assembleia da República nº79/2001, de 18 de Dezembro de 2001, aprova para ratificação o Tratado de Nice

⁶⁶ In: http://www.institutocamoes.pt/images/stories/tecnicas_comunicacao_em_portugues/portugues_institucional_e_comunitario/Cronologia%20da%20integracao%20europeia.pdf, Cronologia da integração europeia.

⁶⁷ Cfr. NUNO PIÇARRA, *O espaço de liberdade, segurança e justiça...* ob. cit., p. 990

⁶⁸ V. artigo I - 33º do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa Actos jurídicos da União: “1. Para exercerem as competências da União, as instituições utilizam como instrumentos jurídicos, em conformidade com a Parte III, a lei europeia, a lei-quadro europeia, o regulamento europeu, a decisão europeia, as recomendações e os pareceres”,

União, no exercício das competências que lhe são atribuídas, primam sobre o direito dos Estados-Membros” e Artigo I-7º “Personalidade jurídica - A União tem personalidade jurídica”.

Já relativamente ao ESLJ, e em específico quanto à imigração, o Tratado Constitucional ao operar a supressão dos três pilares da União Europeia, significou a generalização, mas não a exclusividade, do “*método comunitário evoluído*”, traduzindo-se este num procedimento legislativo de codecisão, em que o Conselho decidia por maioria qualificada. É isto que evidencia o artigo I-14º nº2, sob a epígrafe “*Domínios de competência partilhada*”, nos termos do qual “*As competências partilhadas entre a União e os Estados-Membros aplicam-se aos principais domínios a seguir enunciados: alínea j) Espaço de liberdade, segurança e justiça*”. Enquadrado na Parte III, Capítulo IV, Seção II -Políticas relativas aos Controlos nas Fronteiras, ao asilo e à imigração, o artigo III-267º prevê que: “*nº1) A União desenvolve uma política comum de imigração destinada a garantir, em todas as fases, uma gestão eficaz dos fluxos migratórios, um tratamento equitativo dos nacionais de países terceiros que residam legalmente nos Estados-Membros, bem como a prevenção da imigração ilegal e do tráfico de seres humanos e o combate contra estes fenómenos. nº2) Para efeitos do nº 1, a lei ou lei-quadro europeia estabelece medidas nos seguintes domínios* ⁶⁹(...)”. Isto sem prejuízo, ainda nos termos daquele artigo, do direito de os Estados-Membros determinarem os volumes de admissão de nacionais de países terceiros, provenientes de países terceiros, no respectivo território, para aí procurarem trabalho, assalariado ou não assalariado.

Ora, as lei-quadro, enquanto atos legislativos que vinculam o Estado-Membro destinatário quanto ao resultado a alcançar, deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à escolha da forma e dos meios⁷⁰, eram adoptadas sob proposta da Comissão, conjuntamente pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, de acordo com o processo legislativo ordinário estabelecido no artigo III-396º⁷¹.

O Tratado de que aqui se trata, acabou por ser duplamente rejeitado em 2005, em função dos resultados negativos dos referendos realizados em França em 29 de maio e na Holanda em 1 de junho, o que levou ao seu abandono⁷².

⁶⁹ Os domínios em questão são, nos termos das alíneas a) a d): “*condições de entrada e de residência, bem como normas relativas à emissão, pelos Estados-Membros, de vistos e de títulos de residência de longa duração, incluindo para efeitos de reagrupamento familiar; Definição dos direitos dos nacionais de países terceiros que residam legalmente num Estado-Membro, incluindo as condições que regem a liberdade de circulação e de permanência nos outros Estados-Membros; Imigração clandestina e residência ilegal, incluindo o afastamento e o repatriamento de residentes em situação ilegal; Combate contra o tráfico de seres humanos, em especial de mulheres e de crianças*”. Ainda sobre isto ver o artigo I-42º.

⁷⁰ Cfr. artigo I - 33º Tratado Constitucional

⁷¹ Cfr. artigo I - 34º Tratado Constitucional

⁷² Cfr. JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia...*ob. cit.,p 29

3.3.7. Tratado de Lisboa

Por fim, chegamos à meta final da integração europeia do ponto de vista das reformas aos instrumentos internacionais de edificação da UE.

O legítimo possuidor do título “*normativo de base da UE*” que vigora até hoje na UE é o Tratado de Lisboa, novo Tratado da União Europeia.

O Tratado de Lisboa procede à revisão e agregação de dois importantes Tratados, a saber: versão consolidada do Tratado da União Europeia (TUE⁷³) e versão consolidada do Tratado sobre o funcionamento da União Europeia (TFUE⁷⁴).

Recuando um pouco no tempo, situemo-nos no pós-fracasso na aprovação do Tratado Constitucional. Seguiu-se a este um «período de reflexão» de dois anos, decretado pelo Conselho Europeu. Nesse decurso temporal, com vista a recuperar o Tratado Constitucional e dar *animus* à Declaração de Berlim de março de 2007, o Conselho Europeu agendou uma Conferência Intergovernamental incumbida de reformular o TC. A Conferência Intergovernamental concluiu os seus trabalhos em outubro de 2007, culminando com a assinatura do Tratado de Lisboa⁷⁵, que ocorreu no Conselho Europeu de Lisboa⁷⁶, em 13 de dezembro de 2007.

Não é de admirar que o Tratado de Lisboa remete, inevitavelmente, para a génese e conteúdo do Tratado Constitucional⁷⁷. Feita uma comparação aos dois diplomas, a proximidade entre ambos (ou melhor, continuidade) é evidenciada pela reafirmação da personalidade jurídica própria da União⁷⁸, da conservação do reforço da democracia parlamentar discreta e representativa e, ainda, pela abolição dos três pilares⁷⁹.

Igualmente digno de nota nesta “Constituição disfarçada” é a idêntica formulação do artigo 79º do TFUE ao artigo III-267º⁸⁰ do Tratado Constitucional (sobre este último ver o ponto *supra*), relativamente à questão, para nós de maior importância: Política Comum de Imigração. Aliás, a única diferença resulta da alteração do número 2 do artigo 79º do TFUE e prende-se com a reformulação do método decisório e das medidas adotadas pelas Instituições da União.

Mutatis mutandis, o número 2 do artigo 79º determina que as medidas no âmbito da política de imigração serão resultado de um processo legislativo ordinário. Para melhor compreensão daquele

⁷³ O TUE reporta ao Tratado de Maastricht

⁷⁴ O TFUE reporta ao Tratado que Constitui a Comunidade Europeia, ou seja, o Tratado de Amesterdão

⁷⁵ O Tratado de Lisboa foi ratificado pelos Paramentos de todos os Estados-Membros, entrando em vigor a 1 de dezembro de 2009

⁷⁶ “*Portugal assumiu a Presidência do Conselho da União Europeia durante o segundo semestre de 2007*”, In: http://www.eurocid.pt/pls/wsd/wsdwcot0.detalhe_area?p_cot_id=1951

⁷⁷ Neste sentido Jónatas Machado, *Direito da União Europeia*, pág. 29

⁷⁸ *Cfr.* artigo 47º do Tratado de Lisboa

⁷⁹ *Cfr.* JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia...ob. cit.*,p pág. 30

⁸⁰ Tratado Constitucional, Parte III, Título III, Capítulo IV - Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça, Seção 2 -Polícias relativas aos controlos nas fronteiras, ao asilo e à imigração Artigo III-267º — Plasmado no Ponto 3.3.6) da tese

artigo, devemos articula-lo com os artigos 288º nº1 e 289º nº1 do TFUE que determinam, respetivamente, que: “Para exercerem as competências da União, as instituições adoptam regulamentos, directivas, decisões, recomendações e pareceres.” e “ 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 artigo 294º”⁸¹.

Assiste-se a uma verdadeira comunitarização das matérias sob a alçada do ELSJ, através da substituição da anterior estrutura intergovernamental, pela adoção do processo legislativo ordinário (maioria qualificada e codecisão) e, salvo disposição em contrário, pela utilização dos instrumentos jurídicos integrados no método dito «comunitário» (regulamentos, diretivas e decisões)⁸².

Por outro lado, o TL introduziu outras novidades. Primeiramente, substituiu o termo Comunidade Europeia por União Europeia - «União»-, que não só substitui como sucede àquela.

Em segundo lugar, o TL estabeleceu que a União se passaria a fundar em si, enquanto novo Tratado da União Europeia, e no Tratado de Funcionamento da União Europeia.

Em terceiro lugar, o Tratado de Lisboa não transferiu para a União mais competências exclusivas, contudo, ao alterar a forma como esta exerce os seus atuais e novos poderes, alargou, de forma implícita, as competências da União. É a isto que se assiste quando, com o intuito de organizar e clarificar os poderes da União, o TL procedeu à divisão tripartida das competências entre, competência exclusiva, partilhada e de apoio.⁸³

Finalmente, importa sublinhar a concessão de uma dignidade normativa supranacional à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia de 7 de dezembro de 2000 e, ainda, à adesão à Convenção Europeia dos Direitos do Homem de 1953.⁸⁴

Em síntese, o Tratado de Lisboa acarretou grandes mudanças, na sua maioria felizes. Este afigura ser um importantíssimo instrumento de direito internacional, porquanto é sobre ele⁸⁵ que se alicerça e rege a atual União Europeia, e é a este que nos reportaremos doravante, ou ao seu corolário, o TFUE.

⁸¹ Cfr. Artigos 288º e 289º do TFUE

⁸²In: http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.1.5.html

⁸³ Falamos em três tipos de competências: “a) competência exclusiva: ao abrigo da qual só a União pode legislar, cabendo aos Estados-Membros apenas a aplicação da lei; b) competência partilhada: nos termos da qual os Estados-Membros podem aprovar medidas juridicamente vinculativas, caso a União não o faça; c) competência de apoio: com base na qual a UE adota medidas para apoiar ou complementar as políticas dos Estados-Membros”, In: http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_1.1.5.html

⁸⁴Cfr. Artigo 6º TL

⁸⁵ Em articulação, claro, com o Tratado de Funcionamento da União Europeia.

CAPÍTULO III

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ATUAL FUNCIONAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA

- A DIRETIVA ENQUANTO ATO JURÍDICO DA UNIÃO

4. A Diretiva enquanto ato jurídico da União

Feito o estudo sobre a integração do fenómeno da imigração na ordem comunitária, acompanhando a sua evolução, cabe agora, antes de nos focarmos na Diretiva Retorno em particular, tecer algumas considerações sobre a atual ordem jurídica da União Europeia. Face à sua articulação com posteriores desenvolvimentos desta obra serão abordados neste capítulo os seguintes temas: o estatuto internacional da UE, as características da UE, dois dos princípios estruturantes da UE, e as diretivas enquanto instrumento jurídico da União.

4.1. Estatuto Internacional da União Europeia

Como já foi referido, a União Europeia, sucedeu e substituiu a Comunidade Europeia, passando a integrar todo o legado de direito comunitário que designamos de Direito da União Europeia. A União é uma entidade *sui generis*, dada a sua complexa articulação entre os vários graus de integração política e jurídica.⁸⁶

Na linha da orientação do constitucionalismo europeu, qualificamos a UE como *organização internacional de natureza supranacional, dotada de características constitucionais*⁸⁷. Entre os fatores que contribuem para a natureza constitucional da UE apontamos: “*a primazia do direito da UE sobre o direito nacional, a impossibilidade geral de controlo da constitucionalidade das normas do DUE pelos tribunais nacionais e a vinculação dos órgãos e instituições da UE e os EM ao Direito da UE*⁸⁸”.

A sua dimensão de supranacionalidade deve-se ao facto da UE, com base nas competências que lhe foram atribuídas pelos próprios EM, se erguer acima das nações europeias e acima dos interesses nacionais, postulando o interesse geral da União. O próprio TUE assume, no seu artigo 47º que a União é detentora de personalidade jurídica.

4.2. Características da União Europeia

Debrucemo-nos um pouco sobre as características da UE. A peculiaridade do ordenamento jurídico da UE transparece nos aspetos que o definem.

Esta é, pois, uma ordem jurídica atípica, autónoma, uniforme e integrada no direito interno dos EM'S.

⁸⁶ Cfr. Artigo 1º n.º2 do TUE

⁸⁷ Cfr. JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia...* ob. cit., p. 34

⁸⁸ Cfr. JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia...* ob. cit., p. 54

A sua atipicidade reside no facto desta formar uma ordem jurídica sita entre o direito internacional e o direito federal, distinta do direito interno dos EM's.

A autonomia reflete-se nas suas fontes de direito, nas suas instituições e no seu acervo normativo.

Já a uniformidade traduz-se no facto do direito comunitário ser válido, em igual forma, em todos os EM's, exigindo uma interpretação conforme do seu conteúdo, por aqueles.

A última vertente significa que o DUE é incorporado no normativo legal do foro, o que subjaz ao princípio da unidade do ordenamento jurídico da UE. É na lógica deste princípio que a União condiciona, simultaneamente, a soberania nacional, transformando os órgãos nacionais em agentes de execução do DUE, e a autonomia privada, ao converter os particulares em sujeitos do direito europeu.

4.3. Quadro normativo da União Europeia

A estrutura normativa da UE está hierarquicamente tripartida em Direito Primário, Direito Secundário e Direito Terciário. Este acervo de instrumentos jurídicos é apelidado de Fontes de direito da UE.

O direito primário, *máxime, bloco constitucional da UE*, é constituído pelos Tratados fundadores e os de revisão, sendo o TUE e o TFUE os que actualmente regem a União. Enquadra-se também neste âmbito a Carta dos Direitos dos Homem, à qual foi atribuído valor igual ao dos tratados. Englobamos, ainda, nesta fonte de direito, os princípios gerais do direito europeu- expressão dos valores e objetivos da União- que conformam a atuação das suas instituições e dos EM's. A União intitula-se como uma *comunidade de valores*⁸⁹ por reconhecer validade suprema sobre todo o direito comunitário, a um conjunto de valores e princípios ditos fundamentais: *a dignidade humana, o direito à vida, a liberdade e à segurança, a democracia, os direitos humanos, o Estado de Direito*⁹⁰. Do texto da CDFUE destacamos, ainda, manifestações do princípio da igualdade, princípio da não discriminação, do direito de livre circulação e de permanência, o princípio da tutela jurisdicional efetiva, princípio da legalidade, princípio da proibição do abuso de direito.

O direito secundário é aquele que têm mais relevo na presente obra, porque é nesta fonte de direito que se enquadra a diretiva. Esta vertente do direito europeu é constituída pelo conjunto de atos jurídicos que exprimem as atuações ou medidas adotadas pelas instituições da UE com base no direito primário. Estes atos jurídicos são: os regulamento, as diretivas, as decisões, as recomendações e os pareceres.

⁸⁹ Ver Cfr. JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia...*ob. cit.,p. 190 a 198.

⁹⁰ Cfr.artigos 3º e 6º do TUE e artigos 1º a 19º da CDFUE

O direito terciário é composto por atos delegados e de execução que constituem atos não legislativos, com fundamento num ato legislativo⁹¹.

4.4. Princípios estruturantes da ordem jurídica da UE

Neste contexto, pela sua função confortadora da União, não podíamos deixar de abordar, dois dos princípios basilares do sistema jurídico europeu. Referimo-nos o princípio do primado do direito comunitário- direito europeu originário e derivado - sobre o direito nacional, ou, *Doutrina da Primazia*, e o princípio da cooperação leal⁹².

O primeiro deles compreende dois sentidos, um sentido *strictum senso* que designa a *primazia de aplicação* do direito da UE e que traduz a subordinação do direito nacional (normatividade e atuação dos tribunais) ao direito comunitário. Por sua vez, esta subordinação tem uma duplo alcance que se concretiza por um lado, no dever do legislador se abster de aplicar e aprovar normas contrárias ao direito da UE, e por outro lado, no dever da administração e tribunais nacionais desaplicarem o direito nacional que colida com o direito da União. Esta última imposição é denominada de *efeito direto da UE*.⁹³ Entre nós este princípio está consagrado no número 4 do artigo 8º da Constituição da República Portuguesa.

O segundo princípio enunciado tem um papel de relevo enquanto garante da operatividade do princípio do primado do direito comunitário, na medida em que impõe um respeito, assistência e cooperação recíprocos entre os Estados Membros e as instituições da UE, e entre estas últimas. Este princípio desempenha também uma certa função de controlo do cumprimento das missões da UE, mormente o controlo da aplicação dos atos jurídicos da União, atento ao dever que impende sobre os “*Estados-Membros de [facilitarem] à União o cumprimento da sua missão e [absterem-se] de qualquer medida susceptível de pôr em perigo a realização dos objectivos*”⁹⁴.

Diante o exposto, somos a concluir que as fontes de direito da UE têm uma influencia determinante no sistema jurídico-normativo dos EM’s, pese embora as restrições inerentes à afetação do núcleo constitucional de cada EM (com destaque para os princípios democrático e de Estado de Direito) e as decorrentes do princípio da atribuição das competências, segundo o qual o exercício da União está limitado às competências que os EM’s ,voluntariamente, lhe transferiram⁹⁵.

⁹¹ Cfr. JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia...*ob. cit.,p.201.

⁹² Cfr. artigos 4º/3 e 13º/2 TUE

⁹³ Cfr. JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia...*ob. cit.,p. 246

⁹⁴ Cfr. Artigo 4º/3, 3º parágrafo do TUE

⁹⁵ Cfr. artigo 5º Tratado da União Europeia

4.5. A diretiva enquanto ato jurídico da União Europeia

Conforme referido no ponto anterior, as diretivas são uma fonte de direito da UE, concretamente, parte integrante do direito secundário ou derivado. Estas constituem importantes instrumentos jurídicos da União na definição e proliferação das suas missões, deixando porém, ao critério dos EM's (destinatários das diretivas), uma margem razoável de discricionariedade na tarefa de fixar a forma e os meios para atingir os resultados queridos, sob a alçada do princípio da autonomia constitucional dos Estados⁹⁶. É nisto que se traduz a natureza compromissória das diretivas.⁹⁷ Não obstante o seu papel enquanto actos de harmonização das legislações dos EM's relativamente a determinada temática, segundo o Dr. Jónatas Machado o recurso a este ato jurídico versa sobre as questões em que o estabelecimento de uma disciplina uniforme em todos os EM's, se afigura menos importante(União.)

Uma característica importante das diretivas, que se encontra intimamente ligada ao princípio da cooperação leal⁹⁸, consiste no facto da sua eficácia jurídica depender da sua transposição para o ordenamento nacional dos EM's⁹⁹. Ou seja, só após a sua transposição é que os particulares se tornam plenos sujeitos das suas disposições (direitos e deveres). Para proceder à transposição da diretiva, os EM's dispõem do prazo de dois anos, salvo exceções relacionadas com a complexidade da matéria. Entre nós, o nº8 do artigo 112º da CRP determina como atos idóneos de transposição de diretivas: a Lei, o Decreto-lei e os Decreto legislativo regional, conforme os casos.

A carência ou défice de transposição pode estar associada à falta de transposição, à transposição incompleta ou ainda à incorreta transposição. Estas situações representam uma violação do direito comunitário capaz de desencadear os procedimentos de incumprimento e responsabilidade do Estado.¹⁰⁰

Por outro lado, as diretivas não são, em regra, diretamente aplicáveis, pelo que não basta para a conformidade com a diretiva a adoção atempada de um ato legislativo material de transposição. A título complementar necessário será a adoção de medidas de execução (atos administrativos, operações matérias ou sentenças judiciais). Os EM's têm o dever de, no prazo de um ano, comunicar à Comissão as medidas adotadas nesse âmbito. Contudo, cabe aqui sublinhar que, independentemente da adopção do ato executivo, as diretivas têm um *efeito indireto*, que postula a aplicação do direito

⁹⁶ Cfr. MARCELO REBELO DE SOUSA, *A transposição das directivas comunitárias na ordem jurídica portuguesa*, In Boletim da Faculdade de Direito STVDIA IVRIDICA nº38, Direito Comunitário e a Construção Europeia, Coimbra, 1999, p. 66

⁹⁷ Cfr. JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia...* ob. cit., p. 215 e 216

⁹⁸ Nos termos do nº3 do artigo 4º do Tratado de Lisboa, os EM'S devem tomar as medidas necessárias para garantir a execução das obrigações resultantes dos actos das instituições da União, e nessa senda, as que decorrem das Directivas. Assim, o fundamento para a execução das Directivas encontra base legal no Direito Comunitário Originário.

⁹⁹ Cfr. artigos 260º/1/3 e 288º e 291º/1 TFUE

¹⁰⁰ Cfr. JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia...* ob. cit., p. 222

nacional segundo uma interpretação conforme à diretiva, mesmo que isso implique uma interpretação *contra legem*. De um outro prisma, conexo com este, o TJUE têm sustentado o *efeito direto* (sobre isto ver ponto 44.1) de algumas diretivas, máxime nas relações entre particulares e os EM's¹⁰¹ (*efeito directo vertical*), mediante o preenchimento cumulativos de quatro requisitos, nomeadamente, que as suas normas sejam precisas, determinadas e incondicionáveis, e visem atribuir direitos aos particulares.¹⁰²

¹⁰¹ Apesar de haver orientação jurisprudência do TJUE que também concede esse efeito nas relações horizontais, desde que as diretivas em questão não imponham obrigações aos indivíduos.

¹⁰² Cfr. JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia...* ob. cit., p. 216 a 223

CAPÍTULO IV
A DIRETIVA RETORNO:
ANÁLISE GLOBAL

5. A Diretiva 2008/115/EU: Diretiva Retorno

Por fim, chegamos ao capítulo responsável por desenvolver o tema da presente tese- a Diretiva 2008/115/UE - *Diretiva Retorno*, doravante designada por Diretiva. No âmbito deste dedicaremos a uma análise individualista dos diferentes componentes deste ato legislativo europeu. Assim, começaremos no presente ponto por fazer um breve enquadramento do surgimento da Diretiva Retorno, passando logo de seguida à abordagem da transposição, material e formal, da Diretiva, onde nos vamos deparar com a problemática em torno da intempestiva transposição da mesma.

5.1. Enquadramento do surgimento da Diretiva Retorno

No seguimento do disposto no Capítulo III da presente obra, assistimos a uma integração europeia paulatina, e num plano paralelo, a uma comunitarização gradual do política de imigração. Relativamente a esta, observamos a primeira abordagem a esta temática através da criação, pelo Tratado de Maastricht, de um quadro institucional que absorveu a disciplina da imigração, instituindo para o efeito uma cooperação intergovernamental.

Seguidamente, dá se a passagem para o Tratado de Amesterdão, o qual fundou a União como Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça- enquadrando no seu núcleo a política migração- e substituiu o método intergovernamental pelo método comunitário.¹⁰³

Ficou no entanto a dever-se ao Conselho Europeu de Tampere de 15 e 16 de Outubro de 1999 o mérito da elaboração de um plano estratégico para a criação de uma política comum de imigração e de asilo no espaço da UE¹⁰⁴.

Mais tarde, o Programa de Haia de 2004, adotado no Conselho Europeu de Bruxelas de 4 e 5 de novembro de 2004, veio determinar como uma das prioridades da União para os próximos cinco anos: “*a pareceria entre os EM para a renovação europeia no domínio do ELSJ*”¹⁰⁵ o que implicaria a “*definição de uma política eficaz de afastamento e repatriamento, baseada em normas comuns para proceder aos repatriamentos humanitariamente dignas e com pleno respeito pelos direitos fundamentais e dignidade das pessoas.*”¹⁰⁶

Com base neste objetivo de cooperação na gestão da imigração (*Migration Managment*), traçado pelo Programa de Haia, a Comissão Europeia adotou em 2005 o plano de “Abordagem Global

¹⁰³ Cfr. Fátima Loureiro de Matos, *Migrações e Interculturalidade.... Ob. cit.*, p.68 a 73

¹⁰⁴ Cfr. Fátima Loureiro de Matos, *Migrações e Interculturalidade.... Ob. cit.*, p 69

¹⁰⁵ Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu - COM(2005) 184 final, de 10/05/2005

¹⁰⁶ Considerando 2º do Preâmbulo Diretiva 2008/115/UE

da Imigração” que postulou a necessidade de uma estratégia europeia comum de imigração, capaz de assegurar a gestão eficaz dos fluxos migratórios e, simultaneamente, garantir a proteção dos direitos fundamentais dos nacionais de países terceiros.

O insucesso dos sistemas de integração de estrangeiros adotados pelos ordenamentos nacionais dos EM's, veio reforçar a necessidade premente em harmonizar as soluções nacionais através de medidas comunitárias concretas.

Assim, foi por iniciativa do Conselho Europeu de 2004 supra referido, que a Comissão Liberdades Cívicas, Justiça e Assuntos Interno (LIBE) foi convidada a apresentar uma proposta relativa ao estabelecimento de uma política comum aos EM's para a execução de medidas de retorno dos estrangeiros, a qual viria a concretizar-se no COM (2005) 391 final, de 01/09/2005. As negociações em torno da proposta apresentada duraram três anos, cessando só em junho de 2008 com a aprovação da Diretiva Retorno pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho.¹⁰⁷

O Tratado de Lisboa, como vimos, foi fundamental no processo de comunitarização da imigração, ficando a dever-se a este a reformulação do processo decisório- novo processo legislativo ordinário de codecisão, *cfr.* n.º2 do artigo 79º n.º2 e artigo 149º do TFUE- e a autonomização do ELSJ relativamente ao domínio do mercado interno, concedendo-lhe destaque, *cfr.* n.º2 do artigo 3º do TUE¹⁰⁸.

Sublinha-se neste âmbito a importância do disposto pelo artigo 79º do TFUE, na medida em que o seu n.º1 determina que: “ *A União desenvolve uma política comum de imigração destinada [à] prevenção da imigração ilegal e (...) no reforço do combate a este fenómeno.* “, cabendo ao n.º2 a delimitação das atribuições da União no âmbito da imigração, das quais destacamos para efeito da presente tese a alínea c), relativa à imigração clandestina e residência ilegal, incluindo o afastamento e o repatriamento de residentes em situação ilegal. Ora, é com base neste segmento normativo que nasce a Diretiva 2008/115/UE¹⁰⁹ do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2008.

Acresce que a diretiva representa um desenvolvimento do acervo de Schengen, já mencionado *supra*, em aplicação do disposto no Título V, Capítulo II do TFUE¹¹⁰.

A Diretiva visa harmonizar a estrutura normativa dos vários Estados Membros no tocante ao procedimento de repatriamento dos estrangeiros irregulares, encabeçando uma política de afastamento dos nacionais de países terceiros numa situação irregular, conforme às garantias dos direitos humanos

¹⁰⁷ *Cfr.* Fátima Loureiro de Matos, *Migrações e Interculturalidade.... Ob. cit.*, p.65 - 68.

¹⁰⁸ Neste sentido, Ana Rita Gil, *Imigração e os Direitos Humanos*, pág. 92 e 93

¹⁰⁹ Todos os Estados Membros encontram-se vinculados à Directiva, exceptuando o Reino Unido, a Irlanda e a Dinamarca

¹¹⁰ Onde a DR de reporta ao “Título IV da Parte III do Tratado que institui a Comunidade Europeia”, deverá, em seu lugar, ter se em conta o atual Título V do TFUE

(ou pelo menos é essa a sua alegada pretensão¹¹¹). O nome pelo qual este diploma ficou conhecido- Diretiva Retorno- deveu-se, pois, a sua finalidade.

Abrimos aqui um parentes para fazer referência à criação do Fundo de Regresso, destinado a garantir a eficácia do objetivo definido pela diretiva, o qual se tem mostrado insuficiente para operar o retorno de todos os estrangeiros em situação irregular. Ainda, fazer também menção à Agência Europeia para a Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados Membros da UE (FRONTEX), criada em 2004¹¹², que desempenha um papel importante na gestão das fronteiras externas e na organização e coordenação das operações de regresso¹¹³.

A Diretiva ganha relevo pelo apaziguamento dos duradouros debates políticos, conferências e pedidos de regulamentação pelos EM's, a incidir sobre este ramo do ELSJ de extrema complexidade social- a imigração irregular. O fator de complexidade coloca frente a frente os princípios de segurança e ordem pública nacionais, e o respeito pelos direitos humanos dos estrangeiros. Assim, é reconhecer mérito à Diretiva Retorno enquanto primeiro ato jurídico da União: i) a tomar posição sobre a imigração com base no processo de legislativo ordinário (codecisão)¹¹⁴; ii) a harmonizar as disposições nacionais sobre a aplicação de medidas de afastamento no combate à imigração irregular.

5.2. Transposição da Diretiva Retorno confronto com a Lei dos Estrangeiros em Portugal

A Diretiva Retorno de 16 de dezembro de 2008, que entrou em vigor em 13 de janeiro de 2009, fixa no seu artigo 20º como data limite para a sua transposição o dia 24 de dezembro de 2010.

O direito dos estrangeiros em Portugal encontrava-se já compilado na Lei nº 23/2007 de 4 de julho, intitulada de Lei dos Estrangeiros por se encontrar encarregue de definir as condições e procedimentos de entrada, permanência, saída e afastamento de cidadãos estrangeiros do território português, bem como, o estatuto de residente de longa duração¹¹⁵. O Governo ocupou-se rapidamente de regulamentar o novo regime legal, tendo para o efeito, e nos termos do artigo 199º alínea c), aprovado o Decreto regulamentar nº 84 /2007 de 5 de novembro.

Ora, o novo quadro normativo que regulava a situação dos estrangeiros estaria prestes a ser alterado pela exigência comunitária da transposição da Diretiva Retorno. Contudo, esta transposição só ocorreu em meados de 2012, através da aprovação pela Assembleia da República da Lei nº 29/2012¹¹⁶ de 9 de Agosto, a qual procedeu à revisão da Lei nº 23/2007 de 4 de julho. A Lei 29/2012

¹¹¹ Veja-se a este respeito que a Directiva foi aprovada com 369 votos a favor, 197 contra e 106 abstenções, sendo que este forte movimento de oposição à Directiva, o qual mantinha esta posição contrária desde as negociações, muito esteve ligada à falta de respeito pelos direitos fundamentais dos estrangeiros. Neste sentido, Fátima Loureiro de Matos, A Directiva Europeia “Retorno” — Custos e benefícios para uma política comum de imigração, pág.67

¹¹² Criada mediante o Regulamento (CE) nº2007/2004 do Conselho, de 26 de Outubro de 2004

¹¹³ In: https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/frontex_pt

¹¹⁴ Cfr. Fátima Loureiro de Matos, *Migrações e Interculturalidade.... Ob. cit.*, p.70.

¹¹⁵ A Lei nº23/2007, de 4 de julho, procedeu à transposição de várias Diretivas da UE, elencadas no seu artigo 2º

¹¹⁶ Cfr. artigo 2º nº1 h)

foi seguida pela aprovação do Decreto regulamentar nº 2/2013 de 18 de março, que alterou, por sua vez, o Decreto regulamentar supra mencionado.

Ora, para percebermos se o atraso na sua transposição implicou uma de verdadeira violação ao direito comunitário, gerador de incumprimento e responsabilidade do Estado, temos que atender as duas vertentes da transposição: a material e a formal, questão que veremos a seguir.

5.2.1. Transposição material da Diretiva

Relativamente a esta vertente, cumpre averiguar se existia já uma coincidência material entre o conteúdo da Lei dos Estrangeiros (Lei nº 23/2007) e a Diretiva Retorno, que tornaria **inócu**a a sua transposição. Para tal, faremos uma comparação entre alguns dos seus preceitos legais, de modo a verificar se a LE já contemplava o conteúdo normativo obrigatório para efeitos de transposição¹¹⁷.

Em primeiro lugar, apontamos para a identidade do objeto destes dois diplomas, na medida em que ambos pretendem regular “*o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional*”¹¹⁸.

Em seguida, atendendo ao artigo 2º da Diretiva Retorno e aos artigos 4º e 5º da Lei dos Estrangeiros, identificamos como destinatários das suas disposições, comuns a ambas, os nacionais de países terceiros ou apátridas em situação irregular no território de um EM.

Salientar também que à semelhança do disposto pelos artigos 5º e 10º da diretiva em apreço, a Lei dos Estrangeiros também contém normas¹¹⁹ que visam acautelar a posição vulnerável dos menores.

Seguidamente, cabe dar ênfase ao facto da LE despender todo um capítulo para regular o “*Afastamento do território nacional*”¹²⁰, e, sob uma epígrafe idêntica o artigo 8º da Diretiva estatuir o “*Afastamento*”. Fazendo uma análise substantiva ao Capítulo VIII da LE, somos a partilhar da opinião da Dra. Tânia Carvalhais Pereira, segundo a qual “*a Diretiva Retorno se encontra materialmente transposta*” nesse capítulo. Para dar corpo a esta opinião atentemos de seguida, forma mais pormenorizada, às suas disposições.

Resulta da leitura conjugada dos artigos 134º, 138º e 145º da LE que o estrangeiro em situação irregular é sujeito a um procedimento de expulsão, podendo ser concedido um prazo entre 10 a 20 dias para abandonar voluntariamente o território. À semelhança, a Diretiva Retorno estabelece no seu artigo 7º da Diretiva Retorno a possibilidade de partida voluntária, fixando um prazo entre 7 e 30 dias para o efeito.

¹¹⁷ Cfr. TÂNIA PEREIRA CARVALHAIS, *Directiva “Retorno”*, In: Revista de direito público, A. 6, nº11 Almedina, Coimbra, 2014, p. 143

¹¹⁸ Cfr. Artigo 1º da Diretiva Retorno e artigo 1º da Lei dos Estrangeiros

¹¹⁹ V. artigos 31º nº5 e 6 e, 114º e 135º da LE

¹²⁰ Cfr. Capítulo VIII, artigos 134º e seguintes

Importante se revela também a aproximação normativa entre estes dois diplomas, relativamente às decisões de expulsão de estrangeiros que tenham um título de permanência válido noutra EM¹²¹.

Do ponto de vista do órgão competente para proferir a decisão de expulsão, a LE antecipou o disposto pela DR, ao atribuir, de igual modo, esta tarefa às entidades administrativas ou judiciais.¹²²

Outra questão prevista na LE, e que se materializa na Diretiva Retorno, é a estipulação de medidas complementares para acautelar o risco de fuga durante o decurso do tempo que medeia entre a decisão de afastamento e o regresso voluntário¹²³.

Veja-se ainda que, ambos os normativos legais legitimam a detenção para efeitos de afastamento, invocamos neste âmbito o artigo 146º da Lei dos Estrangeiros e o artigo 15º da Diretiva Retorno. O primeiro artigo, claramente mais favorável, estipula que esse prazo não poder exceder 60 dias, e por sua vez o segundo artigo refere-se a um prazo não superior a 6 meses. Apesar desta discrepância temporal entre o disposto nos dois normativos legais, poderá afirmar-se que a LE também se materializa neste seguimento, por se subsumir nos limites impostos por este último.

Ainda que numa posição mais protecionista dos direitos, a LE¹²⁴, à semelhança da DR¹²⁵, prevê um regime diferenciado para o “*cidadão estrangeiro que seja ou tenha sido vítima de infracções penais ligadas ao tráfico de pessoas ou ao auxílio à imigração ilegal*”.

Relativamente a outro ponto, os artigos 150º e 158º da LE vão ao encontro do disposto pelo artigo 13º da DR no que se reporta ao acesso a recurso efectivo contra as decisões de regresso, prevendo a possibilidade de impugnar judicialmente a decisão de regresso e a possibilidade de recorrer da decisão judicial para o Tribunal da Relação.

Ademais, ambos os instrumentos jurídicos dispõe de um regime de interdição¹²⁶ de entrada na sequência de um processo de regresso, pese embora a desconformidade no que se refere aos prazos fixados por estes.

Igualmente materializado na LE, nomeadamente no artigo 143º, se encontra o princípio da não- repulsão constante do artigo 5º da DR.

Por último, surgem dúvidas relativamente à conformidade do nº 4 do art. 138º da Lei dos Estrangeiros com a teologia da Diretiva. Aquele artigo prevê a penalização dos estrangeiros em caso de não abandono imediato do território nacional após a decisão de cancelamento de autorização de residência com fundamento no artigo 85º. O estrangeiro podia incorrer em crime de desobediência

¹²¹ Cfr. artigo 137º da LE e art. 6º/2 da DR

¹²² Cfr. artigos 140º e 145º da LE e artigo 8º da DR

¹²³ Cfr. artigos 142º da LE e artigo 7º nrsº 3 e 9 da DR

¹²⁴ Artigos 109º e 112º

¹²⁵ Artigo 11º nº3

¹²⁶ Artigo 144º da LE e artigo 11º DR

qualificada, cujo limite superior da moldura penal é dois anos de pena de prisão ou até 240 dias de multa. Quanto a esta questão controversa, a Dra. Tânia Pereira entende que “ *o artigo 138º nº4 da Lei dos Estrangeiros pode ser lido em conformidade com a Diretiva Retorno*”¹²⁷, pois da leitura do mencionado artigo 85º resulta que “ *a haver cancelamento da autorização da residência o mesmo ficar-se a dever aos factos descritos nas alíneas b) e c) do nº1 do artigo 85º da Lei dos Estrangeiros, em que está em causa a prática de outros crimes, âmbito em que a Diretiva Retorno não toca e sobre o que a jurisprudência do TJUE não se pronunciou.*”. Já o nosso entendimento é outro, embora a possibilidade de não concessão de prazo para o retorno voluntário seja conforme ao disposto no nº 4 do art. 7 da DR, a criminalização da desobediência de uma decisão administrativa, concretamente a condenação do estrangeiro numa pena de prisão e a conseqüente permanência no país, não nos parece que se coadune com a teologia da DR, mormente o afastamento dos estrangeiros.

Concluimos desta análise genérica que, há uma correspondência entre os conteúdos, falamos de uma conformidade material, de ambos os diplomas. Somos de afirmar que a Lei dos Estrangeiros já se encontrava materialmente transposta, e nessa perspetiva, seguimos o entendimento da Dra. Tânia Pereira, segundo a qual “ *à data da aprovação da Diretiva Retorno, a Lei dos Estrangeiros já contemplava as soluções normativas propostas por esta última.*”.

Pese embora a identidade entre estes instrumentos jurídicos, não podemos deixar de privilegiar algumas das soluções normativas da Lei dos Estrangeiros, devido à sua preocupação acrescida com as garantias dos estrangeiros. Na mesma linha de pensamento, o Governo português afirmou em 2008 que a “ *nova Lei de Estrangeiros aprovada em 2007, (...) já assegura aos imigrantes em situação ilegal direitos superiores àqueles agora estão em vias de fixação a nível comunitário.*”¹²⁸

Todavia, devemos ressaltar duas coisas: a Diretiva Retorno, no seu artigo 4º, salvaguarda a hipótese de manutenção de disposições mais favoráveis decorrentes de legislação nacional ou acordos internacionais; e, entendemos que, apesar do ordenamento nacional já adotar uma posição material conforme à Diretiva, não é de dispensar a sua transposição formal- questão que abordamos a seguir.

5.2.2. Transposição formal da Diretiva

Como já tivemos oportunidade de ver, a obrigação de transposição formal das diretivas comunitárias está subjacente a dois princípios estruturantes do direito da UE, nomeadamente, o princípio da uniformidade do direito da União, ao qual se encontram inerentes os valores de certeza e segurança jurídica, e o princípio da cooperação leal que, na lógica do primado do direito comunitário, impõe aos EM a aplicação do direito da UE.

¹²⁷ Cfr. TÂNIA PEREIRA CARVALHAIS, *Directiva “Retorno”*...ob. cit.,p. 150 .

¹²⁸ MINISTÉRIO DA ADMINISTRAÇÃO INTERNA, “A nossa Opinião sobre a Diretiva Retorno”, de 14 de junho de 2008, IN: <http://opinioao.mai-gov.info/2008/06/14/a-nossa-opinioao-sobre-a-directiva-do-retorno/>

O incumprimento da exigência de transposição de diretivas, ou o seu atraso, traz graves consequências para o EM, porquanto, a Comissão Europeia, na qualidade de garante do cumprimento do direito da UE, está incumbida de elaborar relatórios para averiguar da aplicação pelos EM's do direito comunitário, e, sendo caso disso, pode desencadear processos de infração contra o Estado infrator.

Ora, a preocupação em transpor a Diretiva foi desde cedo manifestada pelo Senhor Ministro da Administração Interna Dr. Miguel Macedo¹²⁹, o qual chamou atenção para o facto do “*prazo limite da transposição de três das diretivas*”¹³⁰ *está já alargamento ultrapassado e a Comissão Europeia tinha já desencadeado a respetiva ação por incumprimento, estando iminente a aplicação a Portugal de uma sanção pecuniária no montante de 5 milhões de euros*”. Consideramos justificada a urgência na transposição, expressa pelo Sr. Ministro da Administração Interna, pois, face ao histórico de procedimentos de incumprimento iniciados pela Comissão entre 2010 e 2011, Portugal estava qualificado no “top 7” dos 27 EM's com maior taxa de procedimentos de infração¹³¹. Aliás, no ano 2012 Portugal procedeu à transposição de grande parte dos diplomas comunitários “em atraso”, tendo sido transpostas cinco diretivas mediante a aprovação da Lei dos Estrangeiros- Lei n°29/2012 de 9 de agosto, referidas no seu art. 1º.

A transposição da Diretiva Retorno tinha duas finalidades principais: harmonizar as normas e procedimentos que regulam a expulsão de cidadãos nacionais de países terceiros em situação irregular em conformidade com os direitos fundamentais, e ainda, criar bases jurídicas que guiassem a atuação uniforme dos EM na “*determinação e aplicação de normas mínimas comuns*”¹³². Relativamente aquela primeira finalidade, faremos alusão à opinião da Dr. Tânia Carvalhais Pereira que afirma de forma imperativa que a “*Directiva Retorno já se encontrava devidamente transposta, do ponto de vista material, no ordenamento jurídico nacional-* para logo expor as razões que nos levam a divergir desta.

Ora, relativamente à finalidade de harmonização, a referida autora é de opinião que a Diretiva já se encontrava largamente preenchida pela Lei dos Estrangeiros de 23/2007, “*na medida em que conforma as soluções normativas previstas na Directiva Retorno*”¹³³. E por conseguinte, o Governo português, com receio de repreensões pela Comissão¹³⁴ apressou-se a transpor a Diretiva, traduzindo-

¹²⁹ Cfr. TÂNIA PEREIRA CARVALHAIS, *Directiva “Retorno”*...ob. cit.,p. 140

¹³⁰ Reporta-se à Directiva n° 2008/115 CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro; à Directiva 2009/50/CE, do Conselho, de 25 de maio e à Directiva 2009/52/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro

¹³¹ IN: https://ec.europa.eu/info/publications/annual-reports-monitoring-application-eu-law_en, Relatórios da Comissão de 2010 e 2013

¹³² Cfr. TÂNIA PEREIRA CARVALHAIS, *Directiva “Retorno”*...ob. cit., p. 149

¹³³ Cfr. TÂNIA PEREIRA CARVALHAIS, *Directiva “Retorno”*...ob. cit.,p. 151

¹³⁴ Cfr. TÂNIA PEREIRA CARVALHAIS, *Directiva “Retorno”*...ob. cit., p. 156: “Na iminência da apresentação do primeiro relatório da Comissão, em conformidade com o artigo 19º da Diretiva Retorno”

se as alterações propostas à LE de 20007 “*em meras alterações ao nível da terminologia que não eram impostas pela Directiva Retorno.*”, referindo-se a estas como “*mera operação de cosmética, sem grande significado substancial.*”¹³⁵

Numa posição divergente daquela, cremos que, não obstante grande parte das alterações introduzidas pela Lei nº29/2012 serem do foro terminológico, as restantes alterações, ainda que pontuais, exercem uma influência direta sobre os direitos indisponíveis e fundamentais dos estrangeiros, importando a sua sujeição, o que cremos ser razão bastante para a revisão da LE.

Acresce que, salvo o devido respeito que é muito, ainda que aquela Lei comporte “poucas novidades”, quando se trate de uma alteração que privilegie um regime mais favorável que aquele que resultava da anterior legislação, estamos perante disposições com suficiente dignidade jurídica, merecedoras de ser integradas no seio do ordenamento jurídico nacional, e que portanto, legitimam uma intervenção do legislador nesse sentido.

Cabe, assim, aludir a algumas das alterações introduzidas pela Lei nº29/2012, por força da Directiva Retorno, o que se fará de seguida.

Os artigos 134º, 135º e 137º procedem à substituição do conceito “expulsão” pelas expressões “afastamento coercivo” ou “expulsão judicial”, consoante a entidade que emite a decisão de expulsão. É isto que resulta da alteração do art. 140º, segundo o qual a determinação do afastamento coercivo é da competência do diretor nacional do SEF (com possibilidade de delegar), e por sua vez a decisão de expulsão é determinada pela autoridade judicial competente, restringindo a sua atuação aos casos em que a decisão de expulsão reveste a forma de pena acessória¹³⁶ ou medida autónoma a aplicar a estrangeiros que tenham entrado e permanecido regularmente no país¹³⁷. Estamos aqui no âmbito das alterações ao nível da terminologia, já que a nova redação daquela norma limitou-se a precisar, através da atribuição de duas novas denominações, aquilo que já decorria da antiga formulação do artigo. Mais, dir-se-á que, atentos aos artigos 3º nº4 e 6º da Directiva Retorno, relativos à decisão de regresso, tal diferenciação não era imposta por este normativo legal.

Outra novidade foi a introdução ao art. 134º da alínea g) que, em concretização do disposto pelo nº2 do art.6º do DR, estipula outro fundamento de afastamento ou expulsão, mas que na nossa opinião comporta uma deficiência ao não especificar que os casos que engloba se referem aos estrangeiros em situação irregular, deixando margem para dúvida se decorre daí a obrigação dos estrangeiros com um título de permanência válidos em outro EM se dirigirem para este imediatamente, independente de se encontrarem legalmente em Portugal.

¹³⁵ Cfr. TÂNIA PEREIRA CARVALHAIS, *Directiva “Retorno”*...ob. cit., p. 154

¹³⁶ Cfr. Artigo 151º da Lei 29/2012, de 09 de Agosto

¹³⁷ Cfr. Artigo 152º da Lei 29/2012, de 09 de Agosto

Uma alteração substancial é a que resulta da nova redação do art. 138º, que consubstancia o enunciado nos artigos 7º e 8º da DR. Nos termos do disposto pelo anterior nº1 daquela norma o procedimento de afastamento dos estrangeiros irregulares passava, em regra, pela detenção dos estrangeiros irregulares, e só excecionalmente, em casos fundamentados, se abria a possibilidade do retorno voluntário, concedendo-se para o efeito um prazo de 10 a 20 dias. Ora, o atual nº1 inverteu o antigo regime, privilegiando o retorno voluntário, e por conseguinte, só o não acatamento da decisão de retorno legitima as autoridades administrativas a prosseguir com a detenção dos estrangeiros. Acresce que o anterior nº3 permitia a prorrogação do prazo para retorno voluntário em “*casos devidamente fundamentados*”. O novo nº3 do art.138º veio especificar os critérios a ter em consideração aquando dessa ponderação, procedendo a uma exata transposição do nº2 do art. 7º do DR. Da mesma fora, o novo nº4 transpõe na integra o prescrito no nº4 do artigo 7º da DR, na parte em que se refere aos casos em que pode ser dispensado o prazo para a partida voluntária.

Igualmente importante é alteração do prazo de interdição de entrada constante do artigo 144º, cuja nova formulação vai ao encontro do exposto pelo nº2 do art.11 da DR. Assim, aquele passou a estipular que a proibição de entrada pode durar até cinco anos, excecionados os casos em que esse período pode ser superior, normativo que revela um regime muito mais favorável, à contrário da anterior redação que impunha um período de interdição não inferior a cinco anos.

De grande relevância se mostram os três novos aditamentos ao artigo 150º que, no seguimento do postulado pelos arts. 12º e 13º do DR, ampliam as garantias processuais dos estrangeiros alvos de procedimento de afastamento.

Por fim, do confronto entre o antigo e o atual art. 160º resulta claro que este último é máxime mais protecionista dos direitos, ora vejamos. Nos termos da anterior redação, dita o nº1 que em face de uma decisão de afastamento ou expulsão, o estrangeiro fica sob a custódia do SEF, com vista à execução da decisão, sendo que o nº2 vem admitir a faculdade de ser concedido um prazo para o abandono voluntário. Em contrapartida, o nova formulação daquele artigo inverte o procedimento, sendo que o nº1 estabelece que após uma decisão de afastamento ou expulsão é concedido um prazo de dez a vinte dias para o retorno voluntário, e o nº2 determina os casos em que, a título excecional, o estrangeiro fica sob a custódia do SEF. Chama-se atenção para o atual nº3, que fixa o prazo máximo de trinta dias para a permanência do estrangeiro em centro de instalação temporária, à contrário do anterior nº3 que se revela omissis a esse respeito. Especial destaque merecem, também, os novos nrsº 4, 5 e 6 aditados ao art. 160º, os quais traduzem as garantias previstas no art. 14º DR.

Em síntese, atentos às inovações trazidas pela LE de 2012, cremos que este novo ato legislativo implicou alterações substanciais em vários pontos, seja concretizando ou precisando o disposto pela Diretiva, pelo que sustentamos que não se podia prescindir do mesmo, porquanto, por um lado só assim se cumpre o respeito pelas exigências comunitárias com vista à uniformização das

legislações dos EM's, e por outro estamos perante uma forma de obrigar o legislador a pensar novamente sobre as soluções consagradas, numa perspetiva de um contínuo aperfeiçoamento e desenvolvimento dos valores ditados pela União e dos direitos e deveres dos sujeitos do direito da UE.

6. Análise global da Diretiva Retorno

Percorrido este longo caminho chegamos finalmente ao cerne do nosso estudo. É aqui que nos ocuparemos de analisar de forma pormenorizada o normativo da Diretiva Retorno- objeto e âmbito de aplicação, procedimento de regresso e as garantias processuais, refletindo em paralelo sobre a bondade, ou não, das suas soluções.

Por fim, autonomizamos a análise do regime de detenção para proceder à crítica principal que apontamos à Diretiva, numa articulação com a “*doutrina da crimigração*”- *crimmigration*.

Deixar a nota de que onde se lê “Comunidade Europeia” no texto da DR, deverá ler-se União Europeia. Nessa sequência, chamar a atenção para a alteração da numeração dos artigos, em específico nos preâmbulo da Diretiva, onde se elenca os normativos base que legitimam a tomada de medidas pela União. Referimo-nos ao artigo 63º nº3 alínea b) do TCE que corresponde ao atual artigo 79º nº3 alínea c) TFUE¹³⁸, nos termos do qual “A União desenvolve uma política comum de imigração destinada [a tomar medidas nos domínios] imigração clandestina e residência ilegal, incluindo o afastamento e o repatriamento de residentes em situação ilegal”, e ainda, ao artigo 251º TCE, atual 249º ¹³⁹do TFUE que estabelece o procedimento de codecisão (tarefa de legislativa repartida entre o Parlamento Europeu e o Conselho, após, em regra, impulso da Comissão).

6.1. Objeto da Diretiva Retorno

O objeto da DR vem logo identificado no seu artigo 1º, a saber, “*estabelecer normas e procedimentos comuns a aplicar nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular, no respeito dos direitos fundamentais enquanto princípios gerais do direito comunitário e do direito internacional, nomeadamente os deveres em matéria de proteção dos refugiados e de direitos do Homem.*”.

Retiramos daqui duas conclusões sobre este objeto: i) revela preocupação com os direitos fundamentais dos estrangeiros na prossecução do processo de regresso; ii) prossegue uma política de afastamento e repartimento de nacionais de países terceiros.

Sobre o primeiro ponto, não obstante aplaudirmos a consagração desta disposição, considerando o regime imposto pela Diretiva restam-nos sérias dúvidas da sua conformidade com os

¹³⁸ Sobre este artigo ver ponto 5.1)

¹³⁹ V. ponto 3.3.7)

direitos humanos, e ainda, face aos casos reportados de xenofobia e racismo neste contexto apelamos a uma efetiva proteção dos direitos dos estrangeiros pelos EM. A propósito deste ponto aproveitamos, também, para sublinhar a menção feita à Carta Dos Direitos Fundamentais da União Europeia.¹⁴⁰

No que respeita ao segundo ponto, este emerge da necessidade de criar “*normas claras, transparentes e justas, [comuns], para uma política de regresso eficaz, enquanto elemento necessário de uma política de migração bem gerida*”¹⁴¹, num espaço europeu sem fronteiras internas, onde se impõe o repartimento dos nacionais de países estrangeiros. Neste sentido, o parágrafo 20 do preâmbulo da DR, justifica o objeto desta Diretiva no facto deste “*não poder ser suficientemente realizado pelos Estados-Membros*”, incumbindo nessa medida, e de acordo com os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade ambos do artigo 5º do TUE, a sua realização pela UE.

Em bom rigor o objetivo deste diploma é fixar o procedimento mediante o qual se procede ao afastamento do território dos EM’s dos estrangeiros em situação irregular. Assim, preferimos usar o termo afastamento, ao invés dos termos “retorno e regresso” expressos ao longo da Diretiva, por serem estes impróprios. Esta inadequação terminologica é evidenciada pelo nº3 do artigo 3º da DR, o qual prevê a possibilidade de “retorno” dos estrangeiros para a) *o país de origem* (verdadeiro “regresso a casa”); b) *a um país de trânsito, ao abrigo de acordos de readmissão ou convenções* (regresso a um país no qual o estrangeiro tenha uma autorização de permanência válido); c) *a outro país terceiro, para o qual a pessoa decida regressar voluntariamente e no qual seja aceite* (trata-se de um país de destino e já não de um país de regresso). Ora, apesar de à primeira vista esta disposição conceder uma margem de amplitude significativa em termos de país de regresso, surgem aqui algumas incongruências relativamente à parte final do nº3. Primeiramente, o estrangeiro poderá ser afastado para um país no qual nunca residiu, pelo que é incorrecto falar de um regresso. Ademais, não obstante estar presente o elemento *voluntas*, o ingresso no país de destino fica condicionado à aceitação por parte deste.

Considerando o exposto, podem surgir situações que caem num limbo. É o caso de um estrangeiro que, cumulativamente, não pode regressar para o país de origem (face ao princípio da não repulsão), não possui nenhuma autorização de residência noutra EM da UE, e cujo país de destino escolhido recusa a sua aceitação. Mais, pense-se no caso dos cidadãos apátridas ou nos estrangeiros que são obrigados a regressar ao seu país de origem, desprovidos de bens e laços efectivos neste país. Assim, o diploma deixa questões por resolver, abrindo margem para o surgimento de uma nova camada de estrangeiros, “*os imigrantes sem-abrigo*”. Neste sentido veja-se o disposto na obra *Imigrantes Sem-Abrigo em Portugal*¹⁴², que consagra as posições das autoras MORALES e VASQUEZ

¹⁴⁰ Cfr. Preambulo da DR, considerando 24º

¹⁴¹ Cfr. Preâmbulo da Diretiva Retorno, considerando 4º

¹⁴² In: <https://www.om.acm.gov.pt/documents/58428/177157/ESTUDO+51.pdf/a074edcc-cce3-46dd-a64d-7178dc107959>, pág. 26

(2004) segundo as quais *”o fator que leva os imigrantes a chegar à situação extrema de pessoa sem-abrigo é a irregularidade que os obriga a viver na “invisibilidade social”, sem recurso às instituições sociais, votados a empregos precários e sem garantias, habitando em espaços de convivência, habitabilidade e vizinhança também precários.”* Aquele trabalho associa, ainda, o termo “destituição” a *“certas formas de exclusão, que atingem variados grupos sociais como os refugiados e requerentes de asilo, os estrangeiros em situação irregular - os chamados “sans papier”- e outros cidadãos que possam estar privados do acesso aos seus direitos fundamentais.”*¹⁴³.

Por outro lado, o art. 3º define o conceito de regresso como *“o processo de retorno de nacionais de países terceiros, a título de cumprimento voluntário de um dever de regresso ou a título coercivo”*.

Primeiramente, somos de opinião que é incoerente aplicar a terminologia “regresso” em ambas as situações, de retorno voluntário e de retorno coercivo. No que respeita ao primeiro caso, ainda que se trate apenas de uma voluntariedade procedimental, e não uma intenção livremente formada do sujeito, concordamos com a utilização do termo “regresso”, na medida em que é este que melhor exprime, ainda que de forma limitada, uma opção. Já no que tange ao retorno coercivo, enquanto manifestação de resistência, bem assim, da saída forçada do estrangeiro, deverá, ao nosso ver, ser tratado como “expulsão”, substituindo, nesse caso, o termo “regresso”, à semelhança da terminologia constata da Lei nº23/2007, de 4 de julho.

Por outro lado, somos de opinião que a formulação da expressão *“dever de regresso”* não foi feliz, pelo que, em seu detrimento, preferimos a expressão *obrigação de regresso*, na medida em que, atendendo ao conceito de direito subjetivo, ao poder do EM emitir decisões de regresso- direito potestativo-, corresponde, em contraponto, a obrigação de regresso pelo estrangeiro- sujeição.

6.2. Âmbito de aplicação

O artigo 2º do DR determina quais os destinatários da diretiva. Em termos gerais a DR aplica-se aos *“nacionais de países terceiros em situação irregular no território de um EM.”* Para explicar esta disposição faremos uma delimitação positiva e outra, negativa, do âmbito de aplicação da DR.

No que concerne à primeira, em face do disposto pelos nsº 1 e 2 do artigo 3º e do parágrafo 5º do preâmbulo da DR, concluímos que, em concreto, esta aplica-se às pessoas que não sejam cidadãos da União nos termos definidos pelo artigo 20º TFUE¹⁴⁴ e que não beneficiem do direito comunitário à livre circulação nos termos do nº2 do artigo 5º do Código de Fronteiras Schengen

¹⁴³ In: <https://www.om.acm.gov.pt/documents/58428/177157/ESTUDO+51.pdf/a074edcc-cce3-46dd-a64d-7178dc107959>, pág. 24

¹⁴⁴ Corresponde ao anterior artigo 17º do TCE, para o qual a DR remete

(CFS)¹⁴⁵, e que, simultaneamente, não preencherem ou terem deixado de preencher as condições de entrada, permanência ou residência num Estado Membro.

Destacamos neste âmbito o n.º 3 no artigo 4.º da DR que, permite aos EM aprovar ou manter “*disposições mais favoráveis relativamente às pessoas abrangidas pelo seu âmbito de aplicação*”, desde que conformes ao disposto pela diretiva.

Salientamos, também, os parágrafos 28.º, 29.º e 30.º do preâmbulo da DR, a respeito da inclusão no seu âmbito de aplicação de Estados não comunitários: Islândia, Noruega, Suíça, Liechtenstein, em razão à sua adesão ao acervo de Schengen.

Sobre a delimitação negativa do âmbito de aplicação da diretiva em apreço, começamos por atender ao disposto nos parágrafos 25 a 30 do seu preâmbulo, os quais excluem do seu âmbito determinados Estados. É o que acontece com: Reino Unido e Irlanda que, nos termos dos artigos 1.º e 2.º do Protocolo relativo à posição deste Estados em relação ao ELJ, anexo ao TUE e ao TFUE, não participam na aprovação, nem estão sujeito à vinculação da DR. Por sua vez, Dinamarca tinha a opção de transpor ou não a Diretiva, nos termos dos artigos 1.º e 5.º do Protocolo relativo à posição de Dinamarca, anexo ao TUE e ao TFUE.

Ainda relativamente à delimitação negativa, o artigo 2.º enumera os casos em que os EM têm a possibilidade de não aplicar a disposto pela Diretiva, e estes reportam-se as situações de passagem ilícita de fronteiras externas, às decisões de regresso na sequência de uma condenação penal e aos processos de extradição.

6.3. Procedimento de regresso

6.3.1. Decisão de regresso

Atentos ao Capítulo II da DR resulta claro que, o termo da situação irregular em que se encontram os estrangeiros opera mediante o afastamento dos mesmos. Prosseguimos então com o estudo do procedimento previsto para o efeito.

Nos termos do artigo 6.º da DR, o regime regra a aplicar quando verificada a situação de irregularidade consiste na emissão de uma decisão de regresso pelos EM's. Porém, é dada liberdade aos EM's de se abster de emitir tais decisões nos casos a que se referem os n.ºs 2, 3, 4 e 5 no art. 6.º.

Segundo o disposto pelo n.º2, os estrangeiros em situação irregular com um título de permanência válido noutra EM devem dirigir-se imediatamente para este, sendo que, só após o incumprimento de tal obrigação ou por razões de ordem ou segurança públicas, poderá o Estado em que se verifique a situação de irregularidade emitir uma decisão de regresso. Em bom rigor trata-se

¹⁴⁵ Aprovado pelo Regulamento (CE) 562/2006 do PE e do Conselho, de 15 de março

da obrigação de regressar a outro EM, em detrimento da obrigação de regressar ao país de origem, o que acaba por ter o mesmo efeito prático, mormente a expulsão do território do EM no qual se verifica a irregularidade.

Por sua vez o nº 3 acaba por prever uma hipótese que, salvo o devido respeito, é no mínimo bizarra. Assim, este normativo permite aos EM absterem-se de emitir uma decisão de regresso relativamente aos estrangeiros que sejam aceites por outro EM ao abrigo de acordos ou convenções bilaterais, mas impõe a estes últimos a obrigação de emitirem a decisão de regresso. Ora, esta disposição convida os EM a participar num autêntico “jogo de pin-pong” que tem por objeto os nacionais de países terceiros.

Igualmente caricato é o disposto pelos nº5 e 6º. Nos termos do nº5, encontrando-se em curso um processo de renovação do título de residência ou de uma autorização que confiara ao estrangeiro direito de permanência noutra EM, o EM em que se inicie tal processo “ *deve ponderar a hipótese de não emitir decisões de regresso até a conclusão do referido*”. Significa isto que, o cidadão nacional de país terceiro que diligenciou em conformidade com as exigências legais, de forma a manter-se numa situação regular, poderá ser alvo de uma decisão de expulsão ainda no decurso desse procedimento. Dito de outra forma, a decisão de regresso, bem assim, as medidas que a acompanham (cfr. nº6 do art.6) poderão visar estrangeiros em situação regular. Parece-nos controversa tal hipótese, porque colide com a teologia da DR, nomeadamente com o seu âmbito de aplicação, conforme *supra* exposto.

No seio destas alegadas exceções à decisão de regresso, o nº4 corresponde a uma válvula de segurança, em salvaguarda dos direitos dos estrangeiros, atribuindo aos EM’s o poder de conceder direito de permanência aos estrangeiros irregulares, por razões humanitárias, compassivas e outras, e, por conseguinte, de não emitir decisões de regresso, ou se já emitidas, de as revogar ou suspender. Pese embora tratar-se de mera faculdade, que fica à discricionariedade do EM, a ser concedida traduzir-se-á numa verdadeira exceção à decisão de regresso.

6.3.2. Partida voluntária

A decisão de regresso deve estipular o prazo para o retorno voluntário¹⁴⁶. Em regra, este prazo deve estar compreendido entre os sete e os trinta dias.

Sucedendo que a DR¹⁴⁷ permite à legislação nacional que, a atribuição do prazo fique dependente da formulação de um pedido pelo estrangeiro, sendo que nesse caso, este deverá ser oportunamente informado da existência de tal possibilidade. Esta solução levanta dúvidas quanto à sua conformidade com o respeito pelos direitos dos estrangeiros pois que, por um lado a não atribuição de um prazo o

¹⁴⁶ Cfr. nº1 do artigo 7º da DR

¹⁴⁷ Cfr. nº2 do artigo 8º da DR

retorno voluntário implica a emissão imediata de uma decisão de retorno, não deixando possibilidade para o estrangeiro preparar de um modo condigno a sua partida (implicâncias a nível de emprego, habitação, escolaridade), e por outro lado, a ser formulado tal pedido, no tempo que medeia desde a sua apresentação até à emissão de uma decisão de deferimento ou indeferimento, o estrangeiro fica sujeito de uma expulsão iminente, o que fere a segurança e a certeza jurídica.

Acresce que a DR admite desvios à regra tanto no que concerne ao limite temporal mínimo, como, ao limite máximo. Assim, o nº2 do art.7º prevê a possibilidade de prorrogação do prazo de retorno em função das especificidades do caso concreto e define, de forma taxativa, os aspetos a ter em consideração. Por sua vez, o nº4 daquele artigo discrimina os casos em que o EM tem a faculdade de não conceder um prazo para o retorno ou de conceder um prazo inferior a sete dias, estamos assim perante os casos em que existe risco de fuga, em que a pessoa representa um risco para a ordem ou segurança pública ou na sequência de um pedido de permanência manifestamente infundado ou fraudulento.

O nº3 do art.7º vem permitir a imposição de “*determinadas obrigações para evitar o risco de fuga*”, concretamente 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 para a partida voluntária. Estamos aqui no âmbito das medidas coercivas. Este normativo deverá ser articulado com o considerando decimo terceiro da DR, o qual impõe a sujeição de tais medidas ao princípio da proporcionalidade. Este princípio, contemplado nos nsº1, 4 e 5 do artigo 5º da TUE, visa garantir a “*adequação de determinada acção da União ou dos Estados membros para a realização de determinados objectivos à partida legítimos, combinada com a certificação da inexistência de outros meios menos prejudiciais para a realizar os meus objectivos*”¹⁴⁸.

Ora, dado que aquele princípio não tem o mesmo sentido e extensão a nível europeu e a nível interno, deverá a execução das medidas coercivas pelo EM pautar-se pelo princípio da proporcionalidade na sua dimensão constitucional, conformadora do Estado de Direito Democrático¹⁴⁹. Este princípio, porque ligado de forma intrínseca à proteção da dignidade humana, exerce uma tarefa de controle sobre as limitações impostas ao núcleo essencial de direitos fundamentais, proibindo uma atuação excessiva ou desmedida das entidades públicas. Assim, este supõe a proibição do arbítrio aquando da restrição dos direitos fundamentais das pessoas.

Nesta linha de raciocínio, veja-se que o direito processual penal português¹⁵⁰ subordina a aplicação das medidas de coação (à semelhança das medidas enunciadas na DR) ao respeito pelo

¹⁴⁸ Cfr. MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União Europeia - História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, Coimbra, Almeida, 2010, pág. 388

¹⁴⁹ Cfr. MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União Europeia - História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, Coimbra, Almeida, 2010, p. 388.

¹⁵⁰ Cfr. art. 193º CPP

princípio da proporcionalidade *lato sensu*. Este concretiza-se em três subprincípios interligados, a saber: o princípio da adequação, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Segue-se uma breve menção a estes subprincípios.

O primeiro princípio pretende resolver a questão de saber se determinada medida é adequada ou idónea para atingir o fim pretendido. Considera adequada, a medida é posta à prova pelo segundo princípio, o da necessidade, o qual, de entre várias medidas adequadas impõe a escolha daquela que for menos lesiva para atingir o fim pretendido. Por último, a medida é ainda sujeita à prova pelo princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Este coloca na balança, de um lado o fim visado pela medida, e do outro o sacrifício exigido para alcançar esse fim, sendo aquela considerada proporcional se estes dois elementos estiverem em equilíbrio, e pelo contrário, será considerada desproporcional caso se verifique uma discrepância entres estes.

Face ao exposto, cremos que a aplicação de medidas coercivas por determinado EM passa pela prévia qualificada desta como adequada, necessária e proporcional, aliás isto mesmo resulta do n°4 do art. 8° da DR. Ademais, somos de opinião, que deverá também para efeitos de execução atender-se ao princípio da subsidiariedade, em conformidade com o plasmado no n°2 do art. 193° CPP, e portanto privilegiar-se a aplicação de medidas não privativas da liberdade¹⁵¹.

6.3.3. Afastamento

Nos termos do disposto pelo artigo 8°, em caso de não ser concedido prazo para o retorno voluntário ou verificando se o incumprimento da obrigação de retorno dentro do prazo concedido, o EM deverá aplicar as medidas necessárias para efetivar o afastamento dos estrangeiros.

Os órgãos competentes para emitir uma ordem de afastamento são as autoridades administrativas, mediante ato administrativo, ou as autoridades judiciais, mediante decisão judicial autónoma¹⁵².

Relativamente às medidas que visem o afastamento, reproduz-se o explanado *supra*.

O n°1 do artigo 9° fixa, de modo imperativo e taxativo, os, escassos, casos em que há lugar à prorrogação do afastamento: quando tal afastamento represente uma violação do princípio da não-repulsão; ou quando na sequência do recurso de uma decisão de regresso ou afastamento, tenha sido suspensa a execução.

Já o n°2 admite a faculdade dos EM adiarem o afastamento por período que considerarem razoável tendo em consideração as especificidades do caso concreto, em particular, o estado de saúde físico e mental do estrangeiro e razões técnicas.

¹⁵¹ Conforme à segunda parte do n°4 do art. 8° da DR

¹⁵² *Cfr.* n°3 do art.8° da DR

Por sua vez, o nº3 do art. 9º legitima os EM a aplicar medidas coercivas durante o período em que o afastamento se encontra adiado.

Cumpra analisar o art. 10º, o qual se ocupa do regime de regresso e afastamento dos menores não acompanhados. Dita o seu nº1 que, antes de proferida uma decisão de regresso relativamente ao menor é-lhe concedida assistência pelos organismos competentes, tendo em conta o interesse superior da criança. Em desenvolvimento deste, o nº2 estipula que antes do afastamento deverá ser garantido pelo EM que, no Estado de regresso o menor será entregue a um membro da sua família, a um tutor designado ou a uma estrutura de acolhimento.

Parece-nos serem de fraco desenvolvimento as soluções previstas num regime tão sensível. Relativamente à garantia da assistência, o nº1 deverá ler-se em articulação ao artigo 14º daquele diploma, no sentido de serem garantidos os cuidados médicos necessários, bem assim acompanhamento médico, o acesso ao ensino e ao recreio, a condições condignas de habitação em ambiente propício ao desenvolvimento da personalidade, a recursos de subsistência, de acordo com a idade, maturidade e duração da permanência. Reportando-nos aquele segundo segmento, consideramos que a título complementar deveriam ser previstas disposições nos moldes que se seguem: os menores com idade superior a 16 anos deverão poder manifestar a sua opinião relativamente ao país de regresso, ou ainda, requerer uma autorização e residência, podendo em tais casos, consoante as especificidades do caso concreto, vir a ser considerada ou concedida, respetivamente; tratando-se de dois ou mais menores desacompanhados com laços familiares, deverá ser feito um esforço pelo EM de não proceder à sua segregação, tanto no decurso da decisão de retorno, como aquando do seu afastamento.

6.3.4. Proibição da entrada

Segundo o previsto nº1 do art. 11º da DR, é obrigatório que as decisões de regresso sejam acompanhadas de proibições de entrada quando: o EM não concedeu prazo para a partida voluntária; quando a obrigação de regresso não foi cumprida. Não obstante, a parte final daquele número confere a faculdade aos EM de emitirem proibições de entrada nos restantes casos.

Em regra, o prazo de interdição de entrada não deve ultrapassar os cinco anos, pese embora o nº2 admitir um prazo superior caso o estrangeiro constitua uma ameaça grave para a ordem pública, a segurança nacional ou a segurança pública. Surgem ainda outras exceções à regra enunciadas nos números que se enunciam de seguida.

O nº3 permite a revogação ou suspensão da proibição de entrada, mediante a prova que o estrangeiro cumpriu com a decisão de regresso, e por conseguinte, que saiu do território do Estado dentro do prazo fixado para o efeito, ou ainda, põe razões humanitárias, bem como por outras razões, de acordo com o caso concreto.

Repare-se, ainda, que, pese embora parágrafo segundo do n.º3r ressaltar a posição das vítimas do tráfico de seres humanos, estatuidando que estes “*não podem ser objecto de proibição*”, em bom rigor condiciona a não emissão de decisão de interdição à verificação cumulativa dos seguintes fatores: possuir autorização de residência emitida nos termos da Diretiva 2004/81/CE, não constituir ameaça para a ordem ou segurança públicas e cooperar com as autoridades competentes. Ora, este último requisito é no mínimo contestável face à situação de vulnerabilidade psicológica e emocional inerente ao estatuto de vítima.

Cabe salientar neste âmbito que, a decisão de interdição por um EM pode ter um alcance mais alargado, pois que o n.º4 do art. 11.º impõe ao Estado que se encontra em vias de emitir uma autorização de residência a um estrangeiro que tenha sido sujeito a uma proibição de entrada, a consulta prévia a este mesmo.

6.3.5. Garantias processuais

O Capítulo III é dedicado às garantias processuais dos imigrantes irregulares.

O n.º1 do art. 12.º estatui que as decisões de regresso, bem assim as proibições de entrada quando emitidas, devem conter por escrito as razões de facto e de direito que as fundamentam, e ainda, a informação relativa às vias de recurso disponíveis. Porém, a segunda daquele número permite ao EM, com base em critérios como a salvaguarda nacional, a defesa, a segurança pública de entre outros elencados neste, limitar as informações relativas às razões de facto. Ora, atentos ao disposto no n.º1 do art.11.º da CDFUE, consideramos ser desmedida tal restrição à liberdade de informação, porquanto segundo aquele normativo “*Este direito compreende a liberdade (...)de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes e sem consideração de fronteiras.*”. Dizer também que uma medida restritiva deste género fere com a tutela legítima do cidadão pois que, coloca entraves à sua defesa condigna, e consequentemente com a proteção efetiva dos interesses da pessoa em causa conforme previsto no considerando 11 do Preâmbulo da DR.

Em desenvolvimento do *supra* exposto, o n.º 2 possibilita que o estrangeiro tenha acesso a uma tradução oral ou escrita dos elementos principais das decisões relacionadas com o regresso numa língua “*que o nacional de país terceiro compreenda ou possa razoavelmente presumir-se que compreende*”, condicionado tal possibilidade ao pedido previamente formulado pelo estrangeiro. Será então de concluir que caso haja uma errónea presunção das habilidades linguísticas do estrangeiro ou caso este não seja informado da possibilidade de tal pedido, esta garantia perde eficácia. Mais bizarra é ainda o n.º3 que permite a não aplicação da garantia de tradução aos “*nacionais de países terceiros que tenham entrado ilegalmente no território e que não tenham obtido uma autorização ou permanência nesse EM*”.

Outra garantia é a que conta do art. 13º, nomeadamente a possibilidade de recurso ou reapreciação das decisões relacionadas com o regresso, perante uma autoridade administrativa ou judícia, bem como uma autoridade competente que ofereça as necessárias garantias de independência.

O nº2 daquele artigo é bastante controverso, pois que dispõe a mera possibilidade de suspender as decisões de regresso e afastamento no caso de recurso das mesmas, querendo isto significar que, a não ser decretada a suspensão de tais medidas, frustra-se o direito de uma efetiva proteção dos direitos dos estrangeiros.

O nº3 do art. 13º prevê a possibilidade dos estrangeiros requererem assistência e proteção jurídica, o que não obstante ser uma medida aparentemente merecedora de mérito, deverá a sua execução ser levada a bom porto pelos EM. Salientar neste contexto que o direito português condiciona o deferimento do pedido de proteção jurídica à comprovação da fraca situação económica pelo requerente, e portanto a prova será feita mediante a consulta às bases dos serviços da Autoridades Tributária e Aduaneira e da Segurança Social, podendo isto representar um entrave para aos estrangeiros não inscritos junto a estes serviços face à inexistência de dados quanto à propriedade de bens.

O artigo 14º prevê, ainda, algumas garantias a conceder aos estrangeiros durante o período para a partida voluntária ou durante o adiamento do afastamento.

7. O regime de detenção

O Capítulo IV legitima a detenção de imigrantes irregulares que não cumpriram a decisão de regresso dentro do prazo concedido para o efeito, de modo a efetivar o afastamento destes. A formulação dada ao nº1 do art. 15º pretendeu-se significar que a detenção não se traduz numa sanção preventiva de carácter penal, mas sim, numa medida funcionalizada à efetivação do regresso. Esta disposição legal prevê, de forma implícita, que a detenção deve respeitar os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade, na linha do mencionado *supra*.

O primeiro princípio estipula que o recurso à detenção só se admite para preparar o regresso e/ou efetivar o processo de afastamento¹⁵³, sendo que as alíneas a) e b) identificam os casos em que se considera adequado recorrer à detenção, nomeadamente quando haja risco de fuga, ou, quando estrangeiro evitar ou entravar a preparação do regresso ou afastamento. A propósito da alínea a), o conceito de “risco de fuga” deverá ser lido de acordo com o nº1 do art. 204º do Código Penal, no sentido de haver um risco concreto, demonstrável, com base em fortes indícios, não se podendo, portanto, tratar de um perigo de fuga abstrato, em razão da ingerência desta medida na esfera dos Direitos, Liberdades e Garantias (DLG) dos imigrantes irregulares. Postulando uma posição protetora

¹⁵³ Na medida em que a expulsão do imigrante constitui o fim visado pela DR, a detenção como consequência penal seria contrário a este.

dos DF dos imigrantes, deverá entender-se que só haverá lugar à detenção, verificado o insucesso, em concreto, de outros meios menos coercivos.

Assim, e numa articulação com o princípio da proporcionalidade, parece-nos que, o perigo de fuga pode ser facilmente controlado por outro tipo de meios- menos lesivos dos direitos e liberdades dos imigrantes-, como a obrigação de apresentação periódica, ou a obrigação de entregar os documentos de identificação que lhe permitem viajar, bem como a obrigação de permanência na habitação acompanhadas de medidas de vigilância eletrónica.

Por sua vez, nos termos do princípio da subsidiariedade só se admite o recurso à detenção se não for suficiente a aplicação de medidas coercivas menos severas.

Deste modo, de acordo com os princípios da subsidiariedade e proporcionalidade, atendendo às especificidades do caso concreto, deverá primeiramente ser imposta uma outra medida e só mediante o não cumprimento desta, será justificado o recurso à detenção- na medida em que o perigo de fuga seria já um perigo concreto e real.

Passamos agora à análise do tempo de duração da detenção. Segundo o artigo 15º do DR a detenção deve ter a menor duração possível (nº1), impondo como limite máximo o prazo de seis meses¹⁵⁴ (nº5), sem prejuízo do carácter precário dessa medida, que deverá cessar - levando à libertação imediata da pessoa (nº4) quando, por deixarem de se verificar os pressupostos da detenção do nº1 desse artigo, ou mediante outra razão, se afigure já não existir uma perspectiva razoável de afastamento. Para tal, o fundamento da detenção deve ser objeto de reapreciação a intervalos razoáveis(nº3).

A possibilidade de pôr termo à detenção, ditado pelo nº4, entra, porém, em contradição com o estipulado pelo nº6, do mesmo artigo, que permite, por um lado, a prorrogação do prazo por mais doze meses, e por outro lado, prevê como um dos fundamentos para esta prorrogação os “*atrasos na obtenção da documentação necessária junto de países terceiros*”. Ora, esta última situação, traduz, exatamente uma situação de “*não se afigurar razoável o afastamento*”, pelo que deveria estar incluída na solução avançada pelo nº4, na medida em que nos parece excessivamente injusto, que a liberdade das pessoas seja afetada por motivos técnicos.

Ressalvar que os EM têm aplicado um limite substancialmente inferior a previsto pela diretiva. Conforme resulta do anteriormente exposto, a LE em Portugal prevê o prazo máximo de 60 dias para a detenção.

A decisão de detenção pode ser tomada por autoridades administrativas ou judiciais, sob a forma escrita e devidamente fundamentada - razões de facto e de direito (nº2 e 3 do art.15º).

¹⁵⁴ Os EM têm aplicado um limite substancialmente inferior ao previsto pela diretiva. O nº 3 do artigo 146º da Lei nº 29/20012, de 9 de Agosto, que transpôs a Diretiva Retorno, manteve o prazo máximo de sessenta dias de detenção já previsto pela da Lei nº 23/2007, de 9 de Agosto.

Um aspeto relevante do regime de detenção, pelo seu carácter inovador, é o artigo 16º que prevê a criação de centros especializados, de modo a separar os presos comuns dos imigrantes irregulares. Do nosso ponto de vista, a segregação destas duas classes visava acautelar a segurança dos imigrantes. Porém, isto não passa, no nosso entender, de uma tentativa de suavizar o regime da detenção, na medida em que aquele artigo, prevê como “regra geral“, e não um dever, a criação deste centros.

Finalmente, apesar de nos últimos anos, terem sido criados vários centros de detenção temporários, também de forma igualmente crescente, foram surgindo escândalos sobre estes centros, que tem chocado a opinião pública. As múltiplas queixas de práticas de racismo, xenofobia, discriminação, de abusos e maus tratos, pelos guardas, “*desencadeou visitas pela Comissão LIBE*”¹⁵⁵ a alguns centros. A este propósito, em função desta separação entre estabelecimentos prisionais comuns e centros de detenção especializada, perguntamo-nos quais os direitos do imigrante detido. Serão os direitos do recluso, decorrentes do Regulamento Geral dos Estabelecimentos Prisionais e do Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, extensivos aos imigrantes detidos? Se sim, em que medida? E se sim, não deverão estes direitos ser mais amplos? Queremos que, a serem criados centros especializados, deverá em paralelo, ser criado um normativo - estatuto do imigrante ilegal- que clarifique os seus direitos e atribuições, podendo neste constar o corpo da Diretiva - de modo a que imigrantes percebam, na íntegra, o processo a que estão sujeitos.

Neste seguimento, reportemo-nos às garantias concedidas pelos artigo 16º da DR, entre as quais, o direito de informação (nº5), direito cuidados de saúde *urgentes* e o tratamento básico de doenças (nº3), o direito a contactar *oportunamente*, os seus familiares e entidades consulares competentes (2º).

Por último, quanto a este regime, vejamos o chocante artigo 17º que, não obstante conter a salvaguarda “*em último recurso*”, permite a detenção de menores, acompanhados ou não, num “*prazo adequado que deve ser o mais curto possível*”. Isto, não só, é uma garantia muito fraca, como ainda, todo este artigo afigura-se, no mínimo, paradoxal ao interesse superior da criança, ao qual se apela no nº5, visto condicionar o seu desenvolvimento.

7.1) Fenómeno da *Crimigração*

Em face do aludido em anteriormente, não podemos deixar de ver no regime da detenção uma manifestação do fenómeno da “*crimigração*” (*crimmigration*) que traduz a tendência de criminalizar a imigração. “*A crimigração traduz se num fenómeno social motivado por dinâmicas destrutivas e de expropriação, próprias do capitalismo, marcadas por antecedentes históricos de pós-colonização*

¹⁵⁵ Cfr. FÁTIMA LOUREIRO MATOS DE, *Migrações e Interculturalidade...ob. cit.*, p. 81.

*e globalização. O seu surgimento acompanha os novos desafios políticos e institucionais, relativos às tendências naturais ao homem (mobilidade) e o medo do desconhecido”.*¹⁵⁶

O progressivo desenvolvimento de uma “*cultura político-administrativa que configura a imigração irregular como um delito*”¹⁵⁷ é expressão da globalização, dos recentes ataques e ameaças de terrorismo, da criação de um estereótipo do imigrante como inimigo/criminoso, e é sobre tudo, produto da capacidade (ou melhor, incapacidade) humana de socializar.

As realidades políticas, das atuais sociedades, têm sido norteadas por sentimentos xenófobos e medo, impulsionados pela imagem negativa que os média têm difundido, dos imigrantes, aliados um sentimento de repulsão pelo não nacional e exclusão do diferente, da nacionalidade de acolhimento. Sobre este aspeto, podemos afirmar que as razões que movem os nacionais de países estrangeiros a imigrar, é aquilo que os torna indesejáveis. Veja-se o caso dos turistas, estes, não só são aceites, como ainda são convidados a viajar para os países. Em termos práticos, tanto o turista irá contribuir para a economia do país de visita (gastos que faz no mesmo durante a estadia), como os imigrantes, em regra, contribuem com o seu trabalho. E também, não olhamos para os turistas com uma expressão de medo e suspensão, apesar de estes terem as mesmas possibilidades, que aos imigrantes irregulares, para atentar contra um Estado. Isto, leva-nos a concluir que a sociedade cria um terminado tipo padrão de cidadão comum, e o desvio a este padrão implica rotula-lo como inimigo.

Penalizar ou excluir em razão da diferença ou em função de critérios objetivos- como não ter a situação de residência regularizada- é o caminho mais fácil e simultaneamente mais controverso face ao respeito pelo princípio da proporcionalidade. Quer por se tratar da aplicação de medidas de privação da liberdade (direito penal é, e tem de ser, um direito última ratio, a seu aplicado quando contente com bens jurídicos absolutos) a questões do foro administrativo, que não comportam um dano social, nem representam uma ameaça para a comunidade, quer porque a sociedade democrática de um Estado de Direito não pode deixar de ser um garante dos DLG das pessoas, em específico na situação de extrema vulnerabilidade que os imigrantes irregulares se encontram.

¹⁵⁶ Cfr. MARIA JOÃO GUIA E MAARTJE VAN DER WOUDE E JOANNE VAN DER LEUN, *Social Control and Justice*, Eleven International Publishing, 2012 p.40

¹⁵⁷ Cfr. FÁTIMA LOUREIRO DE MATOS, *Migrações e Interculturalidade...ob. cit.*, p. 82.

8) Considerações Finais

A presente obra teve como intuito, a análise do regime jurídico do processo de afastamento dos imigrantes irregulares previsto na Diretiva Retorno. Para tal, começamos por atender ao fenómeno migratório, tendo, na sequência da delimitação negativa e positiva daquela temática, resultado que o presente estudo incidia somente sobre os cidadãos nacionais de países terceiros em situação irregular, que tenham entrada em determinado EM movidos pela vontade de aí residir, e em busca de melhores condições de vida. Assim, ficaram afastados do âmbito desta obra a emigração, os imigrantes temporários, os imigrantes internos, a imigração forçada e beneficiários de proteção subsidiária ou dos beneficiários de proteção temporária.

Em suma, este trabalho teve como objeto de estudo a imigração voluntária, movida por uma hétero- determinação, levada a cabo por cidadãos não abrangidos por qualquer extensão do direito à livre circulação conferido pelos Tratados da UE, os quais se encontrem a residir num território de um EM de forma clandestina ou não autorizada.

Feita uma breve referência aos fatores que motivam a deslocação para outro Estado com vista à fixação de residência nesse, somos de concluir que esta motivação é norteadada por uma complexa teia de fatores, que acaba por ser confrontada pelos travões impostos pelas políticas migratórias adotadas pelos Estados Membros. Assim, a intenção do cidadão estrangeiro de entrar no seu país de encontra-se sempre sujeira às restrições impostas pelo estado, movidas pelos valores de segurança pública e a promoção da ordenação social e coesão social nacional.

Posteriormente, atentos à evolução da integração europeia, verificamos que houve lugar a uma gradual transmissão e poderes dos Estados Membros, para a União Europeia, alicerçada nos princípios da subsidiariedade e do primado do direito da União, por forma a atingir os objetivos máximos e comuns da União: um mercado único europeu, a livre circulação de serviços, pessoas e bens, e capitais.

A Diretiva em análise surge da necessidade de edificar um regime legal uniforme para os EM's no que se refere ao repartimento dos cidadãos estrangeiros em situação irregular, preconizando uma política de imigração comum da União, a fim de minimizar os obstáculos à criação e desenvolvimento dum espaço europeu sem fronteiras internas.

Ora, de acordo com o disposto pelos Tratados que conformar a União Europeia, esta tem como o objetivo a luta contra a imigração irregular, que passa pela conjugação de uma política comum de retorno que consagre mecanismos eficazes de afastamento dos estrangeiros e bem assim, a celebração de acordos de readmissão dos imigrantes irregulares com países terceiros, ou seja, pretende operar a expulsão dos estrangeiros.

Sem nos olvidarmos dos condicionalismos envoltos à política de imigração, e por conseguinte o facto da recepção com dignidade dos imigrantes em busca de melhores condições de vida não ser uma mera questão de “boa vontade dos EM’S”, mas que sim, evolve não só um esforço de reunião de recursos suficientes que possibilitem um tratamento condigno, como também está dependente da capacidade do próprio país no que concerne à disponibilidade dos serviços de saúde, de educação, de proteção e integração dos imigrantes e do mercado de trabalho, de forma a não perturbar a não por em causa a coesão social do mesmo, sempre se deverá questionar se não haverá melhores soluções que a expulsão daqueles que têm pouco. Será essa a melhor opção ou a opção mais fácil? E estará este facilitismo em hegemonia com o respeito pelos direitos humanos? Cremos que não. Aliás, cremos que uma melhor solução passaria pela construção de canais de migração eficientes.

Concluimos relativamente a este ponto que, uma Europa que se diz fundada como um espaço de liberdade, segurança e justiça e que se ocupa em larga medida de apelar aos Direitos Fundamentais, tanto nos atuais Tratados que regulam a UE, como na própria Diretiva Retorno, olvida-se da amplitude desses direitos quando em causa estejam direitos do imigrante irregular. Decorre do disposto pela diretiva que a União goza de um poder de ingerência absoluto na esfera jurídica dos cidadãos estrangeiros, e, conforme se teve oportunidade de demonstrar, possibilita a restrição desmedida de direitos fundamentais dos estrangeiros.

Neste linha de pensamento somos de opinião que a política de imigração deve orientar os imigrantes para uma rota de regularização da situação de residência, em detrimento de uma política de expulsão

Face ao exposto, e ao supra referenciado, formulados o entendimento que, não obstante a Diretiva Retorno estabelecer no seu objeto, o respeito pelos direitos fundamentais, e ainda consagrar determinadas disposições que poderão à *priori* parecer de boa-fé, sempre se dirá que tudo isto não passa de uma disfarçada política de harmonização, pois que, sem conceder, a existir harmonia será apenas relativo ao foro formal.

BIBLIOGRAFIA

AMBOS, KAI, *Direito Penal do Inimigo*, Panoptica Retrieved, 2011

ANDRADE, JOSÉ CARLOS VIEIRA DE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1983*, Almedina, Coimbra, 1983

BAGANHA, MARIA IOANNIS, *Política de imigração: A regulação dos fluxos*, Centro de Estudos Sociais, Coimbra, 2005

CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES, *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*, Editora Fórum, Brasil

CAVALHAIS, TÂNIA PEREIRA, *Directiva “Retorno”*, In: Revista de direito público, A. 6, nº11 Almedina, Coimbra, 2014

COSTA, JOSÉ DE FÁRIA, *Noções Fundamentais de Direito Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009

EUROPEAN JOURNAL OF MIGRATION AND LAW Vol 11, Brill Publisher Nijhoff, Holanda, 2009

GIL, ANA RITA, *Imigração e Direitos Humanos*, Petrony Editora, Forte da Casa, 2017

GOMES, AMADO CARLA E LEÃO, ANABELA COSTA, *A Condição de Imigrante: Uma Análise de Direito Constitucional e de Direito Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2010

GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL, *Direito da União Europeia: História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência*, Almedina, Coimbra, 2010

GUIA, MARIA JOÃO, *Imigração e Criminalidade: caleidoscópio de imigrantes reclusos*, Almedina, Coimbra, 2008

GUIA, MARIA JOÃO E KOULISH, ROBERT E VALSAMIS, MITSILEGAS, *Immigration Detention, Risk and Human Rights*, Springer International Publishing, Suíça, 2016

GUIA, MARIA JOÃO E WOUDE, MAARTJE VAN DER E LEUN, JOANNE VAN DER, *Social Control and Justice*, Eleven International Publishing, Holanda, 2012

JANSEN, CLIFFORD J., *Some sociological aspects of migration*, IN J.A. Jackson (Ed), Cambridge University Press, Cambridge, 1969

MACHADO, JÓNATAS EDUARDO MENDES, *Direito da União Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014

MATOS, FÁTIMA LOUREIRO DE, *Migrações e Interculturalidade – A Diretiva Europeia “Retorno” (Directiva 2008/115/CE): Custos e benefícios para uma política comum de imigração*, Livro de Atas de Conferência Internacional, Porto, 2010

MIRANDA, JORGE MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada I*, Coimbra Editora, Coimbra, 2005

MORALES, MARIA ROSÁRIO SÁNCHEZ E VASQUEZ, SUZANA TEZANOS, “*Los inmigrantes “sin hogar” en España – Un caso extremo de exclusión social*”, IN Revista del trabajo y asuntos sociales, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 55, Madrid, 2001

PEIXOTO, JOÃO, *As Teorias Explicativas das Migrações: Teorias Micro e Macro-Sociológicas*, IN Socius Working Papers nº11, Lisboa, 2004

PIÇARRA, NUNO, *O espaço de liberdade, segurança e justiça no Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa: unificação e aprofundamento*, Polícia e Justiça, Loures, 2005

RAMOS, RUI MANUEL GENS MOURA, *Direito Comunitário: programa, conteúdo e métodos de ensino*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003

RAMOS, RUI MANUEL GENS MOURA, *Das Comunidades à União Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994

SOUSA, DE MARCELO REBELO, “*A transposição das diretivas comunitárias na ordem jurídica portuguesa*”, IN Boletim da Faculdade de Direito STVDIA IVRIDICA nº 38 Direito Comunitário e a Construção Europeia, Coimbra, 1999

VICENTE, LAURA NUNES, *O princípio da proporcionalidade – uma nova abordagem em tempos de pluralismo*, Instituto Jurídico, Coimbra, 2014

LEGISLAÇÃO

Acordo de Schengen

Acto Único Europeu

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

Código Penal

Constituição da República Portuguesa

Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen

Convenção Europeia dos Direitos do Homem

Declaração Universal dos Direitos do Homem

Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de Abril de 2004

Diretiva 115/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 2008

Lei 67/2003 de 23, de Agosto de 2003

Lei 23/2007, de 4 Julho de 2007

Lei n°27/2008 de 30 de Julho de 2008

Lei 29/2012, de 9 de Agosto de 2012

Lei 26/2014, de 5 de Maio de 2014

Lei 102/2017, de 28 de agosto de 2017

Regulamento (CE) n° 826/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007

Resolução da Assembleia da República n°79/2001, de 18 de Dezembro de 2001

Tratado Amsterdão, outubro de 1997

Tratado de Lisboa, dezembro de 2007

Tratado de Maastricht, fevereiro de 1992

Tratado de Nice, fevereiro de 2003

Tratado de Roma, março de 1957

SITES

Dados estatísticos da EUROSTAT, IN: [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration and migrant population statistics/pt](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics/pt)

Dados estatísticos da EUROCID, IN: http://www.eurocid.pt/pls/wsd/wsdwcot0.detalhe?p_cot_id=9509

Dados estatísticos do Observatório das Migrações, IN: <https://www.om.acm.gov.pt/documents/58428/383402/Relatório+Indicadores+de+Integração+de+I+migrantes+OM+2017.pdf/432839ce-f3c2-404f-9b98-39ab22b5edc5>

In: https://europa.eu/european-union/law/treaties_pt

Key Migration Terms by IOM, IN: <https://www.iom.int/key-migration-terms>

Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo de 2016, SEF, IN: <https://sefstat.sef.pt/Docs/Rifa2016.pdf>

Declaração Universal dos Direitos Humanos - 60º aniversário,
In:<http://lexuniversal.com/pt/articles/7133>

Sobre as principais mudanças trazidas pelo Tratado de Roma, In: https://europa.eu/european-union/law/treaties_pt

Ato Único Europeu: Jornal Oficial das Comunidades Europeias,
In:<https://infoeuropa.eu/ocid.pt/files/database/000037001-000038000/000037591.pdf>,

In: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=LEGISSUM%3Axy0026>

In:https://ec.europa.eu/homeaffairs/sites/homeaffairs/files/elibrary/docs/schengen_brochure/schengen_brochure_dr311126_pt.pdf,