Política da União Europeia em matéria de migração: rede de protecção ou manta de retalhos?

Autor(es): Lopes, Dulce

Publicado por: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

URL persistente: URI:<http://hdl.handle.net/10316.2/39774>

DOI: DOI:https://doi.org/10.14195/0870-4260_57-2_15

Accessed : 26-Apr-2023 10:06:52

A navegação consulta e descarregamento dos títulos inseridos nas Bibliotecas Digitais UC Digitalis, UC Pombalina e UC Impactum, pressupõem a aceitação plena e sem reservas dos Termos e Condições de Uso destas Bibliotecas Digitais, disponíveis em <https://digitalis.uc.pt/pt-pt/termos>.

Conforme exposto nos referidos Termos e Condições de Uso, o descarregamento de títulos de acesso restrito requer uma licença válida de autorização devendo o utilizador aceder ao(s) documento(s) a partir de um endereço de IP da instituição detentora da supramencionada licença.

Ao utilizador é apenas permitido o descarregamento para uso pessoal, pelo que o emprego do(s) título(s) descarregado(s) para outro fim, designadamente comercial, carece de autorização do respetivo autor ou editor da obra.

Na medida em que todas as obras da UC Digitalis se encontram protegidas pelo Código do Direito de Autor e Direitos Conexos e demais legislação aplicável, toda a cópia, parcial ou total, deste documento, nos casos em que é legalmente admitida, deverá conter ou fazer-se acompanhar por este aviso.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO

BOLETIM DE CIÊNCIAS ECONÓMICAS

HOMENAGEM AO PROF. DOUTOR ANTÓNIO JOSÉ AVELÃS NUNES

VOLUME LVII Tomo II

2 0 1 4

Organizadores:

LUÍS PEDRO CUNHA
JOSÉ MANUEL QUELHAS
TERESA ALMEIDA

COIMBRA

POLÍTICA DA UNIÃO EUROPEIA EM MATÉRIA DE MIGRAÇÃO: REDE DE PROTECÇÃO OU MANTA DE RETALHOS?

I. A complexidade do Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça

O *espaço de liberdade, segurança e justiça* ¹ visa criar e desenvolver as condições de livre circulação de pessoas dentro da União, independentemente da sua nacionalidade, garantindo, ao mesmo passo, o controlo nas fronteiras externas (colectivas) da União (artigo 67.º, n.º 2, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, doravante TFUE) ².

¹ Três valores que se adequam a uma homenagem sentida e grata ao Ex.mo Senhor Professor Doutor Avelãs Nunes, a quem está ligado, desde o começo, o nosso percurso académico e profissional. Se tivéssemos de acrescentar uma quarta dimensão àquele *espaço* seria a da solidariedade, valor que, não obstante inscrito expressamente nos Tratados, não tem tido a concretização desejada, ao contrário do que sempre sucedeu nos ensinamentos do Homenageado.

² Note-se que esta noção de fronteira externa tem natureza essencialmente funcional, uma vez que os Estados conservam a competência para a demarcação geográfica das suas fronteiras, de acordo com o artigo 77.º, n.º 4 do TFUE.

Estes objectivos não apontam necessariamente na mesma direcção e a composição óptima entre ambos não é fácil. De facto, a diluição de fronteiras internas é um factor que aumenta exponencialmente a atractividade da União Europeia como vértice de entrada ilegal de pessoas, serviços e bens, uma vez que a sua detecção dentro da União é percebida como sendo menos efectiva.

Estas dificuldades são reforçadas pela mutabilidade dos fenómenos migratórios ³ e pela complexidade do *espaço de liberdade, segurança e justiça* da União Europeia. A circunstância de este não ser caracterizado como uma política evidencia isso mesmo: aquele espaço é composto por várias políticas e áreas temáticas de actividade que interagem de múltiplas formas, nem sempre convergentes. Senão veja-se: uma política excessivamente restritiva de vistos e de controlo da imigração ilegal podem tornar difícil ou mesmo impossível que um potencial requerente de asilo possa concretizar essa sua intenção.

Acresce que os sujeitos e destinatários do espaço de liberdade, segurança e justiça não são grupos homogéneos, com a mesma caracterização e aspirações. Do ponto de vista dos sujeitos, este espaço integra-se no âmbito das competências partilhadas entre a União [artigo 4.º, n.º 2, alínea j) do TFEU], o que significa que, não obstante o papel cada vez mais significativo da União Europeia (enquanto entidade jurídica por detrás da política comum de vistos e de asilo e do sistema de gestão integrado das fronteiras externas), os Estados membros continuam a ter um conjunto amplo de

³ STEPHEN CASTLES e MARK J. MILLER, *The Age of Migration — International Population Movements in the Modern World*, 4.ª ed., London, Palgrave Macmillan, 2009, pp. 10-12, definem os seguintes desafios para a migração: globalização, aceleração, diferenciação, feminização, politicização, transição (de Estados de emigração para imigração e *vice versa*).

responsabilidades na implementação, complemento e suplemento do direito da União ⁴. A este intrincado relacionamento vertical entre Estados e União soma-se ainda:

- i. a complexidade organizatória interna dos Estados-membros e da própria União Europeia que tem vindo a embarcar, tal como aqueles, numa lógica de delegação de poderes ⁵ a organismos independentes que têm relevantes poderes regulatórios e, nalguns casos, amplos poderes operacionais. Sem pretensão de exaustividade podemos nomear a EUROPOL, o EUROJUST, a Agência para os Direitos Fundamentais, a Agência Europeia de Gestão da Cooperação Operacional nas Fronteiras Externas dos Estados-Membros da União Europeia (FRONTEX) e, mais recentemente, o Gabinete Europeu de Apoio em Matéria de Asilo (EASO).

⁴ Para SASKIA SASSEN, “Beyond Sovereignty: De-Facto Transnationalism in Immigration Policy”, *European Journal of Migration & Law*, N.º 1, 1999, pp. 177-198, há cada vez menos exclusividade na regulação do fenómeno migratório por parte dos Estados. Não obstante esta partilha de competências, há quem assinala a importância dos Estados e, em particular, das comunidades locais e das cidades europeias, no funcionamento das políticas de imigração e de integração: cfr. RINUS PENNINX, “The Comparative Study of Integration Policies of European Cities”, *Migrações na Europa e em Portugal — Estudos em Homenagem a Maria Ioannis Baganha*, Maria Lucinda Fonseca, Pedro Góis, José Carlos Marques, João Peixoto (org.), Coimbra, Almedina/ CES, 2013, pp. 71-97.

⁵ Delegação de poderes que não pode ser, no entanto, ilimitada. Na linha da jurisprudência *Meroni*, o Tribunal de Justiça, por intermédio da sua decisão de 5 de Setembro de 2012, proferida no processo C-355/10, anulou a Directiva do Conselho 2010/252/UE, de 26 de Abril de 2010, por considerar que a definição das escolhas políticas essenciais (como as incluídas na referida decisão, que incluíam a captura de navios e a condução forçosa de pessoas a uma específica localização) envolviam o exercício de poderes indeterminados que poderiam contender com direitos fundamentais dos nacionais de países terceiros, o que demandava o envolvimento legislativo da União.

- ii. as necessárias e, muitas vezes, impostas relações horizontais entre Estados que, responsáveis ainda por largas fatias do direito dos estrangeiros, têm de coordenar as suas intervenções, de modo a dar cumprimento ao direito da União e tornar mais eficaz uma política marcada pela interdependência ⁶.
- iii. a dimensão global que revestem os fenómenos migratórios, o que chama à colação outros sujeitos (e fontes) de natureza internacional, sejam eles organizações internacionais, organizações não governamentais ou, mais genericamente, actores e *fora* transnacionais, a cuja influência não é imune a União Europeia e os seus Estados membros.

Também do ponto de vista dos destinatários das medidas adoptadas pela União e pelos seus Estados membros em matéria de migração, vem imediatamente à ideia um conjunto de pessoas potencialmente afectadas, cada uma trazendo as suas aspirações para o terreno da União: turistas, trabalhadores migrantes, residentes de longa duração, requerentes de asilo ou protecção internacional, imigrantes irregulares, pessoas relacionadas com crimes particularmente dependentes da mobilidade internacional (tráfico de seres humanos, por exemplo), etc.

A necessidade de compor de maneira justa e equitativa, mas também eficaz, todos estes objectivos, políticas e entidades, faz do *espaço de liberdade, segurança e justiça* um *puzzle* gigantesco no qual é difícil integrar todas as peças de forma global e compreensiva.

⁶ Esta interdependência pode conduzir, inclusive, à execução de uma decisão de afastamento tomada por um outro Estado-membros relativamente a um estrangeiro presente no seu território (Directiva n.º 2001/40/CE, do Conselho, de 28 de Maio, relativa ao reconhecimento mútuo de decisões de afastamento de nacionais de países terceiros).

II. Limites a uma aproximação compreensiva às questões da migração e da mobilidade por parte da União Europeia

Dada a complexidade a que aludimos é pertinente questionar até onde poderá ir a União Europeia no *espaço de liberdade, segurança e justiça*, sobretudo em matérias relacionadas com a migração (asilo e protecção internacional). Em particular, será exequível uma aproximação global às questões da migração e da mobilidade?

O desiderato de encontrar um instrumento ou conjunto de instrumentos suficientemente coerentes que dêem uma resposta adequada às necessidades sentidas ao nível da União e dos Estados-membros — garantindo, como regra, a mobilidade na União Europeia, conquanto assegurando a sustentabilidade dos sistemas de saúde e segurança social nacionais, a sua vitalidade demográfica e competitividade económica —, não é novo. É, antes, uma das aspirações mais francas no espaço da União e a justificação para a assumpção de cada vez maiores competências regulatórias e operacionais pelas Instituições e órgãos comunitários, não obstante a importância crescente dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

Ainda assim, subsistem vários pontos de fricção, que evidenciam as dificuldades na gestão das várias esferas de influência e acção pública. Senão vejamos:

- i. Os Estados membros continuam a reter um conjunto amplo de competências que revolvem à volta da política de migração. Este é o caso das funções essenciais do Estado, incluindo a integridade territorial, a manutenção da ordem pública e a salvaguarda da segurança nacional (artigo 4.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia, doravante TUE) ou a segurança interna (artigo 72.º do TFUE). Portanto, não obstante o desenvolvimento

de um sistema integrado de gestão das fronteiras externas e a possibilidade de cooperação e de coordenação no domínio administrativo (artigos 73.º e 74.º do TFUE), as responsabilidades de policiamento regular estão na responsabilidade dos Estados membros ⁷, o que significa que as medidas preventivas e repressivas relativamente à imigração adoptadas por autoridades administrativas diferem grandemente ao longo da União Europeia. Da mesma forma, tirando um núcleo comum de direitos [artigo 79.º, n.º 2, alínea *b*) do TFUE] as medidas de integração de nacionais de países terceiros que residam legalmente no seu território são fixadas pelos Estados-membros respectivos (podendo apenas ser objecto de medidas de apoio e incentivo por parte da União, como evidencia o artigo 79.º, n.º 4, do TFUE); ao mesmo passo que, excluídas as regras comuns de vistos e títulos de residência de longa duração [artigo 79.º, n.º 2, alínea *a*) do TFUE] e as regras sobre imigração clandestina e residência ilegal [artigo 79.º, n.º 2, alínea *c*) do TFUE], aos Estados continua a competir a definição

⁷ Mas, em caso algum o exercício das competências nacionais deve colocar em causa o interesse público comunitário. Como refere o Regulamento (CE) n.º 562/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março, que estabelece o Código das Fronteiras Schengen, o exercício de competências de policiamento interno compete inteiramente aos Estados, na medida não tenha efeito equivalente a um controlo de fronteira, o mesmo se aplicando nas zonas fronteiriças (artigo 21.º). Assim, entendeu o Tribunal de Justiça no seu Acórdão Adil de 19 de Julho de 2012, proferido no processo C-278/12 PPU, que o código comunitário relativo ao regime de passagem de pessoas nas fronteiras, apesar de impedir controlos nas fronteiras internas, não se opõe a uma legislação nacional que permite aos funcionários nacionais efectuar controlos, numa zona geográfica de 20 quilómetros a partir da fronteira terrestre do Estado-Membro, mas apenas quando esses controlos se baseiam em informações gerais e na experiência em matéria de permanência ilegal de pessoas nos locais dos controlos e quando o seu exercício esteja sujeito a certas limitações relativas, designadamente, à sua intensidade e frequência.

do volume de admissão de migrantes e dos requisitos específicos para o efeito [artigo 79.º, n.º 5) do TFUE], assim como o estabelecimento dos procedimentos, normais ou excepcionais, para a regularização de imigrantes ilegais.

- ii. Mesmo ao nível da cidadania da União, área regulada pelo direito da União Europeia, existem limites à circulação dos cidadãos comunitários. De facto, nem todos os cidadãos podem circular igual e livremente ⁸, como tem vindo a suceder com os cidadãos dos novos Estados membros dentro de um período transitório delineado nos Tratados de Adesão. Da mesma forma, a possibilidade de reintrodução de controlos nas fronteiras, em caso de ameaça grave para a ordem pública ou a segurança interna, permite a prevalência transitória de considerações de interesse nacional em detrimento daquela liberdade fundamental ⁹. Estes sintomas de flexibilização

⁸ Note-se que o espaço de livre circulação não equivale à soma dos territórios dos Estados-membros da União Europeia, como o revela o âmbito diferenciado coberto pelo espaço Schengen e a possibilidade de, por acordo, a liberdade de circulação ser estendida a nacionais de países terceiros, como sucedeu, por via do Protocolo de Ankara, a cidadãos turcos (cfr. Acórdão Soysal do Tribunal de Justiça de 19 de Fevereiro de 2009, proferido no processo C-228/06). Para uma leitura deste espaço alargado de cidadania, cfr. BAHAR RUMELILI, FUAT KEYMAN e BORA ISYAR, “Multilayered Citizenship in Extended European Orders: Kurds Acting as European Citizens”, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 49, N.º 6, pp. 1295-1316.

⁹ Considerações estas que nem sempre são evidentes e imunes a críticas, como sucede com o “fecho” de fronteiras para impedir o exercício do direito de manifestação por ocasião de cimeiras internacionais (cfr. MARIANA CANOTILHO, “Com Lenço e com Documento — A propósito do Exercício Transnacional de Direitos Fundamentais”, *Estudos em Home-nagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. III, Studia Iuridica 104, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 211-226). De acordo com o artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 562/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Março, esta reintrodução excepcional de

do direito da União — no âmbito do *estatuto fundamental* da cidadania da União ¹⁰ — podem não ser, por si só, preocupantes, dada a sua transitoriedade. No entanto, demonstram que o pressuposto de que se parte — a capacidade de os Estados assegurarem, de forma adequada, os controlos nas fronteiras externas, e dos demais Estados aceitarem e confiarem nesse mesmo controlo “de origem” — nem sempre se verifica. Mas, mais relevante, dada a sua permanência, é a posição assumida relativamente ao espaço de liberdade, segurança e justiça pela Dinamarca e o Reino Unido ¹¹. Estas posições mostram que, no âmbito da União Europeia e em *fora* relacionados, não existe uma convergência de vistas relativamente a questões de migração e mobilidade ¹².

fronteiras pode ter lugar “durante um período limitado não superior a 30 dias, ou pelo período de duração previsível da ameaça grave, se a duração desta exceder o período de 30 dias”.

¹⁰ Na conhecida formulação do Tribunal de Justiça no seu Acórdão Grzelczyk, de 20 de Setembro de 2001, proferido no processo C-184/99. Cfr., para maiores desenvolvimentos, VITAL MOREIRA, “Cidadania para Além do Estado (Cidadania da União Europeia e Direitos de Cidadania depois do Tratado de Lisboa, *Estudos em Homenagem a António Barbosa de Melo*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 887-966, e DULCE LOPES, “A Importância de ser Cidadão da União”, *Debater a Europa*, N.º 7, Julho/Dezembro, 2012, pp. 54-68, disponível em <<http://europe-direct-aveiro.aeva.eu/debatereuropa/images/n7/dlopes.pdf>>.

¹¹ A possibilidade de *opting in* estabelecida no Protocolo 21 relativamente ao Reino Unido e o *opting out* estabelecido no Protocolo 22 quanto à Dinamarca evidenciam a relação controversa entre a soberania dos Estados-membros e o método comunitário. Para maiores desenvolvimentos, cfr. NUNO PIÇARRA, “O Tratado de Lisboa e o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça”, *A União Europeia Segundo o Tratado de Lisboa: Aspectos Centrais*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 127-155, em particular p. 131.

¹² Acresce a renitência que, na prática, alguns Estados têm demonstrado quanto ao reconhecimento do estatuto de residente de longa duração a cidadãos da União. Na impossibilidade de fixação de critérios de integração para

- iii. Numa outra, mas complementar, nota, também as diferenças na definição e execução de regulamentos comunitários e na elaboração e transposição de directivas demonstram que não existe um estatuto legal harmonioso para os imigrantes no âmbito da União. O “legislador” comunitário e o Tribunal de Justiça tentaram definir as bases de entendimento de algumas questões contenciosas (como a noção de recursos estáveis e regulares)¹³ e os *standards* uniformes de tratamento para os requerentes de asilo e para os nacionais de países terceiros que são residentes de longa duração¹⁴, mas este movimento ainda não se generalizou. A União Europeia tem privilegiado, até ao momento, uma aproximação de

reconhecer tal estatuto, alguns Estados membros têm procedido a um controlo mais sistemático da permanência de nacionais de outros países da União, emitindo ordens de regresso sempre que estes não tenham recursos suficientes, de modo a obviar à formação dos 5 anos de residência contínua no seu território (cfr., no caso da Bélgica, a emissão de tais ordens relativamente a mais de 2.712 cidadãos da União, em Janeiro de 2014, <<http://governancearchive.com/2014/02/02/belgium-sends-burden-eu-citizens-letters-asking-them-to-leave-the-country>>).

¹³ Cfr. o Acórdão Chakroun, de 4 de Março de 2010, proferido no processo C-578/08, no qual o Tribunal de Justiça pretendeu conferir um entendimento comunitário a alguns critérios definidos pelos Estados membros designadamente o de os imigrantes terem recursos estáveis e regulares, tomando por referência à assistência social existente no país, de modo a que não se colocasse em causa o efeito útil da Directiva 2003/86/CE do Conselho, de 22 de Setembro de 2003, relativa ao direito ao reagrupamento familiar.

¹⁴ Directiva do Conselho 2003/9/CE de 27 de Janeiro de 2003, que estabelece normas mínimas em matéria de acolhimento dos requerentes de asilo nos Estados-Membros (revogada pela Directiva 2013/33/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, que estabelece normas em matéria de acolhimento dos requerentes de protecção internacional) e Directiva do Conselho 2003/109/CE de 25 de Novembro de 2003, relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração.

carácter procedimental, enfatizando as vantagens de um controlo similar ou comum dos requisitos de imigração nas fronteiras externas. O que significa que na maioria das situações relacionadas com a definição da condição jurídica dos estrangeiros (essencialmente os que não sejam cidadãos da União), os Estados membros ainda exercem as suas competências de forma amplamente discricionária. Tal sucede não só quanto à definição dos requisitos concretos para a entrada legal de estrangeiros, como também quanto à identificação das actividades que por eles podem ser desenvolvidas. Adicionalmente, as diferenças legislativas entre Estados membros quanto ao acesso a serviços públicos como saúde, alojamento e educação são marcantes ¹⁵. Efectivamente, tudo o que

¹⁵ Esta diferença resulta da concepção jurídico-política prevalecente em cada Estado-membro, dependendo do seu alinhamento com um paradigma de gozo mínimo de direitos (o único demandado pelo direito internacional) ou com um paradigma de equiparação de direitos com os nacionais. Cfr., sobre estes *standards*, BRUNO NACIMBENE, *Lo Straniero nel Diritto Internazionale*, Milano, Giuffrè Editore, 2013; MAGDALENA DÍAZ GORFINKIEL, “Política de Inmigración Y la Población Inmigrante en España y la Unión Europea”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, N.º 17, 2009, pp. 69-84; JUAN MANUEL GOIG MARTÍNEZ, “Tratamiento constitucional, jurisprudencial y legislativo de los Derechos y Libertades de los Inmigrantes en España”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 17, 2009, pp. 33-51; ANA LUÍSA PINTO e MARIANA CANOTILHO, “O tratamento dos estrangeiros e das minorias na jurisprudência constitucional portuguesa”, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Vol. II. Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 231-265.

Não obstante a Comissão Europeia venha apontando no sentido de que os imigrantes (ilegais) devem ter acesso a cuidados de saúde em caso de urgência e educação para os seus filhos (como reflexo de standards de direitos fundamentais) [COM (2003) 336 final of 3 June 2003] e um nível mínimo de garantia desses direitos tenha encontrado acolhimento na Directiva 2013/33/UE, as diferenças entre Estados no acesso a tais serviços é ainda marcante (cfr. PAOLA LACE, “Migration and the Right to Health: A Review of European Community Law and Council of Europe Instru-

exceda o âmbito de protecção assegurado pelo direito da União convoca o exercício de competências estaduais que os Estados membros podem decidir levar a cabo de maneira mais restritiva ou de forma mais compassiva. Como sintetiza PASCOUAU, ainda se estará muito longe de uma verdadeira polícia comum de migração, dada a discrepância entre a imigração legal — pouco desenvolvida ao nível da União — e a hipertrofia do tratamento da imigração irregular ¹⁶.

- iv. Mas a diferença entre tratamento de imigrantes não se deve apenas a dissimilaridades na legislação e práticas administrativas dos Estados-membros, encontrando raízes mais profundas no desequilíbrio da partilha de responsabilidade na gestão e financiamento da gestão dos fluxos de imigrantes. Apesar de o artigo 80.º do TFEU definir que as políticas da União e a sua execução são regidas pelo princípio da solidariedade e da partilha equitativa de responsabilidades entre os Estados-Membros, inclusive no plano financeiro, esta repartição de encargos tem tradicionalmente sido limitada à adopção de programas financeiros, como o Fundo de Fronteiras Externas, o Fundo Europeu para os Refugiados, o Fundo

ments”, *International Migration Law*, N.º 12, International Organisation for Migration, 2007, e AAVV, *Health and Migration in the European Union: Better Health for All in an Inclusive Society*, Ana Fernandes and José Pereira Miguel (Eds.), Instituto Nacional de Saúde Doutor Ricardo Jorge, Lisboa, 2009).

Para uma proposta de *standards* aplicáveis em situações de imigração, cfr. ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA e ANA LUÍSA RIQUITO, “Proposta de uma Carta de Standards Mínimos de Estrangeiros e Minorias Anotada”, *Direitos Humanos, Estrangeiros, Comunidades Migrantes e Minorias*, J.J. Gomes Canotilho (coord.), Oeiras, Celta Editora, 2000, pp. 27-61.

¹⁶ YVES PASCOUAU, “EU immigration policy: Act now before it is too late”, *EPC Commentaries*, 20 Junho 2013, pp. 1-2, disponível em <http://www.epc.eu/documents/uploads/pub_3602_eu_immigration_policy.pdf>.

de Integração e o Fundo de Regresso, vigentes até 2013. Para os anos 2014-2020, dois fundos — o Fundo para a Segurança Interna e o Fundo para o Asilo, Migração e Integração — visam o financiamento adequado dos fluxos migratórios e a gestão integrada da migração (tanto legal como ilegal) bem como o reforço da cooperação na gestão das fronteiras externas da União, mas sem que se adivinhe qualquer mudança substancial de estratégia e de volumes de investimento. De facto, para além de uma preocupante recusa da parte de Estados em participarem em missões de controlo das fronteiras externas coordenadas pelo FRONTEX, alegadamente por discordarem das mesmas¹⁷ ou de reacções negativas (reactivando a *vis* repressiva das fronteiras) perante acções humanitárias de outros Estados¹⁸, não há um esquema compreensivo e global de repartição dos custos que

¹⁷ <<http://www.theguardian.com/world/2014/oct/28/home-office-defends-uk-migrant-pull-factor>>. De acordo com esta notícia, de Outubro de 2014, o Reino Unido considera que as missões de salvamento criam um factor de atracção que encoraja mais imigrantes a tentar a perigosa travessia marítima, com efeitos desastrosos.

¹⁸ Foi o que sucedeu, entre outros episódios, na sequência da chamada "Primavera Árabe", em que vários milhares de pessoas partiram rumo à Itália. Na ausência de uma intervenção solidária da União, a Itália concedeu uma autorização temporária de residência a essas pessoas no seu território, o que lhes permitiria circular no espaço Schengen, e o que conduziu, pouco depois, à reintrodução de controlos, pela França, na sua fronteira com a Itália (<<https://www.opendemocracy.net/can-europe-make-it/anna-papoutsis/unexpected-borderzone-comeback-of-francoitalian-border>>). Cfr. IDIL ATAK, "La crise de l'Espace Schengen pendant le printemps arabe: impact sur les droits humains des migrants et des demandeurs d'asile", *Revue Québécoise de Droit International*, Fora de Série (Dezembro), 2012, pp. 123-144, e SERGIO CARRERA, ELSPETH GUILD, MASSIMO MERLINO e JOANNA PARKIN, "A Race against Solidarity: The Schengen Regime and the Franco-Italian Affair", CEPS Papers in Liberty and Security in Europe, 19 Abril 2011, disponível em <<http://www.ceps.be/book/race-against-solidarity-schengen-regime-and-franco-italian-affair>>.

alguns Estados — mais do que os outros — têm vindo a assumir com a detecção, salvamento, detenção e regresso de imigrantes ilegais. O que demonstra que um problema premente e partilhado não encontra as mesmas respostas e vontade de contribuir para a sua colocação em marcha. E é visível a olho nú como os sistemas de controlo de imigração de alguns países do sul, como Malta, Grécia e Itália, se encontram sobrecarregados, uma vez que constituem portas “naturais” de acesso à Europa, situação que, inclusive, tem vindo a levantar relevantes questões quanto à prática de cumprimento dos parâmetros de direitos fundamentais da União ¹⁹. É certo que quando um ou mais Estados-Membros se vejam confrontados com uma situação de emergência, caracterizada por um súbito fluxo de nacionais de países terceiros, o Conselho, sob proposta

¹⁹ Nos casos em que a presunção de respeito pelos direitos fundamentais (articulada no acórdão *Bosphorus*) seja ilidida (como sucedeu no Acórdão N.S. de 21 de Dezembro de 2011, proferido nos processos apenas C-411/10 and C-493/10, em que o Tribunal de Justiça considerou que a transferência de um requerente de asilo de um Estado-membro para outro — a Grécia — que, na altura, sofria de deficiências sistémicas no seu sistema de asilo, poderia resultar num tratamento desumano e degradante do requerente), os Estados-membros devem continuar a assumir as suas responsabilidades e repousar em cláusulas de soberania para tomar uma decisão em processos de asilo, mesmo que não sejam os Estados primariamente competentes (cfr. TINA VAN DEN SANDEN, Joined cases C-411/10 & C-493/10, N.S. V. Sec’y of State for the Home Dep’t, *The Columbia Journal of European Law*, Vol. 19, N.º 1, 2012-2013, pp. 143-174). Como reacção, o Regulamento (UE) n.º 604/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de protecção internacional apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro ou por um apátrida, veio flexibilizar a determinação daquela competência, ajustando-a às situações de facto e à mobilidade no espaço da União, promovendo, assim, uma distribuição mais equitativa de responsabilidades administrativas entre os Estados.

da Comissão, pode adoptar medidas provisórias a favor desse ou desses Estados-Membros (artigo 78.º, n.º 3 do TFUE), o que não tem sucedido amiúde ²⁰. Da mesma forma, a definição das competências da EASO — organismo que tem como objectivo auxiliar os Estados que se encontram desproporcionalmente pressionados pelo funcionamento do sistema de Dublin —, ficou aquém do antevisto, na medida em que a recolocação só pode ter lugar voluntariamente, com o acordo dos Estados-membros envolvidos e com o consentimento do beneficiário de protecção internacional ²¹.

- v. Por último, não é apenas no seio da União Europeia que existe dissenso quanto ao que deve integrar a política migratória e quais devem ser os direitos a ela associados. Também no palco internacional, não obstante a assumida globalização dos fenómenos migratórios ²², o cenário é de discórdia. As tendências mundiais relativamente à imigração são significativamente distinta: o movimento de progressiva harmonização na União Europeia ²³ contrasta com a vaga de descentralização nos

²⁰ Foi, no entanto, colocado em marcha um projecto piloto para a realocação de beneficiários de protecção de Malta, com fundos provenientes da União Europeia (cfr. relatório em <<http://easo.europa.eu/wp-content/uploads/EUREMA-fact-finding-report-EASO1.pdf>>).

²¹ Cfr. artigo 5.º do Regulamento (UE) N.º 439/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho de 19 de Maio de 2010, e FRANÇOISE COMTE, “A New Agency is Born in the European Union: The European Asylum Support Office”, *European Journal of Migration and Law*, N.º 12, 2010, pp. 373-405, em especial p. 397.

²² FERRUCIO PASTORE, “The policies for the management of international migrations from the XX to the XXI century. A tale of territorial sovereignties and people on the move”, *GENUS*, Vol. 61, N.º 3-4, 2005, pp. 347-367, e CATHERINE DAUVERGNE, “Sovereignty, Migration and the Rule of Law in Global Times”, *The Modern Law Review*, Vol. 67, N.º 4, 2004, pp. 588-615.

²³ Ainda assim, existem diferenças relevantes na integração ao nível dos Estados-membros, como o demonstra o *Index de Políticas de Integração*

Estados Unidos da América ²⁴. Similarmente, a importância dada à criminalização ligada à migração (“crimigração”), os fundamentos para a aceitação da imigração e para o reconhecimento do estatuto de refugiado diferem, bem como os parâmetros de tratamento dos imigrantes (legais e ilegais). O que significa que há várias respostas possíveis às questões da imigração, todas genericamente respeitadoras dos *standards* de direito internacional aplicáveis, pelo que as respostas da União e dos seus Estados se apresentam como uma entre muitas, o que evidencia a falta de respostas globais (ou, sequer, de respostas concertadas) a um problema que extravaza quaisquer fronteiras.

III. Traços da Política Migratória da União Europeia

Se a União Europeia não pretende — nem pode pretender — regular exaustivamente todas as questões de natureza migratória, nem solucionar todos os problemas que neste âmbito se colocam, pode, no entanto, dar-lhes um contributo significativo, sobretudo se tivermos em consideração que a mobilidade faz parte das fundações essenciais da União.

de Migrantes (disponível em <<http://www.mipex.eu>>), não obstante processo de convergência entre o direito e as políticas dos Estados-membros desenvolvido através de mecanismos formais (implementação e transposição de normas comunitárias e *standards* internacionais) e informais (como o recurso aos Indicadores de Integração dos Imigrantes do EUROSTAT). Cfr., para maiores desenvolvimentos, SILVIA CAVASOLA, *The Informal Europeanization of EU Member State Immigration Policies*, IAI Working Papers, N.º 12, 25 Setembro de 2012, disponível em <<http://www.iai.it/pdf/DocIAI/iaiw1225.pdf>>.

²⁴ STEPHEN G. LEGOMSKY, “A USA Comparative Perspective on the European Immigration Policy”, *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa: Aspetos Centrais*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 175-183.

A este propósito, compulsada a multiplicidade de instrumentos normativos adoptados pela União Europeia, podemos indicar dois grandes traços da política migratória da União: por um lado almeja à *integração*, ainda que diferenciada, dos imigrantes — integração esta que traduz também o nível de integração das políticas da União e dos Estados-membros —, e, por outro lado, repousa as suas opções em critérios *selectivos*.

a) Integração variável

A integração é um conceito com múltiplos significados, que se pode concretizar de diferentes maneiras. Em qualquer delas o objectivo é, ainda que com graus e intensidades diversas, a promoção do sentimento de pertença a uma determinada comunidade, gerando laços de familiaridade e solidariedade que vão para além do determinado por interesses egoísticos ou nexos conjunturais.

É comum a este propósito erigir o conceito da cidadania — no âmbito da União Europeia, a cidadania desta — a paradigma máximo da integração à luz do qual seria aferido o maior ou menor grau de integração das políticas migratórias da União.

Esta perspectiva esquece, no entanto, que tanto a cidadania da União, como a nacionalidade dos Estados-membros na qual aquela se funda, não são estatutos uniformes e homogêneos ²⁵. E isto a dois níveis essenciais.

²⁵ Logo, não surpreende que o tratamento do fenómeno migratório (de nacionais de países terceiros) seja tratado de forma plural. Não obstante, dada a fragmentaridade de estatutos, há quem continue a suportar uma diferenciação de base entre nacional e estrangeiro, ainda que distinguindo entre aquele que não beneficia das disposições sobre livre circulação do direito da União — o estrangeiro ordinário — daquele que delas beneficia — o estrangeiro beneficiário (EMMANUELLE NÉRAUD-D'UNIENVILLE, *Ordre*

i. O primeiro, o de que nem todas as pessoas colocadas numa situação comparável têm o direito de aceder à nacionalidade de um Estado-membro e, bem assim, à cidadania da União. Como os critérios de nacionalidade são distintos de Estado para Estado, os conceitos de integração nos quais se fundam também diferem, podendo um Estado preferir manter laços com os descendentes dos seus nacionais ou aprofundar laços com quem tenha uma conexão territorial ou afetiva com o Estado (pelo nascimento, pela residência, pelo matrimónio, etc.). E note-se que estes critérios de integração não são de todo imunes a considerações políticas relacionadas com os fluxos migratórios, seja os de ontem ²⁶, seja os de hoje ²⁷.

Public et Droit des Étrangers en Europe: La Notion d'Ordre Public en Droit des Étrangers à l'Aune de la Construction Européenne, Bruxelles, Brylant, 2006, pp. 75-84).

²⁶ Dada, por exemplo, a natureza dos Estados como tradicionalmente de imigração ou de emigração (cfr. RUI MANUEL MOURA RAMOS, *Do Direito Português da Nacionalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992). Motivos similares intervêm na definição da lei pessoal aplicável (a da nacionalidade ou do domicílio): cfr. NUNO ASCENSÃO SILVA, “Do Estatuto Pessoal — Unidade e Dispersão (Algumas Notas a Propósito da Comemoração dos 35 Anos do Código Civil)”, *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp. 549-649, em especial pp. 559-560.

²⁷ No Acórdão Zhu e Chen, de 19 de Outubro de 2004, proferido no processo C-200/02, o Tribunal de Justiça considerou que o progenitor que tinha à sua guarda um recém-nascido num Estado (a Irlanda) que concedia a nacionalidade por mero efeito do nascimento no seu território, podia residir com este último no Estado-Membro do mesmo, sob pena de se esvaziar de sentido o direito à circulação e residência previsto nos Tratados. Tal decisão motivou a alteração da legislação irlandesa, que passou a prever a necessidade de o progenitor residir legalmente na Irlanda três dos últimos quatro anos anteriores ao nascimento. Cfr. ISEULT HONOHAN, “Citizenship Attribution in a New Country of Immigration: Ireland”, *Journal of Ethnic and Migration Studies*, Vol. 36, N.º 5, 2010, pp. 811-827.

ii. O segundo, o de que mesmo dentro da nacionalidade de um Estado subsiste alguma — ainda que reduzida — diferenciação entre os respectivos estatutos nacionais ²⁸; diferenciação esta que é particularmente evidente e relevante no seio da cidadania da União.

O estatuto de residente permanente, estabelecido pela Directiva 2004/38/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 29 de Abril de 2004, é aquele que mais se aproxima de uma plena cidadania, na medida em que a residência legal consecutiva por prazo superior a 5 anos dá acesso a um conjunto amplo de direitos, não apenas de residência, como também sociais e de índole familiar (na medida em que abrange a possibilidade de residência de membros da família). Não obstante, não é um estatuto completo na medida em que os direitos políticos dos cidadãos da União Europeia ou lhe são reconhecidos como residente *tout court* (por força directa do artigo 22.º do TFUE e independentemente da duração da residência), ou apenas lhe são reconhecidos se o Estado de residência assim o pretender. Ainda assim — até mesmo como resposta às críticas relacionadas com a dependência genética da cidadania da União relativamente à nacionalidade dos Estados membros ²⁹ —, o *parâme-*

Para maiores desenvolvimentos, cfr. KAROLINA ROSTEK and GARETH DAVIES, “The impact of Union citizenship on national citizenship policies”, *European Integration online Papers* (EIoP), Vol. 10, N.º 5, 2006, disponível em <<http://eiop.or.at/eiop/texte/2006-005a.htm>>.

²⁸ Entre nós, MÁRIO TORRES, “O Estatuto Constitucional dos Estrangeiros”, *Scientia Iuridica*, tomo L, N.º 290, 2001, pp. 7-27, distingue, dentro dos cidadãos portugueses, o estatuto privilegiado de portugueses de origem e dois agravados: os portugueses residentes no estrangeiro e os detentores de dupla nacionalidade.

²⁹ De facto, é cidadão da União quem seja nacional de um dos Estados-membros, havendo uma coincidência subjectiva (mas não funcional) entre estes dois estatutos. Como reacção, há quem avance a necessidade de,

tro máximo ou mais amplo de integração para os nacionais de países terceiros passa pela maior equiparação possível aos cidadãos da União residentes permanentes noutro Estado que não o da sua nacionalidade^{30 31}.

de forma a tratar adequadamente o estatuto dos nacionais de países terceiros, fundar a cidadania da União no critério autónomo da residência (cfr., por todos, MICHAEL A. BECKER, “Managing Diversity in the European Union: Inclusive European Citizenship and Third — Country Nationals”, *Yale Human Rights & Development Law Journal*, Vol. 7, 2004, pp. 132-183, e ZSÓFIA ASZTALOS, “Union Citizenship Based on Residence — writing the future or a nightmare”, *European Integration Studies*, Vol. 6, n.º 1, 2008, pp. 109-121, que indica três possibilidades de resolução dos problemas trazidos pelas diferenças de critérios de reconhecimento e atribuição da nacionalidade ao nível dos Estados-membros: o da unificação das leis da nacionalidade entre aqueles Estados, a aproximação das leis de nacionalidade destes ou a criação de um status autónomo de cidadão da União, com a prevalência do critério da residência legal por um tempo determinado no “território” da Comunidade).

³⁰ Se esta equiparação é vista, pela maioria como desejável, para outros ela torna vazia a noção de cidadania como identificativa do grupo mais privilegiado (G.DAVIES, “The humiliation of the state as a constitutional tactic”, *The Constitutional Integrity of the European Union*, F. Amtenbrink e P.A.J. van den Berg (eds.), The Hague, Asser Press, 2010, pp. 147-174).

³¹ A equiparação pode igualmente ser feita relativamente aos nacionais do Estado de residência, desde que o regime jurídico interno deste Estado aponte neste sentido (como, aliás, o faz a nossa Constituição da República Portuguesa, no seu artigo 15.º). Poder-se-á igualmente considerar um “última” via de integração, que passaria pela aquisição de nacionalidade do Estado de residência. Todavia, não obstante os Estados-membros tenderem hoje para uma maior aceitação do critério da residência como critério de naturalização, nem sempre esta via é possível ou querida pelo nacional de país terceiro. Além de que as condições de aquisição de nacionalidade estarão sempre mais facilitadas aos cidadãos da União nos Estados de acolhimento do que aos nacionais de países terceiros. Sobre a extensão da influência do direito da União aos critérios de aquisição da cidadania nos Estados membros, cfr. NATHAN CAMBIEN, “Union Citizenship and Immigration: Rethinking the Clas-

A Directiva 2003/109/CE de 25 de Novembro de 2003, relativa ao estatuto de nacionais de países terceiros que são residentes de longa duração visa, efectivamente, permitir-lhes usufruir de um estatuto próximo daquele reconhecido aos cidadãos da União residentes em países distintos do da sua nacionalidade: desde logo, o requisito de 5 anos de residência contínua para acesso àquele estatuto é similar. No entanto, há várias diferenças, desde logo a possibilidade de os Estados estabelecerem condições de integração nas suas legislações nacionais como requisito para acesso a este estatuto, a manutenção de requisitos económicos (recursos estáveis e regulares e seguro de saúde), a possibilidade de serem definidos limiares etários inferiores no âmbito do reagrupamento familiar ³² e a admissibilidade de os Estados-Membros limitarem as prestações sociais disponíveis ³³.

sics?”, *European Journal of Legal Studies*, Volume 5, Issue 1, Spring/Summer 2012, p. 10-37, em especial pp. 10-16.

³² Este direito pode ser limitado pelos Estados a crianças com menos de 12 anos, que cheguem independentemente da família, pois o Estado pode impor condições de integração a maiores daquela idade (artigo 4.º, n.º 1, *in fine*, da Directiva 2003/86/CE de 22 de Setembro de 2003, relativa ao direito ao reagrupamento familiar). O Tribunal de Justiça já ajuizou que esta limitação não é contrária ao direito da União, por considerar que não há um direito *qua tale* ao reagrupamento familiar no direito internacional e, apesar de o direito da União impor obrigações positivas precisas aos Estados no caso de crianças com idade inferior a 12 anos, deixa-lhe uma margem de discricionariedade nas demais situações. Isto ainda que as limitações definidas pelos Estados não possam ser aplicadas de forma contrária aos princípios gerais de direito da União, desde logo impondo-se a consideração dos interesses superiores do menor (Acórdão Parlamento Europeu c. Conselho, de 27 de Junho de 2006, proferido no processo C-540/03).

³³ Não obstante estas diferenças, há quem assinala que, como as restrições permitidas aos Estados não são um “cheque em branco” e não devem ser contrárias ao direito da União, a aproximação ao paradigma da cidadania da União é mais próxima do que poderia parecer numa primeira

Ainda no âmbito deste *paradigma mais amplo* de integração, há que fazer menção ao regime “privilegiado” dos titulares do Cartão Azul UE, emitido ao abrigo das legislações nacionais de transposição da Directiva 2009/50/CE do Conselho de 25 de Maio de 2009, relativa às condições de entrada e de residência de nacionais de países terceiros para efeitos de emprego altamente qualificado; e ao regime “derivado” dos familiares de cidadãos da União (e dos familiares de residentes de longa duração e de detentores do cartão azul) que são também detentores, ainda que não originariamente ³⁴, de direitos que se aproximam aos do familiar ³⁵.

Esta via parece constituir um terceiro caminho (mais flexível) — ou de “integração cívica” ³⁶ — entre um modelo

leitura. Cfr. DIEGO ACOSTA Arcarazo, *The Long-Term Residence Status as a Subsidiary Form of EU Citizenship — An Analysis of Directive 2003/109*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, pp. 232-233.

³⁴ A não ser que adquiram uma protecção a título definitivo, como sucede com a aquisição do estatuto de residente permanente ou, em situações particulares, com a protecção devida em casos de morte do familiar.

³⁵ Desde cedo que o gozo de direitos conferidos pelo Direito da União foi considerado inseparável da possibilidade efectiva de reagrupamento familiar (independentemente da nacionalidade dos membros da família), e, portanto, estes familiares acabam por estar sujeitos ao escudo protector de direito da União. Este domínio não se encontra, porém, estabilizado, questionando-se — sobretudo por via judicial — a amplitude do conceito de família e as exigências do conceito de dependência.

³⁶ Sobre este modelo, cfr. S. CARRERA e A. WIESBROCK, *Civic Integration of Third Country Nationals: Nationalism versus Europeanisation in the Common EU Immigration Policy*, CEPS Liberty and Security in Europe Series, Brussels, (2009), disponível em <http://aei.pitt.edu/15100/1/ENACT_report_on_integrating_TCNs_e%2Dversion_final.pdf> e IVANNA MACHITIDZE, “‘Lost in Integration’: Compromising Immigrant Inclusion for the Sake of Stable Society in the European Union Countries”. *Journal of Social Sciences*, Vol. 1, N.º 2, 2012, pp. 23-28, disponível em <<http://journal.ibsu.edu.ge/index.php/jss/article/download/372/335>>.

assimilacionista e um modelo multiculturalista ³⁷, que não está muito longe do lema da União Europeia: “Unida na diversidade”.

Pode questionar-se se o conceito de integração de que se parte não é, porém, muito curto, já que apenas inclui direitos económicos, sociais e familiares do residente de longa duração. Não lhes reconhece, portanto, quaisquer direitos de natureza política e participativa, aqueles que mais imediatamente reflectem o sentimento de pertença a uma determinada comunidade ³⁸.

Ora, se é verdade que o reconhecimento de direitos políticos poderia ser perspectivado, por um lado, como uma intrusão numa área reservada aos Estados e, por outro, como um risco para a própria coerência da cidadania da União ³⁹,

³⁷ Sobre estes modelos, cfr. MARCO MARTINIELLO, “Towards a coherent approach to immigrant integration policy(ies) in the European Union”, 2006, disponível em <<http://www.oecd.org/dev/38295165.pdf>>. Sobre os avanços e recuos da política de integração da União, cfr. RYSZARD CHOLEWINSKI, “Migrants as Minorities: Integration and Inclusion in the Enlarged European Union”, *Journal of Common Market Studies*, Vol. 43, N.º 4, 2005, pp. 695-716.

³⁸ Há, no entanto, um movimento internacional que tenta promover o reconhecimento destes direitos. Cfr. os artigos 41.º e 42.º da Convenção Internacional sobre a Protecção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, de 1990, e a Convenção do Conselho da Europa sobre a participação de estrangeiros na vida pública a nível local, de 1992. Cfr., tratando esta questão, PAULA VEIGA, “Direito de Sufrágio Activo de Estrangeiros Legalmente Residentes: Dicotomia schmittiana, Universalismo Kantiano ou Inclusividade”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. III, *Studia Iuridica* 104, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 975-995, e ANNETTE SCHRAUWEN, “Granting the Right to Vote for the European Parliament to Resident Third-Country Nationals: Civic Citizenship Revisited”, *European Law Journal*, Vol. 19, N.º 2, Março, 2013, pp. 201-218.

³⁹ Contudo, de acordo com a Comunicação da Comissão sobre a Agenda Europeia para a Integração de Nacionais de Países Terceiros

consideramos que tal não sucederia com os direitos a participar na actividade administrativa da União Europeia. Referimo-nos essencialmente à iniciativa de cidadania, introduzida pelo Tratado de Lisboa (artigo 11.º do Tratado da União Europeia) que poderia ter sido desenhada como uma ferramenta mais ampla e inclusiva, permitindo a outros interessados no desenvolvimento do direito da União que apresentassem as suas propostas à Comissão Europeia ⁴⁰, contribuindo para o *empowerment* dos imigrantes numa política europeia que neles se viesse a focar decisivamente ⁴¹.

No *nível intermédio de integração* de nacionais de países terceiros pensado pelo legislador comunitário, podemos encontrar a regulamentação dos imigrantes que beneficiam do estatuto de refugiados e dos que beneficiam de protecção subsidiária

[COM/2011/0455], o igual tratamento e o sentimento de integração poderiam ser conseguidos através da promoção da participação democrática daqueles nacionais. No entanto, a adopção de medidas concretas como a concessão de direito de voto nas eleições locais, e a possibilidade de participação em corpos consultivos, foi deixada inteiramente à discrição dos Estados, gerando uma assimetria no tratamento dos nacionais de países terceiros (mesmo residentes de longa duração) no espaço europeu (cfr. FEDERICO FABBRINI, *The Right to Vote for Non-Citizens in the European Multilevel System of Fundamental Rights Protection: A Case Study in Inconsistency?*, Eric Stein Working Paper N.º 4/2010, p. 13, disponível em <<http://www.ericsteinpapers.eu>>).

⁴⁰ Deve assinalar-se que todos os direitos relacionados com a administração comunitária, desde logo o direito de petição ou de exposição, bem como o de acesso a documentos, ainda que sejam classificados de direito de cidadania são igualmente reconhecidos a qualquer pessoa residente num Estado-membro (cfr. artigos 41.º a 44.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia), mesmo que de forma ilegal. Não seria, portanto, um passo excessivo, reconhecer a possibilidade de intervir no âmbito da iniciativa de cidadania a nacionais de países terceiros residentes de longa duração na União.

⁴¹ Foco último para o qual aponta a Comunicação da Comissão sobre a Aproximação Global à Migração e Mobilidade [COM(2011) 743 final].

ou temporária por parte da União Europeia. A Directiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de Dezembro de 2011, que estabelece normas relativas às condições a preencher pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para poderem beneficiar de protecção internacional (e já antes a Directiva 2001/55/CE do Conselho, de 20 de Julho de 2001, relativa a normas mínimas em matéria de concessão de protecção temporária no caso de afluxo maciço de pessoas deslocadas), visaram precisamente proporcionar àqueles imigrantes um estatuto jurídico uniforme e um nível de protecção adequado, dadas as suas especiais carências e vulnerabilidades. Assim, ainda que a protecção facultada pela União e pelos seus Estados-membros possa, nestes casos, ser temporária, a mesma é guiada por opções valorativas que impõem um conjunto de prestações aos Estados.

Mais recentemente, a Directiva 2013/32/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2013, relativa a procedimentos comuns de concessão e retirada do estatuto de protecção, veio harmonizar de forma bastante completa os requisitos procedimentais neste domínio, evitando que na escolha do Estado no qual seja apresentado o pedido de protecção internacional pesem factores como a celeridade na tomada de decisão e as garantias legais reconhecidas ao requerente.

Esta *protecção intermédia* fundada numa “união de valores” não é diametralmente oposta à “comunidade de interesses”⁴²,

⁴² Há mesmo casos em que estes dois vectores se encontram intimamente ligados, como na situação prevista na Directiva 2004/81/CE do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao título de residência concedido aos nacionais de países terceiros que sejam vítimas do tráfico de seres humanos ou objecto de uma acção de auxílio à imigração ilegal, e que cooperem com as autoridades competentes. De acordo com esta Directiva, às vítimas pode ser concedida uma autorização temporária de resi-

que marcou a etapa fundacional da agora União Europeia, já que se pretende promover um nível harmonizado de protecção, evitando, ao mesmo passo, a introdução, manutenção ou aprofundamento de diferenciações prejudiciais do ponto de vista concorrencial. Com base nesta linha de ponderação, não obstante continuarem a ser os Estados a regular os fluxos de imigrantes motivados economicamente, veio a União Europeia estabelecer um nível de protecção de que aqueles imigrantes devem beneficiar no território dos Estados-membros ⁴³. No entanto, trata-se de uma harmonização que se quedou aquém do esperado (na mira da construção de uma política migratória europeia no âmbito laboral) ⁴⁴, inserindo-se no *paradigma médio de protecção* a que nos vimos referindo.

Por último, nos casos de imigração ilegal ou irregular, a aproximação da União Europeia passa pela promoção do rápido regresso do imigrante ao seu país de origem ou a um Estado de trânsito ou Estado terceiro, de acordo com o prescrito na Directiva n.º 2008/115/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro, relativa a normas e pro-

dência, mas que pode não ser renovada ou, mesmo retirada, se a vítima deixar de cooperar ou se o processo cessar. O que significa que o estatuto protector conferido pela União Europeia é precário e encontra-se tão dependente das conveniências da acção penal (e da protecção dos interesses da União) como das necessidades da protecção dos direitos das vítimas.

⁴³ Directiva 2011/98/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 2011, relativa a um procedimento de pedido único de concessão de uma autorização única para os nacionais de países terceiros residirem e trabalharem no território de um Estado-Membro e a um conjunto comum de direitos para os trabalhadores de países terceiros que residem legalmente num Estado-Membro.

⁴⁴ YVES PASCOU e SHEENA McLoughlin, *EU Single Permit Directive: a small step forward in EU migration policy*, EPC Policy Brief, 24 Janeiro 2012, disponível em <http://www.epc.eu/documents/uploads/pub_1398_eu_single_permit_directive.pdf>.

cedimentos comuns nos Estados membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular. Neste âmbito, as características de integração são marginais, podendo apenas falar-se de um *parâmetro minimalista de protecção* ⁴⁵ que, se demanda o tratamento equitativo e justo dos imigrantes na sua detenção, regresso e eventual readmissão, não evidenciava tradicionalmente preocupações com uma eventual (se possível) regularização das situações dos migrantes, deixada esta ao sabor dos Estados ⁴⁶.

Recentemente, porém, a adopção da Directiva 2013/33/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, que estabelece normas em matéria de acolhimento

⁴⁵ De acordo com ANA MARIA GUERRA MARTINS, *A igualdade e a não discriminação dos nacionais de Estados Terceiros legalmente residentes na União Europeia*, Coimbra, Almedina, 2010, pp.148-149, a União trata de forma diferente nacionais de Estados terceiros legalmente residentes e imigrantes ilegais ou irregulares. Para os primeiros a União procura “o tratamento justo e a inclusão, em relação aos segundos a palavra de ordem é prevenir o fenómeno da imigração ilegal, detectar e punir aqueles que o facilitam e fazer retornar aos seus países de origem os imigrantes legais, ou seja, a União procura combater de modo firme a imigração ilegal”. Há mesmo quem fale a este propósito de migração querida e não querida (“wanted” e “not wanted”), sendo a primeira a dos imigrantes economicamente viáveis — que deve ser reforçada — e a segunda a dos imigrantes economicamente inviáveis, que deve ser, ao máximo, travada (JESSE MORITZ, “The Selection of Migrants through Law — A Closer Look at Regulation Governing Family Reunification in the EU”, *Contesting Integration, Engendering Migration : Theory and Practice*, Floya Anthias e Mojca Pajnik (eds.), Hampshire, Palgrave Macmillan, 2014, pp. 86-101).

⁴⁶ Tal não significava, no entanto, que houvesse uma completa insensibilidade da União quanto a esta questão. Desde logo, no Acórdão Metock de 25 de Julho de 2008, proferido no processo C-127/08, o Tribunal de Justiça esclareceu que não se pode estabelecer como condição para o reagrupamento familiar a residência legal noutro Estado-Membro antes de entrar no Estado-Membro de acolhimento, podendo, portanto, tratar-se de um imigrante ilegal.

dos requerentes de protecção internacional, veio introduzir níveis de exigência adicionais neste último nível de protecção (e integração) da União, ao impor aos Estados a regulação das condições de detenção e as garantias dos requerentes detidos, as necessidades de tutela de pessoas em situação vulnerável, a atribuição, redução ou retirada das condições materiais de acolhimento, e o acesso ao ensino, formação profissional e cuidados de saúde. Chamamos em atenção, em particular, para a necessidade de os Estados passarem a admitir o acesso dos requerentes — ainda que eventualmente em condições não prioritárias e de forma temporária — ao mercado de trabalho — pelo menos nove meses a contar da data de apresentação do pedido de protecção internacional, se a autoridade competente não tiver tomado uma decisão em primeira instância e esse atraso não puder ser imputado ao requerente (artigo 15.º).

Se é certo que a real extensão destas alterações só pode ser aferida à luz das legislações de transposição dos Estados-membros, julgamos que as mesmas contribuem de forma francamente positiva para a resolução de algumas das “pontas soltas” da política migratória da União. Senão veja-se: relativamente aos imigrantes irregulares que têm vindo a trabalhar nos seus Estados de residência (e aos quais teria sido concedida uma autorização de residência se tivessem entrado legalmente no espaço da União), a execução de uma decisão de regresso e, nalguns casos, de uma proibição de readmissão ⁴⁷, que os impedirá de manter ou recuperar a sua posição laboral ⁴⁸, é

⁴⁷ De acordo com o artigo 11.º da Directiva 2008/115/CE, uma proibição de reentrada deve acompanhar necessariamente uma ordem de regresso, no caso em que esta não seja cumprida voluntariamente.

⁴⁸ Esta situação é agravada pelas sanções criminais passíveis de serem aplicadas aos empregadores, nos termos da Directiva 2009/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 18 de Junho de 2009, que esta-

uma solução que não se revela adequada, necessária e proporcional *strictu sensu* a situações de imigração irregular quando a pessoa poderia, de outra forma, manter o seu estatuto intacto ⁴⁹. Estatuto esse que, pensamos, poderá vir a manter-se à luz do artigo 15.º da Directiva 2013/33/UE, conjugada com a ponderação de bens jurídicos que os Estados levem a cabo no procedimento principal de protecção internacional. Do mesmo modo, também esta possibilidade de acesso ao mercado pode revelar-se preciosa no caso dos nacionais de países terceiros cujo regresso se revele impossível, por desde logo não haver acordos de readmissão com o Estado do qual provêm ⁵⁰.

belece normas mínimas sobre sanções e medidas contra os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular.

⁴⁹ Nestes casos, a única alternativa passaria pela mobilização da cidadania da União (de um eventual dependente) para fundar um direito derivado de permanência e uma autorização de trabalho, como sucedeu no Acórdão Zambrano do Tribunal de Justiça de 8 de Março de 2011, proferido no processo C-34/09. No entanto, pensamos, como refere IYIOLA SOLANKE, “Using the Citizen to Bring the Refugee In: Gerardo Ruiz Zambrano v Office national de l’emploi (ONEM)”, *The Modern Law Review*, Vol. 75, N.º 1, 2011, pp. 101-111, que esta situação de *bona fides* (no caso, o interessado trabalhou na Bélgica durante 5 anos, tendo solicitado asilo e autorização de residência, procedimentos que se foram prolongando no tempo e permitiram a presença prolongada do interessado no território) poderia eventualmente ser valorada independentemente da existência de um dependente que fosse cidadão da União.

⁵⁰ Nas palavras de HÉCTOR C. SILVEIRA GORSKI, “Estados Expulsores y Semipersonas En La Unión Europea”, *Revista Crítica Penal e Poder*, N.º 1, 2011, disponível em <<http://repositori.udl.cat/bitstream/handle/10459.1/46865/018055.pdf?sequence=1>> correr-se-ia o risco de, nestes casos, se embarcar num processo em que se retira qualquer direito a estes nacionais de países terceiros (e que, por isso, de “semi-pessoas” acabam por se converter em “não pessoas”). Cfr., ainda, lançando um repto neste sentido, ANA RITA GIL, “Direito e Política da União Europeia em matéria de Luta contra a Imigração Ilegal”, *Liber Amicorum em Homenagem ao Prof.*

Do *quadro de integração variável* que sucintamente procurámos descrever podemos retirar duas ilações principais.

A primeira, a de que a União Europeia tem tentado — a vários níveis — proceder a uma ponderação entre a definição de algumas características base de integração que enfatizam o valor inigualável da residência (ou permanência) na União, e a eficiência das políticas migratórias e de retorno, dentro das exigências de uma comunidade de direito ⁵¹. Ainda assim, há quem defenda que, correspondendo os direitos dos nacionais de países terceiros a uma manta de retalhos, cuja definição depende dos respectivos títulos (ou ausência deles) de residência, dos direitos dos Estados de origem e dos Estados de residência, se colocam obstáculos sérios à sua integração ⁵².

Doutor Mota de Campos, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 17-48, em especial p. 47.

⁵¹ Pode discutir-se se esta ponderação não estará já muito distante da perspectiva predominante em Tampere, que visava conceder aos nacionais de países terceiros *direitos e obrigações comparáveis a todos os cidadãos da União*, e dos pressupostos da Comunicação da Comissão sobre imigração, integração e emprego [COM (2003) 336], que definiu integração como “*a two-way process based on reciprocity of rights and obligations of third-country nationals and host societies that foresee the immigrant full participation*” (cfr. CLÍ-ODHNA MURPHY, *Immigration, Integration and the Law — The Intersection of Domestic, EU and International Legal Regimes*, Farnham, Ashgate, 2013, em especial p. 49). Note-se, no entanto, que a dimensão da cidadania e dos direitos é apenas um aspecto — ainda que fundacional — do conceito de integração, apresentando este outras dimensões essenciais como as linguísticas, sociais e económicas (neste sentido, ALASTAIR AGER e ALISON STRANG, “Understanding Integration: A Conceptual Framework”, *Journal of Refugee Studies*, Vol. 21, N.º 2, 2008, pp. 166-191). Dimensões estas que a União Europeia tem tentado incorporar nas suas políticas, de forma mais positiva do que impositiva, contrabalançando parcialmente a sua timidez reguladora.

⁵² DIMITRY KOCHENOV, “*Ius Tractum of Many Faces: European Citizenship and The Difficult Relationship Between Status and Rights*”, *Columbia Journal of European Law*, Vol. 15, 2009, pp. 169-237, p. 233.

A segunda a de que a integração é um conceito dotado de múltiplos sentidos⁵³ e passível de vários graus de concretização, não esgotando a União Europeia todos eles. De facto, os Estados membros continuam a poder não apenas completar os níveis de integração delineados pela União, como ainda definir outros níveis que complexificam o quadro global da integração⁵⁴. E tal sucede amiúde. Basta atentar, em Portugal no regime jurídico deferido aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa com residência permanente em Portugal (artigo 15.º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa) e, mais recentemente, no regime dos *Vistos Gold*, que concede direito de residência (não permanente) a cidadãos de países terceiros que invistam em Portugal⁵⁵.

⁵³ De acordo com VALSAMIS MITSILEGAS, “Immigration, Diversity and Integration: the Limits of EU Law”, *Law and Ethnic Plurality — Socio-Legal Perspectives*, Prakash Shah (ed.), Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 44, “In the development of EU law and policy in the fields, integration is seen as having a number of *diverse roles*: integration can be a *Union objective* as regards third country nationals; it can be a *means* of achieving Community or Union objectives (such as economic and social cohesion or fighting terrorism); it has been presented as a *condition* for granting rights under Community law; on the other hand it has also been used as *protective concept* enhancing security of residence”.

⁵⁴ Para uma identificação da ampla diferenciação dos regimes jurídico-constitucionais e legais aplicáveis, em Portugal, aos estrangeiros, cfr. MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros na Ordem Jurídica Portuguesa: Uma Perspetiva Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2013.

⁵⁵ Estes regimes não são insensíveis do ponto de vista da União, na medida em que há possibilidade de circulação no espaço Schengen e de reagrupamento familiar. No caso dos *Vistos Gold*, trata-se de um regime que, apesar de não ser inédito nos Estados-membros (havendo similares institutos na Irlanda e França), não tem sido imune a severas críticas. Cfr. Lei n.º 29/2012, de 9 de agosto, que introduziu a primeira alteração à Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, que aprovou o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional

b) Selectividade

Como consequência dos múltiplos interesses que se cruzam nas áreas da mobilidade e da migração, a aproximação da União Europeia tende a ser selectiva, suportando-se num *princípio de diferenciação*. Este princípio encontra vários reflexos, tanto ao nível substantivo, como aos níveis territorial, temporal e profissional.

i. Do ponto de vista *substantivo*, não obstante o amplo domínio de competências comunitárias nesta área — expressamente estipuladas nos artigos 77.º a 79.º do TFUE —, é nítido que a União tem vindo a aplicar o método dos “pequenos passos” também ao *espaço de liberdade, segurança e justiça*. Tanto resulta não só da paulatina consolidação deste *espaço* ao longo da evolução dos Tratados, como ainda da necessidade que a União Europeia tem sentido em definir prioridades temáticas de intervenção ⁵⁶. Se não há áreas de regulação que devam ser negligenciadas pelo legislador comunitário — dada a sua influência recíproca — a importância relativa destas foi-se alterando ao longo dos anos, de tal forma que hoje, apesar de alguns dados numéricos ⁵⁷, a luta contra a imigração ilegal, entendida

(e Despachos n.ºs 11820-A/2012, de 4 de Setembro e n.º 1661-A/2013, de 28 de Janeiro) e MAÍRA LOTT, “Golden Visa: uma abordagem legal sobre o regime que se insurge como a oportunidade!”, *Análise Jurídica* — *Direito Imobiliário*, Março, 2013, pp. 29-31.

⁵⁶ Como as identificadas na Comunicação da Comissão sobre as prioridades da política de luta contra a imigração clandestina de nacionais de países terceiros [COM/2006/0402 final].

⁵⁷ De acordo com CHRISTAL MOREHOUSE e MICHAEL BLOMFIELD, *Irregular Migration in Europe*, Migration Policy Institute, 2011, p. 3, disponível em <<http://www.migrationpolicy.org/pubs/tcmirregularmigration.pdf>>: “Over the last decade, the estimated stock of unauthorized migrants in the EU-158 has decreased. Since 2007, data have been available for

como uma via de facilitação do crime organizado, do tráfico de seres humanos e do terrorismo — e bem assim uma ameaça às próprias fundações da União — tem sido vista como a prioridade da acção da União em matéria de migração, como resulta do Programa de Estocolmo — Uma Europa Aberta e Segura Que Sirva e Proteja os Cidadãos (2010/C 115/01).

ii. De uma perspectiva *territorial*, mesmo que a União Europeia tenha como objectivo último a construção de uma política migratória global, de forma a potenciar a sua eficácia, razões de praticabilidade e de possibilidade ditam que as parcerias com o exterior sejam concluídas ao nível bilateral e regional, designadamente quanto à conclusão de acordos que tenham por objectivo a readmissão de imigrantes ou de facilitação de emissão de visas. E, mesmo neste âmbito, em razão sobretudo dos ciclos migratórios, são estabelecidas claras prioridades geográfica, como as definidas nas Comunicações da Comissão sobre os Programas Regionais de Protecção [COM(2005) 388 final] e sobre a Abordagem Global para a Migração e a Mobilidade [COM(2011) 743 final].

iii. De um ângulo *temporal*, a União Europeia visa promover a circularidade nos fluxos migratórios, pela criação de mecanismos eficazes que forcem (no caso da imigração ilegal) ou persuadam (no caso da imigração legal) ao regresso, em princípio, com destino ao Estado de origem. A circularidade é considerada, nesta última hipótese, como uma medida positiva, tanto para o Estado de origem, ao contribuir para o seu desenvolvimento e qualificação, como pelo Estado de acolhi-

detected annual flows into Member States, which also show an overall decline. The reduced detected flow coincides with an increase in border protection policies and the onset of the global economic crisis”. Crisis”. Para os últimos dados oficiais disponíveis sobre migração, consultar http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Migration_and_migrant_population_statistics.

mento, ao permitir a gestão mais flexível das suas necessidades laborais e limitar o impacto dos fluxos migratórios nos seus sistemas sociais e de saúde ⁵⁸. Esta circularidade pode ser promovida através da coordenação das políticas de emprego e de segurança social e de regras que permitam a portabilidade de direitos ou através da atribuição de auxílios financeiros que ajudem na procura de emprego ou no estabelecimento por conta própria, facilitando a reintegração dos imigrantes no seu Estado de origem ⁵⁹.

iv. Do ponto de vista *profissional*, a política da União Europeia relativamente à migração e mobilidade tem vindo a revelar-se crescentemente selectiva no que se refere à formação/qualificações dos nacionais de países terceiros ⁶⁰. De facto, para além da Directiva do Conselho 2004/114/CE, 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 não remunerada ou de voluntariado e da Directiva do Conselho 2005/71/CE de 12 de Outubro de 2005, relativa a um procedimento específico de admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de investigação científica, também a Directiva do Conselho 2009/50/CE, de 25 de Maio de 2009, que estabeleceu o Cartão Azul da UE, incluem prescrições mais específicas e

⁵⁸ Cfr. MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, “La Migración Circular. Una Nueva Perspectiva Comunitaria en la Gestión de las Migraciones”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, N.º 17, 2009, pp. 53-67.

⁵⁹ Veja-se a Comunicação da Comissão relativa a migração circular e às parcerias para a mobilidade entre a União Europeia e países terceiros [COM(2007) 248 final].

⁶⁰ Já no que se refere aos cidadãos dos Estados-membros, uma aproximação sectorial (focada num determinado grupo de migrantes como os estudantes) foi substituída por uma aproximação mais geral definida na Directiva 2004/38/CE, dada a relevância reconhecida ao estatuto da cidadania da União.

generosas do que os regimes relativos à entrada e permanência normalmente aplicáveis, tendo em vista precisamente o objectivo de cativar estudantes e profissionais áreas de relevo inseridas nas políticas de investigação e desenvolvimento dos Estados membros.

Mas, não obstante esta marcada selectividade da política de migração da União, os fundamentos de diferenciação, ao nível regulatório e operacional, não são irrelevantes, já que os critérios fundados em traços/características subjectivos devem ser vistos com particular circunspecção e cautela.

Se situações há em que aqueles critérios podem ser legitimamente mobilizados para prevenir ou reagir contra a entrada e permanência de imigrantes (como sucede com as características pessoais que permitem inferir violações da ordem pública, segurança pública e saúde pública), outras distinções, se baseadas em motivos étnicos, religiosos ou raciais, devem ter-se por inaceitáveis, sempre que representem uma violação do *princípio da não discriminação*⁶¹, reflexo do princípio mais amplo da *dignidade da pessoa humana*⁶². Na medida

⁶¹ A migração é uma das áreas na qual proceder ao “*mainstream*” do princípio da não discriminação é mais difícil, dada a amplitude discricionária de que gozam os poderes públicos. Este é ainda um domínio em que as questões de discriminação múltipla surgem frequentemente, devendo ser adequadamente consideradas, como resulta do Relatório da União Europeia, *Tackling Multiple Discrimination Tackling Multiple Discrimination: Practices, policies and laws*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxemburgo, 2007. Cfr., igualmente, JESS BULLOCK e ANNICK MASSELOT, “Multiple Discrimination and Intersectional Disadvantages: Challenges and Opportunities in the European Union Legal Framework”, *The Columbia Journal of European Law*, Vol. 19, N.º 1, 2012-2013, pp. 57-82, e REBBECA DOWD, “Dissecting Discrimination in Refugee Law: an Analysis of its Meaning and its Cumulative Effect”, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 23, N.º 1, 2011, pp. 28-53.

⁶² Este é um princípio que está no coração do processo de constitucionalização europeu, desde a Declaração Universal de Direitos do

em que as situações de discriminação directa são cada vez mais residuais, a maioria das questões tem-se centrado na aferição dos motivos subjacentes às opções normativas e de acção pública ⁶³. De facto, existe uma linha ténue entre o uso de critérios suspeitos e, por exemplo, a definição de uma lista de países seguros e não seguros para efeitos de emissão de vistos, o que levanta reservas sobre a neutralidade da política migratória da União.

Tendo este elemento em consideração, a resposta à questão de saber se é possível uma política migratória da União respeitadora dos direitos fundamentais depende do balanço instável que se faça entre a natureza universal destes e a aproximação selectiva da União Europeia.

O tratamento dos nacionais de Estados terceiros tornou-se, desde o Conselho Europeu de Tampere, de 1999, uma

Home (1948), e ancorado hoje nas tradições constitucionais comuns dos Estados-membros, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Este princípio inclui tanto obrigações negativas como positivas, não obstante a margem de discricção dos Estados (cfr. CATHERINE DUPRÉ, “Human Dignity in Europe: A Foundational Constitutional Principle”, *European Public Law*, Vol. 19, N.º 2, 2013, p. 338). Veja-se como tanto o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem como o Tribunal de Justiça da União já decidiram que o funcionamento cego das normas do sistema de asilo europeu podiam inglingir um tratamento cruel e degradante ao requerente de asilo, violando assim a sua dignidade pessoal [cfr. Acórdão M.S.S. c. Bélgica e Grécia, de 21 de Janeiro de 2011 (Requerimento no. 30696/09) e Acórdão M.E. e o. de 21 de Dezembro de 2011 (proferido nos processos C-411/10 e C-493/10)]. Cfr., ainda, GINA CLAYTON, “Asylum Seekers in Europe: M.S.S. v Belgium and Greece”, *Human Rights Law Review*, Vol. 11, N.º 4, 2011, pp. 758-773.

⁶³ Sobre as situações de discriminação directa e indirecta, cfr. o nosso “Princípio da Não Discriminação em Razão do Sexo na Ordem Jurídica Comunitária”, *Temas de Integração*, N.º 8, 2.º Semestre, 1999, pp. 93-158.

das preocupações essenciais da União Europeia, hoje expressamente acolhida no artigo 67.º, n.º 2 do TFEU. Portanto, o respeito dos direitos fundamentais reconhecidos a qualquer pessoa, independentemente do seu estatuto à luz do direito dos “estrangeiros”, são valores subjacentes às decisões tomadas ao nível da União (artigo 2.º do TUE). Parece igualmente razoável afirmar que a natureza vinculativa da Carta dos Direitos Fundamentais — acrescentando um nível adicional de protecção dos direitos fundamentais na União Europeia — e as amplas competências de controlo judicial do Tribunal de Justiça na área da liberdade, segurança e justiça, após o Tratado de Lisboa, podem traduzir-se em maiores hipóteses de harmonização e de convergência de critérios entre os Estados membros e também no desenvolvimento de boas práticas no seio da União ⁶⁴.

Até ao momento, algumas decisões judiciais auxiliaram a fazer pender a balança a favor dos direitos fundamentais reconhecidos na área da *liberdade, segurança e justiça*. Sem nos querermos delongar nos já conhecidos casos Kadi (I e II) — que afirmaram a autonomia dos parâmetros de direitos fundamentais no seio da União ⁶⁵ —, também no caso El Dridi, o Tribunal de Justiça censurou que a mera entrada ilegal ou permanência ilegal num Estado pudesse justificar a aplicação de uma sanção severa de natureza criminal (no caso pena de

⁶⁴ Para CARMEN PÉREZ-GONZÁLEZ, *Migraciones Irregulares y Derecho Internacional — Gestión de los Flujos Migratorios, Devolución de Extranjeros en Situación Administrativa Irregular y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 101-138, fazem parte do corpo dos direitos fundamentais a respeitar o princípio do *non refoulement* (que assume carácter de *ius cogens*), e os princípios da não discriminação, proporcionalidade, respeito da vida familiar e proibição da arbitrariedade.

⁶⁵ Proferidos pelo Tribunal de Justiça, respectivamente, nos processos C-402/05 P e C-415/05 e nos processos apensos C-584/10 P, C-593/10 P and C-595/10 P.

prisão), uma vez que tal poderia privar a Directiva 2008/115 do seu efeito útil, isto é de regresso do imigrante ao seu país de origem ⁶⁶.

Permanecem, no entanto, pontos de fricção, como sucede com o controlo das condições de “detenção” dos imigrantes irregulares resultante do acabrunhamento das autoridades públicas na regulamentação destas questões ⁶⁷. Outro potencial ponto de atrito prende-se com o princípio da não repulsão (ou do *non-refoulement*), expressamente consagrado no artigo 78.º, n.º 1 do TFUE e no artigo 19.º da Carta dos Direitos Fundamentais (ainda que corresponda a apenas um

⁶⁶ Esta argumentação, ainda que assentando em critérios de efectividade do direito da União, não deixa de afirmar os princípios da proporcionalidade e da subsidiariedade na concretização deste direito (Acórdão de 28 de abril de 2011, proferido no processo C-61/11 PPU). Mais recentemente, cfr. os desenvolvimentos no Acórdão Md Sagor, de 6 de Dezembro de 2012, proferido no processo C-430/11.

⁶⁷ A Directiva retorno tem sido aquela que tem recebido mais críticas de falta de generosidade relativamente ao tratamento dos imigrantes ilegais (cfr. ENRIQUE LINDE PANIAGUA, “Prólogo: Sombras en la Política de Inmigración en la Unión Europea, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, N.º 17, 2009, pp. 9-15; Izabella Majcher, “Crimmigration” in the European Union through the Lens of Immigration Detention, Global Detention Project Working Paper No. 6, Setembro, 2013, disponível em <<http://www.globaldetentionproject.org/publications/working-papers/crimmigration.html>>). Não obstante, tendo em vista o objectivo último da mesma — o do rápido regresso dos imigrantes — a Directiva não esquece (talvez com excepção da regulamentação da proibição de entrada, no artigo 11.º), a dimensão da proporcionalidade, pois estabelece um procedimento que obedece a uma lógica de gradação e de limitação dos poderes públicos no caso de detenção (cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça Kadzoev, de 30 de Novembro de 2009, proferido no processo C-357/09 PPU, e ANA RITA GIL, «A Detenção de Imigrantes na Jurisprudência Nacional e Internacional», *Revista do Ministério Público*, N.º 125, Jan.-Mar. 2011, pp. 123-143). Consideramos, ainda, que a Directiva 2013/33/UE pode representar um marco positivo nesta matéria.

segmento normativo desta disposição). De acordo com este princípio, o regresso forçado de nacionais de países terceiros, seja ordenado directamente, seja determinado indirectamente (por exemplo, pela intercepção de embarcações e realização de operações de *push-back*), deve garantir que aqueles não sejam remetidos para territórios ou Estados nos quais os seus direitos fundamentais sejam colocados em risco ⁶⁸.

IV. Mobilidade e migração: que caminho para a União Europeia?

A lógica nós/outros encontra-se enraizada na vida social e política, mas há áreas em que essa dualidade é omnipresente:

⁶⁸ Cfr. Acórdão Hirsi Jamaa do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, de 23 de Fevereiro de 2012 (requerimento n.º 27765/09), no qual este Tribunal considerou que a intercepção em alto mar de um grupo de imigrantes somalis e eritreus pelas forças armadas italianas e seu regresso para a Líbia, de onde embarcação saía violava a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Cfr., ainda, SONJA BUCKEL, *Welcome to Europe* — *Die Grenzen des Europäischen Migrationsrechts* — *Juridische Auseinandersetzungen um das “Staatsprojekt Europa*, Bielefeld, Transcript, 2013, que afirma a eficácia extraterritorial do princípio do *non-refoulement*, eficácia tanto mais necessária quando a lógica do controlo da migração passa agora pelo seu *offshoring* (pp. 228-331); e DIANA-URANIA GALETTA, “Il Diritto di Asilo in Italia e Nell’Unione Europea Oggi: Fra Impegno a Sviluppare una Politica Comune Europea, Tendenza all’“Esterneizzazione” e Politiche Nazionali di Gestione Della C.D. “Emergenza Immigrazione””, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Vol. 20, 2010, pp. 1449-1470. C. W. WOUTERS, *International Legal Standards for the Protection from Refoulement*, Oxford, Hart Publishing, 2009, pp. 16-22, disponível em <<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/13756/000-wouters-B-25-02-2009.pdf?sequence=2>>, explora igualmente a dimensão extraterritorial do princípio da não repulsão, considerando os Estados responsáveis sempre que tenham controlo efectivo sobre território estrangeiro ou lhes sejam atribuíveis (ou imputáveis) as condutas (acções ou omissões) em causa.

como pensar em política migratória sem empregar os conceitos básicos de inclusão/exclusão, identidade/alteridade?

Contudo, é necessário que a diferenciação e a selectividade que marcam a política migratória da União ⁶⁹ sejam orientadas por critérios e objectivos que permitam levar a cabo uma ponderação adequada entre os interesses encabeçados pela União e pelos seus Estados-membros e as exigências de um tratamento equitativo devido a todos aqueles que com elas entram em contacto.

Assim, na concretização da margem de discricionariedade que pode e deve ser exercitada pelos Estados e pela União Europeia, não deve haver lugar a assunções, conjecturas ou, mesmo, leves indícios na definição de medidas restritivas do fenómeno migratório ⁷⁰. Todas as acções tomadas ao nível

⁶⁹ Diferenciação e selectividade que, se não podem ser erradicadas, podem ser ajustadas, não obstante a situação de complexidade que marca o *espaço de liberdade, segurança e justiça* (cfr. parte I do presente artigo), e a relutância dos Estados em ceder espaços de regulação, desde logo no âmbito da imigração laboral. Note-se que, se tomarmos como base o modelo da “associative ownership” proposto por RIGAN PEVNICK, *Immigration and the Constraints of Justice — Between Open Borders and Absolute Sovereignty*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, em especial pp. 7-18, conseguimos encontrar similaridades com a política migratória da União: em ambos os casos promovem-se programas de recrutamento de trabalhadores convidados e altamente qualificados e colocam-se teoricamente menos restrições à recepção de refugiados e de titulares do direito de asilo. Há, portanto, algum fundamento teórico para as opções tomadas pela União Europeia; resta, porém, não esquecer quem se encontra nas margens desse direito.

⁷⁰ Sobre a necessidade de uma nova “rule of law” para lidar com os desafios da “rule of law”, em especial ultrapassando uma política baseada em informação anedótica e medos políticos, para uma política baseada em evidências e provas, cfr. SERGIO CARRERA and ELSPETH GUILD, “The Juncker Commission: A New Start for EU Justice and Home Affairs Policy?”, CEPS Essay, n.º 15, 18 Setembro 2014, pp. 1-15, <<http://www.ceps.eu/book/juncker-commission-new-start-eu-justice-and-home-affairs-policy>>. Este receio é particularmente visível na área do direito criminal, no qual

legislativo, administrativo ou operacional não devem deixar espaço — salvo se estritamente necessário — para comportamento não transparente ou insuficientemente fundamentado.

No entanto, o encontrar de soluções de integração operativas que sejam, ao mesmo tempo, justas é um caminho difícil, nem sempre desprovido de críticas e insucessos. Mas deve reconhecer-se que a harmonização ao nível da União tem ampliado o conjunto de direitos reconhecidos aos imigrantes pelas normas de direito internacional público e constituído uma força motriz por detrás das mudanças legislativas dos Estados-membros ⁷¹.

uma política de (ab)uso da punição penal — associando imigrantes a criminosos (ou “crimigrantes”) — tem sido motivada essencialmente em razões securitárias, que não correspondem sempre às necessidades de intervenção penal. Cfr. MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH, “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, Vol. 8, n.º 2, 2011, pp. 167-204; MASSIMO DONINI, “El ciudadano extracomunitario: de “objeto material” a “tipo de autor” en el control penal de la inmigración”, *Revista Penal*, n.º 24, 2009, pp. 52-70; MARIA JOÃO GUIA, “Crimmigration, Securitisation and the Criminal Law of the Crimmigrant”, *Social Control and Justice — Crimmigration in the Age of Fear*, Maria João Guia, Maartje Van Der Voude e Joanne Van Der Leun (eds.), The Hague, Eleven International Publishing, 2013, pp. 17-39; ARJEN LEERKES, JOANNE VAN DER LEUN e GODFRIED ENGBERSEN, “Crime and Among Irregular Immigrants and the Influence of Crimmigration Processes”, *Social Control and Justice — Crimmigration in the Age of Fear*, Maria João Guia, Maartje Van Der Voude e Joanne Van Der Leun (eds.), The Hague, Eleven International Publishing, 2013, pp. 267-288; e LUIGI M. SOLIVETTI, “Looking for a Fair Country: Features and Determinants of Immigrants’ Involvement in Crime in Europe”, *The Howard Journal*, Vol. 51, N.º 2, Maio 2012, pp. 133-159.

⁷¹ Para SERGIO CARRERA, *In Search of the Perfect Citizen? The Intersection between Integration, Immigration and Nationality in the EU*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 438-449, a crescente judicialização dos processos de imigração e a sua relação com os princípios

Continua, porém, a ser essencial que se procure dar respostas adequadas e proporcionais aos problemas suscitadas pela migração, o que exige que se proceda a uma análise pormenorizada da complexidade dos fenómenos migratórios, sobretudo no âmbito da migração irregular ⁷².

Naturalmente, o Tribunal de Justiça desempenha um papel fulcral no que se refere à consideração das especificidades da política migratória, mas uma estratégia política clara e realista da União Europeia e o contributo responsável e, sobretudo, solidário dos Estados são dimensões essenciais para a construção de um quadro harmonioso em matéria de migração, quadro este que se encontra ainda parcialmente em falta ⁷³.

gerais de direito da União (como os da proporcionalidade e respeito pelos direitos fundamentais) constituem os mecanismos principais para assegurar uma política comum coerente de migração, desde logo porque também limitam a discricionariedade estatal. Cfr., no mesmo sentido, VALSAMIS MITSILEGAS, “The Changing Landscape of the Criminalisation of Migration in Europe: The Protective Function of European Union Law” *Social Control and Justice — Crimmigration in the Age of Fear*, Maria João Guia, Maartje Van Der Voude e Joanne Van Der Leun (eds.), The Hague, Eleven International Publishing, 2013, pp. 87-113. Segundo ELSPETH GUILD, “Immigration and the Lisbon Treaty: Understanding the Eu’s New Role”, *A União Europeia Segundo o Tratado de Lisboa: Aspectos Centrais*, Coimbra, Almedina, pp. 157-174, o Tribunal de Justiça tem um papel moderador relevante, de forma a diminuir o risco de normas nacionais divergentes da interpretação comum demandada pelo Direito da União.

⁷² As respostas à migração ilegal devem ser direccionadas, o mais possível, para as várias situações possíveis: de ultrapassagem do período de visto ou de autorização de residência previamente concedido, de entrada ilegal, de não regresso após uma decisão para o efeito (seja por recusa do imigrante, seja por tolerância das autoridades públicas), ou de, pura e simplesmente, se ter nascido na ilegalidade.

⁷³ THOMAS GROß, “General Introduction: Towards an Administration Without Frontiers? — The Perspective of Third-Country Nationals”, *European Review of Public Law*, Vol. 21, N.º 1, 2009, pp. 21-34, pronunciava-se no sentido da inexistência de um coerente direito migratório da

Resumo: A política de migração da União Europeia tem assentado em vectores de diferenciação e de selectividade, nem sempre fundados em opções estratégicas da União, mas nas concessões (possíveis) dos seus Estados-membros. Um quadro migratório harmonioso da União exige uma reflexão cuidada sobre os instrumentos político-jurídicos existentes e sobre as situações cada vez mais complexas que aqueles são chamados a regular, dentro das exigências do Direito.

Palavras-chave: cidadania; migração; integração; equidade; solidariedade.

*European Union Policy in the Area of Migration:
Protective Network or Normative Patchwork?*

Abstract: The migration policy of the European Union has been constructed upon the basic ideas of differentiation and selectiveness, not always based on strategic options of the Union but rather on the (possible) concessions of its Member-States. A harmonious migration framework demands a careful consideration of the existing legal and political instruments and of the complex situations they are called upon to regulate, under the rule of law.

Keywords: citizenship; migration; integration; equity; solidarity.

Dulce Lopes

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

União (por não haver um conceito geral de migração e de integração) ou no sentido de uma harmonização mínima (THOMAS GROß, e ALEXANDRA TRYJANOWSKI, “Der Status von Drittstaatsangehörigen im Migrationsrecht der EU — eine kritische Analyse”, *Der Staat*, Vol. 48, N.º 2, pp. 259-277). Com as evoluções entretanto ocorridas — em especial com a revisão do sistema de protecção internacional da União e com uma primeira incursão no âmbito da migração laboral — parece estar a consolidar-se um quadro mais completo em matéria de imigração. Não obstante, ainda não se atingiu, pedindo emprestadas as expressões do Homenageado, uma forte solidariedade interna e externa, exigência fundamental para a construção de uma comunidade identitária da União (A. J. AVELÂS NUNES, *A Constituição Europeia: A Constitucionalização do Neoliberalismo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 105).