

AS POLÍTICAS DE COMBATE À IMIGRAÇÃO ILEGAL NO ÂMBITO DA UNIÃO EUROPEIA: UMA PERSPECTIVA CRÍTICA A DIRECTIVA DO REGRESSO E SEUS FENÔMENOS CRIMINAIS¹

Saulo Ramos Furquim²

Sumário: Introdução. 1. Evolução da política europeia de imigrações. 1.1. As políticas de imigração na Europa antes da União Europeia. 1.2. A evolução das políticas de imigração no âmbito da União Europeia, de Maastricht até Amsterdã. 3. A estratégia política traçada sobre a imigração ilegal. 2.1. O Conselho Europeu de Tampere de 1999, o Programa de Haia e a Abordagem Global das Imigrações de 2005. 2.2. Medidas adotadas após estas estratégias políticas sobre imigração ilegal. 2.3. A criação da agência europeia de gestão da cooperação operacional nas fronteiras externas dos estados-membros da união europeia (Frontex). 2.4. Medidas adotadas em matéria de imigração legal e integração. 3. A União Europeia e os imigrantes nos dias atuais. 3.1. As prioridades recentes da política de luta contra a imigração ilegal. 3.2. A Diretiva do Regresso e os fenômenos da Crimigração e do Direito Penal do Inimigo. 3.3. Crimes relacionados à imigração ilegal. 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas. 6. Referências Legislativas.

Resumo: Desde 1957, a União Europeia, ante à edição do Tratado da Comunidade Econômica Europeia, já vem adequando suas políticas quanto a questão da livre circulação de pessoas no seu território, a levar em conta a garantia da liberdade, segu-

¹ Artigo originalmente publicado na Revista de Estudos Jurídicos da UNESP, v. 18, nº: 27, 2014.

² Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Especialista em Ciências Criminais. Advogado Criminal.

rança e justiça, conforme demonstrado na evolução das leis imigracionais até os dias de hoje. Contudo, até antes da famigerada data de 11 de setembro de 2011, as políticas de ingresso a outro país eram menos agressivas aos imigrantes. Nesse diapasão, após os ataques terroristas na Europa, em Madrid e em Londres, a União, no intuito de preservação do espaço de liberdade, segurança e justiça, editou a Diretiva 2008/115/CE, conhecida como a diretiva do regresso, de modo que permitiu o questionamento do caráter repressivo de tal medida, ao ponto de convergir leis de imigração em leis penais, fazendo ao compõem Günther Jakobs, o temerável “Direito Penal do Inimigo” (*Feindstrafrecht*). Como conclusão, o presente artigo apresenta o legado deixado por tais leis imigracionais no âmbito europeu, tido pelo fenômeno da convergência entre a Lei Penal e a Lei de Imigração, o surgimento do termo “Crimigração”

Palavras-Chave: União Europeia. Imigração. Crimigração. Direito Penal do Inimigo.

Abstract: Since 1957, the European Union, with the enactment of the Treaty establishing the European Economic Community, already has adequating on the issue of free movement of persons within its territory policies, taking into account the guarantee of freedom, security and justice, as it will demonstrate the evolution of laws imigracionais until today. However, even before the infamous date of September 11, 2011, the policies were less aggressive imigracionais immigrants, in this context, after the terrorist attacks in Europe, Madrid and London, the Union, in order to preserve space Freedom, Security and Justice, edited Directive 2008/115/CE, return policy, opening the question of the repressive nature of this measure, the point of immigration laws in the penal laws of convergence, which makes what makeup Günther Jakobs called "Criminal law of the Enemy" (*Feindstrafrecht*). In conclusion, in the end, the

legacy of those laws imigracionais within Europe.

Keywords: European Union. Immigration. Crimigration. Criminal Law of the Enemy.

INTRODUÇÃO



Com o aumento da importância das migrações internacionais no cenário global, hodiernamente acabou por influenciar a abordagem de uma política europeia de imigração comum, cujas principais bases são as imigrações legais e ilegais, além das relações com países terceiros e a integração dos migrantes dentro da União Europeia.

Os ataques terroristas de 11 de Setembro 2001 nos Estados Unidos da América e, mais tarde na Europa, a saber: Madrid em 11 de Março de 2004 e Londres em 07 de Julho de 2005, surgiram como uma espécie de ameaça transnacional. No entanto, a autoria de tais atos terroristas é muitas vezes dirigida às pessoas imigradas. Tendo em vista este contexto, a União Europeia procura criar uma área de liberdade, segurança e justiça, além de uma política de imigração comum, que visa a prevenção do terrorismo e demais crimes associados à imigração ilegal, a título exemplificativo: o tráfico de pessoas e o auxílio a imigração ilegal.

O presente trabalho visa investigar a evolução das políticas europeias no âmbito das imigrações clandestinas, traçando uma evolução dos mecanismos jurídicos da União Europeia. Evolução esta, iniciada antes de Maastricht que já tratava da livre circulação de trabalhadores, porém com o advento do referido Tratado em 1992, a abordagem na política de imigração era centrada em uma política de livre circulação e residência, na busca de uma política comum, no que toca à concessão de vistos de curta duração. Derradeiramente, no Tratado de Ams-

terdã de 1999, na questão da imigração, houve uma transferência da competência legislativa em matérias de vistos, asilo e imigração, que passou a ser da Comunidade Europeia.

Ademais, analisaremos os pormenores dos avanços na prevenção da imigração com o Conselho de Tampere de 1999, o Programa de Haia de 2004, e suas medidas adotadas, destacando a Decisão-quadro 2002/946/JAI, na relevante harmonização dos crimes de auxílio à imigração ilegal; a Diretiva 2008/115/CE, a referenciar as normas e procedimentos comuns para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular; e ainda, o Regulamento 2007/2004, instituidor do FRONTEX (Fronteiras Externas dos Estados-membros da União Europeia), Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-Membros da União Europeia, analisando a sua importância no combate à imigração ilegal, além das outras medidas relevantes adotadas pela União Europeia.

Nesse contexto, o presente trabalho, tem por intuito o estudo da relação imigração-segurança, referenciando como o próprio conceito de securitização, que influenciou na criação da legislação europeia de prevenção da imigração ilegal. Para além desses aspectos, mostra a pesquisa o surgimento da percepção global tido do imigrante como o “outro”, o “outsider”³. Ademais, não olvida em procurar entender o porquê do reforço preventivo de medidas de segurança na legislação europeia. Por fim da exposição, citaremos o fenômeno da convergência entre a Lei Penal e a Lei de Imigração, o surgimento do termo “Crimigração”⁴. Destarte, o trabalho tem como funda-

³ Segundo Becker: Depois que uma regra passou a existir, deve ser aplicada a pessoas particulares antes que a classe abstrata dos outsiders criada pela regra se veja povoada. Infratores devem ser descobertos, identificados, presos e condenados ou notados como “diferentes” e estigmatizados por sua não-conformidade, como o caso de grupos desviantes legais como músicos de casa noturna BECKER, Howard. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Tradução, Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Editora Zahar. 2008., p. 167.

⁴ Cfr. STUMPF; DER LEUN; DER WOUDE; GUIA, 2012.

mento analisar melhor o desenvolvimento da política de imigração na União Europeia, a refletir se houve uma maior securitização das leis de imigração no âmbito da União.

1. EVOLUÇÃO DA POLÍTICA EUROPEIA DE IMIGRAÇÕES

1.1. AS POLÍTICAS DE IMIGRAÇÃO NA EUROPA ANTES DA UNIÃO EUROPEIA

A necessidade de uma política comum no tocante às imigrações, já iluminavam antes do Tratado de Maastricht. Na edição do Tratado da Comunidade Econômica Europeia de 1957, mas precisamente no artigo 40, já havia uma disposição a requerer ao Conselho providências progressivas quanto à realização de uma livre movimentação de trabalhadores⁵. No entanto em 1961, a Comunidade Econômica Europeia adotou pela primeira vez uma legislação de implementação relacionada à livre circulação de trabalhadores, o Regulamento 15/61 de 1961⁶. O referido regulamento determinava aos trabalhadores imigrantes dos Estados-membros a igualdade de tratamento entre trabalhadores nacionais e trabalhadores imigrantes.

Em 1964 passou a ser considerada a qualidade de imigrantes trabalhadores aos “familiares autorizados a juntar-se ao trabalhador imigrante, passando a incluir todos os parentes na linha de ascendência ou descendência do trabalhador e de seu cônjuge”⁷, através da regulação 38/64. Consequentemente, no mesmo ano, adotou-se pelo Conselho a Diretiva 64/221/CEE de 25 de Fevereiro de 1964⁸, esta a determinar um conjunto de

⁵ GUILD, Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/cint/v33n1/v33n1a02.pdf>>. Acesso em 05/03/2013, pág. 20.

⁶ GUILD. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/cint/v33n1/v33n1a02.pdf>. pág. 20.

⁷ *Ibidem*, p. 22.

⁸ Diretiva do Conselho de 25 de Fevereiro de 1964, para a coordenação de medidas

regras, quanto à reclusão e expulsão de trabalhadores imigrantes por motivos de segurança e ordem pública. Estas medidas aplicar-se-iam igualmente ao cônjuge e aos membros da família que preencham as condições dos regulamentos, que por esta diretiva as razões de reclusão e expulsão deveriam ser fundamentadas.

Outro ponto relevante à questão do alargamento das políticas migratórias, no período anterior à formação da União Europeia, dar-se-ia no ano de 1968, onde foi aprovada pelo Conselho, a Diretiva 68/360/CEE⁹. Tratando de regulamentar à supressão das restrições, como ao deslocamento e permanência dos trabalhadores dos Estados-membros, e de suas famílias na Comunidade. A referida legislação reconheceu o direito de permanência aos trabalhadores e seus familiares no seu território, para que possam apresentar os documentos de abrigo; para além destes apresentarem declaração de contrato passada pelo empregador ou um certificado de trabalho.

Neste Contexto, no ano de 1970, houve o alargamento de novas políticas de imigração no âmbito europeu, a Comunidade Económica Europeia selou o Protocolo que cria uma Associação entre ela e a Turquia. Pelos artigos 37 e 38¹⁰ do trata-

especiais relativas aos estrangeiros em matéria de deslocação e estada justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública (64/221/CEE), disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31964L0221:PT:HTML>>. Acesso em 03/03/2014.

⁹ Diretiva do Conselho de 15 de Outubro de 1968 relativa à supressão das restrições à deslocação e permanência dos trabalhadores dos Estados-membros e suas famílias na Comunidade (68/360/CEE) disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31968L0360:PT:HTML>>. Acesso em 03/03/2014.

¹⁰ Protocolo Adicional e Protocolo Financeiro, assinados em 23 de Novembro de 1970, anexos ao Acordo que cria uma Associação entre a Comunidade Económica Europeia e a Turquia e respeitante às medidas a adoptar para a sua entrada em vigor - Acta final - Declarações, disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21970A1123\(01\):PT:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21970A1123(01):PT:HTML)>. Acesso em 03/03/2014.

Artigo 37: Cada Estado-membro concederá aos trabalhadores de nacionalidade turca que trabalham na Comunidade um regime caracterizado pela ausência de qualquer

do, previa-se o tratamento igualitário as condições de trabalho e remuneração, além da efetiva livre circulação dos trabalhadores nos Estados-membros.

No decorrer dos anos 1980, o processo de uma política europeia de integração, elevar-se-ia para uma nova fase, a qual surgiria reflexos na política da imigração, deixando de contemplar somente os imigrantes com declaração expressa de trabalho. Neste diapasão, em 1981, é criado o Passaporte da União, o qual, como Lahav (LAHAV, 2004, p. 40) afirma: “a reafirmação da visão de um povo da Europa com a livre circulação e, finalmente, o desenvolvimento de uma identidade europeia, mas esta afirmação seria uma abstração por algum tempo”¹¹. Neste contexto, abre-se o caminho à livre circulação de pessoas no âmbito da União Europeia. Entretanto, esta afirmação se refere apenas aos cidadãos nacionais dos Estados Membros e seus familiares, excluindo os nacionais de Estados Terceiros¹².

Contudo, a concretização da eliminação dos controles de fronteira interna, se inicia em 1985 com a assinatura do Acordo de Schengen, assinado em um contexto extracomunitário, com fulcro de acelerar a remoção das fronteiras internas, sendo a harmonização da imigração e as questões de segurança, com objetivos a alcançar a longo prazo¹³. Parale-

discriminação baseada na nacionalidade, em reação aos trabalhadores nacionais dos outros Estados-membros, no que se refere às condições de trabalho e de remuneração.

Artigo 38 Na pendência da realização gradual da livre circulação de trabalhadores entre os Estados-membros da Comunidade e a Turquia, o Conselho de Associação pode examinar qualquer questão colocada pela mobilidade geográfica e profissional dos trabalhadores de nacionalidade turca, em especial o prolongamento da autorização de trabalho e de residência, a fim de facilitar o emprego desses trabalhadores em cada Estado-membro. Para este efeito, o Conselho de Associação pode dirigir recomendações aos Estados-membros.

¹¹ Na tradução livre: *reaffirmed a vision of a 'people's Europe' with Europeans moving around freely and ultimately developing a European identity, but this remained an abstraction for some time.* (LAHAV, G. 2004, p. 40).

¹² Cfr. FERREIRA, 2010, p. 49.

¹³ FERREIRA, *apud*. LAHAV, 2004, p. 50.

lamente a este acordo, o conceito de livre circulação de pessoas reforça-se, ainda mais, através da assinatura do Ato Único Europeu em Luxemburgo, em 17 de Fevereiro de 1986¹⁴. Precisamente no artigo 13 são aditadas alterações no quesito a livre circulação de mercadoria, conseqüentemente, o artigo 8A, do Tratado das Comunidades Económicas Europeias passa a consagrar ao seu mercado um espaço sem fronteiras internas, no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições do presente Tratado¹⁵.

Neste primeiro período, do final dos anos 50 até o final dos 80, as políticas de imigração na Europa se embasavam exclusivamente no interesse da livre circulação de trabalhadores imigrantes nacionais de um Estado-membro da Comunidade Económica Europeia. Com efeito, com a eliminação dos controlos de fronteiras internas a esta classe imigrante. Corroborado com o aumento das melhores condições de emprego e o auge económico na Europa, a imigração ilegal torna-se cada

¹⁴ Acto Único Europeu: assinado no Luxemburgo em 17 de Fevereiro de 1986 por nove Estados-Membros e, em 28 de Fevereiro de 1986, pela Dinamarca, Itália e Grécia, constitui a primeira alteração de grande envergadura do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia (CEE). O AUE entrou em vigor em 1 de Julho de 1987. O Acto Único Europeu (AUE) revê os Tratados de Roma com o objectivo de relançar a integração europeia e concluir a realização do mercado interno. Altera as regras de funcionamento das instituições europeias e alarga as competências comunitárias, nomeadamente no âmbito da investigação e desenvolvimento, do ambiente e da política externa comum. Disponível em <http://europa.eu/legislation_summaries/InstitUtlonal_affairs/treaties/treaties_single_act_pt.htm>.

¹⁵ Acto Único Europeu de 17 de Fevereiro de 1986. Artigo 13.º Ao Tratado CEE são aditadas as disposições seguintes:

Artigo 8.º-A. A Comunidade adoptará as medidas destinadas a estabelecer progressivamente o mercado interno durante um período que termina em 31 de Dezembro de 1992, nos termos do disposto no presente artigo, nos artigos 8.º-B, 8.º-C e 28.º, no n.º 2 do artigo 57.º, no artigo 59.º, no n.º 1 do artigo 70.º e nos artigos 84.º, 99.º, 100.º-A e 100.º-B, sem prejuízo das demais disposições do presente Tratado.

O mercado interno compreende um espaço sem fronteiras internas, no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições do presente Tratado.

vez mais comum por nacionais de países terceiros buscando melhores condições de vida, ou até mesmo a buscar refúgio de perseguições em seu país de origem¹⁶. De tal sorte, as políticas migratórias europeias seguintes, tornam o combate às imigrações legais cada vez mais rígido, podendo dizer ser frutos da securitização, de modo a tornar as políticas de imigração europeia um instrumento da segurança na Europa, conforme veremos a frente.

1.2. A EVOLUÇÃO DAS POLÍTICAS DE IMIGRAÇÃO NO ÂMBITO DA UNIÃO EUROPEIA, DE MAASTRICHT ATÉ AMSTERDÃ

No começo da década de 90 vários fatores apontavam para a urgência de um aprofundamento no processo de integração na Europa. Por sua vez, os desafios na esfera das relações internacionais exigiam o reforço da posição da União Europeia na cena internacional, e a sua imposição com uma única voz na defesa dos seus interesses comuns¹⁷.

Se é claro que através da globalização surge o aumento dos fluxos migratórios¹⁸, os desafios da convivência com o

¹⁶ Neste contexto, o enquadramento securitário das migrações procura responder aos desafios que as migrações internacionais colocam às relações internacionais. Quando se torna a imigração uma ameaça à segurança e à estabilidade? Tendo em mente a diferença entre ameaças reais e ameaças existenciais, Weiner propõe-nos a seguinte categorização de situações nas quais os migrantes (aqui incluindo também os refugiados) podem ser tidos enquanto ameaças: (1) refugiados e migrantes vistos como ameaça para as relações entre o país de origem e o país de destino (principalmente quando se opõem ao regime do país de origem); (2) vistos como ameaça política ou um risco para a segurança do país de destino; (3) imigrantes e refugiados como ameaça à cultura dominante; (4) ou como problema social e econômico para o país de acolhimento; (5) e, por último, utilização dos imigrantes, por parte da sociedade de acolhimento, enquanto instrumentos de ameaça contra o país de origem. Esta categorização permite uma melhor compreensão do binómio imigração-segurança e dos receios que daí advêm. (WEINER, 1992. p. 105 e ss).

¹⁷ Cfr. FERREIRA, 2010, p. 54.

¹⁸ A globalização está longe de ser um fenómeno unidimensional, de cariz económico, como certas perspectivas neo-liberais querem fazer crer. Sobre a multidimensio-

outro não se limitam hoje (na era da globalização), nas sociedades originariamente plurais, como o caso da sociedade europeia. Entretanto, também se estendem as sociedades tradicionalmente mais homogêneas. Neste diapasão, nasce o questionamento de como acolher o outro, respeitando suas diferenças, seus valores, costumes, significados e sentidos. E ao mesmo tempo preservar as estruturas normativas do reconhecimento, que ditam as bases da convivência e à coesão social, depara-se, aqui, com um desafio global das sociedades modernas¹⁹.

Paralelamente a estas premissas, em 07 de fevereiro de 1992, com o intuito de constituir uma nova etapa na integração europeia, os Estados-membros firmaram o Tratado de Maastricht, o qual institui a União Europeia²⁰, tornando-se um marco para a nova etapa da integração europeia. No âmbito da política de imigração o presente tratado, mais precisamente no seu artigo K.1, engloba-se questões como a política de imigração e asilo, além de demais matérias da segurança dos Estados²¹.

nalidade da globalização, v. SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA. Os processos da globalização, in SANTOS, Boaventura de Souza (org.) Globalização: fatalidade ou utopia?, Lisboa: Afrontamento, 2001, p.31 e ss.; ANDRÉ, João. Diálogo intercultural, utopia e mestiçagens em tempos de globalização, Lisboa: Ariadne, 2005, p.116 e ss.; RODRIGUES, Anabela Miranda. Criminalidade organizada – que política criminal?, in Globalização e Direito, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.191 e ss.; COSTA, José de Faria. O fenómeno da globalização e o Direito Penal Económico, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.533 e s. Interessam-me aqui sobretudo as dimensões cultural e da sociedade civil –sobre o tipo de questões que se colocam neste âmbito v. HÖFFE, Otfried. Derecho Intercultural, Colección, Estudios Alemanes. Traducción Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000, p.41 e ss.

¹⁹ Ver BELEZA; CAEIRO; PINTO, 2014.

²⁰ O Tratado que institui a União Europeia é também conhecido por Tratado da UE ou Tratado de Maastricht, e entrou em vigor a 1 de Novembro de 1993.

²¹ Artigo K.1 Para a realização dos objectivos da União, nomeadamente o da livre circulação de pessoas, e sem prejuízo das atribuições e competências da Comunidade Europeia, os Estados-membros consideram questões de interesse comum os seguintes domínios:

1) A política de asilo;

2) As regras aplicáveis à passagem de pessoas nas fronteiras externas dos Estados-membros e ao exercício do controlo dessa passagem;

Conforme é a dicção deste artigo citado, a União objetivou a realização nomeadamente a livre circulação de pessoas, sem prejuízo das atribuições e competências da Comunidade Europeia. No âmbito do mesmo tratado, os Estados-membros consideram questões de interesse comum da União Europeia, relativas às políticas de imigração interna e externa, sobretudo no que diz respeito: i) As condições de entrada e de circulação dos nacionais de países terceiros no território dos Estados-membros; ii) As condições de residência dos nacionais de países terceiros no território dos Estados-membros, incluindo o reagrupamento familiar e o acesso ao emprego; iii) A luta contra a imigração, permanência e trabalho irregulares de nacionais de países terceiros no território dos Estados-membros.

Para além, também ficou acordada uma política comum de concessão de vistos de curta duração. Outrossim, conforme dicção do artigo 100-C, caberá ao Conselho, sob proposta da Comissão e após consulta do Parlamento Europeu, determinar quais os países terceiros, cujos nacionais devem ser detentores de visto, para transporem as fronteiras externas dos Estados-membros, além da adoção de medidas pela concessão de vistos de nacionais de países terceiros, por um período não superior a seis meses, podendo ser prorrogado, e ainda, a adoção de medidas relativas à criação de um modelo-tipo de visto comum²².

3) A política de imigração e a política em relação aos nacionais de países terceiros:

- a) As condições de entrada e de circulação dos nacionais de países terceiros no território dos Estados-membros;
- b) As condições de residência dos nacionais de países terceiros no território dos Estados-membros, incluindo o reagrupamento familiar e o acesso ao emprego;
- c) A luta contra a imigração, permanência e trabalho irregulares de nacionais de países terceiros no território dos Estados-membros;

²² Tratado de Maastricht, Artigo 100º, C.

1. O Conselho, deliberando por unanimidade, sob proposta da Comissão e após consulta do Parlamento Europeu, determinará quais os países terceiros cujos nacionais devem ser detentores de visto para transporem as fronteiras externas dos Estados-membros.

2. Todavia, na eventualidade de se verificar, num país terceiro, uma situação de emergência de que resulte uma ameaça de súbito afluxo de nacionais desse país à

Passado a frente, com o Tratado de Amsterdã, assinado em 02 de Outubro de 1997, coube a União Europeia transferir as políticas de imigração e asilo para o primeiro pilar, igualmente com as matérias correspondentes aos controlos fronteiriços externos, vistos e outros direitos de nacionais de países terceiros²³. Desta forma, surgem os primeiros passos de uma política de imigração supranacional no âmbito europeu, já que esta política torna a ser considerada como política comum a todos Estados-partes.

No âmbito desta política comum migracional, o artigo 63 n.º 3 do presente Tratado, adotou medidas, nos seguintes domínios: i) Definição das condições de entrada e residência de estrangeiros (imigração legal); ii) Luta contra a imigração clandestina e residência ilegal, incluindo o repatriamento de residentes em situação ilegal; iii) Direitos e condições em que os nacionais de países terceiros que residam legalmente em um Estado-membro podem residir em outros Estados-membros²⁴.

Comunidade, o Conselho pode, deliberando por maioria qualificada, sob recomendação da Comissão, tornar obrigatória, por um período não superior a seis meses, a obtenção de visto pelos nacionais do país em questão. A obrigação de visto instituída pelo presente número pode ser prorrogada de acordo com o procedimento a que se refere o nº 1.

3. A partir de 1 de Janeiro de 1996, o Conselho adopta por maioria qualificada as decisões a que se refere o nº 1. Antes dessa data, o Conselho, deliberando por maioria qualificada, sob proposta da Comissão, e após consulta do Parlamento Europeu, adopta as medidas relativas à criação de um modelo-tipo de visto.

²³ Tratado de Amsterdão que altera o Tratado da União Europeia, os tratados que instituem as Comunidades Europeias e alguns actos relativos a esses tratados. Título IV "Vistos, Asilo e Imigração e outras políticas relacionadas com a livre circulação de pessoas.

²⁴ Artigo 63º (ex-artigo 73º-K) 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;
- 4) Medidas que definam os direitos e condições em que os nacionais de países terceiros que residam legalmente num Estado-Membro podem residir noutros Estados-

O problema quanto as questões dos nacionais de países terceiros é retomada com o Conselho de Tampere de 15 e 16 de outubro de 1999, do qual se inicia uma nova fase na abordagem da política de imigração na Europa.

2. A ESTRATÉGIA POLÍTICA TRAÇADA SOBRE A IMIGRAÇÃO ILEGAL

2.1. O CONSELHO EUROPEU DE TAMPERE DE 1999, O PROGRAMA DE HAIA E A ABORDAGEM GLOBAL DAS IMIGRAÇÕES DE 2005

No Conselho Europeu de Tampere de 15 e 16 de outubro de 1999, foram definidos os principais princípios de uma política de imigração compreensiva, sobretudo a ressaltar a questão dos nacionais de países terceiros. Neste Conselho estabelecer-se-iam quatro prioridades estratégicas para a política de imigração no âmbito europeu: 1^a. Parceria com os países de origem; 2^a. Sistema comum europeu de asilo; 3^a. Tratamento equitativo dos nacionais de países terceiros; e 4^a. Gestão dos fluxos migratórios²⁵. O presente Conselho marcou assim “a evolução da política de imigração comum através da definição de novas metas a alcançar no período de cinco anos, procurando encontrar o equilíbrio entre as questões de liberdade, segurança e justiça”²⁶.

Já no ano de 2004, foi adotado o Programa de Haia no Conselho Europeu de 4 e 5 de Novembro de 2004, mas somente aplicado em 12 de Outubro de 2005, trata-se de um plano plurianual, enumerando 10 prioridades da União, com o intuito de reforçar o espaço de liberdade, de segurança e de justiça para os próximos cinco anos. O Programa de Haia trata de

Membros.

²⁵ *Cfr.* ponto 11 das Conclusões do Conselho Europeu de Tampere (Conselho Europeu, 1999).

²⁶ *Cfr.* FERREIRA, 2010, p. 52.

questões relativas às políticas de imigração no tocante aos preceitos dos seus ideários supramencionados - liberdade, segurança e justiça - na União Europeia. Incluindo iniciativas quanto à imigração legal e ilegal, a luta contra o crime organizado e a ameaça terrorista. Sendo um dos programas-quadro quanto às políticas europeias de solidariedade e gestão dos fluxos migratórios²⁷.

Derradeiramente, o programa prevê o desenvolvimento de uma política de imigração comum, principalmente no âmbito das orientações específicas de reforço a liberdade e segurança, abordando os seguintes pontos: i) Política de asilo, migração e fronteiras; ii) Migração legal e luta contra o emprego ilegal; iii) Integração de nacionais de países terceiros; iv) Parceria com países terceiros; v) Política de regresso e de readmissão; vi) Gestão dos fluxos migratórios; vii) Controle nas fronteiras e luta contra a imigração ilegal; viii) e a uma Política comum de vistos²⁸.

Neste contexto político, insere-se a Abordagem Global das Migrações, aprovada pelo Conselho Europeu em 15 e 16 de Dezembro de 2005, salientando a necessidade de uma abordagem integrada e global para algumas das ações prioritárias propostas, tais como as iniciativas sobre as rotas migratórias. À luz da Comunicação da Comissão, o Conselho Europeu subscreve as ações a seguir indicadas e convida o Conselho e os Estados-membros a colaborarem estreitamente com a Comissão a fim de implementar as referidas ações no decurso de 2006²⁹.

Dentre estas ações destacam-se: o aumento a cooperação operacional entre os próprios Estados-membros, a exortar a

²⁷ Conselho Europeu (2004b) Programa de Haia - Reforçar a Liberdade, a Segurança e a Justiça na União Europeia. In: Conselho Europeu de Bruxelas, 4 e 5 de Novembro de 2004, Conclusões da Presidência. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:053:0001:0014:PT:PDF>>. Acesso em 05/05/2014.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Abordagem Global das Migrações, p. 9.

(FRONTEX) Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas, (a ser referida pormenorizada a frente), além do fomento a criação de redes regionais de Agentes de Ligação para a Imigração (ALI), envolvendo países ou regiões prioritárias, onde ocorre com frequência a transposição ilegal de fronteiras. Além do compromisso de apresentar, até Maio de 2006, relatórios sobre a imigração e o tráfico ilegais; e ainda, apresentar a gestão dos fluxos migratórios, baseada numa parceria com os Países de origem e de trânsito³⁰.

2.2. MEDIDAS ADOTADAS APÓS ESTAS ESTRATÉGIAS POLÍTICAS SOBRE IMIGRAÇÃO ILEGAL

Traçadas essas novas políticas, o Conselho em 28 de Maio de 2001 adotou a Diretiva 2001/40/CE, relativa ao reconhecimento mútuo de decisões de afastamento de nacionais de países terceiros. A referida diretiva tem por objetivo permitir o reconhecimento de uma decisão de afastamento de um imigrante ilegal, tomada por uma autoridade competente de um Estado-membro. Por conseguinte, designação do Estado-membro autor, contra um nacional de um país terceiro que se encontre no território de outro Estado da União, adiante designado por Estado-membro de execução³¹.

Diante desta diretiva, o afastamento de um indivíduo nacional de país terceiro, pode-se ocorrer através de decisão embasada nos seguintes argumentos: i) em grave ameaça a ordem pública e a segurança nacional; ii) por meio de existir sérias razões acerca do cometimento de atos puníveis graves; iii) ou pela existência de indícios reais de atos contra a ordem pública e a segurança nacional³².

³⁰ *Ibidem*, p. 10 e 11.

³¹ Diretiva 2001/40/CE do Conselho, artigo 1º. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:149:0034:0036:PT:PDF>>. Acesso em 04/05/2014.

³² Diretiva 2001/40/CE do Conselho, artigo 3º. Disponível em <

No ano seguinte 2002, levando em extrema consideração os ataques terroristas de 11 de Setembro de 2001, (dos quais, os acusados eram pessoas imigradas), mais uma vez a questão da preocupação da imigração ilegal foi abordada. A União Europeia torna-se mais sensível a esta preocupação, conseqüentemente, o Conselho adotou a Decisão-Quadro 2002/946/JAI, em 28 de Novembro de 2002, reafirmando o reforço do quadro penal para a prevenção do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares.

Neste contexto político-criminal, esta Decisão do Conselho visa combater toda a forma de imigração ilegal, e auxílio à imigração ilegal. Não obstante seu posicionamento pela harmonização do crime de auxílio à imigração ilegal e reforço da respectiva moldura penal nos quadros da União Europeia³³. Com o intuito de tornar eficaz a aplicação desta harmonização, editou-se - na mesma data - da Decisão-Quadro citada, a Diretiva 2002/90/CE de 28 de Novembro de 2002, cujo objetivo desta é a definição do auxílio à imigração clandestina.

Pela referida Diretiva, os Estados-membros também devem adotar sanções adequadas nas formas: i) contra o indivíduo que auxilie uma pessoa que não seja nacional de um Estado-membro a transpor fronteira ou transitar através do território de um Estado-membro em infração a matéria de entrada ou trânsito de estrangeiros; ii) contra a pessoa, com fins lucrativos, auxilie intencionalmente o estrangeiro de país terceiro a permanecer no território do Estado-membro em infração à matéria de residência de estrangeiros³⁴. Além da aplicação de medidas

[lex.europa.eu/LexUriServ/Lex](http://lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:149:0034:0036:PT:PDF)

[UriServ.do?uri=OJ:L:2001:149:0034:0036:PT:PDF](http://lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:149:0034:0036:PT:PDF)>. Acesso em 04/05/2014.

³³ Decisão-Quadro do Conselho 2002/946/JAI, artigo 1º. Disponível em <[http://eur-lex.europa.eu/Lex](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0946:PT:HTML)

[UriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0946:PT:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0946:PT:HTML)>. Acesso em 06/05/2014.

³⁴ Diretiva 2002/90/CE de 28 de Novembro de 2002, artigo 1º. Disponível em <[http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:328:0017:0018:PT:PDF)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:328:0017:0018:PT:PDF](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:328:0017:0018:PT:PDF)>.

necessárias para garantir estas sanções, que sejam igualmente aplicáveis a quem: incite, seja cúmplice ou tente praticar³⁵ as infrações anteriormente descritas. Esta Diretiva foi transporta no ordenamento jurídico português pela lei 23/2007 de 04 de Julho, a chamada lei do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF), mas precisamente para o crime do artigo 183: o auxílio à imigração ilegal.

No ano seguinte de 2003, com o advento da edição da Diretiva 2003/110/CE de 25 de Novembro de 2003, o combate à imigração clandestina foi alargado. Adotaram-se medidas de apoio ao trânsito, para efeitos de afastamento de imigrantes ilegais por via aérea, tendo por objetivo definir medidas susceptíveis a serem tomadas pelas autoridades competentes, a fim de apoiar medidas de afastamento, com ou sem escolta, pela referida via, durante o trânsito em aeroportos dos Estados-membros³⁶.

Em 19 de Fevereiro de 2004, foi criada uma rede de agentes de ligação da imigração, através do regulamento nº 377/2004 do Conselho, a estabelecer os agentes de ligação da imigração como representante de um determinado Estado-Membro. Tal agente seria destacado no estrangeiro pelos serviços de imigração, ou por outra autoridade competente, a fim de estabelecer ou manter contatos com as autoridades do país de acolhimento (do imigrante a ser afastado), no sentido de contribuir para a prevenção e combate da imigração ilegal, para o regresso dos imigrantes ilegais e para uma correta gestão da imigração legal³⁷.

Acesso em 07/05/2014.

³⁵ *Ibidem*, artigo 2º.

³⁶ Diretiva 2003/110/CE do Conselho de 25 de Novembro de 2003. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:321:0026:0031:PT:PDF>>.

Acesso em 08/05/2014.

³⁷ Regulamento (CE) N.º 377/2004 DO CONSELHO de 19 de Fevereiro de 2004. Disponível em <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2004R0377:20>>

Referenciando as políticas de afastamento, a adoção da Diretiva 2004/82/CE do Conselho, de 29 de Abril de 2004, tornou-se impositiva no sentido de obrigar as companhias aéreas a comunicarem dados dos passageiros transportados para o espaço da União Europeia. Tais medidas fizeram-se necessárias para obrigar as transportadoras a pedido das autoridades responsáveis pelos controles de fronteiras externas a transmitirem, até ao final do registro de embarque, as informações relativas aos passageiros que transportarem até um ponto autorizado de passagem de fronteira, através do qual entrem no território de um Estado-Membro³⁸.

2.3. A CRIAÇÃO DA AGÊNCIA EUROPEIA DE GESTÃO DA COOPERAÇÃO OPERACIONAL NAS FRONTEIRAS EXTERNAS DOS ESTADOS-MEMBROS DA UNIÃO EUROPEIA (FRONTEX)

Conforme as estratégias adotadas desde o Conselho de Tampere de 1999 e o Programa de Haia de 2004, um dos pontos constantemente referido para o combate a imigração ilegal era no reforço ao controle das fronteiras externas. A União, sentindo a necessidade de adotar uma política comunitária relativa as suas fronteiras externas, cuja a finalidade funda-se no fomento a uma gestão integrada de fronteiras, para que possa garantir um nível elevado de uniforme, controle e vigilância. Constituindo estes elementos, o corolário indispensável da livre circulação de pessoas na União, e sobretudo, atributos fundamentais para a manutenção do espaço de liberdade, segurança e justiça. Para tanto, seria necessárias adoções de novas regras comuns relativas a normas e procedimentos de controle nas

110616:PT:PDF>. Acesso em 10/05/2014.

³⁸ Diretiva 2004/82/CE do Conselho, de 29 de Abril de 2004. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0082:PT:HTML>>. Acesso 12/05/2014.

fronteiras externas³⁹.

Destas premissas, o Conselho criou o Regulamento (CE) Nº 2007/2004 de 26 de Outubro de 2004, o qual cria a Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-membros da União Europeia, o chamado FRONTEX. Ocorre que o referido regulamento teve alguns pontos adicionados e alterados pelo Regulamento (CE) nº 863/2007 de 11 de Julho de 2007. A criação desta Agência tem por escopo o apoio aos Estados-membros na execução operacional da gestão de fronteiras externas, incluindo o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular⁴⁰.

No tocante as funções principais, a Agência tem por funções principais: i) Coordenar a cooperação operacional entre os Estados-membros no âmbito da gestão das fronteiras externas; ii) Apoiar os Estados-membros na formação de guarda de fronteiras nacionais, inclusive na definição de normas de formação comuns; iii) Facultar aos Estados-membros o apoio necessário no âmbito da organização de operações conjuntas de regresso⁴¹. E ainda no âmbito das políticas de vigilância, existe a proposta de criação do Sistema de Europeu de Vigilância de Fronteiras, denominado EUROSUR, que visa reforçar o con-

³⁹ Regulamento (CE) 2007/2004 do Conselho de 26 de Outubro de 2004. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2004R2007:20070820:P T:PDF>>. Acesso em 13/05/2014.

⁴⁰ A "proteção" é essencial, na medida em que o reforço das defesas reduz as vulnerabilidades. Assim, a criação de um espaço de liberdade e segurança implica a ação conjunta da UE na defesa das suas fronteiras externas. Para tal, deverão ser introduzidos os dados biométricos nos passaportes, deverá ser estabelecido um Sistema de Informação de Vistos (VIS), bem como o desenvolvimento pela Frontex de uma análise de risco das fronteiras externas (Conselho da União Europeia, 2005, ponto 21).

⁴¹ Regulamento (CE) 2007/2004 do Conselho de 26 de Outubro de 2004. Artigo 2º. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2004R2007:20070820:P T:PDF>>. Acesso em 15/05/2014.

trole das fronteiras externas do espaço Schengen, conforme proposta de regulamento do parlamento europeu e do conselho COM/2011/0873 final - 2011/0427 (COD)⁴².

Desta forma, uma das críticas que se forma sugere que a criação do FRONTEX é mais um fruto da política securitária adotada na União Europeia, pois, a presente Agência tem o objetivo puramente repressivo no tratamento à imigração clandestina. De tal sorte, a política europeia migracional, torna-se mais focalizada na repressão contra a imigração ilegal e no reforço do controle de fronteiras, promovendo o afastamento prévio dos imigrantes que seriam possíveis ameaças a União.

2.4. MEDIDAS ADOTADAS EM MATÉRIA DE IMIGRAÇÃO LEGAL E INTEGRAÇÃO

Atualmente, além do combate da imigração ilegal e o tráfico de pessoas, a União também adotou medidas no sentido de também contemplar a imigração legal na Europa, ao nível da imigração legal contempla medidas tais como: i) Reagrupamento familiar; ii) Estatuto do residente de longa duração; iii) Admissão de estudantes para efeitos de estudos; iv) Admissão de trabalhadores altamente qualificados.

O reagrupamento familiar, previsto pela Diretiva 2003/86/CE do Conselho de 22 de Setembro de 2003, adotou o direito ao reagrupamento familiar, permitida para nacionais de

⁴² Proposta de REGULAMENTO DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO que cria o Sistema Europeu de Vigilância das Fronteiras (EUROSUR) /* COM/2011/0873 final - 2011/0427 (COD). O EUROSUR estabelecerá um mecanismo para as autoridades dos Estados-Membros que realizam atividades de vigilância das fronteiras cooperarem e partilharem informações operacionais entre si e com a Agência, a fim de reduzir a perda de vidas humanas no mar e o número de imigrantes ilegais que entram na UE sem serem detectados, bem como reforçar a segurança interna através da prevenção da criminalidade transfronteiriça, como o tráfico de seres humanos e o contrabando de droga. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0873:FIN:PT:HTML>>. Acesso em 15/05/2014.

países terceiros, desde que residam legalmente nos Estados-membros. A referida diretiva torna-se aplicável quando, o requerente do reagrupamento for titular de autorização de residência, desde que, emitida por um Estado-Membro pelo prazo de validade igual ou superior a um ano, haja vista a perspectiva fundamentada de obter um direito de residência permanente, se os membros da sua família forem nacionais de um país terceiro, independentemente do estatuto que tiverem⁴³.

O Estatuto de residente de longa duração, previsto pela Diretiva 2005/109/CE do Conselho de 25 de Novembro de 2003, permite condições de concessão de estatuto de residente para nacionais de países terceiros, desde que, residam legalmente no território de um Estado-membro há mais de cinco anos. Contudo, este estatuto também permite residir em qualquer Estado-membro da União Europeia⁴⁴.

A admissão de estudantes para efeitos de estudos está prevista pela Diretiva 2004/114/CE do Conselho de 13 de Dezembro de 2004, trata-se da admissão de estudantes, estagiários e voluntários nacionais de países terceiros na União. Entretanto, esta diretiva traz as condições específicas que podem ser aplicadas ao estudante estrangeiro que venha residir em um Estado Membro⁴⁵. Esta diretiva refletiu nos artigos 91, 92 e 93 da Lei 23/2007 da República Portuguesa.

A previsão de admissão de trabalhadores altamente qualificados encontra-se garantida pela Diretiva 2009/50/CE de 25

⁴³ Diretiva 2003/86/CE do Conselho de 22 de Setembro de 2003. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:251:0012:0018:PT:PDF>>. Acesso em 15/05/2014.

⁴⁴ Diretiva 2005/109/CE do Conselho de 25 de Novembro de 2003. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:016:0044:0053:PT:PDF>>. Acesso em 16/05/2014.

⁴⁵ Diretiva 2004/114/CE do Conselho de 13 de Dezembro de 2004, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:375:0012:0018:PT:PDF>

de Maio de 2009. A referida diretiva é aplicada somente à empregos altamente qualificados, definidos como aqueles que exigem competência adequada e específica comprovada por altas qualificações profissionais, “estas são atestadas por meio de diploma, certificado ou outra evidência de qualificação formal emitida por uma autoridade competente afirmando o cumprimento bem-sucedido de um programa de educação superior de duração equivalente a, no mínimo três anos”⁴⁶.

3. A UNIÃO EUROPÉIA E OS IMIGRANTES NOS DIAS ATUAIS

3.1. AS PRIORIDADES RECENTES DA POLÍTICA DE LUTA CONTRA A IMIGRAÇÃO ILEGAL

Passadas as políticas de vigilância nas fronteiras, a partir de 2008 começou a se desenvolver uma abordagem europeia, no intuito de atingir uma política comum em matéria de imigração e asilo, conseqüentemente, em 15 de outubro de 2008 é adotado pelo Conselho Europeu, o Pacto Europeu sobre a Imigração e o Asilo⁴⁷.

Derradeiramente, o Pacto representou um compromisso amplo para atingir uma política comum em matéria de imigração e asilo, assente em cinco diretrizes fundamentais, três das quais dizem respeito à imigração, sendo elas: i) organizar a imigração legal tendo em conta as prioridades, as necessidades e as capacidades de acolhimento determinadas por cada Estado-Membro, a fim de favorecer a integração; ii) luta contra a imigração ilegal, nomeadamente assegurando o retorno dos estrangeiros em situação irregular ao seu país de origem ou a

⁴⁶ GUILD, 2011, p. 29 e ss.

⁴⁷ Pacto Europeu sobre a Imigração e o Asilo N.º doc ant.: 13189/08 ASIM 68. Disponível em <<http://register.consilium.europa.eu/pdf/pt/08/st13/st13440.pt08.pdf>>. Acesso em 14/05/2014.

um país de trânsito; iii) criação de uma parceria global com os países de origem e de trânsito, promovendo sinergias entre migrações e desenvolvimento⁴⁸.

Posterior a este pacto, no ano seguinte, o Conselho Europeu de dezembro de 2009 adotou o Programa de Estocolmo⁴⁹, a considerar como um dos pontos relevantes às políticas de combate a imigração ilegal, destacando: o regresso voluntário encorajado, inclusive pela criação de sistemas de incentivo, pela oferta de formação, reintegração e subsídios e pelo recurso às possibilidades oferecidas pelos instrumentos financeiros existentes; e as proibições de entrada que devem ser registradas no SIS (Sistema de Informações de Schengen)⁵⁰.

No âmbito do Tratado de Lisboa, em vigor a 1 de dezembro de 2009, conferiu novas competências às instituições da União Europeia, uma delas a possibilidade de elaborar textos legislativos sobre as questões ligadas à imigração. O Tratado, conforme seu artigo 79, prevê como objetivo uma política comum na área da imigração destinada a garantir, em todas as

⁴⁸ *Ibidem*, p. 06.

⁴⁹ Programa de Estocolmo — uma Europa aberta e segura que sirva e proteja os cidadãos (2010/C 115/01), No seguimento dos Programas de Tampere e de Haia, o Programa de Estocolmo é o novo programa plurianual para o período 2010-2014, que aplica as novas disposições previstas no Tratado de Lisboa. O programa define as prioridades da União Europeia em matéria de migração, designadamente: o desenvolvimento de uma Abordagem Global da UE à Migração, baseada numa verdadeira parceria com os países de origem e de trânsito fora da União; uma política concertada entre os Estados-Membros, adaptada às necessidades do mercado de trabalho; uma política de integração mais determinada destinada a propiciar aos nacionais de países terceiros que residem legalmente na UE direitos e obrigações comparáveis com os dos cidadãos da UE; políticas eficazes para combater a imigração ilegal, uma política de retorno eficaz e sustentável, e a celebração de acordos de readmissão, e proteção especial para menores não acompanhados. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:115:0001:0038:pt:PDF>>. Acesso em 14/05/2014.

⁵⁰ O SIS é um sistema de vigilância, cujo principal objectivo é a manutenção da ordem e segurança. Este é um sistema básico, que inclui apenas a informação geral sobre as pessoas/objectos incluídos e ao qual as autoridades não têm acesso geral. Por exemplo, as autoridades responsáveis pela imigração têm apenas acesso aos dados relativos aos imigrantes irregulares. (FERREIRA, 2010, p. 58 e ss).

fases, uma gestão eficaz dos fluxos migratórios. Além do tratamento equitativo dos nacionais de países terceiros, desde que, residam legalmente nos Estados-Membros, bem como a prevenção da imigração ilegal e do tráfico de seres humanos, e ainda, o reforço do combate a estes fenômenos.

Pelo Tratado, o Parlamento Europeu e o Conselho, podem adotar medidas nos seguintes domínios: i) Quanto as 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, inclusive para efeitos de reagrupamento familiar; ii) Definir os direitos de livre circulação e de permanência em outros Estados da União Europeia dos nacionais de países terceiros que residam legalmente; iii) Definir o afastamento e o repatriamento de residentes em situação ilegal nos casos de imigração clandestina e residência ilegal; iv) Combate ao tráfico de seres humanos, em especial de mulheres e de crianças⁵¹.

Consequentemente, as competências legislativas sobre as questões de imigração ilegal e tráfico de seres humanos passaram a ser tratada pela a União Europeia. Cabendo ressaltar, que as políticas da União sobre imigração ilegal, tráfico de seres humanos e a sua execução são regidas pelo princípio da solidariedade e da partilha equitativa de responsabilidades entre os Estados-Membros, conforme preleciona o artigo 80 do Tratado.

3.2. A DIRETIVA DO REGRESSO E OS FENÔMENOS DA CRIMIGRAÇÃO E DO DIREITO PENAL DO INIMIGO:

No atual contexto global, após os acontecimentos de 11 de Setembro de 2001 e dos ataques subsequentes na Espanha e no Reino Unido definiram “um momento crucial na chamada globalização das ameaças, fenômeno que se insere na crimina-

⁵¹ Tratado de Lisboa, artigo 79, nº 3. Editora: Almedina, 2012.

lidade transnacional, favorecendo a implementação de medidas progressivas mais restritivas⁵²”. Neste diapasão, o ataque terrorista em Nova York surgiu como um novo divisor de águas no combate ao terrorismo, levando-se esse combate a agir, em inúmeras esferas do direito. Conforme salienta Cornelius Prittwitz “*El 11 de septiembre ha venido a confirmar lo difícil que resulta hoy día establecer la diferencia entre el Derecho penal y guerra*”⁵³

Com base nestes fenômenos, os Estados Unidos e a União Europeia, têm nos últimos anos introduzidos leis penais cada vez mais duras, e a convergência entre a Lei Penal e a Lei de Imigração deu lugar ao fenômeno batizado de “Crimigração⁵⁴”. Destas premissas, cabe dizer que a Diretiva 2008/115/CE se enquadra neste fenômeno, senão vejamos pormenor às especificidades deste instrumento jurídico.

Em 16 de Dezembro de 2008, o Parlamento Europeu e o Conselho adotaram a Diretiva 2008/115/CE, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular, trata-se de um importante e polêmico instrumento jurídico europeu relativo ao regresso voluntário ou involuntário de nacionais de países terceiros do território da União.

Pela referida diretiva, as decisões de regresso só podem ser tomadas contra nacional de países terceiros, desde que se encontre em situação irregular na União, ou seja, aqueles que não preencham ou tenha deixados de preencher as condições de entrada, prevista pelo artigo 5º do Código de Fronteiras de Schengen⁵⁵.

⁵² Cfr. STUMPF ; DER LEUN ; DER WOUDE; GUIA, 2012, pág 151-152.

⁵³ PRITTWITZ, Cornelius. O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. Tradução de Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito (Coord.). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n.47, p.31-45, mar./abr.2004. p.98.

⁵⁴ Cfr. STUMPF ; DER LEUN ; DER WOUDE; GUIA, 2012, p. 151.

⁵⁵ Regulamento (CE) nº 562./2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março de 2006 , que estabelece o código comunitário relativo ao regime de passa-

Derradeiramente, não preenchidas as condições de entrada, pelo disposto do artigo 6º da presente diretiva, cabe aos Estados-membros emitir decisão de regresso ao estrangeiro que se encontre em situação irregular, conferindo a ele, a possibilidade de partida voluntária (artigo 7º), sob o prazo adequado entre sete e trinta dias, no entanto, pode-se estender este prazo tendo em vista as especificidades do caso concreto. No caso do nacional de país terceiro não cumprir esta decisão de partida voluntária, os Estados-membros podem emitir uma ordem de afastamento por decisão ou ato administrativo ou judicial autónomo (artigo 8º, nº 3).

Entretanto, nos casos que o Estado-membro impuser uma decisão de regresso ao nacional de país terceiro, as decisões devem ser acompanhadas de proibições de entrada (artigo 11º). Contudo, tais proibições de entrada são determinadas conforme o caso concreto, podendo ser de até cinco anos, e nos casos do estrangeiro ser considerado uma ameaça grave a segurança e a ordem pública, no entanto, este período de proibição pode ser superior a cinco anos (artigo 11º nº 2). Ademais, o

gem de pessoas nas fronteiras (Código das Fronteiras Schengen) Artigo 5.o Condições de entrada para os nacionais de países terceiros

1. Para uma estada que não exceda três meses num período de seis meses, são as seguintes as condições de entrada para os nacionais de países terceiros:

a) Estar na posse de um documento ou documentos de viagem válidos que permitam a passagem da fronteira;

b) Estar na posse de um visto válido, se tal for exigido nos termos do Regulamento (CE) nº 539/2001 do Conselho, de 15 de Março de 2001, que fixa a lista dos países terceiros cujos nacionais estão sujeitos à obrigação de visto para transporem as fronteiras externas e a lista dos países terceiros cujos nacionais estão isentos dessa obrigação [17], excepto se for detentor de um título de residência válido;

c) Justificar o objectivo e as condições da estada prevista e dispor de meios de subsistência suficientes, tanto para a duração dessa estada como para o regresso ao país de origem ou para o trânsito para um país terceiro em que a sua admissão esteja garantida, ou estar em condições de obter licitamente esses meios;

d) Não estar indicado no SIS para efeitos de não admissão;

e) Não ser considerado susceptível de perturbar a ordem pública, a segurança interna, a saúde pública ou as relações internacionais de qualquer Estado-Membro, e em especial não estar indicado para efeitos de não admissão, pelos mesmos motivos, nas bases de dados nacionais dos Estados-Membros.

nacional de país terceiro dispõe de garantias de requerer a reapreciação da decisão de regresso perante uma autoridade judicial ou administrativa competente (artigo 13º).

Com efeito, o ponto mais polémico da diretiva trata das hipóteses de detenção para efeitos de afastamento, prevista no Capítulo IV. Desta forma, a detenção torna-se uma parte integrante do processo de regresso quando: houver risco de fuga, ou o nacional de país terceiro em causa evitar ou entravar os procedimentos de afastamento⁵⁶.

No tocante aos prazos de detenção, a diretiva dispõe que cada Estado-membro fixe um prazo limitado de detenção, desde que não ultrapasse seis meses. Contudo, têm a possibilidade de prorrogar o prazo para até doze meses de detenção para os casos de falta de cooperação do nacional de país terceiro, ou ainda, nas hipóteses de atrasos na obtenção da documentação necessária junto a países terceiros⁵⁷. Todavia, prevê-se medidas de detenção para afastamento, possibilitando até a detenção de menores e famílias enquanto se aguarda a decisão de afastamento⁵⁸.

Diante isto, a “percepção de ameaça comum à segurança interna dos Estados traduziu-se numa rápida capacidade de resposta por parte da União. Temos, assim, a imigração enquanto ameaça à segurança política⁵⁹”. Contudo, a diretiva do regresso surge como uma forma de Crimigração, criando medidas penais repressivas de combate a imigração ilegal, citando como exemplo a detenção de imigrantes ilegais para garantir o afastamento dos Estados-membros.

⁵⁶ Diretiva 2008/115/CE de 16 de Dezembro de 2008, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular. Artigo 15. Disponível em <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:0098:PT>

:PDF>. Acesso em 16/05/2014.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Ibid*. Artigo 17º

⁵⁹ *Cfr.* FERREIRA, 2010, p.74.

Conforme estas considerações, corroborada com o entendimento de Fernando Llinares, a relação entre Direito Penal e imigração passou de uma relação de “ignorância” para uma relação de “excesso”⁶⁰. Diante desse quadro, investigar o porquê do desenfreado combate excessivo do Direito Penal na prevenção à imigração irregular. Desta forma, promove-se um retrocesso rumo a um modelo de Direito Penal de autor, no bojo do qual a pessoa é punida pelo que é e não em virtude daquilo que fez⁶¹.

No âmbito desta diretiva torna-se evidente a convergência entre Leis Penais e Leis de Imigração. Há, inclusive, questionamentos de como pode haver detenção, uma vez que não configurada a caracterização do crime de imigração ilegal, todavia, pode existir crimes relacionados à esse. No caso do objeto da diretiva, a violação em questão é o não preenchimento dos requisitos de entrada pelo nacional de país terceiro, disposto no artigo 5º do Código de Fronteiras de Schengen, porém, aqui, não estamos diante de um ilícito penal.

Entretanto, o contra argumento que surge é a violação do objeto jurídico: segurança nacional, uma vez que a transposição irregular das fronteiras torna-se uma violação a ordem pública e a segurança nacional. Contudo, entendo que se trata de uma violação abstrata, visto pelas autoridades como um crime de perigo. Destas premissas, pode-se dizer que a visão de que o problema de segurança leva ao desenvolvimento de uma política de securitizadora⁶².

De tal modo, a União Europeia encara os movimentos imigratórios ilegais como um novo risco a sociedade europeia. Neste mesmo sentido, Silva Sánchez entende que vivemos di-

⁶⁰ LLINARES, Fernando Miró. Política comunitaria de inmigración y política criminal en España. ¿Protección o “exclusión” penal del inmigrante? *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2008. Disponível em: <<http://criminet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 22 mar. 2014.

⁶¹ Cfr. WERMUTH. 2011, p. 181.

⁶² *Ibidem*, p.76.

ante de um modelo de sociedade orientado a uma restrição progressiva das esferas de atuação arriscada. Em outras palavras, como se indicava, um modelo social em que, na ponderação prévia ao estabelecimento da fronteira entre o risco permitido e o risco desaprovado, a liberdade de ação cede claramente ante a liberdade de não padecer⁶³.

Derradeiramente, no contexto da fobia mundial do terrorismo, cabe às autoridades tomarem medidas preventivas, a fim de salvaguardar a segurança nacional dos seus territórios, passando assim para o estágio que chama Ulrich Beck, do plano da situação de ameaça para a sociedade do risco⁶⁴. Não obstante, os imigrantes, principalmente de países de origem árabe, ao tentarem transpor as fronteiras da União Europeia, de forma legal ou ilegal, intrinsecamente são etiquetados como um risco a segurança transnacional, vistos como *outsiders*⁶⁵.

Corroborando com essa afirmação Kai Ambos, assinala que “até hoje, na prática política, a qualificação do contrário como inimigo serve para justificar qualquer forma de medidas repressivas, desde sanções econômicas até a guerra interna ou externa”⁶⁶. Ademais, Zaffaroni afirma na história da humanidade, desde Roma até a atualidade, o imigrante é um bom candidato a inimigo⁶⁷. Consequentemente, levando em consideração estes argumentos sociológicos e criminais, os Estados sente

⁶³ Aduzindo ainda que a sociedade pós-industrial é, além, da *sociedade de risco* tecnológico, uma sociedade com outras características individualizadoras que contribuem à sua caracterização como uma sociedade de objetiva insegurança. (SANCHEZ, 2013. p. 56).

⁶⁴ Cfr. BECK, 1998, p. 124.

⁶⁵ Segundo Becker: Depois que uma regra passou a existir, deve ser aplicada a pessoas particulares antes que a classe abstrata dos *outsiders* criada pela regra se veja povoada. Infratores devem ser descobertos, identificados, presos e condenados ou notados como “diferentes” e estigmatizados por sua não-conformidade. (BECKER, 2008. p. 167).

⁶⁶ AMBOS, Kai. Direito Penal do Inimigo. Revista Panóptica, 11. (Alflen, P.R. Trad.). Recuperado em 10/12/2011 de http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_VO_N11_A1.pdf.

⁶⁷ Cfr. ZAFFARONI, 2006, p. 66.

mais do que a necessidade, embasada na proteção da segurança, a convergir Leis de Imigração em Leis Penais, deixando mais que claro, a posição estatal que o imigrante ilegal é visto como um inimigo a segurança transnacional.

Sem embargo, tal política criminal recai no que Jakobs afirma na diferença do Direito Penal do Cidadão (*Bürgerstrafrecht*) e o Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*)⁶⁸, pois, “este é tratado diferentemente do cidadão em um processo criminal”⁶⁹. Entretanto, este Direito Penal do Inimigo para Jakobs, caracteriza-se em três formas:

*El Derecho penal del enemigo se caracteriza por tres elementos: en primer lugar, se constata un amplio adelantamiento de la punibilidad, es decir, que en este ámbito, la perspectiva del ordenamiento jurídico-penal es prospectiva (punto de referencia: el hecho futuro), en lugar de-corno es lo habitual-retrospectiva (punto de referencia: el hecho cometido). En segundo lugar, las penas previstas son desproporcionadamente altas: especialmente, la anticipación de la barrera de punición no es tenida en cuenta para reducir en correspondencia la pena amenazada. En tercer lugar, determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas*⁷⁰.

Fundamentada nestas premissas de Jakobs, a edição da diretiva do regresso caracteriza-se como uma forma de Direito Penal do Inimigo (*Feindstrafrecht*), por estes três pressupostos: i) o amplo adiantamento da punibilidade excessiva aos imi-

⁶⁸ Cfr. artigo Jakobs, Günther, “Criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico”, en “Estudios de derecho penal” Traducción de Rodríguez Ramos, Suárez González, Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 1985. pp. 293 y ss., 298, aonde se caracteriza o Direito Penal do Inimigo como um tipo que otimiza a proteção de bens jurídicos, enquanto o Direito Penal do Cidadão otimiza as esferas de liberdade. Comentários do texto de KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Straftat: rechts-theoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt: Klostermann, 1989, pp. 177 e ss. *apud.* SÁNCHEZ, 2013, p. 164 e ss.

⁶⁹ JAKOBS; CANCIO MELIÁ, 2003., p. 21 e ss.

⁷⁰ *Ibid.*, 2003, p. 79 e ss. Ver CANCIO MELIÁ, Manuel. De novo: “Direito Penal” do Inimigo? Revista Panóptica Disponível em <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/viewFile/259/281>>. Acesso em 02/05/2014.

grantes, aos quais, transpõem fronteiras sem os preenchimentos dos requisitos previstos pelo Código de Fronteiras de Schengen; ii) as penas desproporcionalmente altas, prazo limitado de detenção, desde que não ultrapasse seis meses, e a possibilidade de prorrogar o prazo para até doze meses de detenção, possibilitando até a detenção de menores e famílias, enquanto, aguarda-se decisão de afastamento. iii) E por último, suprimindo garantias como responder este processo em liberdade (detenção para afastamento), possibilitando até a detenção de menores e famílias enquanto se aguarda a decisão de afastamento, conforme assegura o artigo 7º da diretiva.

Cabe aqui mencionar esta possibilidade de supressão de garantias e direitos fundamentais, citada por Jakobs e evidenciada na diretiva do regresso, cinge-se na “esfera do indecível”⁷¹. Contudo, este conceito de supressão para Ferrajoli é uma blindagem dos direitos fundamentais em face da vontade da maioria⁷², ou troca da segurança do Estado. Conforme o autor, as Constituições estabelecem como laços e limites a maioria tanto a igualdade dos cidadãos - independentemente de serem desviados ou não⁷³. No que diz respeito à garantia de seus direitos fundamentais, principalmente a vida e a liberdade pessoal, as quais não podem ser sacrificadas por nenhuma vontade da maioria, nem por interesse geral, nem por algum bem comum ou público⁸¹.

Sem embargo, a referida diretiva, fruto do fenômeno da Crimigração, têm possibilidades repressivas de cárcere imediato e a falta da garantia de resposta em liberdade do procedimento, (conforme já analisados nos referidos artigos da direti-

⁷¹ *Esa esfera de lo no decidible – ‘qué cosa’ no es lícito decidir (o no decidir)- no es sino lo que en las constituciones democráticas se ha convenido sustraer a la voluntad de la mayoría.* (FERRAJOLI; CARBONELL, 2008, p.212).

⁷² CAETANO, 2010, p. 232.

⁷³ *Ibidem.*, p. 232.

⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. *Garantias y Derecho Penal.* CARBONELL, Miguel (Ed.). *Democracia y garantismo.* Madrid: Editorial Trotta, 2008, p.197.

va). A mesma pode-se ser entendida no contexto da terceira velocidade do Direito Penal, conforme suscita Silva Sánchez⁷⁴. Todavia, trata de uma convergência entre as velocidades referente a pena privativa de liberdade (Direito Penal de primeira velocidade), mas permite a flexibilização de garantias materiais e processuais (Direito Penal de segunda velocidade)⁷⁵. Outrossim, conforme Muñoz Conde reflete, “*el Derecho del enemigo, cabría pensar, sería, entonces, ante todo el Derecho de las medidas de seguridad aplicables a imputables peligrosos*”⁷⁶.

Todavia, no âmbito destas novas políticas nota-se as pautas excessivas na segurança extrema dos cidadãos europeus. Tais medidas (dispostas na prevenção do terrorismo, tráfico de pessoas e criminalidade organizada), esbarram em dificuldades de persecução e provas no combate destes fenômenos criminosos. No entanto, combater estes fenômenos preventivamente (deter ilegais nas fronteiras) demanda menos dificuldade, do que reprimi-los já dentro da própria União Europeia. Desta forma, o Direito Penal de terceira velocidade manifesta-se como um instrumento de abordagem as necessidades de emergência, ou seja, ao combate destes tipos citados. Não obstante, a expressão de um Direito de Guerra, em uma sociedade que se

⁷⁴ Conforme o autor explica, a expansão do Direito Penal pode ser entendida nas seguintes velocidades: *Una primera velocidad, representada por el Derecho penal «de la cárcel», en el que habrían de mantenerse rígidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, para los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción. La pregunta que hay que plantear, en fin, es la de si puede admitirse una «tercera velocidad» del Derecho penal, en la que el Derecho penal de la cárcel concorra con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales.* (SÁNCHEZ, 2013, p. 163. e ss).

⁷⁵ *Como puede fácilmente derivarse de lo expuesto en páginas anteriores, un Derecho penal de la «tercera velocidad» existe ya, en amplia medida, en el Derecho penal socio-económico. Y, como puede también desprenderse de lo manifestado más arriba, mi punto de vista es que, en este caso, su ámbito debe reconducirse ya a la primera, ya a la segunda velocidad mencionadas.* (SÁNCHEZ, 2013, p. 164).

⁷⁶ CONDE, 1994, p. 1025 e ss., 1031 e ss. *apud*. SÁNCHEZ, 2013, p. 165.

encontra em situação de excepcional de conflito, assim, renuncia-se a qualidade de Direito Penal do Cidadão aos ilegais, em troca da liberdade de não padecer⁷⁷.

3.3. CRIMES RELACIONADOS À IMIGRAÇÃO ILEGAL EM PORTUGAL

Outro aspecto importante seria a transposição da diretiva do regresso no ordenamento jurídico português, que alterou as disposições dos crimes de auxílio à imigração ilegal (artigo 183), associação de auxílio à imigração ilegal (artigo 184) e angariação de mão de obra ilegal (artigo 185) da Lei 23/2007, pela lei 29/2012 de 09 de Agosto, aumentando a moldura penal destes crimes.

Os crimes relacionados à imigração ilegal foram tipificados no ordenamento jurídico português em 1993, através do Decreto-Lei nº 59/93 de 03 de Março, decreto este que estabeleceu o novo regime de entrada, permanência e expulsão de estrangeiros, estabelecendo também os crimes de auxílio à imigração ilegal (artigo 93) e associações de auxílio à imigração ilegal (artigo 94), cujas penas eram um pouco mais brandas do que a atual moldura penal. Esta tipificação se manteve inalterada até 1998 (Decreto-Lei 244/98, de 08 de Agosto).

Surgindo “uma alteração significativa em 2003: a tipificação do crime de auxílio à permanência ilegal em território nacional, alteração que foi criada na sequência da publicação do Decreto-Lei 34/03, de 25 de Fevereiro⁷⁸”. Em 2001 foi tipificado o crime de Angariação de mão-de-obra ilegal, previsto pelo Decreto-Lei n.º 4/2001 de 10 de Janeiro, sofrendo alteração pelo Decreto-Lei n.º 34/2003, de 25 de Fevereiro.

Entretanto, em 2007, com a entrada em vigor da lei 23/07 de 04 de Julho, intitulada Lei do Serviço de Estrangeiro e

⁷⁷ Cfr. SÁNCHEZ, 2013, p. 166.

⁷⁸ GUIA, 2008, p. 97.

Fronteiras, foi reforçada a moldura penal, criando a possibilidade de punição maior antes não prevista para os fatos praticados mediante transporte ou manutenção de cidadão estrangeiro em condições desumanas ou degradantes ou pondo em perigo a sua vida ou causando-lhe ofensa grave à integridade física ou a morte, podendo o agente ser punido com pena de prisão de 2 a 8 anos⁷⁹.

Com a entrada em vigor desta lei também se aumentou a moldura penal para os crimes de associação ao auxílio à imigração ilegal, sendo imputado a quem fundar grupo, organização ou associação cuja atividade seja dirigida à prática do crime de auxílio à imigração ilegal será punido com prisão de 1 a 6 anos, alterando a pena máxima para 6 anos que pela antiga lei era de até 5 anos. (nº 1 do artigo 184).

A presente Lei 23/07, também tipificou uma nova modalidade de crime ligado ao auxílio à imigração ilegal, criado pelo artigo 186, Casamento de Conveniência⁸⁰. O escopo desta norma é, por conseguinte, evitar a proliferação de casamentos fictícios, cada vez mais frequente entre cidadãos portugueses e nacionais de outros Estados, com vista à obtenção de um visto ou de autorização de residência ou até mesmo à aquisição de nacionalidade⁸¹. As disposições destes crimes relacionados à imigração ilegal têm os elementos do tipo que apresentam muito próximos das hipóteses contempladas nos artigos 1º e 2º da Diretiva 2002/90/CE⁸², principalmente ao crime de auxílio à

⁷⁹ Artigo 183, nº 3 da Lei 23/07 de 04 de Julho.

⁸⁰ Lei 23/03 de 04 de Julho. Artigo 186. Casamento de conveniência

1—Quem contrair casamento com o único objectivo de proporcionar a obtenção ou de obter um visto ou uma autorização de residência ou defraudar a legislação vigente em matéria de aquisição da nacionalidade é punido com pena de prisão de 1 a 4 anos.

2—Quem, de forma reiterada ou organizada, fomentar ou criar condições para a prática dos actos previstos no número anterior é punido com pena de prisão de 2 a 5 anos.

3—A tentativa é punível.

⁸¹ PEREIRA; PINHO, 2008, p. 639.

⁸² 1. Os Estados-Membros devem adoptar sanções adequadas:

imigração ilegal.

Ademais, em 2012 houve mais uma alteração com relação aos crimes relacionados à imigração ilegal, a Lei 29/2012 de 09 de Agosto, que trouxe mudanças no que diz respeito ao aumento da moldura penal dos crimes relacionados à imigração, transpondo a Diretiva 2008/115/CE, (Diretiva do Regresso). A presente lei também trouxe a Diretiva 2009/52/CE de 18 de Junho de 2009, que estabelece normas mínimas sobre sanções e medidas contra os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular. A partir da transposição desta diretiva pela presente lei, o ordenamento jurídico português tipificou como crime a utilização da atividade de cidadão estrangeiro em situação ilegal. O artigo 3º da Diretiva 2009/52/CE proíbe expressamente o emprego de nacionais de países terceiros em situação irregular⁸³.

E também, com base nos elementos do tipo que se apresentam no artigo 9º da Diretiva, foram tipificadas as seguintes condutas: (i) de utilizar o trabalho de cidadãos estrangeiros que não sejam titulares de autorização de residência ou visto e que seja habilitado a permanecer legalmente em Portugal; (ii) utilizar o trabalho de cidadão estrangeiro, menor de idade, em situação ilegal. Caso o emprego for degradante e a vítima estiver

a) Contra quem auxilie intencionalmente uma pessoa que não seja nacional de um Estado-Membro a entrar ou a transitar através do território de um Estado-Membro, em infracção da legislação aplicável nesse Estado em matéria de entrada ou trânsito de estrangeiros;

b) Contra quem, com fins lucrativos, auxilie intencionalmente uma pessoa que não seja nacional de um Estado-Membro a permanecer no território de um Estado-Membro, em infracção da legislação aplicável nesse Estado em matéria de residência de estrangeiros.

⁸³ Artigo 3.o Proibição de emprego ilegal

1. Os Estados-Membros proíbem o emprego de nacionais de países terceiros em situação irregular.
2. As infracções a esta proibição ficam sujeitas às sanções e medidas previstas na presente diretiva.
3. Os Estados-Membros podem decidir não aplicar a proibição a que se refere o nº 1 aos nacionais de países terceiros em situação irregular cujo afastamento tenha sido protelado e que estejam autorizados a trabalhar de acordo com o direito nacional.

ligada ao tráfico de pessoas as penas são aumentadas, conforme prevê o novo artigo 185-A, da Lei do SEF⁸⁴.

Pode-se notar que com as novas medidas adotadas pela União Europeia aumentaram o combate contra os crimes relacionados à imigração ilegal e também ao tráfico de seres humanos, tipificando novas condutas criminosas a crimes relacionados à imigração ilegal. O objeto jurídico protegido é a segurança nacional e a ordem pública nos crimes relacionados à imigração ilegal, uma vez que imigração, principalmente a imigração ilegal, provoca receios na União Europeia relativamente à sua segurança interna. “Para além do mais, o terrorismo enquanto problema transnacional que afeta a segurança interna dos Estados é frequentemente identificado com a imigração⁸⁵”.

Entretanto, a tipificação desta nova conduta criminosa

⁸⁴ Artigo 185.º - A Utilização da atividade de cidadão estrangeiro em situação ilegal
1 — Quem, de forma habitual, utilizar o trabalho de cidadãos estrangeiros que não sejam titulares de autorização de residência ou visto que habilite a que permaneçam legalmente em Portugal, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias.

2 — Quem, nos casos a que se refere o número anterior, utilizar, em simultâneo, a atividade de um número significativo de cidadãos estrangeiros em situação ilegal, é punido com pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 480 dias.

3 — Quem utilizar o trabalho de cidadão estrangeiro, menor de idade, em situação ilegal, ainda que admitido a prestar trabalho nos termos do Código do Trabalho, é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 480 dias.

4 — Se as condutas referidas nos números anteriores forem acompanhadas de condições de trabalho particularmente abusivas ou degradantes, o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave não couber por força de outra disposição legal.

5 — O empregador ou utilizador do trabalho ou serviços de cidadão estrangeiro em situação ilegal, com o conhecimento de ser este vítima de infrações penais ligadas ao tráfico de pessoas, é punido com pena de prisão de dois a seis anos, se pena mais grave não couber por força de outra disposição legal.

6 — Em caso de reincidência, os limites das penas são elevados nos termos gerais.

7 — As penas aplicáveis às entidades referidas no n.º 1 do artigo 182.º são as de multa, cujos limites mínimo e máximo são elevados ao dobro, podendo ainda ser declarada a interdição do exercício da atividade pelo período de três meses a cinco anos.

⁸⁵ FERREIRA, 2010, p. 62.

de utilização da atividade de cidadão estrangeiro em situação ilegal, prevista pela Diretiva 2009/115/CE traz a proteção de mais um objetivo jurídico diferente da preservação da segurança nacional, visa também à proteção da ordem econômica dos Estados-membros.

Uma vez que a Europa vive uma crise econômica generalizada, também levando em consideração os problemas este-reotipados que a imigração traz como: o terrorismo e o tráfico de pessoas, a tipificação desta conduta também visa refutar a ideia da possibilidade de haver uma demanda por mão-de-obra estrangeira muito mais barata, aproveitando-se da situação vulnerável do imigrante ilegal.

Com a não tipificação deste ato, tal conduta poderia se tornar corriqueira como uma alternativa de diminuir gastos com mão-de-obra pelos empregadores, podendo causar como consequência um possível aumento na taxa de desemprego nos Estados-membros da União, causando desequilíbrio na ordem econômica dos Estados.

Desta forma, creio que a tipificação desta conduta se re-flete também não aos problemas da segurança nacional que a imigração ilegal causa, mas também a proteção da ordem econômica que pode ser também afetada pela imigração ilegal.

4. CONCLUSÃO

Pode-se dizer que a imigração ilegal, provoca receios nos Estados-membros relativamente à sua segurança interna. Para além do mais, o terrorismo, enquanto problema global, afeta a segurança interna dos Estados-membros e frequentemente identificado com a imigração. Para tanto, permanece uma desconfiança, e um endurecimento das políticas e intolerância relativamente aos nacionais de países terceiros.

Contudo, surge a ideia do imigrante como o “outro”,

nos moldes das premissas de Becker⁸⁶, como um potencial inimigo do Estado, cujo combate a este fenômeno requer um reforço preventivo nas leis de imigração. Todavia, pode-se afirmar que a União adotou leis de imigração com caráter de leis penais (fenômeno da Crimigração), citando, por exemplo, a Diretiva do Regresso (que abre a possibilidade de detenção de nacionais de países terceiros até o processo de afastamento do Estado-membro).

A Diretiva do Regresso tornou evidente a convergência entre Leis Penais e Leis de Imigração. Questiona-se até como pode ter uma detenção se não há uma caracterização do crime de imigração ilegal (porém, existam crimes relacionados à imigração ilegal. Contudo, a referida diretiva surge como uma forma da Crimigração, a convergência entre a lei penal e a lei de imigração), criando medidas penais repressivas de combate à imigração ilegal, citando como exemplo a detenção de imigrantes ilegais para garantir o afastamento dos Estados-membros.

Posto isto, no decorrer das políticas europeias de combate a imigração se assentam mais no gerenciamento do controle das fronteiras externas, exemplo da criação do FRONTEX, o afastamento dos imigrantes irregulares, e cooperação com países terceiros para afastamento dos imigrantes ilegais. Porém, a União também tem entendido que a adoção de medidas quanto à imigração legal também auxiliaria no combate, concedendo a possibilidade mais fácil de imigração legal, nos casos de estudantes de ensino superior e trabalhadores altamente qualificados.

Entretanto, estes instrumentos adotados são apenas uma pequena parte visível da política de imigração comum, relacionados principalmente no combate à imigração ilegal, não obstante a política de imigração europeia ter outras vertentes e não se reduzir apenas à luta contra a imigração ilegal, tais quais

⁸⁶ *Cfr.* BECKER, 2008. p. 167.

como no combate ao tráfico de seres humanos e a luta anti-terrorista.

Assim, podemos dizer que temos mecanismos legais, de vigilância e de controle da imigração securitizadores, uma vez que estes instrumentos passam também a ser usados como instrumentos da luta anti-terrorista, o que torna conseqüentemente uma política mais dura e repressiva ao imigrante ilegal, decorrente do receio global e estereotipado de imigrantes como possíveis terroristas. Sem embargo, tal política criminal recai no que Jakobs afirma na diferença do Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo, havendo ao ilegal tratamento penal e processual diferente do ordenamento jurídico comum.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMBOS, Kai. *Direito Penal do Inimigo*. Revista Panoptica, 11. (Alflen, P.R. Trad.). Disponível em <http://www.panoptica.org/novfev08v2/A2_V0_N11_A1.pdf>. Acesso em 02/07/2014.
- BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidade*. Barcelona: Paidós, 1998.
- BECKER, Howard. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Tradução, Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- BELEZA, Tereza Pizarro; CAEIRO, Pedro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. (org.) *Multiculturalismo e Direito Penal*. Coimbra: Almedina, 2014.
- CAETANO, Matheus Almeida. *O autofágico Direito Penal do Inimigo: por uma resistência garantista*. Revista Estudos Jurídicos UNESP, Franca, A. 14 n.19, p. 01-404, 2010.
- CONDE, Francisco Muñoz. *El nuevo Derecho penal autoritario*, en: Losano/Muñoz Conde (coords.), *El Derecho*

- ante la Globalización y el Terrorismo: “Cedant arma togae”*; Actas del Coloquio Internacional Humboldt, Valencia 2004.
- COSTA, Jose de Faria. *O fenómeno da globalização e o Direito Penal Económico*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- DUARTE, Maria Luísa. *Direito da União Europeia e das Comunidades Europeias*. Lisboa: Lex, 2001.
- FERRAJOLI, Luigi. *Garantias y Derecho Penal*. CARBONELL, Miguel (Ed.). *Democracia y garantismo*. Madrid: Editorial Trotta, 2008.
- FERREIRA, Susana Raquel de Sousa. *A política de imigração europeia: instrumento da luta anti-terrorista?* Dissertação de Mestrado, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Nova de Lisboa, Março de 2010.
- GUIA, Maria João. *Imigração e criminalidade: caleidoscópio de imigrantes reclusos*. Coimbra: Almedina, 2008.
- GUILD, Elspeth. *Quem é o imigrante? O Direito Europeu e a Categorização das Pessoas na União Europeia*. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/cint/v33n1/v33n1a02.pdf>. Acesso em 08/06/2014.
- HOFFÉ, Otfried. *Derecho Intercultural*, Colección, Estudios Alemanes. Traducción Rafael Sevilla. Barcelona: Gedisa, 2000.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del Enemigo*. Madrid: Civitas, 2003.
- KINDHÄUSER, Urs. *Gefährdung als Straftat: rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, Frankfurt: Klostermann, 1989.
- LAHAV, Galia. *Immigration and Politics in the New Europe. Reinventing Borders*. Cambridge: Cambridge Universi-

- ty Press, 2004.
- LLINARES, Fernando Miró. *Política comunitaria de inmigración y política criminal en España. ¿Protección o “exclusión” penal del inmigrante?* Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. 2008. Disponível em: <<http://criminnet.ugr.es/recpc>>. Acesso em: 22 mar. 2010.
- MELIÁ, Manuel Cancio. *De novo: “Direito Penal” do Inimigo?* Revista Panóptica Disponível em <<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/viewFile/259/281>>. Acesso em 02/07/2014.
- PEIXOTO, João. SOARES, Antônio Goucha. COSTA, Paulo Manuel. MURTEIRA, Susana. PEREIRA Sônia. SABINO, Catarina. *O Tráfico de Migrantes em Portugal: perspectivas sociológicas, jurídicas e políticas*. Observatório da imigração: Lisboa, maio de 2005.
- PEREIRA. Júlio A. C. PINHO, José Candido de. *Direito de Estrangeiros: entrada, permanência, saída e afastamento. (Lei nº 23/2007, de 4 de Julho, e Legislação Complementar)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- PRITTWITZ, Cornelius. *O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal*. Tradução de Helga Sabotta de Araújo e Carina Quito (Coord.). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n.47, p.31-45, mar./abr.2004.
- RODRIGUES, Anabela Miranda, *Direito Penal Emergente*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.
- _____, Anabela Miranda. *Criminalidade organizada – que política criminal?*, in Globalização e Direito. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos

Tribunais, 2013.

- SANTOS, Boaventura de Souza; NUNES, João Ariscado. *Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade*. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- STUMPF, Juliet. DER LEUN, Joanne van. DER WOUDE, Maartje van. GUIA, Maria João. *A emergência da 'Crimigração'*. Coimbra: Edição CINETS, 2012.
- WEINER, Myron. *Security, Stability, and International Migration*. International Security, Massachusetts: Center for International Studies Massachusetts Institute of Technology, 1992.
- WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. *Direito penal (do autor) e imigração irregular na União Europeia: do "descaso ao "excesso" punitivo em um ambiente de mixofobia*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 8, n. 2, p. 167-204, jul./dez. 2011.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El Derecho penal Liberal y sus Enemigos, en: En Torno de la Cuestión Penal*. Montevideo/Buenos Aires: Colección Maestros del Derecho penal Nº 18, 2005.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

- Abordagem Global das Migrações, conclusões da Presidência - Bruxelas, 15 e 16 de Dezembro de 2005*. Disponível em <europa.eu/rapid/press-release_DOC-05-4_pt.doc>. Acesso em 08/05/2014.
- Conselho Europeu (1999) Conclusões da Presidência - Conselho Europeu de Tampere, 15 e 16 de Outubro de 1999*. <http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/pt/ec/00200r1.p9.html> Acesso em

08/05/2014.

Conselho Europeu (2004) Programa de Haia - Reforçar a Liberdade, a Segurança e a Justiça na União Europeia. In: Conselho Europeu de Bruxelas, 4 e 5 de Novembro de 2004, Conclusões da Presidência. <http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/pt/ec/82547.pdf>. Acesso em 08/04/2014.

Diretiva do Conselho de 25 de Fevereiro de 1964, para a coordenação de medidas especiais relativas aos estrangeiros em matéria de deslocação e estada justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública (64/221/CEE), disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31964L0221:PT:HTML>>. Acesso em 06/04/2014.

Diretiva do Conselho de 15 de Outubro de 1968, relativa à supressão das restrições à deslocação e permanência dos trabalhadores dos Estados-membros e suas famílias na Comunidade (68/360/CEE) disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31968L0360:PT:HTML>>. Acesso em 16/03/2014.

Diretiva 2001/40/CE do Conselho de 28 de Maio de 2001, relativa ao reconhecimento mutuo de decisões de afastamento de nacionais de países terceiros, disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:149:0034:0036:PT:PDF>>. Acesso em 25/05/2014.

Diretiva 2002/90/CE do Conselho de 28 de Novembro de 2002, relativa a definição do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares, disponível em <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:328:0017:0018:PT:PDF>>. Acesso em 25/05/2014.

- Decisão-Quadro do Conselho 2002/946/JAI de 28 de Novembro de 2002, relativa ao reforço do quadro penal para a prevenção do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares.* Disponível em <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002F0946:PT:HTML>>. Acesso em 20/05/2014.
- Diretiva 2003/86/CE do Conselho de 22 de Setembro de 2003, relativo ao reagrupamento familiar.* Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003::251:0012:0018:PT:PDF>>. Acesso em 15/05/2014.
- Diretiva 2003/110/CE do Conselho de 25 de Novembro de 2003, relativo ao apoio em caso de trânsito para efeitos de afastamento por via aérea.* Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:321:0026:0031:PT:PDF>> . Acesso em 08/03/2014.
- Diretiva 2004/82/CE do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa à obrigação de comunicação de dados dos passageiros pelas transportadoras.* Disponível em <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0082:PT:HTML>> . Acesso em 25/03/2014.
- Diretiva 2004/114/CE do Conselho de 13 de Dezembro de 2004, relativa às condições de admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de estudos, de intercâmbio de estudantes, de formação remunerada ou de voluntariado.* Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:375:0012:0018:PT:PDF>>. Acesso em 02/03/2014.
- Diretiva 2005/109/CE do Conselho de 25 de Novembro de 2003, relativa ao estatuto dos nacionais de países ter-*

ceiros residentes de longa duração. Disponível em: <[HTTP://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:016:0044:0053:PT:PDF](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:016:0044:0053:PT:PDF)>. Acesso em 01/02/2014.

Diretiva 2008/115/CE de 16 de Dezembro de 2008, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:348:0098:0098:PT:PDF>>. Acesso em 02/03/2014

Diretiva 2009/52/CE de 18 de Junho de 2009, que estabelece normas mínimas sobre sanções e medidas contra os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:168:0024:0032:PT:PDF>>. Acesso em 25/02/2014.

Lei 23/07 de 04 de Julho, Lei do SEF.

Proposta de regulamento do parlamento europeu e do conselho que cria o Sistema Europeu de Vigilância das Fronteiras (EUROSUR) / COM/2011/0873 final - 2011/0427 (COD).* Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0873:FIN:PT:HTML>>. Acesso em 25/04/2014.

Protocolo Adicional e Protocolo Financeiro, assinados em 23 de Novembro de 1970, anexos ao Acordo que cria uma Associação entre a Comunidade Económica Europeia e a Turquia e respeitante às medidas a adoptar para a sua entrada em vigor - Acta final – Declarações, disponível em: <[http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21970A1123\(01\):PT:HTML](http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:21970A1123(01):PT:HTML)>. Acesso em 06/01/2014.

Regulamento (CE) N.º 377/2004 do Conselho de 19 de Fevereiro de 2004, relativo à criação de uma rede de agen-

tes de ligação da imigração. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSL EG:2004R0377:20110616:PT:DF>>. Acesso em 09/02/2014.

Regulamento (CE) 2007/2004 do Conselho de 26 de Outubro de 2004, que cria uma Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-membros da União Europeia. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do??uri=CONSL EG:2004R2007:20070820:PT:PDF>>. Acesso 03/03/2014.

Regulamento (CE) n.º 562./2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março de 2006, que estabelece o código comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras (Código das Fronteiras Schengen). Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32006R0562:PT:HTML>>. Acesso em 14/02/2014.

Tratado de Amesterdão que altera o Tratado da União Europeia, os tratados que instituem as Comunidades Europeias e alguns actos relativos a esses tratados, Coimbra Editora, 2011.

Tratado da União Europeia e Tratado sobre Funcionamento da União Europeia, Coimbra Editora, 2011.

Tratado de Lisboa. Editora: Almedina, 2012.