



**A CONVENÇÃO INTERNACIONAL
SOBRE A PROTECÇÃO DOS DIREITOS
DE TODOS OS TRABALHADORES
MIGRANTES E DOS MEMBROS
DAS SUAS FAMÍLIAS**

**PERSPECTIVAS E PARADOXOS
NACIONAIS E INTERNACIONAIS
EM MATÉRIA DE IMIGRAÇÃO**

**GONÇALO SARAIVA MATIAS
PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS**

25

DEZEMBRO 2007



**A CONVENÇÃO INTERNACIONAL
SOBRE A PROTECÇÃO DOS DIREITOS
DE TODOS OS TRABALHADORES
MIGRANTES E DOS MEMBROS
DAS SUAS FAMÍLIAS**

**PERSPECTIVAS E PARADOXOS
NACIONAIS E INTERNACIONAIS
EM MATÉRIA DE IMIGRAÇÃO**

**GONÇALO SARAIVA MATIAS
PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS**

A convenção internacional sobre a protecção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias: perspectivas e paradoxos nacionais e internacionais em matéria de imigração/
Gonçalo Saraiva Matias, Patrícia Fragoso Martins – (Estudos OI; 25)
ISBN 978-989-8000-43-9
I – Matias, Gonçalo Saraiva
Martins, Patrícia Fragoso
CDU 342
314

PROMOTOR
OBSERVATÓRIO DA IMIGRAÇÃO
www.oi.acidi.gov.pt

COORDENADOR DA COLEÇÃO
PROF. ROBERTO CARNEIRO
rc@cepcep.ucp.pt

AUTORES
GONÇALO SARAIVA MATIAS
PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS

EDIÇÃO
ALTO-COMISSARIADO PARA A IMIGRAÇÃO
E DIÁLOGO INTERCULTURAL (ACIDI, I.P.)
R. ÁLVARO COUTINHO, 14, 1150-025 LISBOA
TELEFONE: (00351) 218106100 FAX: (00351) 218106117
E-MAIL: acidi@acidi.gov.pt

EXECUÇÃO GRÁFICA
EDITORIAL DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO

PRIMEIRA EDIÇÃO
1500 EXEMPLARES

ISBN
978-989-8000-43-9

DEPÓSITO LEGAL
266 822/07

LISBOA, DEZEMBRO 2007

ÍNDICE GERAL

NOTA DE ABERTURA	5
NOTA DO COORDENADOR	7
INTRODUÇÃO	13
1. APRESENTAÇÃO DO TEMA	13
2. O MOVIMENTO MIGRATÓRIO DE TRABALHADORES: CAUSAS E ENQUADRAMENTO JURÍDICO	16
3. O PAPEL DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NA REGULAÇÃO INTERNACIONAL DOS MOVIMENTOS MIGRATÓRIOS DE TRABALHADORES	21
CAP. 1. A ADOÇÃO DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A PROTECÇÃO DOS DIREITOS DE TODOS OS TRABALHADORES MIGRANTES E DOS MEMBROS DAS SUAS FAMÍLIAS	27
1. ANTECEDENTES DA CONVENÇÃO	27
2. TRABALHOS PREPARATÓRIOS E NEGOCIAÇÃO	28
3. O PROCESSO DE RATIFICAÇÃO	30
CAP. 2. O CONTEÚDO DA CONVENÇÃO: ESTRUTURA, DEFINIÇÃO E TIPOS DE DIREITOS CONFERIDOS AOS TRABALHADORES MIGRANTES E MEMBROS DAS SUAS FAMÍLIAS	37
1. APRESENTAÇÃO GERAL DA CONVENÇÃO	37
2. OS DIREITOS CONSAGRADOS NA CONVENÇÃO	42
3. O ESTATUTO DOS IMIGRANTES ILEGAIS, EM ESPECIAL	46
CAP. 3. A CONVENÇÃO E O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA	55
1. A DIFÍCIL RATIFICAÇÃO PELOS ESTADOS-MEMBROS DA UNIÃO EUROPEIA E SUAS EVENTUAIS RAZÕES JUSTIFICATIVAS	55

2. OS INCENTIVOS PARA A ADEÇÃO À CONVENÇÃO PELOS ESTADOS-MEMBROS: EM ESPECIAL, O PARECER DO COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU	69
3. O REGIME COMUNITÁRIO APLICÁVEL AOS TRABALHADORES MIGRANTES	72
3.1. A liberdade de circulação de trabalhadores	72
3.2. Os trabalhadores imigrantes e o Direito da União Europeia	83
3.2.1. Em geral, a política de imigração na União Europeia	84
3.2.2. Elenco dos actos comunitários adoptados em matéria de imigração	96
3.2.3. Síntese dos actos comunitários mais significativos em matéria de imigração	103
CAP. 4. A CONVENÇÃO E O SEU IMPACTO NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA	123
1. A CONVENÇÃO E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EQUIPARAÇÃO	123
2. O REGIME JURÍDICO PORTUGUÊS APLICÁVEL AOS TRABALHADORES MIGRANTES	137
3. EVENTUAIS CONSEQUÊNCIAS DA DESCONFORMIDADE DA LEGISLAÇÃO INTERNA COM O CONTEÚDO DA CONVENÇÃO – BREVE REFERÊNCIA	164
CAP. 5. O FUTURO DA CONVENÇÃO E CONSIDERAÇÕES FINAIS	169
CAP. 6. BIBLIOGRAFIA	173

NOTA DE ABERTURA

A Convenção das Nações Unidas para a protecção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e suas famílias constitui um verdadeiro *nó górdio* do direito internacional. Apesar de ter sido aprovada em Dezembro de 1990 – há 17 anos, portanto – só recolheu a ratificação de 37 Estados, sendo que nenhum dos grandes países de acolhimento de imigrantes a ratificou, nem parece que tal vá acontecer em breve.

Surge, naturalmente, a pergunta: «*Porquê?*». Como é possível que uma Convenção internacional, no domínio da protecção de direitos de trabalhadores, tenha estas resistências? A resposta parece óbvia para alguns, que defendem que a ambição da Convenção foi excessiva, nomeadamente no que diz respeito à extensão da protecção de direitos a **todos** os migrantes e suas famílias. Essa opção desperta uma animosidade militante dos principais países de acolhimento. Talvez tenha um fundo de verdade. A *realpolitik*, geralmente, não se compadece com boas intenções. Mas isso equivale, obrigatoriamente, a ignorar por completo a Convenção, como se se tratasse de um «*tudo ou nada*»?

Importa assim, enquanto dura este bloqueio, olhar para o que a Convenção nos trouxe de positivo e que desafios nos coloca. Devemos, desde logo, afirmar que, como é evidenciado neste estudo do Observatório da Imigração, se reconhecem os méritos da abordagem humanista que a Convenção propõe. A protecção da dignidade humana, em absoluto, está acima, na ordem jurídica e na avaliação ética, da gestão administrativa da permanência de um cidadão estrangeiro num dado país. Para que isto aconteça, é necessário definir com exactidão o núcleo de direitos essenciais da pessoa humana que nunca pode ser posto em causa. Deve existir, no entanto, bom senso na definição dos seus limites, para garantir a adesão de todas as partes, nomeadamente os Estados que se vêm a braços com grandes pressões migratórias irregulares.

Uma outra dimensão a ter em conta é a possibilidade das legislações nacionais absorverem os elementos mais significativos da Convenção, ainda que a não tenham formalmente

ratificado. Mais importante do que saber se, no aspecto formal, Portugal fez ou não a ratificação da Convenção, é perceber se, no domínio substancial, o nosso país está longe ou perto do seu espírito. Nesse sentido, podemos afirmar que o nosso país adoptou já várias medidas que estão para além do que a Convenção impõe, garantindo direitos alargados aos migrantes. Como exemplo, a protecção no acesso à saúde por parte de imigrantes irregulares, que no caso das crianças é acrescido do acesso à educação, são algumas das evidências. Soma-se a estas medidas, o acesso dos imigrantes irregulares a serviços dos CNAI e CLAI, bem como da Linha SOS Imigrante, numa perspectiva de atendimento adequado, rigoroso e amigável, ainda que respeitando, como não podia deixar de ser, os limites da lei no que toca à sua regularização.

Portugal não pode ignorar que é, quantitativamente, mais um país de origem, do que um país de destino. A protecção dos direitos dos trabalhadores migrantes é, desde logo, uma responsabilidade em relação aos nossos milhões de emigrantes espalhados pelo mundo. Não nos cansamos – e bem – de exigir aos países que acolhem estes emigrantes que os tratem dignamente, respeitando os seus direitos essenciais. Para que a nossa reivindicação seja credível, devemos ter a mesma exigência em relação à nossa forma de acolher os imigrantes que nos procuram. E a melhor forma de o podermos fazer é interpretar generosamente o espírito da Convenção e aplicá-lo na ordem interna, até ao limite da sensatez, independentemente da sua ratificação.

Quanto mais próximos estivermos da Convenção – ainda que não totalmente identificados – melhor será a nossa política de acolhimento e integração de imigrantes e mais credibilidade teremos na defesa dos nossos emigrantes. Nesse contexto, importa agradecer aos autores do presente estudo – Gonçalo Saraiva Matias e Patrícia Fragoso Martins – pelo excelente trabalho realizado e pelo contributo dado para que Portugal se aproxime mais alguns passos do espírito da Convenção.

RUI MARQUES

ALTO COMISSÁRIO PARA A IMIGRAÇÃO E DIÁLOGO INTERCULTURAL

NOTA DO COORDENADOR

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adoptada em 10 de Dezembro de 1948 pela Organização das Nações Unidas, representou um passo gigantesco da humanidade no sentido da afirmação de uma ética superior de relacionamento entre as Pessoas, os Povos, as Nações e os Estados. Esse documento histórico reconhece expressamente no seu Preâmbulo:

- *a dignidade inerente a todos os membros da família humana e ainda que os seus direitos iguais e inalienáveis constituem o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo;*
- *que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a actos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem;*
- *que é essencial a protecção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão;*
- *que a sua proclamação constitui um ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efectivos tanto entre as populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição.*

A Declaração Universal dos Direitos Humanos consagra designadamente nos seus artigos 13.º, 23.º e 25.º direitos fundamentais da pessoa cuja matriz importa aqui recordar.

Artigo 13.º: Toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado. Toda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país.

Artigo 23.º: Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à protecção contra o desemprego. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de protecção social. Toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses.

Artigo 25.º: Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar, principalmente quanto à alimentação, ao vestuário, ao alojamento, à assistência médica e ainda quanto aos serviços sociais necessários, e tem direito à segurança no desemprego, na doença, na invalidez, na viuvez, na velhice ou noutros casos de perda de meios de subsistência por circunstâncias independentes da sua vontade. A maternidade e a infância têm direito a ajuda e a assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimónio, gozam da mesma protecção social.

Na ordem jurídica que conhecemos a lei existe para proteger os mais fracos, o direito é uma plataforma de defesa dos mais vulneráveis.

Assim, o nosso conceito de civilização é indissociável da existência de ordenamentos jurídicos que vinculam os Estados e defendem os cidadãos designadamente os mais destituídos que, por força das adversidades, buscam trabalho num país diferente do seu e se defrontam com a contingência de reorganizar o respectivo agregado familiar, quantas vezes fracturado pela condição migrante de uma sua parte constituinte.

Foi neste entendimento que a Resolução n.º 45/158 da Assembleia-Geral das Nações Unidas, de 18 de Dezembro de 1990, adoptou a «Convenção internacional sobre a protecção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias». Esta Convenção entrou em vigor em 1 de Julho de 2003 após a ratificação pelos primeiros vinte Estados-Partes.

Trata-se de um dos sete tratados internacionais em matéria de direitos humanos elaborados no âmbito das Nações Unidas o qual vem contemplar a protecção internacional de determinados direitos humanos fundamentais, definidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, para todos os trabalhadores migrantes e suas famílias, reconhecendo nomeadamente que todos os trabalhadores migrantes devem gozar de determinados direitos fundamentais protegidos por normas internacionais.

O facto de apenas uma minoria de Estados (37) ter procedido à ratificação desta Convenção Internacional não deixa de ser um sintoma preocupante de egoísmo e um sinal de subalternização dos direitos fundamentais de centenas de milhões de pessoas que têm direito à dignidade e à felicidade como qualquer outro cidadão do Estado que elegem como destino da sua mobilidade.

O argumento dos migrantes irregulares padece de manifesta insuficiência.

Por um lado, a condição «irregular» ou «indocumentada» nunca poderá ser esgrimida como razão de discriminação em matéria de direitos fundamentais da pessoa. Por outro lado, quantas vezes o migrante irregular é objecto de exploração desumana por parte de organizações criminosas que se aproveitam da sua especial vulnerabilidade, pelo que a sua destituição em matéria de direitos essenciais à preservação da dignidade pessoal acaba por se traduzir numa dupla vitimização.

Hoje, uma métrica indiscutível de humanidade e de civilização consiste na justiça e na equidade com que cada Estado trata os imigrantes que o demandam.

O estudo meticuloso em boa hora levado a cabo pelos investigadores Gonçalo Saraiva Matias e Patrícia Fragoso Martins – a quem manifestamos o nosso mais sentido reconhecimento – evidencia um défice de humanidade e de civilização por parte da União Europeia na sua relutância em ratificar a Convenção internacional sobre a protecção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias.

Portugal, que teve papel preponderante na elaboração da Convenção, não pode alienar a sua especial responsabilidade na matéria. Quanto mais não seja por se continuar a afirmar como um país predominantemente de emigração que, ao longo da história recente, não se cansa de proclamar os direitos dos portugueses emigrados nas mais diversas paragens que escolheram livremente como seu destino de vida.

Formulamos, pois, o voto de que uma Europa sábia e aberta ao mundo não deixe passar o 20.º aniversário da data de adopção da Convenção sem uma tomada de posição favorável à sua ratificação, dando assim um exemplo claro de liderança no plano dos valores e transmitindo uma mensagem inequívoca de esperança no concerto das nações.

ROBERTO CARNEIRO

COORDENADOR DO OBSERVATÓRIO DA IMIGRAÇÃO DO ACIME

Lisboa, 5 de Dezembro de 2007

**A CONVENÇÃO INTERNACIONAL
SOBRE A PROTECÇÃO DOS DIREITOS
DE TODOS OS TRABALHADORES
MIGRANTES E DOS MEMBROS
DAS SUAS FAMÍLIAS
PERSPECTIVAS E PARADOXOS
NACIONAIS E INTERNACIONAIS
EM MATÉRIA DE IMIGRAÇÃO**

INTRODUÇÃO

1. APRESENTAÇÃO DO TEMA

I. A imigração tem representado um importante desafio para as ordens jurídicas dos Estados. A necessidade de integração do estrangeiro, a definição dos seus direitos e obrigações, a articulação com as regras de atribuição da cidadania são alguns dos aspectos que mais têm preocupado legisladores e actores judiciais um pouco por todo o mundo.

Neste contexto assume particular importância a definição dos direitos dos chamados «trabalhadores migrantes». Na verdade, a crescente mobilidade, decorrente da generalização das viagens, da globalização, acompanhada de uma maior consciência das assimetrias nacionais, levou ao desejo concretizável de importantes movimentos de pessoas. Estes movimentos têm na base motivações muito diversas. Pode, contudo, continuar a apontar-se a procura de trabalho como uma das principais causas dos movimentos migratórios.

Assim, de acordo com dados das Nações Unidas, a esmagadora maioria dos migrantes mundiais que não são refugiados, deixou os seus países de origem em busca de melhores condições económicas¹.

Importa, assim, procurar enquadrar juridicamente os direitos dos trabalhadores migrantes e das suas famílias, de modo a que estes trabalhadores não se encontrem desprotegidos, perante sociedades desconhecidas que possam, porventura, procurar tirar partido da sua conjuntural situação de desigualdade. Exemplos recentes demonstram, ainda, que estes trabalhadores se encontram particularmente vulneráveis à acção de redes de imigração clandestinas, das quais vêm a revelar-se, infelizmente, as principais vítimas.

¹ Cf. ZLOTNICK, HANIA, International Migration Trends since 1980. *International Migration and the Millenium Goals*. Marrakech: UNFPA, 2005, p. 5.

II. Com este propósito, foi adoptada pela Resolução n.º 45/158 da Assembleia-Geral das Nações Unidas, a 18 de Dezembro de 1990, a «Convenção internacional sobre a protecção dos direitos de todos os trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias» (doravante a «Convenção»). Esta Convenção entrou em vigor em 1 de Julho de 2003 após a ratificação pelos primeiros vinte Estados-Partes.

A referida Convenção tem por objectivo, tal como referido no Parecer do Comité Económico e Social Europeu (CESE), que analisaremos adiante, «a protecção dos direitos humanos e da dignidade das pessoas que emigram por razões económicas ou laborais em todo o mundo, mediante legislações adequadas e boas práticas nacionais». Neste contexto, «a promoção da democracia e dos direitos humanos devem constituir a base comum para uma adequada legislação internacional relativa às políticas migratórias». Acresce que a Convenção garante ainda «o equilíbrio das diversas situações, tanto nos países de origem como nos países de acolhimento (...)». Trata-se de um dos sete tratados internacionais em matéria de direitos humanos elaborados no âmbito das Nações Unidas e «reconhece a protecção internacional de determinados direitos humanos fundamentais, definidos na Declaração Universal dos Direitos do Homem, para todos os trabalhadores migrantes e suas famílias»².

Na verdade, a Convenção (i) codifica de modo integral e universal os direitos dos trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias, com base no princípio da igualdade de tratamento; (ii) define os direitos aplicáveis a todos os imigrantes em situação regular e irregular; (iii) estabelece normas mínimas de protecção dos direitos civis, económicos, políticos, sociais e de trabalho; e (iv) reconhece que

todos os trabalhadores migrantes devem gozar de determinados direitos fundamentais protegidos por normas internacionais³.

III. A Convenção procura, pois, alargar aos trabalhadores migrantes um conjunto de direitos que são típicos dos cidadãos dos Estados.

² Parecer do Comité Económico e Social Europeu sobre a «Convenção internacional para os trabalhadores migrantes» (JO n.º C 302, de 7 de Dezembro de 2004), disponível em: http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/site/pt/oj/2004/c_302/c_30220041207pt00490052.pdf, p. 49.

³ *Ibidem*.

A generalização dos direitos fundamentais, a sua internacionalização e, a consideração da dignidade da pessoa humana como traço característico subjacente àqueles direitos, afasta o entendimento segundo o qual a protecção dos direitos humanos depende da qualidade de cidadão⁴.

Hoje é, pois, titular de direitos fundamentais toda e qualquer pessoa humana e não apenas os cidadãos. As Constituições modernas, que elevam a dignidade da pessoa humana ao fundamento último da consagração de direitos fundamentais, não podem recusar estes direitos a estrangeiros apenas porque estes não possuem a qualidade de cidadãos. A qualidade de pessoa humana sobrepõe-se, assim, à cidadania enquanto critério de atribuição de direitos fundamentais.

Os denominados direitos de cidadania ficam, desta forma, reduzidos àqueles direitos que possuam uma ligação incidível ao estatuto de cidadão. Ora, constituindo a dignidade da pessoa humana a pedra de toque dos direitos fundamentais, fácil é concluir que a generalidade dos direitos fundamentais estejam indissociavelmente ligados à pessoa humana, independentemente do estatuto de cidadão.

Tudo isto para concluir que os direitos que alguns Estados vinham reservando aos seus nacionais devem ser alargados a uma comunidade muito mais vasta, na qual se integram os trabalhadores migrantes.

IV. O conteúdo da Convenção apresentar-se-ia, pois, em face deste novo paradigma, como um texto pacífico e consensual. Na verdade, para além de uma referência aos direitos fundamentais consagrados na generalidade das Constituições modernas, a Convenção centra boa parte da sua atenção em torno dos direitos dos trabalhadores – também estes integrados no catálogo dos direitos fundamentais – adaptando-os às necessidades específicas dos trabalhadores migrantes.

⁴ Cf. CHOLEWINSKY, RICHARD, *Protection of the Human Rights of Migrant Workers and Members of their Families under the UN Migrant Workers Convention as a Tool to Enhance Development in the Country of Employment*. UN. 2005, disponível em: <http://www.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/cholewinski.doc>, p. 10.

Todavia, a morosidade e complexidade do processo de ratificação desmente esta afirmação. Com efeito, a Convenção entrou em vigor decorridos treze anos após a sua aprovação e sem contar com a ratificação dos mais significativos Estados do mundo ocidental. Este facto é, de resto, eloquente. A falta de entusiasmo dos países desenvolvidos parece querer significar que o tratamento dos trabalhadores migrantes vai ali continuar a estar sujeito ao velho paradigma. E tal facto é tanto mais surpreendente quanto este paradigma está frontalmente afastado pelas Constituições da generalidade destes Estados.

2. O MOVIMENTO MIGRATÓRIO DE TRABALHADORES: CAUSAS E ENQUADRAMENTO JURÍDICO

I. O movimento migratório de pessoas apresenta causas muito diversas embora, como ficou dito acima, a procura de melhores condições de vida, pela obtenção de trabalho noutro país, surja à cabeça da lista de razões apontadas para os movimentos mais recentes⁵.

Nem sempre essa procura tem lugar dos países em desenvolvimento para os países desenvolvidos – movimento designado de Sul-Norte – ocorrendo também entre os países em desenvolvimento. Com efeito, em «1980, 48% de todos os migrantes internacionais viviam em países desenvolvidos (excepto a URSS) e 52% em países em desenvolvimento»⁶. Contudo, esta situação tem vindo a alterar-se, sendo que em 2000, 46% de todos os migrantes internacionais viviam já em países desenvolvidos enquanto que apenas 37% viviam em países em desenvolvimento⁷.

Os movimentos migratórios que conduziram a estas alterações resultaram de vários factores. Contudo, à cabeça, surgem as «diferenças de retribuição e oportunidades de trabalho entre países desenvolvidos e em desenvolvimento que tornaram aqueles cada vez mais atractivos como destino para os migrantes dos países em desenvolvimento, sobretudo quando outro tipo de laços já existem entre os países dos dois lados»⁸.

5 Cf. ZLOTNICK, HANIA, International Migration Trends since 1980, p. 5.

6 *Ibidem*, p. 4.

7 Cf. ZLOTNICK, HANIA, International Migration Trends since 1980, p. 4.

8 *Ibidem*.

Os dados mencionados são da maior importância para a compreensão do enquadramento jurídico do movimento migratório. Com efeito, embora a tendência vá no sentido de os movimentos se intensificarem no sentido Sul-Norte, os números das migrações entre países em desenvolvimento são, ainda, significativos.

Por outro lado, os dados indicam, também, que a preexistência de laços entre países ou pessoas ou grupos de pessoas é um factor determinante na distribuição geográfica dos movimentos migratórios. Por isso, juridicamente, importa ter em conta os acordos celebrados entre Estados com impacto nos movimentos migratórios, bem como o enquadramento das relações familiares enquanto motor da decisão migratória. Também por isso, a Convenção dedica a sua atenção, não só aos trabalhadores migrantes como também aos membros das suas famílias.

II. Outro aspecto relevante para o enquadramento jurídico dos movimentos migratórios é a alteração verificada em determinados países que mudaram radicalmente o seu perfil, passando de países de origem a países de acolhimento ou vice-versa. Isso mesmo aconteceu com os movimentos migratórios em Portugal. De país de origem, Portugal tem vindo progressivamente a transformar-se em país de acolhimento de trabalhadores migrantes, com um gradual decréscimo da emigração e um aumento da imigração.

Este fenómeno torna particularmente interessante o estudo da Convenção no contexto português. Isto, porque as suas disposições aplicadas à realidade portuguesa não podem deixar de espelhar esta dupla vertente, de país, simultaneamente, de origem e de acolhimento. A posição de Portugal perante a Convenção não deixará, também, de ser afectada por este movimento. Sobretudo se tivermos em conta, que o período de negociação e adopção da convenção coincide com as principais alterações de perfil mencionadas.

III. A negociação da Convenção iniciou-se, formalmente, em 17 de Dezembro de 1979 e veio a concluir-se a 18 de Dezembro de 1990, decorridos mais de dez anos. Finalmente, entrou em vigor a 1 de Julho de 2003. Os quase 25 anos decorridos, desde o início da

sua discussão até à sua entrada em vigor, correspondem, em Portugal como no mundo, a importantes desenvolvimentos nos movimentos migratórios, que não podem deixar de influenciar a percepção actual do texto que ali ficou plasmado.

Todavia, da nossa perspectiva, o decorrer do tempo não torna inútil o esforço de interpretação da Convenção, apenas reforça esse desafio pela necessidade de interpretação actualista que implica⁹. E tal desafio é tão mais interessante quanto a realidade portuguesa tem acompanhado essa evolução, obrigando a olhar para a Convenção da actual dupla perspectiva de Estado de origem e de acolhimento de trabalhadores migrantes. Aplica-se aqui, com propriedade, o imperativo kantiano segundo o qual, devemos agir segundo uma regra que possa ser tomada como «*uma máxima universal*», uma vez que o tratamento jurídico defendido para os imigrantes em Portugal será aquele que outros dedicarão aos emigrantes portugueses!

IV. A Convenção procura assumir-se como o mais completo tratado internacional em matéria de trabalhadores migrantes. Isto porque, a Convenção não é o único instrumento internacional relevante nesta matéria. Trata-se, porém, do elemento mais recente de um corpo composto por sete instrumentos que correspondem ao «*core*» dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos. Os outros seis são (i) o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos; (ii) o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais; (iii) a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; (iv) a Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes; (v) a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres; e (vi) a Convenção sobre os Direitos das Crianças.

O conjunto de instrumentos internacionais que, adicionalmente à Convenção, são aplicáveis aos trabalhadores migrantes, levanta a dúvida sobre a verdadeira necessidade da Convenção, bem como o problema da sua compatibilização com os citados instrumentos. Esta aparente sobreposição suscitou diversas reac-

⁹ Que de resto é imposta pelo artigo 31.º da Convenção de Viena sobre Tratados celebrados entre Estados, de 1969.

ções de Estados e representantes de organizações internacionais, durante as negociações da Convenção¹⁰.

Esta matéria foi, de resto, objecto de uma análise atenta¹¹. Parece evidente que os direitos humanos, já consagrados em instrumentos anteriores à Convenção, não podem deixar de se aplicar aos trabalhadores migrantes. Nesse sentido, a repetição neste texto de direitos já estabelecidos noutros instrumentos – sobretudo aqueles que acima enunciámos – tornaria inútil a Convenção. Ora, não parece que assim seja, uma vez que as necessidades dos trabalhadores migrantes exigem uma abordagem especializada que, embora coincidente com os princípios gerais em matéria de direitos humanos, não deixará de reflectir aquela realidade particular. Não significa isto que o texto da Convenção não pudesse, aqui e ali, ser encurtado por força da necessária sobreposição com outros instrumentos. Parece-nos, todavia, que desta sobreposição se ressentem, sobretudo, o estilo da Convenção e não a sua eficácia, numa área onde a máxima parece ainda ser «*quod abundat non nocet*».

Para além do quadro normativo resultante dos tratados em matéria de direitos humanos que enunciámos, importa ainda considerar a evolução registada, nesta área, no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT). De entre os instrumentos celebrados destacamos (i) a Convenção sobre a Migração para o Trabalho de 1949 (n.º 97), baseada na igualdade de tratamento de nacionais e imigrantes legais em matéria laboral, e (ii) a Convenção sobre os Trabalhadores Migrantes de 1975 (n.º 143) que visa eliminar a migração e o emprego ilegais e estabelece condições quanto ao respeito dos direitos dos migrantes ilegais, estabelecendo, simultaneamente, medidas com o objectivo de eliminar os movimentos migratórios clandestinos e de penalizar os empregadores de imigrantes ilegais¹². Como se afirma, em texto explicativo da autoria da Organização das Nações Unidas (ONU), «na Convenção n.º 97

10 Cf. OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *The International Convention on Migrant Workers and its Committee*. Fact Sheet n.º 24, p. 14.

11 Cf. CATHOLIC MIGRATION COMMISSION, *The UN Treaty Monitoring Bodies and Migrant Workers: a Samizdat*. Novembro 2004, disponível em <http://www.december18.net/web/docpapers/doc1940.doc>

12 Cf. OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *The International Convention on Migrant Workers*, p. 15; HASENAU, MICHAEL, *ILO Standards on Migrant Workers: The Fundamentals of the UN Convention and Their Genesis*. *International Migration Review*. 25 (1991) 692-696.

figura um conjunto de disposições destinadas a ajudar os trabalhadores migrantes. Por exemplo, solicita-se aos Estados que ratificarem a Convenção que facultem informações pertinentes a outros Estados membros da OIT e à própria Organização, que adotem medidas contra a publicidade enganosa e que facilitem a partida, viagem e acolhimento dos trabalhadores migrantes. A Convenção também obriga os Estados que a ratificarem a conceder, sem discriminação alguma com base na nacionalidade, raça, religião ou sexo, aos trabalhadores migrantes, que se encontrem legalmente no seu território, tratamento igual àquele de que beneficiam os seus nacionais, em matéria de legislação laboral. A Convenção n.º 143 trata, na Parte I, das migrações em condições abusivas, e na Parte II da igualdade de oportunidades e de tratamento. Os Estados que ratificarem esta Convenção têm a possibilidade de adoptar o instrumento na sua totalidade ou de aceitar só uma destas duas partes. A Convenção estabelece que os Estados devem respeitar os direitos humanos fundamentais de todos os trabalhadores migrantes. Os Estados devem, também, suprimir as migrações clandestinas e o emprego ilegal de mão-de-obra migrante. Para além disso, os Estados devem adoptar e prosseguir uma política que garanta a igualdade de tratamento em matéria de emprego e de profissão, de segurança social, e de direitos sindicais e culturais»¹³.

Além do trabalho da ONU e da OIT, importa ainda considerar um vasto património de convenções regionais relevantes na matéria, bem como a jurisprudência que os tribunais têm vindo a produzir, sobretudo tribunais internacionais com enfoque na protecção dos direitos humanos, como sucede com o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ou o Tribunal Inter-Americano sobre os Direitos Humanos, e, mais recentemente, o próprio Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE).

13 *Ficha Informativa Sobre Direitos*

Humanos Os Direitos dos

Trabalhadores Migrantes n.º 24

[ACNUDH], disponível em:

www.gddc.pt/direitos-humanos/

Ficha_Informativa_24.pdf, pp. 11

e 12.

3. O PAPEL DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NA REGULAÇÃO INTERNACIONAL DOS MOVIMENTOS MIGRATÓRIOS DE TRABALHADORES

I. Resulta, do que antecede, que as acções da ONU e da OIT determinaram os passos mais importantes na protecção internacional do movimento migratório. Adivinha-se, todavia, que a convivência entre estas duas organizações, neste processo, nem sempre tenha sido pacífica.

Com efeito, como reconhece a ONU, «desde 1920, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) tem estado na vanguarda dos esforços desenvolvidos para garantir e manter um tratamento justo aos trabalhadores migrantes e suas famílias. A acção da OIT em prol de uma maior justiça para os trabalhadores migrantes reveste duas formas. Em primeiro lugar, certas convenções e recomendações da OIT estabelecem o modelo a seguir pelas legislações nacionais e os procedimentos judiciais e administrativos, no que se refere ao emprego de migrantes. Em segundo lugar, através dos seus projectos de cooperação técnica, a OIT contribui para garantir os direitos humanos dos trabalhadores migrantes. No que respeita à cooperação técnica, a OIT desenvolveu um projecto inter-regional destinado a combater a discriminação contra os trabalhadores migrantes. O projecto, dirigido aos Estados industrializados que acolhem trabalhadores migrantes, tem por objectivo lutar contra a discriminação informal ou de facto – um tratamento desigual dos trabalhadores migrantes que, de acordo com os textos jurídicos, não deveria existir. Os resultados da investigação preliminar mostram que esta forma de discriminação está muito generalizada e fortemente arraigada. O objectivo do projecto é ajudar os Estados a erradicar a discriminação, informando os dirigentes políticos, as organizações de empregadores e de trabalhadores, as pessoas que participam em actividades de formação anti-discriminação e as organizações não governamentais, sobre as formas de dotar de maior eficácia os mecanismos legislativos e de reparação e as actividades de formação, com base num estudo comparativo internacional da eficácia de tais medidas e actividades»¹⁴.

14 *Ficha Informativa Sobre Direitos Humanos Os Direitos dos Trabalhadores Migrantes* n.º 24, p. 11.

Pareceria, por isso, estar a OIT em condições privilegiadas para promover a Convenção que agora analisamos. Não foi isso que aconteceu, uma vez que a Convenção foi, recorde-se, promovida pela ONU.

RICHARD CHOLEWINSKY, em comentário à Convenção, afirma que o seu processo de discussão foi marcado por inúmeras tensões e compromissos.

Desde logo, segundo este autor, é latente a tensão presente no texto da Convenção entre a protecção dos direitos dos trabalhadores migrantes e o princípio da soberania dos Estados. Voltaremos, adiante, a este tema.

Para além desta tensão, resulta ainda evidente o conflito de jurisdição entre a ONU e a OIT¹⁵.

II. Não obstante o trabalho da OIT relativo à protecção dos trabalhadores migrantes, a ONU, para além das mencionadas convenções sobre direitos humanos, também tem dedicado a sua atenção à matéria. As preocupações da ONU, quanto à protecção dos trabalhadores migrantes e suas famílias, remontam a 1972 com a Resolução, do ECOSOC 1706, de 28 de Julho de 1972. Esta resolução chamou a atenção para os problemas da imigração ilegal, nomeadamente no que respeita ao transporte e exploração de trabalhadores. Exortou os Estados a combater essa prática, bem como deu instruções ao Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos no sentido de serem adoptadas medidas de combate ao flagelo da imigração ilegal¹⁶.

Mais tarde, nesse mesmo ano, a «Assembleia-geral condenou a discriminação contra os trabalhadores estrangeiros e apelou aos governos para que pusessem fim a tais práticas e melhorassem o acolhimento dos trabalhadores migrantes [Resolução 2920 (XXVII)]. Também convidou os governos a garantir o respeito da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e solicitou-lhes vivamente que procedessem à ratificação da Convenção n.º 97 da OIT»¹⁷.

15 Cf. CHOLEWINSKY, RICHARD, *Migrant Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment*. Clarendon Press. Oxford, 1997, p. 138.

16 *Ibidem*.

17 *Ficha Informativa Sobre Direitos Humanos Os Direitos dos Trabalhadores Migrantes* n.º 24, p. 14.

III. A eventual sobreposição da actuação da ONU e da OIT vinha sendo prevista desde 1947. Foi celebrado um acordo delimitando as respectivas competências em matéria de migrações internacionais. A OIT ficaria responsável por acompanhar os migrantes enquanto trabalhadores e a ONU encarregar-se-ia dos migrantes enquanto estrangeiros. Todavia, este acordo «entre a ONU e a OIT perdeu muito do seu âmbito de aplicação, se não todo, na sequência da adopção da Convenção»¹⁸.

Como reconhece ROGER BÖHNING, a OIT ficou numa posição delicada assim que se decidiu constituir um grupo de trabalho, no âmbito das Nações Unidas, encarregue de redigir uma convenção sobre trabalhadores migrantes. Segundo este autor, os elementos do «staff» da OIT receberam «tratar-se de mais uma tentativa das Nações Unidas para puxar o tapete a esta agência. Não havia especial necessidade de declarar que direitos humanos fundamentais como os consagrados no Pacto Internacional de Direitos Económicos, Sociais e Culturais ou no Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos também se aplicavam a trabalhadores não nacionais e membros das suas famílias uma vez que isso já acontecia manifestamente»¹⁹. O objectivo seria, para este autor, outro. Na verdade, os Estados estariam mais interessados em adoptar a Convenção no âmbito da ONU uma vez que poderiam formular reservas ao texto, possibilidade que lhes estaria negada caso a Convenção viesse a ser promovida pela OIT, por força das suas regras internas.

A preferência pela ONU partiu, como adianta, RICHARD CHOLEWINSKY, dos países em desenvolvimento. Segundo este autor, existem diversas razões para esta preferência, tendo por base a insatisfação generalizada quanto à Convenção n.º 143 da OIT, a saber: em primeiro lugar, o «ênfase colocado pela Convenção n.º 143 na eliminação das migrações em condições abusivas ameaçava reduzir o envio de fundos para os países em desenvolvimento pelos migrantes ilegalmente a trabalhar em países desenvolvidos»; em segundo lugar, «a OIT não é apenas um «fórum de Estados» como a ONU sendo que a posição dos países em desenvolvimento podia ser posta em causa não apenas por países desenvolvidos como por empregadores e representantes dos trabalhadores»; e em

18 CHOLEWINSKY, RICHARD, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, p. 139.

19 BÖHNING, ROGER, *The ILO and the New UN Convention on Migrant Workers: The Past and the Future*. *International Migration Review*. 25 (1991) p. 702.

terceiro lugar, «a regra da maioria favorável, na ONU, aos países em desenvolvimento não estaria assegurada na OIT»²⁰.

Não parece, todavia, que a OIT venha pôr em causa a necessidade da Convenção uma vez que, como adiante veremos, acabou por ter um papel importante na sua redacção. Isto apesar de, como também afirma ROGER BÖHNING, no que «respeita ao conflito entre o novo instrumento da ONU e as convenções da OIT, isso será um problema – aos olhos da OIT – apenas na medida em que o novo texto fica aquém dos parâmetros já alcançados»²¹.

IV. Parece-nos que a existência de outros instrumentos – prévios ou ulteriores à Convenção – que prevejam um feixe de direitos mais forte, em nada belisca a sua necessidade. É a própria Convenção, aliás, a prever, no artigo 81.º, um mecanismo de cooperação reforçada, estabelecendo-se que *«nenhuma disposição da presente Convenção afecta as disposições mais favoráveis à realização dos direitos ou ao exercício das liberdades dos trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias que possam figurar: a) na legislação ou na prática de um Estado Parte; ou b) em qualquer tratado bilateral ou multilateral em vigor para esse Estado»*. Significa isto que, ao contrário do que afirmam os autores citados, não julgamos estarem prejudicadas as Convenções da OIT pela presente Convenção nem, tão pouco, eventuais acordos regionais que se mostrem mais favoráveis nesta matéria. A Convenção pretende ser um mínimo denominador comum no que respeita à protecção dos trabalhadores migrantes.

A escolha da ONU para a promoção da Convenção – independentemente de eventuais razões táticas que possam ter sido consideradas – traduz um plus de transversalidade de direitos. A OIT poderia, seguramente, promover uma convenção mais sofisticada ou até mais concretizadora de direitos dos trabalhadores, embora dificilmente conseguisse alcançar um texto com o carácter universal da Convenção que resulta da especial natureza da ONU.

20 CHOLEWINSKY, RICHARD, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, p. 139.

21 BÖHNING, ROGER, *The ILO and the New UN Convention on Migrant Workers*, p. 705.

Procurámos deixar aqui os principais argumentos esgrimidos neste debate que, relativo à história da Convenção, não deixa de ilustrar as dificuldades da sua concepção e que permitem explicar, em parte, a sua conturbada génese.

CAPÍTULO 1.

A ADOÇÃO DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE A PROTECÇÃO DOS DIREITOS DE TODOS OS TRABALHADORES MIGRANTES E DOS MEMBROS DAS SUAS FAMÍLIAS

1. ANTECEDENTES DA CONVENÇÃO

I. O processo formal de redacção da Convenção iniciou-se a 17 de Dezembro de 1979, quando a Assembleia-geral da ONU, através da Resolução n.º 34/172, criou um grupo de trabalho, aberto à participação de todos os Estados membros, com o propósito de dar início à redacção de uma Convenção internacional para a protecção de todos os trabalhadores migrantes e membros das suas famílias. Exactamente onze anos mais tarde, a 18 de Dezembro de 1990, o texto foi adoptado e aberto à assinatura dos Estados.

As origens da Convenção remontam, todavia, a 1975. O Conselho Económico e Social da ONU (ECOSOC) considerou que, «apesar das Convenções e recomendações existentes no plano internacional, com destaque para os instrumentos da OIT, existiam áreas de desprotecção dos trabalhadores migrantes»²². Esta insuficiência relacionava-se, de acordo com os trabalhos preparatórios, com a necessidade de uma protecção universal dos direitos humanos dos trabalhadores migrantes, que não podia ser alcançada pelas Convenções da OIT. Depois disso, a primeira Conferência Mundial sobre o Combate ao Racismo e à Discriminação Racial, realizada em Genebra em 1978, recomendou a elaboração de uma Convenção Internacional sobre os direitos dos trabalhadores migrantes. A Assembleia-geral formulou idêntica recomendação, em 1978, na Resolução n.º 33/163 sobre as «*medidas destinadas a melhorar a situação dos trabalhadores migrantes e a garantir o respeito dos direitos humanos e a dignidade de todos os trabalhadores migrantes*»²³.

22 LONNROTH, JUHANI, The International Convention on the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families in the Context of International Migration Policies: An Analysis of Ten Years of Negotiation. *International Migration Review*, 25 (1991) p. 713.

23 Cf. *Ficha Informativa Sobre Direitos Humanos Os Direitos dos Trabalhadores Migrantes*, n.º 24, p. 17.

2. TRABALHOS PREPARATÓRIOS E NEGOCIAÇÃO

I. O grupo de trabalho foi aberto a todos os Estados membros da ONU. O método de trabalho divergiu do utilizado pela ONU noutros textos internacionais. Optou-se, por constituir um grupo de trabalho aberto, em lugar de o limitar a um núcleo restrito de países ou de solicitar a redacção à Comissão de Direito Internacional. O resultado foi um método muito flexível e aberto que, embora tendo-se ressentido da instabilidade causada por constantes alterações de países representados por diferentes delegados, acabou por conferir à Convenção uma significativa representatividade e a desejada universalidade²⁴.

O principal método de decisão não assentou na regra da maioria, mas no consenso. O consenso foi «o desenvolvimento natural de uma negociação prolongada que começou numa atmosfera de desconfiança e hostilidade. Este método de trabalho evitou também a fricção entre países desenvolvidos ou industrializados e a maioria dos países em desenvolvimento que se criaria, necessariamente, caso as disposições propostas tivessem sido colocadas à votação»²⁵. O texto da Convenção não deixou, todavia, de se ressentir desta metodologia, na medida em que, o compromisso resultou no abandono de posições mais firmes, e sempre que o seu conteúdo se mostrava mais polémico, os direitos dos migrantes rapidamente se transformaram em meras recomendações aos Estados. Ao procurar-se o consenso, eliminando a fricção que resultaria da votação, pensou-se facilitar o processo de ratificação pelos Estados desenvolvidos. A regra da maioria bene-

ficiária, como ficou dito, os países em desenvolvimento pelo que, a ser esse o método a utilizar, era provável que o texto dificilmente viesse a ser ratificado pelos países desenvolvidos. Visava-se, desta forma, atenuar essa dificuldade²⁶. Os desenvolvimentos ulteriores vieram demonstrar que o esforço não foi bem sucedido.

A redacção da Convenção foi dividida em duas leituras. A primeira era um exercício largamente exploratório no qual os delegados estavam mais livres para expressar as suas visões e

24 Cf. CHOLEWINSKY, RICHARD, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, p. 143.

25 CHOLEWINSKY, RICHARD, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, p. 143.

26 Cf. LONNROTH, JUHANI, *The International Convention on the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families in the Context of International Migration Policies*, p. 724.

opiniões. A segunda leitura envolvia a redacção final do texto, o que reclamava uma maior atenção dos Estados os quais expressaram, por isso, com mais vigor, os seus interesses nacionais²⁷.

II. Um dos aspectos mais marcantes na negociação da Convenção, foi a presença concertada de grupos de países. De tal modo assim foi que é possível identificar, claramente, quatro grupos: *i)* o grupo de leste, composto pela URSS e seus aliados; *ii)* o grupo dos 77, incluindo os autores da proposta original (entre os quais a Argélia, o México, o Paquistão, a Turquia, o Egipto, os Barbados e a Jugoslávia, sendo que Marrocos e a Índia também pertenciam a este grupo, embora seguissem, muitas vezes, posições isoladas); *iii)* o MESCA (*Mediterranean and Scandinavian*), que era o grupo mais influente, composto por sete Estados mediterrânicos e escandinavos (Espanha, Portugal, Grécia, Itália, Finlândia, Noruega e Suécia); e *iv)* o grupo dos países ocidentais e industrializados não pertencentes ao MESCA (designadamente, os Estados Unidos, Austrália, Alemanha, Países Baixos, Dinamarca, Canadá e Japão). A França manteve uma posição independente enquanto observadora do MESCA²⁸.

A posição do MESCA era frontalmente contrária à imigração ilegal e surge por reacção ao grupo dos 77 que, segundo o MESCA, encorajou esta forma de migração ou tornou mais difícil o seu controlo²⁹.

O grupo dos 77 mostrava-se preocupado, durante a negociação, fundamentalmente com a protecção dos seus nacionais enquanto trabalhadores migrantes e quanto ao tratamento que lhes dedicavam os países de acolhimento.

O quarto grupo de países, chamados industrializados fora do MESCA, manifestava, segundo RICHARD CHOLEWINSKY, três preocupações fundamentais: «primeiro pretendiam manter o controlo soberano sobre a política de imigração no que diz respeito

27 Cf. CHOLEWINSKY, RICHARD, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, p. 144; LONNROTH, JUHANI, *The International Convention on the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families in the Context of International Migration Policies*, p. 723.

28 Vd. LONNROTH, JUHANI, *The International Convention on the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families in the Context of International Migration Policies*, p. 731; CHOLEWINSKY, RICHARD, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, p. 144.

29 Cf. CHOLEWINSKY, RICHARD, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, p. 144.

à admissão de imigrantes e à regularização de imigrantes ilegais; segundo, mostravam especial interesse nas disposições que envolviam obrigações positivas e, em consequência, custos sociais, e terceiro, mostravam-se empenhados em assegurar que a Convenção era suficientemente flexível para acolher diversos sistemas políticos, jurídicos e administrativos»³⁰.

O grupo MESCA, embora tendo surgido por reacção à proposta do grupo dos 77, veio a assumir um papel fundamental na condução da negociação da Convenção. Verificou-se que a sua posição surgia como mediadora das posições dos países desenvolvidos e em desenvolvimento³¹.

Outra razão para a importância do MESCA na negociação prendeu-se com a participação da OIT. Com efeito, embora a participação da OIT na negociação da Convenção fosse oficialmente diminuta, informalmente a sua contribuição foi muito importante, por força das relações especiais com o MESCA. Este grupo chegou a solicitar à OIT a redacção de diversas propostas para a Convenção que, todavia, passavam pelo escrutínio rigoroso dos seus membros³². Apesar de tudo, não deixa de ser ilusória a aparente influência da OIT na redacção da Convenção, uma vez que «foi o MESCA a decidir as matérias em que a OIT deveria preparar propostas de artigos e a definir os parâmetros do processo de redacção»³³.

30 CHOLEWINSKY, RICHARD, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, p. 145.

31 Cf. LÖNNROTH, JUHANI, *The International Convention on the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families in the Context of International Migration Policies*, p. 733.

32 Cf. CHOLEWINSKY, RICHARD, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, p. 145.

33 BÖHNING, ROGER, *The ILO and the New UN Convention on Migrant Workers*, p. 703.

3. O PROCESSO DE RATIFICAÇÃO

I. Apesar dos esforços, colocados no método de negociação da Convenção, para tornar mais fácil e célere o processo de ratificação, este veio a revelar-se longo e sinuoso. Com efeito, quer a opção pela ONU para a promoção da Convenção, quer a escolha das duas leituras como método de trabalho quer, ainda, a selecção do consenso como forma de adopção do texto, ainda que visando uma mais fácil ratificação da Convenção pelos Estados, não surtiram esse efeito.

Recorde-se que a Convenção foi adoptada pela Resolução n.º 45/158 da Assembleia-geral das Nações Unidas, a 18 de Dezembro de 1990, e só veio a entrar em vigor, treze anos depois, em 1 de Julho de 2003, após a ratificação pelos primeiros vinte Estados.

Em Janeiro de 2007, segundo dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, o estado de ratificações por país era o seguinte:

Estado	Assinatura	Ratificação/Acessão
Argélia	–	21 Abr. 2005
Argentina	10 Ago. 2004	–
Azerbaijão	–	11 Jan. 1999
Bangladesh	7 Out. 1998	–
Belize	–	14 Nov. 2001
Benim	15 Set. 2005	–
Bolívia	–	16 Out. 2000
Bósnia-Herzegovina	–	13 Dez. 1996
Burkina Faso	16 Nov. 2001	26 Nov. 2003
Camboja	27 Set. 2004	–
Cabo Verde	–	16 Set. 1997
Chile	24 Set. 1993	21 Mar. 2005
Colômbia	–	24 Mai. 1995
Comores	22 Set. 2000	–
Equador	–	5 Fev. 2002
Egipto	–	19 Fev. 1993
El Salvador	13 Set. 2002	14 Mar. 2003
Gabão	15 Dez. 2004	–

(continua)

(continuação)

Estado	Assinatura	Ratificação/Acessão
Gana	7 Set. 2000	7 Set. 2000
Guatemala	7 Set. 2000	14 Mar. 2003
Guiné-Conacri	–	7 Set. 2000
Guiné-Bissau	12 Set. 2000	–
Guiana	15 Set. 2005	–
Honduras	–	9 Ago. 2005
Indonésia	22 Set. 2004	–
Quirguizistão	–	29 Set. 2003
Lesoto	24 Set. 2004	16 Set. 2005
Libéria	22 Set. 2004	–
Líbia	–	18 Jun. 2004
Mali	–	5 Jun. 2003
Mauritânia	–	22 Jan. 2007
México	22 Mai. 1991	8 Mar. 1999
Montenegro	23 Out. 2006	–
Marrocos	15 Ago. 1991	21 Jun. 1993
Nicarágua	–	26 Out. 2005
Paraguai	13 Set. 2000	–
Peru	22 Set. 2004	14 Set. 2005
Filipinas	15 Nov. 1993	5 Jul. 1995
São Tomé e Príncipe	6 Set. 2000	–
Senegal	–	9 Jun. 1999

(continua)

(continuação)

Estado	Assinatura	Ratificação/Acessão
Sérvia	11 Nov. 2004	–
Seicheles	–	15 Dez. 1994
Serra Leoa	15 Set. 2000	–
Sri Lanka	–	11 Mar. 1996
Síria	–	2 Jun. 2005
Tajiquistão	7 Set. 2000	8 Jan. 2002
Timor-Leste	–	30 Jan. 2004
Togo	15 Nov. 2001	–
Turquia	13 Jan. 1999	27 Set. 2004
Uganda	–	14 Nov. 1995
Uruguai	–	15 Fev. 2001

Fonte: Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos:
www.ohchr.org/english/countries/ratification/13.htm

Como decorre da análise da tabela *supra*, a maioria dos países que ratificaram a Convenção encontram-se entre os Estados considerados em desenvolvimento. É evidente a ausência de ratificação por parte dos Estados que participaram activamente na negociação, enquanto membros dos vários grupos que, nesse contexto, se formaram. Fora desta lista estão os países ocidentais e industrializados, não pertencentes ao MESCA, embora seja sobretudo flagrante a ausência dos países que pertenceram ao MESCA, uma vez que este grupo teve uma participação muito activa na Convenção. Não se compreende, pois, a apatia reinante, quando estes países, recorde-se, contribuíram largamente para a versão final do texto da Convenção, tendo, ainda que de modo informal, contado com a colaboração da OIT para essa redacção. Parece que o esforço depositado no documento revelou-se em vão, uma vez que aquilo que foi proposto por estes países na negociação, vem a revelar-se agora inaceitável no momento da ratificação.

II. Entre os membros do MESCA encontrava-se Portugal. O perfil migratório do país alterou-se muito, é bom recordar, desde o momento da abertura das negociações até ao momento presente. Portugal revelaria à época as preocupações típicas de um país de origem, podendo hoje enquadrar-se, claramente, no perfil de país de acolhimento. A participação de Portugal no MESCA foi, todavia, satisfatória, mesmo da perspectiva de um país que veio a alterar o seu perfil. Portugal estava entre os Estados que demonstraram uma posição moderada sobre a questão das migrações internacionais, tendo essa posição sido sustentada sobre o objectivo de eliminar a imigração ilegal. Portugal não se encontrava no início dos anos 80, entre os países em desenvolvimento que pretendiam, tão só, proteger os seus nacionais emigrantes. O nosso país estava já incluído na Europa desenvolvida, que ambicionava uma solução equilibrada para o problema de direitos humanos subjacente à migração ilegal³⁴.

Às dificuldades do processo de ratificação não é alheia a divisão verificada entre os países industrializados. A própria adesão de Portugal, Espanha e Grécia à União Europeia durante o período de negociação da Convenção, não parece ter ajudado a União a tomar posição conjunta nesta matéria. A área de imigração é, como veremos, de intervenção prioritária no direito comunitário neste instante. Todavia essa intervenção não teve paralelo no processo de ratificação dos Estados-Membros da Convenção. Nenhum Estado-Membro da União Europeia ratificou a Convenção parecendo, por isso, ter vencido a

posição dos países industrializados fora do MESCA, uma vez que nem a adesão dos membros deste grupo à União Europeia permitiu o sustentar de uma posição conjunta favorável à Convenção³⁵.

III. De todo o modo, a Convenção entrou em vigor sem contar com a ratificação de muitos Estados de acolhimento. Tratando-se de países desenvolvidos, partes na generalidade das Convenções da ONU sobre direitos humanos onde são aplicadas, sempre se diria que a posição dos trabalhadores migrantes não ficará prejudicada.

34 Não é possível, todavia, ignorar que Portugal tem um passado recente de ondas de emigração responsáveis, como é sabido, por uma significativa diáspora. Este facto coloca o país numa posição especialmente delicada perante esta Convenção. A participação de Portugal no MESCA parece-nos, por isso, bastante adequada por ser aquela que melhor se compatibiliza com esta dupla valência do país.

35 *Vd. infra*, p. 44.

Dir-se-ia, também, que a Convenção nada acrescenta à protecção de direitos fundamentais consubstanciada na generalidade das Constituições ocidentais e na prática dos países desenvolvidos e, por isso, o silêncio deste países em nada afecta a eficácia da Convenção. Todavia, se assim é, se a Convenção nada acrescenta ao *acquis* de protecção dos direitos dos trabalhadores migrantes nos países desenvolvidos não se vislumbra razão para a sua falta de entusiasmo na ratificação.

A área da protecção internacional dos direitos humanos é fértil, como dissemos, em Convenções que se sobrepõem na consagração de direitos. É frequente, de resto, encontrar nestes textos – como aliás acontece na Convenção – cláusulas de cooperação reforçada no sentido de permitir ou incentivar a participação dos Estados em instrumentos que, versando sobre a mesma matéria, se mostrem mais generosos na protecção de direitos fundamentais. Procuraremos, neste estudo, mostrar os aspectos inovadores da Convenção que podem revelar-se mais controversos e, por isso, inspiradores de reserva pelos países de acolhimento, bem como aqueles que, não sendo inovadores, em nada devem fazer recluir os países desenvolvidos quanto à sua vinculação.

CAPÍTULO 2.

O CONTEÚDO DA CONVENÇÃO: ESTRUTURA, DEFINIÇÃO E TIPOS DE DIREITOS CONFERIDOS AOS TRABALHADORES MIGRANTES E MEMBROS DAS SUAS FAMÍLIAS

1. APRESENTAÇÃO GERAL DA CONVENÇÃO

I. A Convenção encontra-se dividida em nove partes, tendo adoptado a seguinte estrutura interna:

- Parte I – Âmbito e definições;
- Parte II – Não discriminação em matéria de direitos;
- Parte III – Direitos Humanos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias;
- Parte IV – Outros direitos dos Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias que se encontram documentados ou em situação regular;
- Parte V – Disposições aplicáveis a categorias especiais de Trabalhadores Migrantes e aos Membros das suas Famílias;
- Parte VI – Promoção de condições saudáveis, equitativas, dignas e justas em matéria de migração internacional de trabalhadores e das suas famílias;
- Parte VII – Aplicação da Convenção;
- Parte VIII – Disposições gerais; e
- Parte IX – Disposições finais.

II. Um dos aspectos mais relevantes no enquadramento da presente Convenção é a definição do conceito de trabalhador migrante. Assim, segundo o artigo 2.º da Convenção, a «expressão “trabalhador migrante” designa a pessoa que vai exercer, exerce ou exerceu

uma actividade remunerada num Estado de que não é nacional». Esta definição é razoavelmente abrangente, incluindo situações particulares descritas na Convenção como a do «trabalhador fronteiriço», «trabalhador sazonal», «trabalhador marítimo», «trabalhador numa estrutura marítima», «trabalhador itinerante», «trabalhador vinculado a um projecto», «trabalhador com emprego específico» e «trabalhador independente». O conceito de trabalhador migrante abrange, pois, um conjunto de situações que são tratadas pela legislação interna de alguns estados como categorias não consideradas trabalhadores imigrantes. É o caso, sobretudo, dos trabalhadores temporários e dos trabalhadores fronteiriços que se encontram em zonas habitualmente cinzentas das legislações internas respeitantes à imigração. Neste sentido o esforço da Convenção é meritório, uma vez que procura incluir diversas classes de migrantes.

A Convenção procede, depois, à delimitação negativa do conceito de trabalhador migrante, esclarecendo sobre as categorias que estão fora do seu âmbito de aplicação. Assim:

«Artigo 3.º

A presente Convenção não se aplica:

- a) *Às pessoas enviadas ou empregadas por organizações e organismos internacionais, nem às pessoas enviadas ou empregadas por um Estado fora do seu território para desempenharem funções oficiais, cuja admissão e estatuto são regulados pelo direito internacional geral ou por acordos internacionais ou convenções internacionais específicas;*
- b) *Às pessoas enviadas ou empregadas por um Estado ou por conta desse Estado fora do seu território que participam em programas de desenvolvimento e noutros programas de cooperação, cuja admissão e estatuto são regulados por acordo celebrado com o Estado de emprego e que, nos termos deste acordo, não são consideradas trabalhadores migrantes;*

- c) *Às pessoas que se instalam num Estado diferente do seu Estado de origem na qualidade de investidores;*
- d) *Aos refugiados e apátridas, salvo disposição em contrário da legislação nacional pertinente do Estado Parte interessado ou de instrumentos internacionais em vigor para esse Estado;*
- e) *Aos estudantes e estagiários;*
- f) *Aos marítimos e aos trabalhadores de estruturas marítimas que não tenham sido autorizados a residir ou a exercer uma actividade remunerada no Estado de emprego».*

Esta disposição procura excluir do âmbito de aplicação da Convenção as categorias que, embora podendo confundir-se com a noção de trabalhadores migrantes lhes não correspondam rigorosamente ou, podendo nessa categoria ser genericamente incluídas, se encontrem abrangidas especificamente por outros instrumentos internacionais. É o caso dos representantes de Estados ou organizações internacionais, ou dos refugiados e apátridas. Mais discutível é a questão de saber se essas categorias – em especial a dos apátridas – encontram suficiente protecção nos instrumentos internacionais que lhes são aplicáveis. Parece-nos, de todo o modo, indiscutível a bondade da opção pela exclusão destas categorias do âmbito de aplicação da Convenção.

Já mais duvidosa é a exclusão dos investidores, estudantes e estagiários. É certo que a Convenção elegeu como critério definidor do conceito de trabalhador migrante a presença de remuneração da actividade. Por isso, a referência a estagiários deve ter-se por feita a pessoas incluídas em programas de treino não remunerado e não a uma categoria profissional, por muitos adoptada para designar jovens profissionais em formação. Assim, a Convenção não será aplicável sempre que alguém se encontre num país a estudar ou a realizar um estágio não remunerado uma vez que, embora podendo qualificar-se como migrante, não pode enquadrar-se na definição de trabalhador. Não obstante, parece-nos que, quer estudantes, quer estagiários, poderiam beneficiar da generalidade

das disposições da Convenção, uma vez que a sua situação nos países de acolhimento não é muito diferente da de outras categorias de trabalhadores migrantes, sobretudo temporários.

A explicação para a exclusão, para além da eleição da remuneração enquanto critério definidor do conceito de trabalhador migrante, parece ter a ver com a tentativa de evitar a perda de massa crítica que implicaria a fixação de estudantes, normalmente de grande potencial, nos países onde se encontram a estudar³⁶. Outra explicação pode estar na imunidade que estas categorias de pessoas revelam em face das redes de migração clandestina, principal foco de preocupação da Convenção.

Ainda mais incompreensível é a exclusão dos investidores. Com efeito, esta categoria de migrantes desenvolve uma actividade remunerada, se assim entendermos o lucro do seu investimento. Uma outra razão pode, contudo, explicar a exclusão dos investidores do âmbito de aplicação da Convenção. Como adianta Lonroth, «algumas delegações pretendiam “cortar” os direitos humanos restringindo a aplicação da Convenção aos trabalhadores migrantes que fossem e permanecessem pobres. O nome “Onassis” foi muito usado como referência neste debate. Paradoxalmente, também, a visão tradicional da emigração enquanto potencialmente benéfica para o país de origem pode ter conduzido à hesitação em aceitar uma consolidação da situação de certas categorias de trabalhadores migrantes. Por exemplo, os donos de lojas em Paris poderiam encurtar as suas estadias e enviar maiores remessas de fundos para os seus países de origem se não

beneficiassem de demasiados direitos e se a sua integração nos países de acolhimento não se revelasse muito fácil»³⁷. Razões ideológicas e estratégicas podem, pois, justificar esta exclusão. Seja como for – e ainda que estas categorias estejam menos expostas à imigração ilegal ou encontrem a resistência de certos países à sua inclusão no âmbito de aplicação da Convenção – é certo que se entendeu deixá-las desprotegidas no contexto da presente Convenção.

36 Cf. CHOLEWINSKY, RICHARD, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, p. 153.

37 LONNROTH, JUHANI, *The International Convention on the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families in the Context of International Migration Policies*, p. 719.

Os Estados estão, no entanto, impedidos de proceder a outras exclusões para além das expressamente mencionadas na Convenção. A Convenção aplica-se – como de resto o seu título expressivamente afirma – a todos os trabalhadores migrantes. Como vimos, de acordo com o artigo 88.º «*um Estado que ratifique a presente Convenção ou a ela adira não pode excluir a aplicação de qualquer uma das suas partes ou, sem prejuízo do artigo 3.º, excluir da sua aplicação uma categoria qualquer de trabalhadores migrantes*». Note-se que durante as negociações houve a intenção de incluir uma disposição que permitisse especificar partes da Convenção, aplicáveis a certas categorias de pessoas em condições de reciprocidade ou que permitisse, tão só, a exclusão da aplicação de certos direitos. Esta tentativa não foi, contudo, bem sucedida. A aplicação da Convenção em condições de reciprocidade foi rejeitada «com fundamento na convicção de que esse conceito seria contrário à ideia de universalidade dos direitos fundamentais e poderia conduzir à discriminação no tratamento por países de acolhimento dos trabalhadores migrantes em função do seu país de origem»³⁸.

III. Para além dos trabalhadores migrantes – cuja definição procurámos aqui enunciar – a Convenção preocupa-se, também, com a protecção dos membros das suas famílias. Nos termos da Convenção, a expressão «*membros da família*» designa «*a pessoa casada com o trabalhador migrante ou que com ele mantém uma relação que, em virtude da legislação aplicável, produz efeitos equivalentes aos do casamento, bem como os filhos a seu cargo e outras pessoas a seu cargo, reconhecidas como familiares pela legislação aplicável ou por acordos bilaterais ou multilaterais aplicáveis entre os Estados interessados*» (cf. artigo 4.º). Assim, a definição de «*membro da família*» repousa, em larga medida, sobre regras externas à Convenção, uma vez que esta remete para a legislação interna dos Estados ou para acordos bilaterais ou multilaterais os conceitos de «*relação com efeitos equivalentes ao casamento*» ou de «*pessoas a cargo reconhecidas como familiares*». Compreende-se que a Convenção não tenha querido tomar partido em matéria delicada como a definição da família que, ademais, assume contornos diversos consoante o ambiente cultural a que nos reportamos. Por se tratar de regras que podem ser classificadas em alguns Estados como «*de ordem pública*» também se

38 CHOLEWINSKY, RICHARD, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, p. 148.

compreende que tenha sido dada prevalência à definição do Estado de acolhimento, por ser esse a ter de lidar com o conceito de família reivindicado pelo trabalhador migrante. Recorde-se, todavia, que os Estados estão aqui obrigados, como em todas as áreas, a um dever geral de não discriminação, pelo que não poderão adoptar para os trabalhadores migrantes regras diferentes das que adoptam para os seus nacionais em matéria de definição do núcleo familiar básico.

2. OS DIREITOS CONSAGRADOS NA CONVENÇÃO

I. Duas críticas frequentes à Convenção recaem sobre os direitos nela consagrados. Diz-se, por um lado, que ela consagra direitos fundamentais já protegidos por outros instrumentos e que não são específicos dos trabalhadores migrantes, não chegando sequer ao nível de protecção de anteriores convenções da OIT³⁹. Por outro lado, argumenta-se que o método de negociação da Convenção conduziu à degradação de muitos direitos em meras recomendações aos Estados⁴⁰.

Estas críticas encontram o seu fundamento num catálogo de direitos extenso e que, por vezes, na tentativa de ser consensual, opta pela consagração de normas de carácter programático, que consubstanciam recomendações aos Estados em lugar de consagrar direitos subjectivos.

A Convenção divide o seu catálogo em duas categorias: (i) direitos de todos os trabalhadores migrantes e membros das suas famílias e (ii) direitos dos trabalhadores migrantes que se encontram em situação regular e membros das suas famílias. Esta divisão aparece, desde logo, como controversa uma vez que, como adiante veremos, os direitos fundamentais – assentes na dignidade da pessoa humana – não podem sofrer discriminação em função do estatuto jurídico do seu titular – cidadão, imigrante legal, imigrante ilegal. A crítica pode, todavia, ser atenuada se olharmos ao conteúdo dos direitos dos trabalhadores migrantes e suas famílias, em situação regular.

39 Cf. BÖHNING, ROGER, *The ILO and the New UN Convention on Migrant Workers*, p. 705.

40 Cf. LONNROTH, JUHANI, *The International Convention on the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families in the Context of International Migration Policies*, p. 724.

II. Assim, os direitos reservados aos migrantes em situação regular – artigos 36.º a 56.º da Convenção – estão, na generalidade, em correlação directa com a sua condição de imigrantes documentados. Entre estes direitos encontram-se:

- a) a manutenção de direitos políticos no Estado de origem (*cf.* artigo 41.º);
- b) direitos sociais em condições de igualdade com os cidadãos do Estado de acolhimento (*cf.* artigo 43.º);
- c) o direito à isenção de impostos de importação/exportação relativos a bens de uso doméstico (*cf.* artigo 46.º);
- d) o direito à livre transferência de fundos ou remessas monetárias do Estado de acolhimento para o Estado de origem (*cf.* artigo 47.º);
- e) o direito de residência e de trabalho (*cf.* artigo 49.º);
- f) o direito a escolher a actividade (*cf.* artigo 52.º);
- g) o direito à protecção laboral (*cf.* artigo 54.º); e
- h) o direito a não ser expulso (*cf.* artigo 56.º).

Encontramos, depois, um conjunto de disposições que, relativas a matérias mais sensíveis de natureza social, política ou económica, foram consagradas, não como direitos subjectivos dos trabalhadores migrantes, mas como recomendações aos Estados. É o que acontece com a recomendação aos Estados de acolhimento para permitirem a deslocação no interior do seu território dos trabalhadores migrantes e membros das suas famílias em situação regular (*cf.* artigo 38.º); com a recomendação, feita aliás em termos brandos, para o reconhecimento de direitos políticos no país de acolhimento (*cf.* artigo 42.º); com a recomendação relativa ao reagrupamento familiar (*cf.* artigo 44.º), que assume aqui contornos pouco satisfatórios, sobretudo se confrontada com a consagração em termos amplos do direito fundamental ao reagrupamento familiar, em convenções regionais e legislação interna dos Estados.

Outros direitos aqui consagrados parecem-nos estarem sistematicamente deslocados, na medida em que não se compreende a razão para a sua exclusividade quanto aos trabalhadores migrantes em situação regular. É o que sucede com o direito à informação (cf. artigo 37.º) e com o direito de associação (cf. artigo 40.º). É duvidoso que estes direitos não possam ser titulados e exercidos por imigrantes ilegais na medida em que a sua titularidade radica na pessoa humana e o seu exercício em nada aparece beliscado pela condição ilegal do seu titular. A própria limitação quanto à equiparação dos direitos sociais, feita no artigo 43.º que os reserva em exclusivo aos imigrantes regulares é, como veremos, controversa na medida em que, em face das Constituições de vários Estados, estes direitos são considerados fundamentais, inerentes à pessoa humana e, por isso, não podem ser recusados em função da ilegalidade da permanência ou do estatuto.

Compreende-se, todavia, a reserva de alguns destes direitos aos trabalhadores migrantes em situação regular: o seu exercício pressupõe a legalidade da permanência desses trabalhadores no Estado de acolhimento. Talvez fosse preferível, todavia, evitando a discriminação controversa e a flutuação na consagração de direitos – de que é bom exemplo o direito ao reagrupamento familiar – como técnica legislativa, estabelecer uma equiparação de direitos entre trabalhadores migrantes em situação regular e irregular, salvaguardando as diferenças resultantes da sua condição, em face do ordenamento jurídico do Estado de acolhimento. Uma tal solução permitiria salvaguardar a necessária porosidade legal, dando ao intérprete a flexibilidade para uma interpretação actualista, num texto dela tão necessitado por força do sinuoso percurso a que foi sujeito.

III. A generalidade dos direitos consagrados na Convenção, como aliás se impunha, são comuns a trabalhadores migrantes, em situação regular e irregular. Os artigos 8.º a 35.º consagram, justamente, o catálogo de direitos de todos os trabalhadores migrantes e das suas famílias, independentemente da legalidade da sua condição, em face da lei do Estado de acolhimento.

Entre estes encontramos os direitos da pessoa humana, protegidos pela generalidade das convenções internacionais em matéria de direitos humanos e denominados, na

Constituição da República Portuguesa (CRP), «Direitos, Liberdades e Garantias». São eles:

- a) o direito de sair e reentrar no Estado de origem (cf. artigo 8.º);
- b) o direito à vida (cf. artigo 9.º);
- c) a protecção contra a tortura (cf. artigo 10.º);
- d) a protecção contra a escravatura e trabalhos forçados (cf. artigo 11.º);
- e) a liberdade de pensamento, consciência, e de culto (cf. artigo 12.º);
- f) a liberdade de expressão (cf. artigo 13.º);
- g) o direito à intimidade da vida privada (cf. artigo 14.º);
- h) o direito de propriedade (cf. artigo 15.º);
- i) o direito à integridade física e pessoal (cf. artigo 16.º);
- j) as garantias processuais penais (cf. artigo 16.º);
- k) o direito à protecção diplomática (cf. artigos 16.º e 23.º);
- l) a dignidade da pessoa humana (cf. artigos 17.º e 24.º);
- m) o princípio da equiparação das garantias penais (cf. artigo 18.º);
- n) o princípio da presunção de inocência (artigo 18.º);
- o) o princípio da legalidade penal (cf. artigo 19.º);
- p) a proibição da expulsão colectiva (cf. artigo 22.º);
- q) o princípio de igualdade de salários com os cidadãos do Estado de acolhimento (cf. artigo 25.º);
- r) o direito de participação sindical (cf. artigo 26.º);

- s) o direito ao nome e à cidadania dos filhos (cf. artigo 29.º); e
- t) o direito à identidade cultural (cf. artigo 31.º).

Encontramos, depois, um conjunto de direitos que podemos designar de Económicos, Sociais e Culturais, protegidos por convenções internacionais e pela generalidade das Constituições dos Estados. Não é consensual, como adiante exporemos, o reconhecimento destes direitos aos estrangeiros em determinados Estados. A sua consagração na Convenção, em particular a sua extensão aos trabalhadores migrantes em situação irregular, pode, no plano internacional, revelar-se polémica. São estes: o direito à segurança social (cf. artigo 27.º); o direito a cuidados médicos (cf. artigo 28.º); e o direito à educação (cf. artigo 30.º).

Procederemos adiante a um análise mais atenta a cada um destes direitos, em especial no seu confronto com a legislação portuguesa e comunitária. Por agora importa abordar, em especial, o tratamento que a presente Convenção dedica aos trabalhadores migrantes em situação irregular. Como vimos, a protecção dos trabalhadores em situação irregular bem como das ordens jurídicas sujeitas a esse fenómeno esteve na base da negociação da presente Convenção e o tema dos migrantes em situação irregular perpassa todo o seu texto.

3. O ESTATUTO DOS IMIGRANTES ILEGAIS, EM ESPECIAL

I. O combate à imigração ilegal esteve na origem das preocupações que conduziram à negociação da Convenção. O tema esteve presente ao longo de todo o processo de negociações e motivou a constituição do grupo conhecido como MESCA, que veio a revelar-se decisivo na condução do mesmo.

Esta preocupação, manifestada há quase 30 anos, não podia ser mais actual! O mundo depara-se hoje, como nunca, com as dificuldades da migração ilegal. As desigualdades económicas agravaram-se entre blocos económicos. A circulação de informação é hoje

muito fluida pelo que os cidadãos de países desfavorecidos, apesar dessa condição, têm consciência das assimetrias mundiais e aspiram a uma vida melhor. Redes de migração clandestina têm florescido, apoiadas nas facilidades de transporte e na ineficiência dos Estados no seu combate. Em suma, o principal alvo dos autores da Convenção mantém-se robusto e revigorado.

A migração ilegal implica inúmeras desvantagens, tanto para os migrantes, como para os países de acolhimento. Do ponto de vista humanitário, no que aos migrantes diz respeito, encontram-se sujeitos, desde logo, à exploração das redes de migração clandestina que iniciam o seu trabalho de recrutamento nos países de origem. Essa exploração passa pela promessa de vantagens ilícitas e pelo transporte em condições deploráveis, que colocam em risco a vida e integridade física dos migrantes. A actividade destas redes é, naturalmente, remunerada. A já precária situação económica das famílias migrantes agrava-se pela necessidade de remunerar estas redes, sem que desse investimento possam legitimamente esperar qualquer retorno. Com o crescente controlo fronteiriço, resultante em parte da migração ilegal mas em muito potenciado pelos ataques terroristas do início do século XXI, tem crescido a imigração ilegal com recurso a redes clandestinas ou, em simples desespero, com recurso a meios de transporte incipientes, que colocam em risco sério a vida de quem transportam. Diminui, assim, a imigração ilegal resultante da violação das regras aplicáveis aos vistos – designado por *overstay* – para aumentar o verdadeiro flagelo, que é a tentativa de entrada clandestina em pontos de entrada não oficiais nas fronteiras de um Estado⁴¹.

Do ponto de vista do Estado de acolhimento, as desvantagens são, também, consideráveis. Um ponto fundamental para o desenvolvimento dos Estados de acolhimento potenciado pelo movimento migratório é a integração dos imigrantes. Ora, é inquestionável que essa integração se revela muito difícil, se não impossível, perante o fenómeno da imigração ilegal. Por outro lado, a presença de imigrantes ilegais degrada as

41 A situação descrita é particularmente preocupante na fronteira sul dos Estados Unidos (com o México) e no Norte de África, na fronteira mediterrânica com os Estados do Sul da Europa. A participação recente de funcionários do SEF em acções conjuntas Europeias de combate à imigração ilegal denota a vulnerabilidade reconhecida das fronteiras portuguesas a esses movimentos.

condições de trabalho em geral, uma vez que permite aos empregadores a manutenção de salários baixos. Além disso, a permanente possibilidade de deportação de imigrantes ilegais provoca uma tensão latente entre o país de origem e o país de acolhimento desses migrantes⁴².

De um ponto de vista puramente económico, a imigração ilegal pode aparentar vantagens. Essa aparência vem, todavia, a médio prazo a revelar-se totalmente infundada. Os baixos salários pagos aos imigrantes ilegais e a economia paralela, gerada fora do sistema laboral oficial do país de acolhimento, permite que determinados sectores de actividade possam competir no mercado global⁴³. Esta estratégia económica revela-se, como é bom de ver, desastrosa. A competição em economia paralela arrastará inevitavelmente a economia do país. Os baixos salários e a ausência de contribuição para os sistemas de segurança social colocam em risco, a médio prazo, a subsistência do próprio país de acolhimento, na medida em que representará uma diminuição de receita fiscal e a ruptura da segurança social. Ademais perde-se uma das vantagens mais palpáveis dos movimentos

migratórios, em especial na Europa: o robustecimento financeiro dos debilitados sistemas de segurança social em consequência das baixas taxas de natalidade. Por outro lado, a flexibilidade desta mão-de-obra – em geral admitindo toda a espécie de funções e condições, por força da sua vulnerabilidade – e a facilidade com que os Estados podem proceder à sua deportação pode também explicar alguma tolerância a este fenómeno⁴⁴.

A verdade, porém, é que a presença de imigrantes ilegais num Estado pressupõe uma falha no controlo das suas fronteiras territoriais⁴⁵. O controlo dos movimentos migratórios tem, desde sempre, sido reclamado pelos Estados como parte da sua soberania, integrando o seu domínio exclusivo. Não há, por isso, em relação aos migrantes, qualquer imposição decorrente do direito internacional que force a sua admissão nos limites territoriais de um Estado. A prática tem, todavia, demonstrado

42 Cf. CHOLEWINSKY, RICHARD, *Protection of the Human Rights of Migrant Workers and Members of their Families under the UN Migrant Workers Convention as a Tool to Enhance Development in the Country of Employment*, p.12.

43 *Ibidem*.

44 *Ibidem*, p. 13. Este autor afirma mesmo que «os Governos muitas vezes “fecham os olhos” à presença desta força de trabalho quando ela é vista como claramente benéfica à economia».

45 Cf. BOSNIAK, LINDA S., *Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants under the International Migrant Workers Convention*. *International Migration Review*. 25 (1991) p. 742.

que os Estados não conseguem controlar ou sustentar os movimentos migratórios ilegais. Por isso, embora possuam essa autoridade, os Estados têm em geral falhado o objectivo de evitar a entrada dos migrantes em situação irregular⁴⁶.

II. Perante a inevitabilidade da convivência com este fenómeno, os Estados iniciaram o debate quanto à extensão a estes migrantes dos direitos conferidos aos seus cidadãos e aos migrantes em situação regular. A especial vulnerabilidade destes migrantes exige essa extensão de direitos. Aos migrantes ilegais não só são muitas vezes recusados direitos básicos como, nos casos em que esses direitos lhes são concedidos, estão desprotegidos quanto aos riscos do seu exercício. Com efeito, um migrante ilegal que pretende beneficiar de direitos sociais, que lhe tenham sido reconhecidos por determinado Estado, pode bem enfrentar as consequências do exercício desses direitos por expor às autoridades a sua situação irregular. Ainda militando no sentido do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores migrantes está o argumento – já aqui citado – segundo o qual estes direitos são próprios do ser humano, ligados que estão, indissociavelmente, à dignidade da pessoa humana. Por essa razão não se vislumbra como podem ser negados esses direitos a seres humanos, ainda que em situação ilegal, uma vez que a sua condição humana em nada se prejudica pelo seu estatuto jurídico.

Contra estes argumentos, têm sido esgrimidos outros – e foram-no durante as negociações da Convenção – sustentando a restrição de direitos aos imigrantes ilegais. Segundo estes argumentos, a extensão de direitos a estes migrantes iria encorajar e, até, premiar futuras violações à integridade territorial das fronteiras dos Estados⁴⁷. Em face destes argumentos, os Estados adoptaram uma política com eles consistente, aumentando o controlo da imigração ilegal e punindo com medidas criminais severas os promotores de redes de imigração clandestina e os empregadores que contratam imigrantes ilegais.

III. A Convenção não deixa, naturalmente, de lidar com este problema tendo convivido, durante a sua redacção, com a tensão entre Estados favoráveis aos direitos dos imigrantes ilegais

46 *Ibidem*, p. 745.

47 Argumentos citados por BOSNIAK, LINDA S., *Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants under the International Migrant Workers Convention*, p. 749.

e outros que entendiam que essa concessão poderia incentivar a migração ilegal. A solução encontrada foi de compromisso entre as duas perspectivas.

A Convenção remete a definição da legalidade da permanência do migrante no país de acolhimento para a ordem jurídica desse Estado. Assim:

«Artigo 5.º

Para efeitos da presente Convenção, os trabalhadores migrantes e os membros das suas famílias:

- a) *São considerados documentados ou em situação regular se forem autorizados a entrar, permanecer e exercer uma actividade remunerada no Estado de emprego, ao abrigo da legislação desse Estado e das convenções internacionais de que esse Estado seja Parte;*
- b) *São considerados indocumentados ou em situação irregular se não preenchem as condições enunciadas na alínea a) do presente artigo».*

Esta remissão mantém, assim, o princípio já há muito aceite do domínio reservado dos Estados sobre a sua política de admissão de imigrantes. O controlo dos movimentos migratórios continua inteiramente dependente da definição a que cada Estado entenda proceder, nos limites do seu território.

A Convenção procede, depois, à já referida distinção quanto aos direitos dos trabalhadores migrantes em situação regular e irregular. Confere a generalidade dos direitos a todos os trabalhadores migrantes, sem distinção quanto à regularidade da sua permanência no território do país de acolhimento. Há, todavia, um conjunto de direitos mais reduzido – que já enunciámos – que a Convenção reserva aos migrantes em situação regular. Coloca-se, então, a questão de saber se esta discriminação será materialmente fundada.

Do ponto de vista político vimos já que a posição adoptada na Convenção resulta de um compromisso entre os Estados que viam no reconhecimento de direitos aos migrantes

ilegais um risco para a sua soberania e os outros que entendiam ser essa a única posição consistente com a protecção internacional dos direitos humanos e com a protecção devida à posição vulnerável dos migrantes em situação irregular. Resta saber se, juridicamente, à luz do direito internacional, esta discriminação aparece como válida.

O Direito Internacional permite estabelecer distinções quanto aos direitos conferidos aos cidadãos de um Estado e aos estrangeiros⁴⁸. É o que estabelece, por exemplo, quanto aos direitos políticos, o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos⁴⁹. A distinção deve, todavia, ser materialmente fundada. A generalidade dos instrumentos internacionais – assim como as Constituições dos Estados democráticos – referem-se, nos seus catálogos de direitos fundamentais, a pessoas e não a cidadãos. Os poucos direitos exclusivos dos cidadãos são, assim, aqueles que estejam ligados – se não exclusivamente, pelo menos primordialmente – ao seu estatuto de cidadania.

Esta conclusão seria suficiente para reconhecer um conjunto substancial de direitos – todos os característicos da pessoa – aos migrantes, mesmo aqueles que se encontrem em situação irregular. Todavia, para a Convenção, seria importante encontrar um critério distintivo quanto ao reconhecimento de direitos, não já entre cidadãos e estrangeiros mas entre migrantes documentados e não documentados ou em situação irregular.

Tal critério pode estar, como deixámos dito, na correlação directa desses direitos com a sua condição de imigrantes documentados. Entre estes direitos encontram-se, recorde-se:

- a) a manutenção de direitos políticos no Estado de origem (cf. artigo 41.º);
- b) direitos sociais em condições de igualdade com os cidadãos do Estado de acolhimento (cf. artigo 43.º);
- c) o direito à isenção de impostos de importação/exporação relativos a bens de uso doméstico (cf. artigo 46.º);

48 Cf. BOSNIAK, LINDA S., *Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants under the International Migrant Workers Convention*, p. 754.

49 Cf. CHOLEWINSKY, RICHARD, *Protection of the Human Rights of Migrant Workers and Members of their Families under the UN Migrant Workers Convention as a Tool to Enhance Development in the Country of Employment*, p. 9.

- d) o direito à livre transferência de fundos ou remessas monetárias do Estado de acolhimento para o Estado de origem (cf. artigo 47.º);
- e) o direito de residência e de trabalho (cf. artigo 49.º);
- f) o direito a escolher a actividade (cf. artigo 52.º);
- g) o direito à protecção laboral (cf. artigo 54.º);
- h) o direito a não ser expulso (cf. artigo 56.º).

Já é mais difícil de explicar e aceitar a discriminação quanto aos direitos à informação (cf. artigo 37.º) e de associação (cf. artigo 40.º).

Esta distinção parece fazer apelo à ideia segundo a qual o reconhecimento de direitos aos migrantes ilegais, embora justo, sempre seria inútil atendendo à dificuldade sentida aquando do seu exercício. Com efeito, existe um obstáculo prático ao exercício dos direitos reconhecidos aos imigrantes ilegais, mesmo aqueles, diga-se, reconhecidos na Convenção. Supondo que um imigrante ilegal se vê na necessidade de recorrer a ajuda médica de emergência ou pretende beneficiar de certo apoio social – direitos, de resto, reconhecidos pela Convenção – a ausência de medidas de protecção quanto à comunicação às autoridades de imigração dessa conduta, podem conduzir ao desencadear dos mecanismos internos de eliminação da imigração ilegal. A perspectiva desse desfecho afastará, de resto, os migrantes ilegais do exercício dos direitos⁵⁰.

50 Cf. BOSNIAK, LINDA S., *Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants under the International Migrant Workers Convention*, p. 760.

51 Cf. BOSNIAK, LINDA S., *Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants under the International Migrant Workers Convention*, p. 762.

A Convenção não contém nenhum mecanismo que previna o efeito redutor que o receio da reacção da ordem jurídica terá no exercício legítimo dos direitos, reconhecidos na Convenção, pelos trabalhadores migrantes não documentados. Duas soluções poderiam ser equacionadas para o problema. A primeira passaria por prever uma recomendação aos Estados, no sentido de procederem à legalização dos migrantes em situação irregular encontrados no seu território⁵¹. Esta solução dificilmente seria consensual entre os Estados participantes nas

negociações. No entanto ela permitiria atingir o objectivo máximo da Convenção: o da eliminação das migrações ilegais o que eliminaria a necessidade de se proceder à distinção entre migrantes legais e ilegais e, em última análise, dispensaria boa parte das disposições da própria Convenção. Parece evidente, todavia, que esta solução dificilmente seria aceite pelos Estados.

Outra solução passaria por prever um mecanismo segundo o qual «os imigrantes não documentados não pudessem ser julgados por infracções à lei da imigração com base em informações obtidas no exercício de direitos previstos na Convenção»⁵².

Nenhuma das soluções foi acolhida na Convenção. Assim, como reconhece LINDA BOSNIAK, ao falhar na protecção do exercício de direitos pelos imigrantes ilegais, a Convenção «tira com uma mão o que dá com a outra»⁵³.

52 *Ibidem*, p. 760.

53 *Ibidem*, p. 762.

CAPÍTULO 3. A CONVENÇÃO E O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

1. A DIFÍCIL RATIFICAÇÃO PELOS ESTADOS-MEMBROS DA UNIÃO EUROPEIA E SUAS EVENTUAIS RAZÕES JUSTIFICATIVAS

I. Até ao momento nenhum Estado-Membro da Comunidade Europeia ratificou a Convenção. Adoptada em 1990, a Convenção conta já com vinte e oito signatários e trinta e cinco partes, tendo entrado em vigor em Julho de 2003. Todavia, apenas Estados, tendencialmente incluídos no conjunto dos países em vias de desenvolvimento ratificaram a Convenção.

Por outro lado, não é desconhecido o impacto do fenómeno migratório na Europa, estimando-se em meio milhão de migrantes legais o número que a Europa acolhe por ano⁵⁴.

Neste contexto, não passa despercebida a inexistência de ratificações por parte dos Estados-Membros da União Europeia. Com o desenvolvimento progressivo da política comunitária de imigração pode parecer estranho que a adesão à Convenção permaneça em aberto em todos os vinte sete Estados comunitários⁵⁵. Todavia, talvez seja possível identificar alguns dos eventuais motivos subjacentes a esse fenómeno.

II. Em primeiro lugar, importa notar que a matéria da imigração é tradicionalmente uma matéria cara à soberania dos Estados, razão pela qual, na versão original do Tratado de Maastricht, ela se encontrava plasmada no terceiro pilar das Comunidades, encontrando base legal no Tratado da União Europeia – submetido a uma lógica de cooperação intergovernamental – juntamente com as matérias em que os Estados são tradicionalmente

54 Os números não são menos preocupantes quando se pensa na imigração ilegal. Para mais desenvolvimentos *vd.* MENDES, JOÃO MARIA, A Europa e os migrantes na viragem do século. *Janus. Anuário de relações exteriores*. 2001. Org. por Público e Universidade Autónoma de Lisboa. Lisboa, p. 120 ss, e bem assim ROCHA, JOÃO MANUEL, Estrangeiros, da UE, uma imigração qualificada. *Janus. Anuário de relações exteriores*. 2001 Org. por Público e Universidade Autónoma de Lisboa. Lisboa, p. 182 ss. Para uma análise do fenómeno migratório na União Europeia e das respostas possíveis a nível da União *vd.* VITORINO, ANTÓNIO, Imigração para trabalho. Imigração e mercado de trabalho. *Cadernos Sociedade e Trabalho*. Lisboa: Ministério da Segurança Social e do Trabalho, 2002, p. 5 ss.

55 Note-se, todavia, a participação da Turquia na Convenção.

mais avessos a processos de transferências de competências: a segurança externa, a defesa comum, e a cooperação em matéria penal. Certo é, porém, que, já em Maastricht, havia a percepção de que os Estados da Comunidade viriam, mais tarde ou mais cedo, a tratar as matérias relacionadas com a imigração, no âmbito dos mecanismos comunitários de cooperação.

Com o Tratado de Amesterdão (1996/1997), a *comunitarização* da política da imigração, e a importação para o Tratado de Roma de algumas matérias que integravam o terceiro pilar (actualmente incluídas no Título IV do Tratado que institui a Comunidade Europeia – TCE) viriam trazer uma nova consciência e dar um novo impulso aos problemas da imigração no contexto da construção europeia⁵⁶.

III. Todavia, e ainda que paradoxalmente, o próprio desenvolvimento da política comunitária no domínio da imigração pode ter contribuído, de alguma forma, para um afastamento dos Estados destas matérias.

Na verdade, admitir a competência interna das Comunidades nestas matérias, implica o quase reconhecimento automático da competência externa das Comunidades, ou seja a competência das Comunidades em matéria de imigração no domínio das relações internacionais. Com efeito, o TJCE tem sido relativamente claro na densificação do princípio das competências implícitas estabelecido no Acórdão *AETR*⁵⁷.

Recorde-se, a propósito, o recente Parecer n.º 1/03 do TJCE, onde o TJCE entendeu que a Comunidade Europeia tem, no contexto actual da integração, competência exclusiva para celebrar a nova Convenção de Lugano⁵⁸.

Neste cenário, o elenco relativamente extenso de direitos consagrados na Convenção levanta a questão de saber se, tendo os Estados-membros transferido para a Comunidade as competências relativas a um conjunto de matérias abrangidas pela Convenção, poderão ainda proceder unilateralmente à sua ratifi-

56 Vd. LEITÃO, JOSÉ, Do Mercado Comum à política comum de imigração. *Janus, Anuário de relações exteriores*, 2001. Org. por Público e Universidade Autónoma de Lisboa. Lisboa, pp. 128-129.

57 Acórdão do TJCE, de 31 de Março de 1971, *Comissão/Conselho*, Proc. n.º 22/70, Col. 1971, p. 69.

58 Parecer n.º 1/03, de 7 de Fevereiro de 2006, Rec. 2006, p. I-1145.

ção, ou se, ao invés, tal transferência de competência acarreta a necessidade de intervenção da Comunidade no processo de vinculação internacional à Convenção, na sequência da jurisprudência *AETR*.

Na verdade, o leque de direitos consagrados na Convenção além de extenso é muito diversificado. Ali encontramos, por um lado, direitos fundamentais dos indivíduos enquanto pessoas, e indissociáveis da sua condição de trabalhadores, como o direito à vida (cf. artigo 1.º), a proibição da tortura (cf. artigo 2.º), a proibição da escravatura (cf. artigo 3.º), a liberdade de pensamento e de expressão (cf. artigos 4.º e 5.º), o direito à reserva da vida privada (cf. artigo 14.º), o direito de propriedade e proibição das expropriações ilegais (cf. artigo 15.º), o direito à liberdade de segurança (cf. artigo 16.º), um conjunto de direitos processuais (cf. artigos 17.º, 18.º, 20.º e 21.º), o princípio da legalidade em matéria penal (cf. artigo 19.º), a proibição da expulsão colectiva (cf. artigo 22.º) e o direito à protecção diplomática (cf. artigo 23.º, ainda que neste caso esteja sobretudo em causa um direito de cidadania) e, por outro lado, direitos mais directamente ligados à sua condição específica de trabalhadores, designadamente os consagrados nos artigos 25.º e seguintes, a que acrescem, para os trabalhadores em situação regular, os direitos previstos na Parte IV da Convenção.

Se o primeiro tipo de direitos é tutelado a nível comunitário enquanto princípios fundamentais de direito, inicialmente reconhecidos através da jurisprudência do TJCE e mais tarde incluídos no catálogo europeu de direitos, através da proclamação da Carta dos Direitos Fundamentais da União (CDFUE), o segundo conjunto corresponde a matéria que, tradicionalmente na Comunidade Europeia, é enquadrada no âmbito das liberdades de circulação, em especial na liberdade de circulação de trabalhadores (e de serviços, no que diz respeito ao exercício de actividades profissionais independentes)⁵⁹, ainda que muitos desses direitos também tenham sido objecto de acolhimento na CDFUE.

59 Vd. nomeadamente BARNARD, CATHERINE, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 8 ss; GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL, *Direito Comunitário*. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 430 ss; CAMPOS, JOÃO MOTA DE, *Manual de direito comunitário: o sistema institucional; a ordem jurídica; o ordenamento económico da União Europeia*. 2.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 498 ss.

A isto acrescem ainda um conjunto de disposições relativas a matérias que são hoje, sem margem para dúvidas, competência exclusiva da Comunidade, como acontece com o disposto no artigo 46.º da Convenção, nos termos do qual os trabalhadores migrantes e os membros das suas famílias beneficiam *«de harmonia com a legislação aplicável dos Estados interessados, os acordos internacionais pertinentes e as obrigações dos referidos Estados decorrentes da sua participação em uniões aduaneiras, de isenção de direitos e taxas de importação e exportação quanto aos bens de uso pessoal ou doméstico, bem como aos bens de equipamento necessário ao exercício da actividade remunerada que justifica a admissão no Estado de emprego: a) no momento da partida do Estado de origem ou do Estado da residência habitual; b) no momento da admissão inicial no Estado de emprego; c) No momento da partida definitiva do Estado de emprego; d) no momento do regresso definitivo ao Estado de origem ou ao Estado da residência habitual».*

Por outro lado, a Convenção não trata apenas daquilo que, a nível europeu, se tem entendido por circulação de trabalhadores, aplicando-se, ainda que parcialmente, à situação dos trabalhadores independentes que na Comunidade Europeia beneficiam da liberdade de circulação de serviços (cf. artigos 45.º ss TCE). Veja-se o disposto no artigo 63.º da Convenção, que deve ser articulado com a alínea *h*), do n.º 2, do artigo 2.º, onde se estabelece o que se entende por *«trabalhador independente»*: *«o trabalhador migrante que exerce uma actividade remunerada não submetida a um contrato de trabalho e que ganha a sua vida através desta actividade, trabalhando normalmente só ou com membros da sua família, assim como o trabalhador considerado independente pela legislação aplicável do Estado de emprego ou por acordos bilaterais ou multilaterais».*

Finalmente, todas as matérias relativas à política de imigração, à promoção de condições dignas e equitativas em matéria de imigração, ao combate à imigração ilegal, etc. (cf. Parte VI da Convenção) são também hoje competência da Comunidade, no âmbito do Título IV do TCE, designadamente ao abrigo do artigo 63.º TCE.

Assim, de uma forma ou de outra, os Estados acabaram por delegar na Comunidade poderes em todas estas matérias, ainda que em alguns domínios o exercício das compe-

tências transferidas seja partilhado. Neste contexto, não tendo entretanto ratificado a Convenção, não é hoje certo que os Estados-membros o possam fazer, não pelo menos de forma unilateral e individualmente.

IV. Relativamente à protecção de direitos fundamentais dos trabalhadores migrantes e membros das suas famílias levantam-se, ainda a este propósito, outras questões que não podem ser ignoradas.

A. Na verdade, neste ponto, não seria correcto afirmar que a tutela dos direitos fundamentais a nível comunitário, desresponsabiliza os Estados-Membros da respectiva protecção no âmbito dos seus ordenamentos jurídicos. Ao contrário, os tribunais constitucionais europeus (com destaque para o alemão, de Karlsruhe) têm entendido que a confiança depositada pelos tribunais nacionais na protecção dos direitos fundamentais garantidos pelas instituições europeias apenas permanecerá, na condição de este nível de protecção se revelar, no mínimo, equivalente à protecção assegurada pelos Estados⁶⁰.

Não obstante, não restam hoje dúvidas que a Comunidade assumiu no seu seio a protecção dos direitos fundamentais⁶¹.

Contudo, e não obstante as dúvidas acerca do valor jurídico e da força vinculativa da CDFUE⁶² – hoje incluída no Tratado Constitucional, integrando a sua Parte II⁶³ –, a suficiência da protecção conferida pela CDFUE no que respeita, em especial, aos nacionais de países terceiros é controversa. A CDFUE apresenta uma série de disposições – as chamadas disposições horizontais – cuja interpretação e aplicação não é clara⁶⁴.

60 Na sequência da jurisprudência *Solange II*, onde o Tribunal Constitucional alemão entendeu que «enquanto as Comunidades Europeias e em especial a jurisprudência do Tribunal de Justiça garantirem em geral uma protecção eficaz dos direitos fundamentais perante os poderes de autoridade exercidos pelas Comunidades, equiparável no essencial à que é imposta como imprescindível pela Lei Fundamental, tanto mais que é geralmente garantido o conteúdo essencial desses direitos fundamentais, o Tribunal Constitucional Federal não exercerá a sua competência relativa à aplicabilidade do direito comunitário derivado que constitua fundamento legal de actos dos órgãos jurisdicionais e administrativos alemães, no âmbito territorial da República Federal da Alemanha, nem fiscalizará tal direito pelo parâmetro dos direitos fundamentais constantes da Lei Fundamental; serão por isso julgadas inadmissíveis as correspondentes questões prejudiciais de constitucionalidade suscitadas nos termos do artigo 100.º n.º 1, da Lei Fundamental». Para mais desenvolvimentos vd. IGLESIAS, GIL CARLOS RODRIGUEZ [et al.], *Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad: la decision del Tribunal constitucional federal aleman de 22 de octubre de 1986. Revista de Instituciones Europeas*. 4: 3 (1987) p. 669 ss; DUARTE,

MARIA LUISA, O Tratado da União Europeia e a garantia da Constituição: notas de uma reflexão crítica. *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*. Lisboa: Lex, pp. 667-715.

61 Inicialmente através da obra da jurisprudência comunitária (muito alicercada nos princípios gerais de direito, e nos direitos consagrados na Convenção Europeia dos Direitos do Homem e mais tarde com a proclamação da CDFUE.

62 Assim têm sido apontadas como vantagens da adopção da CDFUE: a) a existência pela primeira vez na União Europeia de um catálogo próprio de direitos fundamentais; b) o seu valor simbólico; c) a maior visibilidade conferida aos direitos

fundamentais, essencial do ponto de vista da tutela dos particulares.

Ao invés, como inconvenientes foram apontados a possível «cristalização» dos direitos ali enunciados, e o seu duvidoso valor jurídico. Cf. MOREIRA, VITAL, A Carta e a adesão da UE à Convenção Europeia de Direitos do Homem. *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 95 ss.

63 Não se pode dizer que o Tratado Constitucional Europeu não tenha trazido alterações significativas em matéria de tutela dos direitos fundamentais a nível da União. Com efeito, não só integrou a CDFUE nos Tratados (cf. artigo I-9.º n.º 1), tal como sugerido pela declaração n.º 23 anexa ao

B. Deste modo, o âmbito subjectivo de aplicação da CDFUE não se encontra claramente definido.

Desde logo, o artigo II-111.º não é claro na determinação dos sujeitos passivos da obrigação de respeitar os direitos fundamentais: quem se encontra afinal obrigado ao respeito pelos direitos fundamentais? Apenas os Estados-Membros enquanto aplicam direito comunitário? Qual o alcance desta reserva?⁶⁵

As dúvidas colocam-se ainda com maior pertinência quanto ao lado activo da relação, uma vez que não existe nenhuma norma na CDFUE que estabeleça quem são os sujeitos activos dos direitos protegidos pelo diploma. A protecção parece, ao invés, depender do direito em causa.

Assim, fica por saber com exactidão se os nacionais de países terceiros são titulares de todos os direitos reconhecidos na CDFUE, ou se apenas de alguns, e de entre estes, quais. A letra da CDFUE não ajuda no esclarecimento deste ponto, uma vez que as expressões utilizadas são variáveis: até ao artigo II-80.º encontra-se tendencialmente a expressão *todas as pessoas*, que é também utilizada em sede de direitos dos trabalhadores, por exemplo no artigo II-93.º; no artigo II-75.º *os nacionais de países terceiros*; do artigo II-99.º ao II-106.º *todo o cidadão*; nos artigos II-87.º e II-88.º *os trabalhadores*; nos artigos II-90.º e II-91.º *todos os trabalhadores*; e finalmente no artigo 94.º, n.º 2 *todas as pessoas que residam ou se desloquem legalmente no interior da União*.

Acresce que, parece haver direitos claramente dirigidos à universalidade dos indivíduos, enquanto outros são manifesta-

mente dirigidos aos cidadãos europeus (em especial, os constantes do Título V dedicado aos direitos de cidadania).

Ora, se a aprovação de um catálogo de direitos fundamentais dirigido apenas a um determinado grupo de pessoas é em si mesma controversa, há quem entenda que essa leitura da CDFUE é inultrapassável (até pelo limite hermenêutico que representa a letra da lei). Todavia, tal restrição parece incompatível com o carácter universal e indivisível de um certo número de direitos fundamentais, como os direitos à vida, integridade física, integridade moral, à vida privada, etc., aí consagrados.

Por outro lado, esta interpretação é dificilmente conciliável com o princípio da não discriminação, enunciado no artigo II-81.º da CDFUE, princípio universal que consequentemente pressupõe que (i) os direitos de que beneficiem apenas os cidadãos europeus sejam definidos de forma estrita e que (ii) correspondam a um núcleo de direitos justificados de forma proporcional ao objectivo que se pretende alcançar.

Assim, por exemplo, o direito de voto e o direito de eleger e ser eleito nas eleições para o Parlamento Europeu e nas eleições municipais são reservados apenas aos cidadãos da União (cf. artigos II-99.º e II-100.º). Ora, coloca-se a questão de saber se, segundo os princípios da não discriminação e da igualdade de tratamento, estes direitos não deveriam ser estendidos a todos os indivíduos que residam legalmente no território da União Europeia através, por exemplo, do estabelecimento de certas condições, como um determinado período de residência legal. A formulação poderia ser aproximada do disposto no artigo II-103.º relativo ao direito de recurso ao Provedor de Justiça Europeu ou do artigo II-104.º relativo ao direito de petição.

O artigo II-105.º garante a liberdade de circulação e o direito de residir livremente no território de um Estado-Membro apenas

Tratado de Nice, como criou ainda um título dedicado aos «Direitos fundamentais e Cidadania da União», proclamou em termos latos os valores da União no artigo I-2.º e reforçou a necessidade de respeito pelos direitos fundamentais no alargamento (cf. artigo I-58.º).

64 As disposições horizontais correspondem aos artigos II-111.º a II-114.º da CDFUE, na versão que foi incluída no Tratado Constitucional. A referência aos artigos da CDFUE far-se-á com base na numeração ali adoptada.

65 Para mais desenvolvimentos *vd.* CURTIN, DEIRDRE; VAN OOIK, RONALD, *The sting is always in the tail. The personal scope of application of the EU Charter of Fundamental Rights.* *Maastricht Journal of European Comparative Law* 1: 8 (2001) p. 109.

aos cidadãos da União. Ora, o artigo 2.º do Protocolo n.º 4 da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (CEDH) consagra estes direitos e garante-os tanto aos nacionais dos Estados-Membros como aos estrangeiros que se encontrem em situação regular no Estado de emprego.

Mesmo apenas no que concerne aos direitos dos trabalhadores verifica-se alguma confusão terminológica: fala-se por um lado em *trabalhadores* em geral (cf. artigo II-90.º), por outro em *trabalhadores e entidades patronais* (cf. artigo II-88.º), ainda em *todas as pessoas* (cf. artigos II-93.º e II-94.º) e, finalmente, em *todos os trabalhadores* (cf. artigo II-91.º). Fica a dúvida de saber se em todas estas expressões estão incluídos os trabalhadores nacionais de países terceiros.

Talvez seja possível defender-se o estabelecimento de um princípio geral de interpretação segundo o qual «como regra, um direito ou liberdade consagrado na Carta deverá aplicar-se a “a todas as pessoas”, ainda que haja lugar a situações excepcionais. Estas deverão depender do conteúdo e natureza de um determinado direito ou liberdade»⁶⁶.

C. Noutro plano, levantam-se ainda dúvidas quanto ao conteúdo dos direitos dos trabalhadores migrantes consagrados na CDFUE e o nível de protecção por esta assegurado. Na impossibilidade de tratarmos exaustivamente este ponto, chamamos a atenção para alguns aspectos que podem aconselhar uma reflexão mais profunda sobre o tema.

Assim, por exemplo, o artigo II-79.º da Carta proíbe as expulsões colectivas. Esta disposição retoma o artigo 4.º do Protocolo n.º 4 da CEDH⁶⁷. Todavia, nos termos da CEDH a medida de expulsão individual não deve atentar contra o respeito da vida familiar, quando a pessoa a expulsar estabeleceu laços familiares no país de acolhimento, e este não deve infligir às pessoas expulsas tratamentos desumanos ou degradantes. Toda a pessoa ameaçada de expulsão pode contestar a aplicação desta decisão e estes direitos podem ser invocados para

⁶⁶ Cf. CURTIN, DEIRDRE; VAN OOIK, RONALD, *The sting is always in the tail. The personal scope of application of the EU Charter of Fundamental rights*, p. 104.

⁶⁷ Não estão aqui em causa as expulsões individuais que são admitidas e previstas no artigo 1.º do Protocolo n.º 7 da CEDH.

contestar a decisão de expulsão, quer a pessoa se encontre em situação regular ou irregular no território de um Estado Parte da CEDH.

O artigo 22.º da Convenção proíbe igualmente as expulsões colectivas e estabelece que as medidas de expulsão só podem ser tomadas pela autoridade competente em conformidade com a lei, e por razões definidas na legislação nacional do Estado do emprego, prevendo uma série de garantias procedimentais e processuais a que a CDFUE ficou totalmente alheia.

Noutro plano, nos termos do artigo 67.º da Convenção «*os Estados Partes interessados cooperam, se tal se mostrar necessário, com vista à adopção de medidas relativas à boa organização do regresso ao Estado de origem dos trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias, quando decidam regressar, quando expire a sua autorização de residência ou de trabalho, ou quando se encontrem em situação irregular no Estado de emprego*», sendo que «*relativamente aos trabalhadores migrantes e aos membros das suas famílias em situação regular, os Estados Partes interessados cooperam, se tal se mostrar necessário, segundo as modalidades por estes acordadas, com vista a promover as condições económicas adequadas à sua reinstalação e a facilitar a sua reintegração social e cultural duradoura no Estado de origem*».

Aquando da negociação do Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Transnacional Organizada Visando Prevenir, Reprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, Principalmente das Mulheres e das Crianças, foi inserido o artigo 6.º relativo ao retorno das vítimas que estabelece que:

«1. *O Estado do qual a vítima de tráfico de pessoas é nacional ou no qual a pessoa tem o direito de residir aquando da entrada no Estado de Acolhimento deve facilitar e aceitar o retorno da mesma pessoa sem demoras indevidas ou insensatas.*

1bis. *Quando um Estado Parte retorna uma vítima de tráfico de pessoas para um outro Estado Parte do qual a vítima é nacional ou tem o direito de residir aquando da entrada no Estado de Acolhimento, deve efectuar esse retorno com as devidas condições de segurança e com os procedimentos legais adequados ao estatuto da pessoa em causa.*

A CDFUE é igualmente omissa nestes pontos.

O artigo 19.º da Carta Social Europeia poderia ter fornecido alguma orientação neste ponto, já que, ao longo dos seus dez parágrafos, estabelece com pormenor um conjunto de obrigações a que ficam vinculadas as Partes Contratantes que recebem trabalhadores migrantes de outras Partes Contratantes. Assim, com vista a «assegurar o exercício efectivo do direito dos trabalhadores migrantes e das suas famílias à protecção e à assistência no território de qualquer Parte Contratante, as Partes Contratantes comprometem-se:

1. *A manter ou a assegurar a existência de serviços gratuitos apropriados encarregados de auxiliar estes trabalhadores e, nomeadamente, de lhes fornecer informações exactas e a tomar todas as medidas úteis, enquanto as leis e os regulamentos nacionais o permitam, contra toda a propaganda enganadora sobre a emigração e a imigração;*
2. *A adoptar, dentro dos limites da sua jurisdição, medidas apropriadas para facilitar a partida, a viagem e o acolhimento destes trabalhadores e das famílias e assegurar-lhes, nos limites da sua jurisdição, durante a viagem os serviços sanitários e médicos necessários, assim como boas condições de higiene;*
3. *A promover a colaboração, conforme os casos, entre os serviços sociais públicos ou privados dos países de emigração e de imigração;*
4. *A garantir a estes trabalhadores que se encontrem legalmente no seu território, quer estas matérias sejam reguladas por lei ou regulamento, quer sejam submetidas ao controlo das autoridades administrativas, um tratamento não menos favorável que aos seus nacionais no que respeita às matérias seguintes:*
 - a) *Remuneração e outras condições de emprego e de trabalho;*
 - b) *Filiação em organizações sindicais e fruição dos benefícios resultantes de convenções colectivas;*
 - c) *Habitação;*

5. *A assegurar a estes trabalhadores que se encontrem legalmente no seu território um tratamento não menos favorável que aos seus próprios nacionais no que respeita a impostos, taxas ou contribuições referentes ao trabalho, pagas a título do trabalhador;*
6. *A facilitar, tanto quanto possível, o reagrupamento da família do trabalhador migrante autorizado a fixar-se no território;*
7. *A assegurar a estes trabalhadores que se encontrem legalmente no seu território um tratamento não menos favorável que aos seus nacionais em acções judiciais respeitantes às questões mencionadas no presente artigo;*
8. *A garantir a estes trabalhadores que residam regularmente no seu território que não poderão ser expulsos, a não ser que ameacem a segurança do Estado ou violem a ordem pública ou os bons costumes;*
9. *A permitir, no quadro dos limites fixados por lei, a transferência de qualquer parte dos salários e das economias dos trabalhadores migrantes que estes desejem transferir;*
10. *A estender a protecção e assistência previstas pelo presente artigo aos trabalhadores migrantes que trabalhem por conta própria, tanto quanto as medidas em questão sejam aplicáveis a esta categoria».*

D. A Convenção em análise incorpora num só instrumento todos os direitos dos trabalhadores migrantes, quer sejam civis, económicos, políticos, sociais, culturais ou ligados às condições de trabalho. Algumas destas disposições aplicam-se a todos os trabalhadores migrantes seja qual for o seu estatuto jurídico. A Convenção está, assim, na sequência do que ficou dito atrás, dividida em três partes fundamentais: (i) uma parte respeitante aos direitos fundamentais de todos os trabalhadores migrantes, incluindo os que se encontram em situação irregular; (ii) uma outra que se aplica apenas aos trabalhadores em situação regular, prevendo um conjunto acrescido de direitos; e, (iii) uma terceira dedicada às obrigações dos Estados no contexto da Convenção.

A CDFUE não segue este figurino o que, ainda que justificado, muitas vezes dificulta a sua interpretação e aplicação, nomeadamente a resposta à questão de saber quais são, afinal,

os direitos reconhecidos a todos os trabalhadores migrantes no plano comunitário, e se subsistem lacunas de protecção neste domínio. Ora, «quanto maior for o grau de reconhecimento jurídico conferido à Carta, mais seriamente terá de ser considerada a relação entre as suas disposições particulares e o Tratado»⁶⁸. Assim, também a inclusão da CDFUE no texto do Tratado Constitucional não deixará de impor uma reflexão cuidada sobre estas questões, entre tantas outras.

V. Neste contexto, é possível concluir que a CDFUE não confere uma protecção suficiente aos trabalhadores imigrantes e aos membros das suas famílias nos termos impostos pela Convenção, mantendo-se por isso a relevância da respectiva ratificação.

No entanto, em face desta conclusão outro paradoxo se revela. Ainda que admitindo o funcionamento da teoria das competências implícitas referida *supra*, nos termos da qual a competência para ratificar a Convenção pertenceria à Comunidade – ou pelo menos conjuntamente aos Estados e à Comunidade – o TJCE já se pronunciou pela impossibilidade de a Comunidade proceder à ratificação de tratados internacionais em matéria de direitos fundamentais.

Recorde-se a este propósito o disposto no Parecer n.º 2/94⁶⁹, onde o TJCE, recordando o princípio das competências atribuídas (cf. artigo 5.º TCE) considerou, por um lado, que «nenhum preceito do Tratado confere às instituições comunitárias qualquer poder geral para produzir normas sobre direitos humanos

68 Cf. BURCA, GRAINNE DE, *Human Rights: the Charter and Beyond*. Jean Monnet Working Paper N.º 10/01, 2001,

www.jeanmonnetprogram.org/papers/index.html, p. 2.

69 Parecer n.º 2/94, de 28 de Março de 1996, Col. 1996, pág. I – 1763. A questão da possibilidade de adesão e da competência da Comunidade para o fazer divida os Estados-Membros. Enquanto uns entendiam que a matéria dos direitos fundamentais atravessava horizontalmente todo o Tratado e por isso era possível integrar a lacuna fazendo actuar o mecanismo das competências subsidiárias (artigo 308.º TCE)

– neste sentido encontravam-se a Bélgica, a Dinamarca, a Finlândia, a Alemanha, Grécia, Itália, Suécia e Áustria –, outros entendiam que a ausência de qualquer referência nos Tratados aos direitos fundamentais enquanto objectivos da Comunidade ou enquanto objecto de protecção pela mesma impedia o funcionamento do artigo 308.º – neste sentido encontravam-se a França, Portugal, Espanha, Irlanda, Reino Unido. Para mais desenvolvimentos vd. SOARES, ANTÓNIO GOUCHA, *A Carta dos Direitos fundamentais da União Europeia: A protecção dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 25.

ou para concluir convenções internacionais nessa área», e, por outro, que «a adesão à Convenção Europeia dos Direitos do Homem implicaria uma mudança substancial no actual sistema comunitário de protecção dos direitos fundamentais, na medida em que envolveria a entrada da Comunidade num sistema institucional internacional bem distinto, bem como a integração de todos os preceitos da Convenção na ordem jurídica da Comunidade», afastando igualmente a possibilidade de funcionamento do mecanismo do artigo 308.º TCE.

O Tribunal entendeu pois, que a adesão à CEDH implicava um salto qualitativo na integração, que só poderia ser dado pelo momento constitucional de revisão dos Tratados (cf. artigo 48.º TUE). A União não dispõe de competência, nem expressa nem implícita nos Tratados, para a adesão⁷⁰.

Ora, se a Comunidade não tem competência para aderir a tratados internacionais em matéria de direitos fundamentais, só os Estados o poderão fazer. Todavia, como vimos atrás, relativamente à generalidade das matérias incluídas na Convenção, os Estados transferiram as suas competências para a União, ora de forma exclusiva ora partilhada (sendo que, mesmo nos domínios de competência partilhada a Comunidade já exerceu, em geral, as suas competências) o que impede – ou, no mínimo, dificulta – a adopção de medidas por parte dos Estados nessas matérias.

Sob pena de se chegar à conclusão absurda de que nem os Estados nem a Comunidade podem ratificar a Convenção, a única conclusão possível é admitir que, no estado actual do direito comunitário, ambos terão de participar no processo de vinculação internacional à Convenção.

70 A prudência interpretativa do TJCE pode ainda ser justificada pelo contexto em que surgiu o Parecer n.º 2/94. Com efeito, após a aprovação do Tratado de Maastricht e a célebre decisão do Tribunal Constitucional alemão a esse propósito (recorde-se que na sua Decisão *Maastricht*, o Tribunal Constitucional alemão reiterou o seu entendimento de que os Estados-Membros permaneciam os árbitros últimos das competências da Comunidade, reservando-se a competência de saber se uma determinada acção da Comunidade é ou não *ultra vires*) o TJCE terá preferido enveredar por uma linha mais restritiva e conservadora da sua jurisprudência. O que de resto, também ressaltava já do seu Parecer n.º 1/94, de 15 de Novembro de 1994 (Rec. p. I-5267), sobre o acordo que instituiu a Organização Mundial do Comércio. Aqui, o Tribunal entendeu que o poder para aprovar os acordos do *Uruguay Round* era partilhado pela Comunidade e pelos Estados-Membros, no campo dos serviços e da propriedade intelectual, e portanto a União não podia dispor de um voto único na OMC. Cf. PIRIS, JEAN-CLAUDE, Does the European Union have a Constitution? Does it need one? *European Law Review* 24: 6 (1999) p. 574.

A entrada em vigor do Tratado Constitucional Europeu viria resolver alguns destes problemas, ao constitucionalizar a CDFUE – conferindo-lhe força vinculativa indiscutível, e permitindo desta forma o funcionamento da teoria das competências implícitas em matéria de direitos fundamentais – e ao criar a necessária base jurídica para a adesão à CEDH (cf. artigo I-9.º), e eventualmente à Convenção em análise.

VI. Todavia, ainda que admitindo a possibilidade teórica de uma ratificação conjunta da Convenção por parte dos Estados e da Comunidade, note-se que a Convenção é particularmente ambiciosa, abrangendo um leque de situações que é legítimo pressupor que nem os Estados, nem a Comunidade, estão por ora dispostos a aceitar incondicionalmente. É o que sucede, nomeadamente, com o conjunto de direitos reconhecidos aos trabalhadores em situação irregular. A extensão e latitude do âmbito de aplicação da Convenção determinam que, no plano prático, as hipóteses de adesão sejam relativamente diminutas.

É certo que as Partes, na Convenção, poderão sempre introduzir reservas, de forma a eximirem-se ao cumprimento da totalidade das disposições da Convenção, o que aliás sucedeu com um conjunto significativo de Estados. Todavia, sempre as reservas terão de ter lugar no quadro do artigo 19.º da Convenção de Viena Sobre o Direitos dos Tratados celebrados entre Estados, de 1969, como acrescem ainda algumas limitações decorrentes da própria Convenção, como a que é estabelecida pelo artigo 88.º.

Neste cenário, não será de estranhar que Estados e Comunidade pareçam, por ora, preferir resolver os problemas da imigração – e entre eles a definição dos direitos dos trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias –, internamente, ou seja, através da adopção de direito comunitário derivado neste domínio.

2. OS INCENTIVOS PARA A ADESÃO À CONVENÇÃO PELOS ESTADOS-MEMBROS: EM ESPECIAL, O PARECER DO COMITÉ ECONÓMICO E SOCIAL EUROPEU

I. Tendo em conta o quadro actual de inexistência de ratificações a nível dos Estados-Membros da União, importa notar que a Comissão Europeia se referiu, primeiramente, à necessidade de ratificação da Convenção pelos Estados-Membros, no seu Livro Branco sobre Política Social Europeia, de 1994⁷¹.

Não tendo o apelo da Comissão surtido efeito, pode dizer-se que o documento central a nível comunitário sobre a Convenção continua a ser, ainda, o parecer do CESE, datado de 30 de Junho de 2004⁷².

II. No seu parecer «em conformidade com os pareceres que elaborou sobre a política europeia de imigração e com o parecer do Parlamento Europeu»⁷³, o CESE propõe a ratificação da Convenção pelos Estados-Membros da União Europeia, apelando ainda ao presidente da Comissão e à Presidência em exercício do Conselho a que adoptem as iniciativas políticas adequadas, de forma a que os Estados-Membros ratifiquem a Convenção nos vinte e quatro meses seguintes, e que a União o faça também, quando o tratado constitucional autorizar a assinatura de acordos internacionais nestas matérias.

O CESE, depois de proceder a uma breve análise dos direitos estabelecidos pela Convenção, chama a atenção para o facto de a Convenção se basear na «noção fundamental de que todos os imigrantes devem ter acesso a um nível mínimo de protecção»⁷⁴. Nesta matéria, nota o CESE, a Convenção destina-se a ser aplicável em duas circunstâncias distintas: (i) a dos trabalhadores imigrantes em situação regular; e (ii) a dos trabalhadores imigrantes em situação irregular. Na verdade, a Convenção

71 Livro Branco da Comissão «Política Social Europeia – Como Avançar na União» – COM (1994) 333.

72 JO n.º C 302, de 7 de Dezembro de 2004. O parecer do CESE surge em 2004, quando as questões da imigração já constavam, em lugar de destaque, na agenda europeia. Neste contexto, o CESE decidiu nos termos do n.º 2, do artigo 23.º, do respectivo Regimento, elaborar um parecer sobre a Convenção, que veio a ser aprovado na reunião plenária de 30 de Junho e 1 de Julho de 2004, por 162 votos a favor, 3 votos contra, e 11 abstenções.

73 Parecer do CESE, p. 52.

74 Parecer do CESE, p. 51.

ainda que estabelecendo uma lista de direitos mais alargada para os trabalhadores que se encontram em situação legal, reconhece igualmente alguns direitos fundamentais para os trabalhadores irregulares (vd. Parte II e Parte III da Convenção). Este ponto é fundamental: «a Convenção, inspirada por preocupações superiores de protecção dos indivíduos que trabalham ou pretendem trabalhar num país diferente do seu, reconhece direitos mesmo àqueles que não tenham a sua situação perfeitamente regularizada, evitando assim que as ordens jurídicas nacionais possam impedir o reconhecimento e efectivação de tais direitos com fundamento em exigências internas, eventualmente excessivas e desnecessárias».

Todavia, nota o CESE, que a Convenção não «aceita» e não se alheia do fenómeno da chamada imigração ilegal. Ao invés, «propõe acções para erradicar a imigração ilegal, essencialmente através do combate à informação enganosa, tendente a incitar à imigração irregular, e mediante sanções contra os traficantes e os empregadores de migrantes sem documentos»⁷⁵.

Por último, recorda ainda o CESE que, de forma a zelar pela aplicação da Convenção e das suas disposições pelos Estados ratificantes, a Convenção prevê a criação de um Comité de protecção dos direitos dos trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias, que entretanto veio a ser constituído e se encontra em funcionamento desde Março de 2004⁷⁶.

III. Em seguida, o CESE recorda as grandes linhas e os grandes momentos da política europeia de imigração.

Desde o Conselho Europeu de Tampere, que a União Europeia se propõe elaborar uma legislação comum em matéria de asilo e imigração. Na perspectiva do CESE, «Tampere definiu uma boa base política para a harmonização da legislação comunitária em matéria de imigração e asilo; bem como para melhorar a cooperação com os países terceiros na gestão dos fluxos

⁷⁵ Parecer do CESE, p. 50.

⁷⁶ Para uma análise da organização e funcionamento do Comité vd. artigos 72.º a 77.º da Convenção.

migratórios», tendo sido igualmente acordado «o tratamento justo das pessoas e a necessidade de políticas de integração e de combate à discriminação»⁷⁷.

Na sequência da reunião de Tampere, a Comissão elaborou numerosas iniciativas legislativas que se têm, todavia, deparado com as resistências do Conselho da União. Assim, volvidos quatro anos sobre Tampere, para o CESE «o resultado é escasso». A legislação adoptada é «decepcionante, muito afastada dos objectivos de Tampere, das propostas da Comissão, do parecer do Parlamento Europeu e do parecer do CESE»⁷⁸.

Neste cenário, o próprio CESE já solicitou ao Conselho, em diversos pareceres, uma actuação mais responsável, com espírito mais construtivo e de maior cooperação, uma vez que é «cada vez mais necessário dotar a União Europeia de legislação comum adequada para gerir a imigração de modo legal e transparente»⁷⁹.

Também o Conselho Europeu de Salónica considerou positiva a Comunicação da Comissão sobre imigração, integração e emprego, a qual assinalava que haverá um aumento considerável da imigração laboral para a União Europeia, o que tornará imperiosa a existência de legislação adequada para gerir a imigração de modo legal. Ali, a Comissão afirmava, igualmente, a necessidade de políticas de integração da população imigrada, bem como de luta contra todas as formas de exploração e discriminação.

A tudo isto acresce o facto de algumas legislações nacionais sobre imigração não respeitarem inteiramente as convenções internacionais sobre os direitos humanos, e até algumas directivas europeias (relativas ao reagrupamento familiar, por exemplo), sendo consideradas contrárias aos direitos humanos fundamentais por diversas organizações não governamentais e pelo próprio Parlamento Europeu. Também neste contexto, importa recordar que a eliminação das disparidades nacionais constitui um ponto fundamental da integração europeia.

77 Parecer do CESE, p. 51.

78 Parecer do CESE, p. 51.

79 *Ibidem*. O CESE recorda, ainda, os diversos pareceres que elaborou, e nos quais propõe a adopção pela União Europeia de uma política adequada para a canalização da imigração económica através de vias legais, a fim de evitar a imigração clandestina e de combater o tráfico ilegal de pessoas. Neste quadro, é «urgente a aprovação da directiva relativa às condições de entrada e residência e acesso dos imigrantes ao emprego, com base na proposta da Comissão e tendo em conta o parecer do CESE».

No entender do CESE as convenções internacionais sobre direitos humanos e a CDFUE devem constituir a base de toda a estrutura legislativa europeia em matéria de imigração.

IV. Recordando, por último, os valores fundamentais afirmados pela União no mundo, nomeadamente no quadro do multilateralismo e da globalização, e notando que a Europa é um «espaço de liberdade, democracia, respeito dos direitos humanos de todas as pessoas», o CESE considera que todas as convenções internacionais que protegem os direitos humanos fundamentais devem ser ratificados por todos os Estados-Membros da União e os seus preceitos jurídicos incorporados na legislação comunitária e nacional.

Neste contexto, o n.º 2 do artigo 1-9.º do Tratado Constitucional Europeu propõe a adesão da União à CEDH, que o CESE apoia. A integração da CDFUE no Tratado Constitucional é também fundamental, enquanto expressão de uma base comum para os direitos de todas as pessoas na União Europeia.

Finalmente, por uma questão de coerência, a tutela dos direitos fundamentais não pode cingir-se ao quadro interno da União Europeia, devendo igualmente integrar-se nas relações internacionais da União. Com base nas convenções internacionais patrocinadas pelas Nações Unidas, a Europa deve promover a criação de um quadro jurídico comum de protecção internacional dos direitos fundamentais de todos os seres humanos, sem distinção de origem nacional e seja qual for o seu lugar de residência.

3. O REGIME COMUNITÁRIO APLICÁVEL AOS TRABALHADORES MIGRANTES

3.1. A LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE TRABALHADORES

I. Antes de avançarmos na análise da legislação comunitária relativa aos direitos dos trabalhadores de terceiros Estados no espaço na União Europeia, impõem-se umas breves palavras sobre a forma como a liberdade de circulação dos trabalhadores tem sido tra-

tada, desde os primórdios do processo de integração europeia, enquanto pilar fundamental da construção do mercado comum.

II. Como é amplamente sabido, a liberdade de circulação de trabalhadores constitui um dos pilares do mercado comum europeu, juntamente com o estabelecimento da União Aduaneira e a livre circulação dos demais factores de produção: de mercadorias, serviços e capitais.

Na verdade, cedo os *pais fundadores* das Comunidades Europeias se aperceberam que, a implementação de um verdadeiro mercado comum – mais tarde mercado interno e depois mercado único –, impunha o estabelecimento da liberdade de circulação dos factores de produção, e entre eles, em especial, a liberdade de circulação dos trabalhadores.

Neste quadro, o n.º 1 do artigo 39.º TCE veio estabelecer que os trabalhadores gozam do direito à liberdade de circulação, que nos termos do n.º 2 do mesmo artigo implica a *«abolição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados-Membros, no que diz respeito ao emprego, à remuneração e demais condições de trabalho»*. O n.º 3 acrescenta ainda a esta liberdade, *«sem prejuízo das limitações justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública»*, os direitos de:

- a) responder a ofertas de emprego efectivamente feitas;
- b) deslocar-se livremente, para o efeito, no território dos Estados-Membros;
- c) residir num dos Estados-Membros a fim de nele exercer uma actividade laboral, em conformidade com as disposições legislativas, regulamentares e administrativas que regem o emprego dos trabalhadores nacionais; e de
- d) permanecer no território de um Estado-Membro depois de nele ter exercido uma actividade laboral, nas condições que serão objecto de regulamentos de execução a estabelecer pela Comissão.

O TJCE acrescentaria a este leque de direitos, em jurisprudência consolidada, o direito de os trabalhadores deixarem o seu Estado de origem, entrarem no território de outro Estado-Membro e aí desenvolverem uma actividade económica⁸⁰.

Note-se, todavia que esta liberdade foi inicialmente concebida como um instrumento económico, desligado de qualquer consideração de protecção dos direitos fundamentais dos trabalhadores migrantes no território dos Estados-Membros. Neste ponto a filosofia subjacente ao artigo 39.º TCE difere substancialmente daquela que norteia a Convenção.

Acresce que, o alcance desta liberdade se encontra restringido aos trabalhadores nacionais dos Estados-Membros, não podendo um trabalhador, nacional de um Estado terceiro, ainda que radicado num Estado da Comunidade, beneficiar da livre circulação para o exercício da sua actividade profissional, a partir do Estado da residência, no território da Comunidade⁸¹.

80 Acórdão do TJCE de 5 de Fevereiro de 1991, *Roux/État belge*, Proc. n.º C-363/89, Rec. 1991, p. I-273; Acórdão do TJCE de 26 de Janeiro de 1999, *Terhoeve*, Proc. n.º C-18/95 Rec. 1999, p. I-345.

81 Cf. CAMPOS, JOÃO MOTA DE, *Manual de direito comunitário: o sistema institucional; a ordem jurídica; o ordenamento económico da União Europeia*, p. 538.

82 A liberdade de circulação de pessoas, em geral, seria construída mais tarde pela jurisprudência do TJCE, a partir da liberdade de deslocação através das fronteiras internas da Comunidade, a título de beneficiários da prestação de qualquer serviço e, designadamente, na qualidade de simples turistas.

Por fim, e este é um aspecto fundamental, a liberdade prevista no mencionado artigo 39.º TCE aplica-se apenas aos chamados trabalhadores dependentes ou trabalhadores por conta de outrem, partes num contrato de trabalho. Aos empresários e profissionais independentes ficaram reservados o direito de estabelecimento e a liberdade de prestação de serviços, tal como previstos nos artigos 43.º ss e 49.º ss do TCE, respectivamente⁸². O TCE afasta-se neste ponto da Convenção, que no seu artigo 63.º estende os direitos consagrados na Parte IV, com excepção daqueles que sejam exclusivamente aplicáveis aos trabalhadores assalariados, aos trabalhadores independentes parecendo considerá-los todos *trabalhadores migrantes* em igualdade de circunstâncias.

III. Os direitos consagrados no TCE foram, posteriormente, objecto de concretização e de desenvolvimento essencialmente através de três instrumentos de direito comunitário derivado:

- a) a Directiva n.º 68/360/CEE do Conselho, de 15 de Outubro de 1968, relativa à supressão das restrições à deslocação e permanência dos trabalhadores dos Estados-Membros e sua família na Comunidade⁸³;
- b) o Regulamento (CEE) n.º 1612/68 do Conselho, de 15 de Outubro de 1968, relativo à livre circulação dos trabalhadores na Comunidade⁸⁴;
- c) o Regulamento (CEE) n.º 1251/70 relativo ao direito de os trabalhadores permanecerem no território de um Estado-Membro depois de nele terem exercido uma actividade laboral.

Estes três diplomas vieram a ser, mais tarde, substituídos por um único instrumento – a Directiva n.º 2004/38 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, que alterou o Regulamento (CEE) n.º 1612/68 e revogou as Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE – que pretendeu pôr termo à dispersão legislativa que vigorava em matéria de liberdade de circulação de trabalhadores.

IV. Neste quadro, pode dizer-se que a liberdade de circulação dos trabalhadores assalariados abrange, essencialmente, por um lado, (i) a liberdade de deslocação, residência e permanência no território de qualquer Estado-Membro, e por outro (ii) a liberdade de acesso aos empregos disponíveis no espaço comunitário, em regime de perfeita igualdade com os trabalhadores nacionais. Tratam-se fundamentalmente, do ponto de

⁸³ JO n.º L 257, de 19 de Outubro de 1968.

⁸⁴ Posteriormente alterado pelo Regulamento (CEE) n.º 312/76 do Conselho, de 9 de Fevereiro de 1976, que altera as disposições relativas aos direitos sindicais dos trabalhadores constantes do Regulamento (CEE) n.º 1612/68 respeitante à livre circulação dos trabalhadores na Comunidade, e pelo Regulamento (CEE) n.º 2434/92 do Conselho, de 27 de Julho de 1992, que altera a segunda parte do Regulamento (CEE) n.º 1612/68 relativo à livre circulação dos trabalhadores na Comunidade.

85 As condições em que os familiares podem acompanhar o trabalhador no exercício da sua liberdade de circulação foram concretizados em diversos diplomas de direito comunitário derivado, nomeadamente pela Directiva n.º 2004/38, ao lado referida.

86 Hoje expressamente regulados nos artigos 4.º e 5.º da Directiva n.º 2004/38. Para mais desenvolvimentos, com indicação de jurisprudência relevante, *vd.* BARNARD, CATHERINE, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, p. 268.

87 Acórdão do TJCE de 12 de Maio de 1998, *Martinez Sala/Freistaat Bayern*, Proc. n.º C-85/96, Rec. 1998, p. I-2691.

88 Por períodos superiores a três meses é necessário que o cidadão:

- a) exerça uma actividade assalariada ou não assalariada no Estado-Membro de acolhimento; ou
- b) disponha de recursos suficientes para si próprio e para os membros da sua família, a fim de não se tornar uma sobrecarga para o regime de segurança social do Estado-Membro de acolhimento durante o período de residência, e de uma cobertura extensa de seguro de doença no Estado-Membro de acolhimento; ou
- c) esteja inscrito num estabelecimento de ensino público ou privado, reconhecido ou financiado por um Estado-Membro de acolhimento, com base na sua legislação ou prática administrativa, com o objectivo principal de

vista do seu conteúdo, dos direitos previstos nos artigos 8.º e 25.º ss e 51.º ss da Convenção ainda que o seu alcance não seja perfeitamente idêntico.

A. A liberdade de deslocação, que inclui os trabalhadores e respectivos familiares⁸⁵, comporta, por sua vez, dois direitos correlativos: o direito de deixar livremente o território nacional para ocupar um posto de trabalho noutro Estado-membro, e o direito de acesso ao território de qualquer Estado-Membro⁸⁶.

O direito de residência implica o acesso à qualidade de residente, titulada pela carta de residência de nacional de um Estado-Membro da Comunidade. Todavia, um trabalhador comunitário pode começar a trabalhar antes mesmo de cumprir as formalidades inerentes à obtenção da autorização de residência⁸⁷.

O artigo 6.º da Directiva n.º 2004/38 estabelece o direito de residir no território de outro Estado-Membro, por um período até três meses, de todos os cidadãos da União (e membros da sua família)⁸⁸.

O direito de residência é extensivo aos membros da família de um cidadão da União que não tenham a nacionalidade de um Estado-Membro, quando acompanhem ou se reúnam ao cidadão da União no Estado-Membro de acolhimento, desde que este preencha as condições a que se referem as alíneas a), b) ou c) do n.º 1. Trata-se de uma manifestação da protecção da família também plasmada na Convenção, designadamente nos seus artigos 44.º, 45.º, 50.º e 53.º.

Acresce que as autorizações de residência não podem ser retiradas apenas com o fundamento de que os trabalhadores já não se encontram empregados devido a uma incapacidade temporária (acidente ou doença) ou devido a desemprego involuntário, confirmado pela autoridade competente⁸⁹. Ao invés, a autorização de residência pode ser retirada se o trabalhador migrante se encontrar voluntariamente desempregado⁹⁰. O regime não se coaduna, assim, totalmente com o imposto pelos artigos 49.º, 51.º e 52.º da Convenção.

Relativamente ao direito a permanecer no território de um Estado-membro, o primitivo Regulamento (CEE) n.º 1251/70, relativo ao direito de os trabalhadores permanecerem no território de um Estado-Membro depois de nele terem exercido uma actividade laboral, que concretizou inicialmente o disposto na alínea *d*) do n.º 3 do artigo 39.º TCE, foi revogado pelo Regulamento (CE) n.º 635/2006 da Comissão, de 25 de Abril de 2006, em virtude das alterações nele introduzidas pela Directiva 2004/38, que veio estabelecer um regime mais privilegiado relativamente ao direito de permanência (veja-se o disposto nos artigos 12.º a 14.º da citada Directiva).

B. A liberdade de acesso ao emprego, compreendendo o direito de responder a ofertas de emprego, foi essencialmente desenvolvida e concretizada através do Regulamento n.º 1612/68 acima referido. Todavia, esta igualdade de acesso só poderá ser invocada em relação a empregos existentes no âmbito das actividades económicas que constituem o domínio *ratione materiae* do direito comunitário (ainda que se possa dizer que estes se encontram em constante expansão)⁹¹.

frequentar um curso, inclusive de formação profissional e disponha de uma cobertura extensa de seguro de doença no Estado-

- Membro de acolhimento, e garanta à autoridade nacional competente, por meio de declaração ou outros meios à sua escolha, que dispõe de recursos financeiros suficientes para si próprio e para os membros da sua família a fim de evitar tornar-se uma sobrecarga para o regime de segurança social do Estado-
- Membro de acolhimento durante o período de residência; ou *d*) seja membro da família que acompanha ou se reúne a um cidadão da União que preencha as condições a que se referem as alíneas *a*), *b*) ou *c*).

89 Vd. artigo 7.º da Directiva 2004/38.

90 Dispõe o n.º 3 do artigo 7.º da Directiva 2004/38 que «para os efeitos da alínea *a*) do n.º 1, o cidadão da União que tiver deixado de exercer uma actividade assalariada ou não assalariada mantém o estatuto de trabalhador assalariado ou não assalariado nos seguintes casos: *a*) Quando tiver uma incapacidade temporária de trabalho, resultante de doença ou acidente; *b*) Quando estiver em situação de desemprego registado depois de ter tido emprego durante mais de um ano e estiver inscrito no serviço de emprego como candidato a um emprego; *c*) Quando estiver em situação de desemprego involuntário devidamente registado no termo de um contrato de trabalho de

Os direitos conferidos pelo citado Regulamento podem agrupar-se em três grupos fundamentais: (i) o direito de acesso a um emprego sem discriminações; (ii) o direito a um tratamento não discriminatório na execução da prestação de trabalho; e (iii) os direitos relativos aos familiares do trabalhador migrante.

duración determinada inferior a um ano ou ficar em situação de desemprego involuntário durante os primeiros 12 meses, e estiver inscrito no serviço de emprego como candidato a um emprego. Neste caso, mantém o estatuto de trabalhador assalariado durante um período não inferior a seis meses;
d) *Quando seguir uma formação profissional. A menos que o interessado esteja em situação de desemprego involuntário, a manutenção do estatuto de trabalhador assalariado pressupõe uma relação entre a actividade profissional anterior e a formação em causa».*

91 Cf. CAMPOS, João MOTA DE, *Manual de direito comunitário: o sistema institucional; a ordem jurídica; o ordenamento económico da União Europeia*, p. 542.

92 Para mais desenvolvimentos, vd. BARNARD, CATHERINE, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, pp. 272-273.

93 O TJCE teve ocasião de precisar a noção de vantagens sociais nos termos do artigo 7.º do Regulamento n.º 1612/68. Para mais desenvolvimentos vd. BARNARD, CATHERINE, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, p. 274 ss.

O direito de acesso em igualdade de circunstâncias, reafirmado pelo artigo 1.º do Regulamento, determina a proibição de discriminações directas e indirectas⁹², princípio basilar também no âmbito da Convenção (artigo 9.º).

A igualdade nas condições de emprego e de trabalho inclui a igualdade de remuneração (principal e acessórias) e de quaisquer vantagens sociais ou fiscais conferidas pela lei nacional, o que também se encontra previsto, de alguma forma, nos artigos 25.º ss e 51.º ss da Convenção⁹³.

Esta igualdade de condições tem igualmente lugar no quadro das relações colectivas – em particular, as sindicais. O artigo 8.º do Regulamento prevê o direito de filiação sindical e um conjunto de direitos inerentes à actividade sindical, v.g. direito à greve, o direito de votar e de ser eleito para os órgãos de representação dos trabalhadores da empresa e para os cargos de administração e de direcção das organizações sindicais, que têm paralelo nos artigos 26.º e 40.º da Convenção.

Por outro lado, o direito comunitário reconhece ainda o direito ao reagrupamento familiar – ex-artigos 10.º a 12.º do Regulamento n.º 1612/68, hoje substituídos pelo regime da Directiva n.º 2004/38 – que confere o direito à igualdade de condições na admissão a cursos de ensino geral, de aprendizagem ou de formação profissional aos membros da família do trabalha-

dor⁹⁴. Os direitos conferidos aos membros da família do trabalhador estão à partida dependentes dos direitos conferidos ao próprio trabalhador, a não ser que aqueles os tenham adquirido por título próprio.

No caso de membros da família que sejam nacionais de países terceiros, é indiferente que acompanhem o trabalhador directamente do seu Estado ou provenham de países terceiros⁹⁵.

O regime tem, assim, paralelo com o estabelecido nos artigos 29.º, 30.º e 31.º da Convenção.

V. Por fim, enquanto condição essencial à efectivação da liberdade de circulação, o direito comunitário não ficou indiferente às questões relativas à segurança social. Na verdade, a liberdade de circulação de trabalhadores ficaria comprometida se um trabalhador, que se deslocasse para outro Estado-Membro, perdesse os benefícios sociais anteriormente adquiridos (vd. artigo 27.º da Convenção).

Em matéria de segurança social não se pretendeu, contudo, realizar uma aproximação – e muito menos uniformização – dos vários regimes jurídicos nacionais, mas apenas a sua coordenação, na medida do necessário, para assegurar a liberdade de circulação.

Neste cenário, o regime comunitário da segurança social baseia-se nos seguintes princípios essenciais:

- a) Aplicação efectiva do princípio da plena igualdade de tratamento no que respeita às prestações sociais

94 Segundo o TJCE, a regulamentação comunitária em matéria social é baseada no princípio de que a ordem de cada Estado-Membro deve assegurar aos nacionais dos outros Estados-Membros que ocupem um posto de trabalho no respectivo território o conjunto das regalias que reconhece aos seus próprios nacionais.

95 Acórdão do TJCE de 23 de Setembro de 2003, *Akrich*, Proc. n.º C-109/01, Rec. 2003, p. I-9607. Noutro plano, numa primeira fase, o direito comunitário apenas reconhecia o casamento tradicional, embora se considerasse que, desde que o vínculo conjugal se mantivesse, ainda que os cônjuges estivessem separados, o cônjuge do trabalhador migrante podia gozar os direitos que o direito comunitário lhe reconhecia a este nível. São ilustrativos deste entendimento os Acórdãos do TJCE de 13 de Fevereiro de 1985, *Diatta/Land Berlin*, Proc. n.º 267/83, Rec. 1985, p. 567 e de 17 de Abril de 1986, *État néerlandais/Reed*, Proc. n.º C-59/85, Rec. 1986, p. 1283. O regime parece ter sido alterado com o disposto na Directiva n.º 2004/38, que reconhece as chamadas «parcerias registadas».

(incluindo as prestações não contributivas e os abonos familiares), entre os nacionais de cada Estado e os estrangeiros nacionais dos outros Estados da Comunidade;

- b) Totalização dos períodos de tempo em que o interessado esteve ao abrigo dos diversos sistemas de segurança social vigentes nos países em que ocorreram as relações laborais ou outras situações que deram lugar a aplicação do respectivo regime legal;
- c) Pró-ratização, isto é, repartição *pro rata temporis* pelas diversas instituições nacionais de segurança social, do montante total das prestações a que um beneficiário tenha direito por força da operação de totalização;
- d) Interdição do cúmulo de prestações resultantes da sobreposição de diversos períodos de segurança; e
- e) Obrigação de remessa das prestações, que implica para as diversas instâncias nacionais de segurança social o encargo de efectuar o pagamento das prestações devidas, no Estado-Membro – seja ele qual for – em que o beneficiário resida⁹⁶.

VI. A liberdade de circulação de trabalhadores no espaço comunitário, apesar de concebida em termos latos, não é contudo ilimitada.

Por um lado, a igualdade no acesso ao emprego não abrange os empregos na administração pública, nos termos do n.º 4 do artigo 39.º TCE. E, neste plano, de forma a evitar que a noção de administração pública variasse de Estado para Estado, o TJCE veio estabelecer uma noção comunitária e funcional de administração pública, associando-a a todos os empregos em que haja lugar ao desempenho de funções ou actividades específicas que envolvam – seja qual for o estatuto do trabalhador – a participação no exercício de prerrogativas de poder público

⁹⁶ Para mais desenvolvimentos, vd. CAMPOS, JOÃO MOTA DE, *Manual de direito comunitário: o sistema institucional; a ordem jurídica; o ordenamento económico da União Europeia*. 2.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 550 ss.

ou na defesa de interesses gerais do Estado, ainda que a título de assistência ou consultadoria⁹⁷.

Por outro lado, um Estado pode por motivos de ordem pública, segurança pública ou saúde pública recusar o reconhecimento dos direitos inerentes à liberdade de circulação dos trabalhadores (cf. artigo 39.º, n.º 3 TCE, que tem paralelo para a liberdade de circulação de serviços no artigo 46.º, n.º 1 TCE). Estas reservas foram igualmente regulamentadas em legislação avulsa.

Assim, a Directiva n.º 2004/38 – que revogou a anterior Directiva n.º 64/221 neste ponto –, estabelece, no n.º 2 do seu artigo 27.º, que as medidas adoptadas por razões de ordem pública ou de segurança pública, devem ser conformes com o princípio da proporcionalidade e devem basear-se exclusivamente no comportamento do indivíduo em questão. O comportamento da pessoa deve ainda constituir uma ameaça real, actual e suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade. Não podem, por isso, ser invocadas justificações não relacionadas com o caso individual ou baseadas em motivos de prevenção geral, assim como a existência de condenações penais anteriores não pode, por si só, servir de fundamento para tais medidas⁹⁸.

Todavia, as noções de ordem pública e segurança pública não decorrem directamente da directiva, dispondo os Estados-Membros de uma competência discricionária para elaborar e densificar essas noções. A directiva limita-se a condicionar o poder discricionário dos Estados em relação aos nacionais de outros Estados-Membros.

97 Para mais desenvolvimentos sobre a noção comunitária de administração pública, vd. BARNARD, CATHERINE, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, p. 391 ss; GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL, *Direito Comunitário*, p. 438.

98 Ainda, nos termos dos n.ºs 3 e 4 da referida disposição «a fim de determinar se a pessoa em causa constitui um perigo para a ordem pública ou para a segurança pública, ao emitir o certificado de registo ou, no caso de não haver sistema de registo, no prazo de três meses a contar da data de entrada da pessoa em questão no seu território ou da data de comunicação da sua presença no território, conforme estabelecido no n.º 5 do artigo 5.º, ou ao emitir o cartão de residência, o Estado-Membro de acolhimento pode, sempre que o considerar indispensável, solicitar ao Estado-Membro de origem e, eventualmente, a outros Estados-Membros informações sobre os antecedentes penais da pessoa em questão. Esta consulta não pode ter carácter de rotina. O Estado-Membro consultado deve dar a sua resposta no prazo de dois meses. O Estado-Membro que tiver emitido o passaporte ou bilhete de identidade deve permitir a reentrada no seu território, sem quaisquer formalidades, do titular do documento que tiver sido afastado por razões de ordem pública, de segurança pública ou de saúde pública, mesmo que esse

documento tenha caducado ou a nacionalidade do titular seja contestada».

99 Dispõe o artigo 31.º da directiva que «1. As pessoas em questão devem ter acesso às vias judicial e, quando for caso disso, administrativa no Estado-Membro de acolhimento para impugnar qualquer decisão a seu respeito por razões de ordem pública, de segurança pública ou de saúde pública. 2. Se a impugnação, quer administrativa, quer judicial, da decisão de afastamento for acompanhada de um pedido de medida provisória para suspender a execução da decisão,

o afastamento do território não pode ser concretizado enquanto não for tomada a decisão sobre a medida provisória, a não ser que: – a decisão de afastamento se baseie em decisão judicial anterior, ou – as pessoas em questão já anteriormente tenham impugnado judicialmente o afastamento, ou – a decisão de afastamento se baseie em razões imperativas de segurança pública ao abrigo do n.º 3 do artigo 28.º.

3. A impugnação deve permitir o exame da legalidade da decisão, bem como dos factos e circunstâncias que fundamentam a medida prevista. Deve certificar que a decisão não é desproporcionada, em especial no que respeita às condições estabelecidas no artigo 28.º.

4. Os Estados-Membros podem recusar a presença da pessoa em questão no seu território durante a

Ao invés, a noção de saúde pública parece ser essencialmente uma noção comunitária e decorre actualmente do estabelecido no artigo 29.º da directiva:

«1. As únicas doenças susceptíveis de justificar medidas restritivas da livre circulação são as doenças com potencial epidémico definidas pelos instrumentos pertinentes da Organização Mundial de Saúde, bem como outras doenças infecciosas ou parasitárias contagiosas, desde que sejam objecto de disposições de protecção aplicáveis aos nacionais do Estado-Membro de acolhimento.

2. A ocorrência de doenças três meses depois da data de entrada no território não constitui justificação para o afastamento do território.

3. Se indícios graves o justificarem, os Estados-Membros podem, no prazo de três meses a contar da data de entrada no seu território, exigir que os titulares do direito de residência se submetam a exame médico gratuito para se certificar que não sofrem das doenças mencionadas no n.º 1. Estes exames médicos não podem ter carácter de rotina».

A directiva prevê ainda um conjunto de garantias processuais para as pessoas que sejam alvo de uma decisão a seu respeito por razões de ordem pública, de segurança pública ou de saúde pública (cf. artigo 31.º⁹⁹).

Note-se, a este propósito, que, nos termos da Convenção, as restrições aos direitos por ela conferidos eventualmente admissíveis, não estão associadas às noções utilizadas neste âmbito pelo direito comunitário, sendo normalmente definidas em termos mais latos e menos concretizados. Assim, por exemplo, dispõe o n.º 2 do artigo 25.º da Convenção que «nenhuma derrogação é admitida ao princípio da igualdade de tratamento referido no n.º 1 do presente artigo nos contratos de trabalho privados». Por outro lado, estabelece, o n.º 2 do artigo 26.º,

que o exercício dos direitos sindicais «só pode ser objecto das restrições previstas na lei e que se mostrem necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da ordem pública, ou para proteger os direitos e liberdades de outrem», dispendo o n.º 2 do artigo 40.º, relativamente aos trabalhadores em situação regular, que o exercício do direito a constituir associações e sindicatos «só pode ser objecto de restrições previstas na lei e que se mostrem necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da ordem pública, ou para proteger os direitos e liberdades de outrem».

VII. Pelo exposto, dir-se-ia que o direito comunitário é em certos pontos mais restritivo, relativamente aos direitos dos trabalhadores comunitários, do que a Convenção pretende ser relativamente aos direitos de todos os trabalhadores migrantes, oriundos ou não de Estados-Membros da União.

O conteúdo da liberdade de circulação de trabalhadores apenas aplicável aos cidadãos europeus é, por vezes, mais restrito do que o conteúdo dos direitos previstos na Convenção aplicáveis a todos os trabalhadores migrantes nacionais de países terceiros. A amplitude dos direitos ali consagrados faz pressupor, mais uma vez, uma difícil e tardia adesão à Convenção por parte dos Estados-Membros e da própria Comunidade Europeia.

3.2. OS TRABALHADORES IMIGRANTES E O DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA

Para podermos, determinar o regime aplicável aos trabalhadores migrantes nacionais de países terceiros na União Europeia, importa ter presente as medidas comunitárias adoptadas no domínio da política de imigração (prevista no Título IV do TCE), cujos escopo e objecto são precisamente a integração de indivíduos que, não sendo cidadãos da União, nem beneficiando, ainda que indirectamente, das liberdades de circulação consagradas no Tratado de Roma, pretendem estabelecer-se e trabalhar no território europeu.

impugnação, mas não podem impedir que apresente pessoalmente a sua defesa, a não ser que a sua presença seja susceptível de provocar grave perturbação da ordem pública ou da segurança pública ou quando a impugnação disser respeito à recusa de entrada no território».

100 O artigo 8.ºA da AUE previa que a Comunidade deveria adoptar as medidas necessárias a estabelecer progressivamente o mercado interno até 31 de Dezembro de 1992, sendo certo que o mercado interno abrangia um espaço sem fronteiras internas, no qual eram asseguradas a liberdade de circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais nos termos do Tratado.

101 Cf. LEITÃO, JOSÉ, Do Mercado Comum à política comum de imigração, p. 128.

102 Durante os anos oitenta, lançou-se um debate sobre o significado do princípio da livre circulação de pessoas. Para certos Estados-Membros, este seria aplicável exclusivamente aos cidadãos europeus. Esta interpretação implicaria a manutenção dos controlos nas fronteiras para distinguir cidadãos europeus e nacionais de países terceiros. Outros Estados-Membros, em contrapartida, desejavam estabelecer a livre circulação para todos e, por conseguinte, abolir estes controlos fronteiriços. Dada a impossibilidade de chegar a um acordo a nível da Comunidade Europeia, a França, a Alemanha, a Bélgica, o Luxemburgo e os Países Baixos decidiram, em 1985, criar entre si um território sem fronteiras, o «*espaço Schengen*», designação que tem base no nome da cidade luxemburguesa onde foram assinados os primeiros acordos. Esta cooperação

3.2.1. EM GERAL, A POLÍTICA DE IMIGRAÇÃO NA UNIÃO EUROPEIA

I. Como referimos acima, a transferência de competências no domínio da imigração – matérias tradicionalmente associadas à soberania estadual – para a Comunidade Europeia foi um processo lento, que só veio a produzir efeitos com a entrada em vigor do Tratado de Amesterdão, em 1 de Maio de 1999. Na verdade, só a partir desse momento a Comunidade passou a dispor de base jurídica para adoptar direito comunitário derivado em matéria de imigração.

Na versão originária dos Tratados constitutivos a política de imigração tinha lugar à margem dos mecanismos comunitários, encontrando-se reservada aos Estados-Membros.

A imigração foi inscrita na agenda europeia apenas na década de 80, tendo sofrido um impulso considerável com o disposto no artigo 8.ºA aditado pelo Acto Único Europeu¹⁰⁰.

Foi a necessidade de assegurar a liberdade de circulação das pessoas em geral, e não apenas dos factores económicos de produção, que determinou o início da reflexão sobre a inclusão ou não dos imigrantes residentes em situação legal na Comunidade, no âmbito dessa liberdade¹⁰¹.

Todavia, a definição e desenvolvimento de uma política comum de imigração deparou-se com as resistências dos Estados, o que determinou que os avanços nesta matéria se fizessem à margem dos mecanismos comunitários de cooperação¹⁰².

A assinatura do Acordo de Schengen em 1985, e da subsequente Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen (CAAS), determinou a adopção de medidas comuns em matéria de controlos fronteiriços, vistos, asilo e sistema de informações¹⁰³.

O chamado «*espaço Schengen*» alargou-se progressivamente¹⁰⁴, deixando actualmente de fora apenas o Reino Unido e a Irlanda, e associando ao seu desenvolvimento Estados não comunitários, como sucedeu com a Islândia e a Noruega.

Desta forma, o chamado «*acervo de Schengen*» integra hoje um vasto conjunto de medidas entre as quais se destacam¹⁰⁵:

- a) A abolição dos controlos nas fronteiras comuns e a transferência desses controlos para as fronteiras externas;
- b) A definição comum das condições de passagem das fronteiras externas, bem como das regras e modalidades uniformes de controlo das pessoas nessas fronteiras;
- c) A separação nos aeroportos e nos portos entre os viajantes que circulam no interior do *espaço Schengen* e os provenientes de territórios fora desse espaço;
- d) A harmonização das condições de entrada e de vistos para as estadas de curta duração;
- e) A instituição de uma coordenação entre administrações para fiscalizar as fronteiras (funcionários de ligação, harmonização das instruções e da formação do pessoal);

intergovernamental evoluiu e, em 1997, com a assinatura do Tratado de Amesterdão, passou a abranger treze Estados-Membros, tendo sido integrada no acervo comunitário por efeito do mesmo Tratado.

103 O primeiro acordo entre os cinco países fundadores foi assinado em 14 de Junho de 1985. Seguidamente, em 19 de Junho de 1990, foi assinada a CAAS, cuja entrada em vigor em 1995 permitiu abolir os controlos nas fronteiras internas entre os Estados signatários e criar uma fronteira externa única onde passaram a ser efectuados os controlos de acesso ao espaço Schengen, de acordo com procedimentos idênticos. Foram adoptadas regras comuns em matéria de vistos, de direito de asilo e de controlo nas fronteiras externas, a fim de permitir a livre circulação das pessoas nos países signatários sem perturbar a ordem pública. Tendo em vista conciliar liberdade e segurança, esta livre circulação foi ainda acompanhada por medidas ditas «compensatórias», que procuravam melhorar a coordenação entre os serviços de policia, das alfândegas e de justiça, bem como adoptar as medidas necessárias para combater, nomeadamente, o terrorismo e a criminalidade organizada. Com este objectivo, foi estabelecido um sistema de informação destinado a assegurar o intercâmbio de dados relativos à identidade das pessoas e a descrição dos objectos

procurados: o sistema de informação Schengen (SIS).

104 O «*espaço Schengen*» estendeu-se gradualmente a todos os Estados-Membros. A Itália assinou os acordos a 27 de Novembro de 1990, Espanha e Portugal a 25 de Junho de 1991, a Grécia a 6 de Novembro de 1992, a Áustria a 28 de Abril de 1995, e a Dinamarca, a Finlândia e a Suécia, a 19 de Dezembro de 1996.

105 Constituem o chamado *acervo de Schengen* todas as medidas referidas, e bem assim as decisões e declarações adoptadas pelo Comité executivo instituído pela CAAS, os actos adoptados tendo em vista a aplicação da CAAS pelas instâncias a que o Comité Executivo conferiu poderes de decisão, o acordo assinado em 14 de Junho de 1985, a CAAS, assinada em 19 de Junho de 1990, e protocolos e acordos de adesão que se lhes seguiram.

106 No núcleo do dispositivo Schengen, foi criado um sistema de informação para que todos os postos fronteiriços, as autoridades policiais e os agentes consulares dos Estados partes no «*espaço Schengen*» passassem a dispor de dados sobre as pessoas, os objectos ou os veículos procurados. Os Estados-Membros alimentam o SIS graças a redes nacionais (N-SIS) ligadas a um sistema central (C-SIS). Além disso, esta estrutura informática é completada por uma rede designada SIRENE, suplemento de

- f) A definição do papel dos transportadores na luta contra a imigração clandestina;
- g) A obrigação de declaração por parte dos cidadãos de países terceiros que circulam de um país para outro;
- h) A definição de regras relativas à responsabilidade pela análise dos pedidos de asilo, retomadas na Convenção de Dublin, que foi substituída em 2003 pelo Regulamento Dublin II;
- i) A instauração de um direito de observação e de perseguição transfronteiras para os agentes de polícia dos Estados do *espaço Schengen*;
- j) O reforço da cooperação judicial através de um sistema de extradição mais rápido e uma melhor transmissão da execução das sentenças penais;
- k) A criação do sistema de informação Schengen (SIS)¹⁰⁶.

O Tratado da União Europeia assinado em Maastricht, em 1992, incluiu no terceiro pilar, um conjunto de normas relativas à cooperação intergovernamental em matéria de justiça e assuntos internos (JAI) determinando que passavam a considerar-se 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;

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;
4. A luta contra a toxicomania, na medida em que esse domínio não esteja abrangido pelos pontos 7, 8 e 9 do presente artigo;
5. A luta contra a fraude de dimensão internacional, na medida em que esse domínio não esteja abrangido pelos pontos 7, 8 e 9 do presente artigo;
6. A cooperação judiciária em matéria civil;
7. A cooperação judiciária em matéria penal;
8. A cooperação aduaneira;
9. A cooperação policial tendo em vista a prevenção e a luta contra o terrorismo, o tráfico ilícito de droga e outras formas graves de criminalidade internacional, incluindo, se necessário, determinados aspectos de cooperação aduaneira, em ligação com a organização, à escala da União, de um sistema de intercâmbio de informações no âmbito de uma Unidade Europeia de Polícia (Europol)¹⁰⁷.

informação solicitado à entrada nacional.

107 Cf. artigo K.1 na versão originária do Tratado de Maastricht (JO n.º C 191, de 29 de Julho de 1992). Nos termos do artigo K.2 do Tratado de Maastricht «1. As questões a que se refere o artigo K.1 serão tratadas no âmbito da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de Novembro de 1950, e da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, assinada em Genebra em 28 de Julho de 1951, e tendo em conta a protecção concedida pelos Estados-Membros às pessoas perseguidas por motivos políticos. 2. O presente Título não prejudica o exercício das responsabilidades que incumbem aos Estados-Membros em matéria de manutenção da ordem pública e de garantia da segurança interna». Nos termos do artigo K.3 do Tratado de Maastricht, os Estados-Membros deveriam informar-se e consultar-se mutuamente no âmbito do Conselho, de modo a coordenarem a sua acção nestas

matérias. Neste âmbito o Conselho podia: «por iniciativa de qualquer Estado-Membro ou da Comissão, nos domínios a que se referem os pontos 1 a 6 do artigo K.1; por iniciativa de qualquer Estado-Membro, nos domínios a que se referem os pontos 7 a 9 do artigo K.1: a) adoptar posições comuns e promover, sob a forma e de acordo com os procedimentos adequados, qualquer cooperação útil à prossecução dos objectivos da União; b) adoptar acções comuns, na medida em que os objectivos da União possam ser melhor realizados por meio de uma acção comum que pelos Estados-Membros actuando isoladamente, atendendo à dimensão ou aos efeitos da acção prevista; o Conselho pode decidir que as medidas de execução de uma acção comum sejam adoptadas por maioria qualificada; c) sem prejuízo do disposto no artigo 220.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia, elaborar convenções e recomendar a sua adopção pelos Estados-Membros, nos termos das respectivas normas constitucionais. Salvo se essas convenções previrem disposições em contrário, as eventuais medidas de aplicação dessas convenções serão adoptadas no Conselho, por maioria de dois terços das Altas Partes Contratantes. Essas convenções podem prever a competência do Tribunal de Justiça para interpretar as respectivas disposições e decidir sobre todos os diferendos relativos à sua

Nos termos do artigo K.9 do Tratado de Maastricht, o Conselho, deliberando por unanimidade, por iniciativa da Comissão ou de um Estado-Membro, podia decidir tornar aplicável o artigo 100.º-C do TCE a acções que se inscrevessem nos domínios a que se referem os n.ºs 1 a 6 do artigo K.1, determinando simultaneamente as correspondentes condições de votação, permitindo assim a passagem da unanimidade para a *comunicação*¹⁰⁸.

Mais tarde, em 1997, o Tratado de Amesterdão procedeu a duas alterações fundamentais nesta matéria: por um lado assegurou a (i) integração do acervo de Schengen nos Tratados comunitários¹⁰⁹ e, por outro lado, procedeu ao (ii) desdobramento do terceiro pilar das Comunidades, importando as matérias relativas às políticas de vistos, imigração e asilo do TUE, para o Título IV do TCE. Com este desdobramento, o artigo 63.º do TCE veio prever a competência do Conselho para adoptar legislação comunitária que estabeleça normas mínimas relativas à admissão de imigrantes, à luta contra a imigração ilegal, bem como à definição dos direitos e das condições em que os imigrantes legalmente estabelecidos num Estado-Membro podem residir noutro Estado-Membro.

O Tratado de Amesterdão introduziu, desta forma, o conceito de *Espaço de liberdade, segurança e justiça* (ELSJ), que confinando-se, no essencial, ao âmbito material definido pelos terceiro pilar e pelo acervo de Schengen, os integra num único acervo normativo que baseia o referido ELSJ¹¹⁰.

O Tratado de Nice, viria, neste campo, a introduzir ligeiras alterações, sem impacto substancial.

II. Não obstante as importantes alterações introduzidas pelo Tratado de Amesterdão, certo é que este partiu de uma abordagem «mais técnica, fragmentária e securitária do espaço de liberdade, segurança e justiça do que de uma abordagem política global, marcada por objectivos e prioridades claros»¹¹¹. Ainda que esta abordagem não deixasse ela própria de se revestir de um significado político, exprimindo a ausência de um acordo claro quanto a diversos pontos importantes, era necessária a elaboração de um plano de acção sobre a melhor forma de aplicar as disposições do Tratado de Amesterdão relativas ao ELSJ.

Esse plano de acção foi primeiramente aprovado pelo Conselho JAI, reunido em Viena em 3 de Dezembro de 1998 que, entre outras coisas, apontava para a realização de uma reunião do Conselho Europeu integralmente dedicada ao desenvolvimento do ELSJ.

Essa reunião extraordinária teve lugar em Tampere, na Finlândia, em 15 e 16 de Outubro de 1999, e nela foi aprovado aquele que ficaria conhecido como o *Programa de Tampere*.

Em Tampere, o Conselho Europeu estabeleceu os princípios políticos orientadores da adopção de medidas comunitárias nestes domínios, tendo dado ao ELSJ nas suas várias vertentes «um impacto político, uma abordagem global e um aprofundamento que o Tratado de Amesterdão tinha querido manifestamente evitar»¹¹².

Ali, depois de se afirmar que a liberdade de circulação em condições de segurança e justiça «*não deve ser considerada um*

aplicação, de acordo com as modalidades que essas convenções possam especificar».

108 LEITÃO, JOSÉ, Do Mercado Comum à política comum de imigração, p. 128.

109 Um Protocolo anexo ao Tratado de Amesterdão permitiu a integração dos progressos trazidos por Schengen na União Europeia. Para chegar a esta integração, o Conselho da União Europeia tomou diferentes decisões.

110 O ELSJ encontra, assim, os seus antecedentes na cooperação nos domínios da justiça e dos assuntos internos (JAI) que os Estados-Membros iniciaram em meados da década de setenta, primeiro à margem das Comunidades Europeias e sem uma base convencional específica; numa segunda fase, no âmbito do Título VI do TUE na sua versão originária (revista pela primeira vez pelo Tratado de Amesterdão); e finalmente, na cooperação que alguns Estados-Membros desenvolveram no quadro do acordo e da convenção de Schengen. Todavia, a criação do ELSJ sofreu de duas limitações iniciais que até hoje marcam o seu desenvolvimento: (i) por um lado, a repartição do conjunto de normas que o entregam entre o TCE e o TUE, sujeitando-o a uma dualidade de procedimentos decisórios e de actos jurídicos, no primeiro caso reconduzíveis ao método comunitário ou da integração supranacional e no segundo, à cooperação intergovernamental;

e por outro lado, (iii) a possibilidade de determinados Estados-Membros poderem não ficar vinculados à totalidade das normas que o integram, com diferentes fundamentos e com diferente alcance. Neste sentido PICARRA, NUNO, O espaço de liberdade, segurança e justiça após a assinatura do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa: balanço e perspectivas. *Polícia e justiça*. 3: 3 (2005), pp. 17-64. Sobre o tema vd. ainda VITORINO, ANTÓNIO, O espaço europeu de liberdade, segurança e justiça, pp. 126-127.

111 PICARRA, NUNO, O espaço de liberdade, segurança e justiça após a assinatura do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, pp. 17-64.

112 *Ibidem*. Ainda, nota o mesmo autor que «o programa de Tampere, relevando plenamente da competência do Conselho Europeu para dar à UE os impulsos necessários ao seu desenvolvimento e para definir as respectivas orientações políticas gerais (artigo 4.º, primeiro parágrafo do TUE), acaba por consubstanciar de algum modo uma “mutação informal” do próprio dispositivo dos Tratados relativo ao espaço de liberdade, segurança e justiça, indo claramente além do que nele se estabelece».

113 Comunicação da Comissão sobre a política comunitária em matéria de imigração, (COM/2000/757 final), de 22 de Novembro de 2000.

redução exclusiva dos cidadãos da União» e que seria «contrário às tradições europeias negar essa liberdade àqueles que, por circunstâncias diversas, têm motivos justificados para aceder ao nosso território», preconizou-se a elaboração de uma política comum de imigração, baseada em princípios claros quanto à admissão de imigrantes, na luta contra a imigração ilegal e na necessidade de assegurar a integração dos estrangeiros nas sociedades europeias. Em particular, considerou-se necessária a adopção de uma política mais determinada de integração dos imigrantes legais, de forma a garantir-lhes um tratamento equitativo e um estatuto jurídico tão próximo quanto possível do dos cidadãos da União.

Na sequência do Programa de Tampere, a Comissão Europeia apresentou, em 2000, uma Comunicação ao Conselho e ao Parlamento Europeu, sobre a imigração¹¹³, onde estabeleceu as linhas orientadoras que presidiriam às propostas legislativas apresentadas nestas matérias. Em especial, perante o contexto económico e demográfico da União e perante a manifesta inadequação de políticas de *imigração zero* praticadas pelos Estados-Membros desde os anos 70, a Comissão defendeu ali «uma abordagem global e integrada» que permitisse gerir, e não apenas impedir, a imigração para a Europa. Esta abordagem assentava em vários vectores, dos quais importa sobretudo salientar¹¹⁴:

- a) A abertura dos canais de imigração económica legal e a definição de um enquadramento jurídico comum para a admissão de imigrantes, fundado nos princípios da transparência, da racionalidade e da flexibilidade;

- b) A luta contra a imigração clandestina, não só de forma preventiva através do favorecimento de políticas de admissão flexíveis e que facilitem a mobilidade, mas também de forma repressiva através da luta contra o trabalho clandestino e a exploração económica dos imigrantes, bem como do reforço da cooperação e do controlo das fronteiras;
- c) Uma política de integração inclusiva que confira aos estrangeiros admitidos direitos e obrigações comparáveis aos dos cidadãos da União, acompanhada de medidas de combate ao racismo e à xenofobia.

III. Todavia, não obstante as boas intenções aparentemente demonstradas pelas instituições comunitárias, a generalidade das propostas legislativas entretanto apresentadas pela Comissão têm-se deparado com as resistências do Conselho, que tem optado por uma abordagem tendencialmente mais centrada na adopção de medidas de controlo das fronteiras e no combate à imigração ilegal.

Com efeito, a particular sensibilidade política das questões relativas à admissão e integração de imigrantes tem dificultado a adopção de legislação comunitária nestes domínios, que muitas vezes não vai além do mínimo denominador comum das políticas nacionais dos Estados-Membros (ainda avessos à transferência de competências soberanas nestas matérias).

Relativamente à integração dos estrangeiros, os resultados são, apesar de tudo, mais satisfatórios. Ainda que a reboque do estabelecido no artigo 13.º TCE, e da necessidade de assegurar uma Europa sem discriminações fundadas na raça ou origem étnica, na religião ou convicções, na deficiência, na idade ou na orientação sexual, o Conselho adoptou, em 2000, dois importantes actos legislativos, que visando a realização do princípio da igualdade de tratamento, com importantes consequências na política da imigração: a Directiva n.º 2000/43/CE, de 29 de Junho de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou

114 Neste sentido, *vd.* SOUSA, CONSTANCA URBANO, *A política de imigração europeia: evolução, tendências e perspectivas*, p. 2.

étnica¹¹⁵, e a Directiva n.º 2000/78/CE, de 27 de Novembro de 2000, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica¹¹⁶.

Foram ainda adoptadas quatro directivas comunitárias que visam conferir aos imigrantes legalmente residentes no espaço europeu um estatuto jurídico que facilite a sua integração:

- a) a Directiva n.º 2003/109/CE, de 25 de Novembro de 2003, sobre o estatuto jurídico do imigrante residente de longa duração¹¹⁷;
- b) a Directiva n.º 2003/86/CE, de 22 de Setembro de 2003, relativa ao direito ao reagrupamento familiar¹¹⁸;
- c) a Directiva n.º 2004/81/CE, de 29 de Abril, 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 competentes¹¹⁹; e
- d) a Directiva n.º 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 não remunerada ou de voluntariado.

115 JO n.º L 180, de 19 de Julho de 2000.

116 JO n.º L 303, de 2 de Dezembro de 2000.

117 JO n.º L 16, de 23 de Janeiro de 2004.

118 JO n.º L 251, de 3 de Outubro de 2003.

119 JO n.º L 261/19, de 6 de Agosto de 2004.

120 JO n.º L 157/1, de 15 de Junho de 2002.

121 JO n.º L 124/1, de 20 de Maio de 2003.

A elas acrescem o Regulamento (CE) n.º 1030/2002 do Conselho, de 13 de Junho, que estabelece um modelo uniforme de título de residência para os nacionais de países terceiros¹²⁰, e o Regulamento (CE) n.º 859/2003 do Conselho, de 14 de Maio, que tornou extensivas a todos os nacionais de países terceiros legalmente residentes na União as regras comunitárias de coordenação dos regimes dos Estados-Membros em matéria de segurança social¹²¹.

No seu conjunto, estes actos tiveram maioritariamente origem em propostas da Comissão.

Subsiste, no entanto, uma controvérsia quanto à questão de saber se a alínea a) do n.º 3 do artigo 63.º TCE e o n.º 4 do mesmo artigo, conferem à Comunidade Europeia competência para disciplinar o acesso ao emprego por parte de nacionais de países terceiros. Não houve por isso acordo quanto a uma proposta de directiva apresentada pela Comissão sobre a admissão de tais nacionais para efeitos de emprego ou de estabelecimento.

No domínio do combate à imigração ilegal, que tem sido objecto dos maiores esforços do Conselho, existe uma panóplia de instrumentos adoptados em cumprimento do estabelecido na alínea b) do n.º 3 do artigo 63.º TCE, adoptados fundamentalmente por iniciativa dos próprios Estados-Membros, de entre as quais se destacam:

- a) a Directiva n.º 2002/90/CE do Conselho, de 28 de Novembro de 2002, relativa à definição do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares;
- b) a Directiva n.º 2001/51/CE do Conselho, de 28 de Junho de 2001, que completa as disposições do artigo 26.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen de 14 de Junho de 1985, estabelecendo sanções pecuniárias às transportadoras de nacionais de países terceiros para o território dos Estados-Membros;
- c) a Directiva n.º 2004/82/CE do Conselho, de 29 de Abril, relativa à obrigação de comunicação de dados dos passageiros pelas transportadoras¹²²;
- d) a Directiva n.º 2001/40/CE do Conselho, de 28 de Maio, relativa ao reconhecimento mútuo de decisões de afastamento de nacionais de países terceiros¹²³;
- e) a Directiva n.º 2003/110/CE do Conselho de 25 de Novembro de 2003, relativa ao apoio em caso de trânsito para efeitos de afastamento por via aérea¹²⁴; e

122 JO n.º L 261/24, de 6 de Agosto de 2004.

123 JO n.º L 149/34, de 2 de Junho de 2001.

124 JO n.º L 321, de 6 de Dezembro de 2003.

- f) a Decisão n.º 2004/573/CE do Conselho, de 29 de Abril, relativa à organização de voos comuns para o afastamento do território de dois ou mais Estados-Membros de nacionais de países terceiros que estejam sujeitos a decisões individuais de afastamento¹²⁵.

IV. Se é certo que «nos cinco anos e meio decorridos entre a entrada em vigor do Tratado de Amesterdão e a assinatura do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, o espaço de liberdade, segurança e justiça conheceu desenvolvimentos notáveis» não é menos certo que «muito resta ainda por fazer para que ele possa considerar-se concluído»¹²⁶.

Essencial, neste contexto, foi o papel impulsionador do Conselho Europeu, nomeadamente, através da adopção do programa de Haia, aprovado na reunião que aí teve lugar em 4 e 5 de Novembro de 2004, que visou reforçar cada uma das componentes do ELSJ, em perfeita linha de continuidade com o estabelecido no programa de Tampere.

Aí, no domínio das políticas de imigração e de vistos, o Conselho Europeu dirigiu convites à Comissão para:

1. garantir, o mais rapidamente possível, que todos os cidadãos da União possam viajar sem visto de curta duração para os países terceiros que constam da lista estabelecida pelo Regulamento (CE) n.º 593/2001 do Conselho, daqueles cujos nacionais estão isentos da obrigação de visto para transporem as fronteiras externas dos Estados-Membros;
2. apresentar um plano de acção que inclua procedimentos de admissão, capazes de responder prontamente às flutuações da procura de mão-de-obra migrante, no mercado de trabalho europeu, suscep-

125 JO n.º L 261, de 6 de Agosto de 2004. Considerando, todavia que alguns desses instrumentos, embora em certos casos por determinação dos Tratados, partem de uma abordagem minimalista do ponto de vista dos direitos dos seus destinatários ou das obrigações para os Estados-Membros, quando a preocupação deveria ser a da adequação jurídico-material, de acordo com os princípios aplicáveis, às situações de facto a regular *vd.* PIÇARRA, NUNO, O espaço de liberdade, segurança e justiça após a assinatura do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, pp. 17-64.

126 *Ibidem*.

tíveis de reduzirem a economia informal¹²⁷, e estabelecer medidas de afastamento e repatriamento eficazes e que respeitem os direitos fundamentais da pessoa humana.

Na sequência do Programa da Haia, a Comissão apresentou uma Comunicação onde enumerou dez prioridades da União Europeia com vista a reforçar o ELSJ nos próximos cinco anos¹²⁸. A comunicação incluiu em anexo medidas específicas e um calendário para a sua adopção¹²⁹.

Em particular, para o que aqui nos interessa mais directamente, a Comissão pretende definir uma nova abordagem equilibrada para a gestão da migração, tanto legal como ilegal. Por um lado, pretende-se combater a imigração ilegal e o tráfico de seres humanos, principalmente de mulheres e crianças, e, por outro lado, estabelecer um plano sobre a imigração legal e desenvolver um quadro europeu sobre a integração dos migrantes¹³⁰.

V. Não obstante os progressos entretanto alcançados, certo é que continua a faltar à União uma verdadeira política de imigração, que abranja globalmente e de forma estruturada o fenómeno migratório.

A política europeia de imigração é ainda fragmentada e parcial. As medidas entretanto adoptadas, dirigem-se essencialmente ao controlo da imigração e à luta contra a imigração ilegal, não dando resposta à generalidade dos problemas que rodeiam o processo migratório e dificultando, muitas vezes, a integração dos trabalhadores migrantes e das suas famílias.

127 A respeito do combate à imigração ilegal, o programa da Haia apela à definição de uma política eficaz de afastamento e repatriamento baseada em normas comuns para proceder aos repatriamentos em condições humanas e com pleno respeito pelos direitos humanos e dignidade das pessoas, que a experiência tem demonstrado ser um dos aspectos mais sensíveis na matéria.

128 COM (2005) 184 final. Nesta sequência foi aprovado um plano de acção do Conselho e da Comissão de aplicação do Programa da Haia sobre o reforço da liberdade, da segurança e da justiça na União Europeia (JO n.º C 198, de 12 de Setembro de 2005).

129 Assim, na perspectiva da Comissão, constituem prioridades de actuação os seguintes domínios: a) Reforçar os direitos fundamentais e a cidadania; b) Lutar contra o terrorismo; c) Definir uma abordagem equilibrada sobre a migração; d) Instaurar um procedimento comum em matéria de asilo; e) Maximizar o impacto positivo da imigração; f) Desenvolver uma gestão integrada das fronteiras externas da União; g) Encontrar um justo equilíbrio entre o respeito da vida privada e a segurança na partilha de informações; h) Elaborar um conceito estratégico para a criminalidade organizada; i) Garantir um verdadeiro espaço europeu de justiça; j) Partilhar as

responsabilidades e assegurar a solidariedade.

130 Uma gestão eficaz dos fluxos migratórios implica igualmente uma cooperação acrescida com Estados terceiros, incluindo no domínio da readmissão e do regresso de migrantes. Assim, as medidas que a Comissão pretende desenvolver para realizar os tais objectivos incluem, designadamente, o Programa-quadro «Solidariedade e gestão dos fluxos migratórios», compreendendo a criação de um Fundo para as Fronteiras Externas, de um Fundo para a Integração, de um Fundo de Regresso e de um Fundo Europeu para os Refugiados.

A preocupação com a integração é igualmente crucial de forma a evitar o isolamento e a exclusão social das comunidades de imigrantes. Neste contexto, a Comissão encorajou os Estados-Membros a avançarem nas suas políticas de integração, que deverão contribuir para a compreensão e o diálogo entre religiões e culturas, procurando ainda definir um quadro europeu de integração, bem como promover o intercâmbio estrutural de experiências e de informações em matéria de integração.

131 SÓUSA, CONSTANÇA URBANO, A política de imigração europeia: evolução, tendências e perspectivas, p. 16.

132 Para uma análise da jurisprudência comunitária sobre os direitos dos nacionais de países terceiros *vd.* HEDEMANN-ROBINSON, MARTIN, An overview of

Neste quadro, alguma doutrina tem considerado que «é pois urgente que a União adopte uma estratégia global e integrada e, em especial, que desenvolva uma política pro-activa de admissão de imigrantes, conjugada com uma política coerente de ajuda ao desenvolvimento dos países de origem que permita uma melhor gestão dos fluxos migratórios, bem como políticas de integração dos mais de 15 milhões de nacionais de terceiros países residentes na União Europeia, de forma a enfrentar os desafios demográficos e económicos actuais, tal, aliás, como foi realçado pelo Conselho Europeu de Salónica, em Junho de 2003»¹³¹.

3.2.2. ELENCO DOS ACTOS COMUNITÁRIOS ADOPTADOS EM MATÉRIA DE IMIGRAÇÃO

I. Não obstante a natureza parcelar e cautelosa da política de imigração europeia, a União dispõe já de um conjunto de medidas – ainda que nem sempre vinculativas, e por vezes de eficácia duvidosa – que permitem enquadrar juridicamente o fenómeno migratório na União Europeia¹³².

II. Assim, de entre as medidas que as Instituições Comunitárias adoptaram em matéria de política de imigração destacam-se:

1. Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu sobre o método aberto de coordenação da política comunitária em matéria de imigração [COM (2001) 387 final];
2. Regulamento (CE) n.º 1030/2002 do Conselho, de 13 de Junho de 2002, que estabelece um modelo uniforme de título de residência para os nacionais de países terceiros;

3. Resolução do Conselho n.º 97/C 382/01, de 4 de Dezembro de 1997, sobre as medidas a adoptar em matéria de luta contra os casamentos de conveniência;
4. Comunicação da Comissão sobre um programa de acção relativo à imigração ilegal [COM (2005) 669 final];
5. Resolução do Conselho, de 30 Novembro de 1994 relativa às restrições à admissão de nacionais de países terceiros no território dos Estados-membros a fim de aí exercerem uma actividade profissional independente [JO n.º C 274, de 19 de Setembro de 1996];
6. Resolução do Conselho, de 20 de Junho de 1994, relativa às restrições de admissão de nacionais de países terceiros a fim de aí obterem um emprego [JO n.º C 274, de 19 de Setembro de 1996];
7. Resolução do Conselho de 30 de Novembro de 1994 relativa à admissão de nacionais de países terceiros no território Estados-membros a fim de aí estudarem [JO n.º C 274, de 19 de Setembro de 1996];
8. Resolução do Conselho n.º 97/C 221/03, de 26 de Junho de 1997, relativa aos menores nacionais de países terceiros não acompanhados;
9. Comunicação da Comissão, de 3 de Dezembro de 2002, ao Conselho e ao Parlamento Europeu: Integrar as questões ligadas à migração nas relações da União Europeia com países terceiros [COM (2002) 703 final];
10. Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, de 1 de Setembro de 2005: Migração e desenvolvimento: orientações concretas [COM (2005) 390 final];
11. Livro verde da Comissão sobre o futuro da rede europeia das migrações [COM (2005) 606 final];

recent legal developments at Community level in relation to third country nationals resident within the European Union, with particular reference to the case law of the European Court of Justice. *Common Market Law Review*. 38: 3 (2001) 525-586.

12. Decisão (CE) n.º 2006/688 do Conselho, de 5 de Outubro de 2006, relativa ao estabelecimento de um procedimento de informação mútua sobre as medidas nacionais nos domínios do asilo e imigração [JO n.º L 283, de 14 de Outubro de 2006];
13. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativa às estatísticas comunitárias sobre migração e protecção internacional [COM (2005) 375 final];
14. Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, de 4 de Junho de 2004, sobre as relações entre a imigração legal e clandestina [COM (2004) 412 final];
15. Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, relativa à imigração, à integração e ao emprego [COM (2003) 336 final];
16. Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões, de 1 de Setembro de 2005: «Programa comum para a integração, quadro relativo à integração dos nacionais de países terceiros na União Europeia» [COM (2005) 389 final];
17. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho: Programa temático de cooperação com países terceiros no domínio da migração e do asilo [COM (2006) 26 final];
18. Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu, que estabelece um Programa quadro de solidariedade e gestão dos fluxos migratórios para o período de 2007 a 2013 [COM (2005) 123 final].
19. Recomendação do Conselho de 30 de Novembro de 1994 relativa à adopção de um documento de viagem normalizado para a expulsão de nacionais de países terceiros [JO n.º C 274, de 19 de Setembro de 1996].

III. Relativamente, em especial, aos direitos dos nacionais dos países terceiros, importa sublinhar as seguintes medidas:

20. Livro Verde, de 11 de Janeiro de 2005, sobre uma abordagem comunitária em matéria de gestão da migração económica [COM (2004) 811];
21. Proposta de Directiva do Conselho relativa às condições de entrada, e permanência de nacionais de Estados terceiros para fins de trabalho assalariado ou exercício de uma actividade económica independente [COM (2001) 386 final, JO n.º C 332 E, de 27 de Novembro de 2001];
22. Directiva n.º 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 não remunerada ou de voluntariado;
23. Directiva n.º 2004/81/CE do Conselho 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;
24. Regulamento (CE) n.º 1091/2001 do Conselho, de 28 de Maio de 2001, relativo à livre circulação com um visto de longa duração;
25. Directiva n.º 2003/109/CE do Conselho, de 25 de Novembro de 2003, relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração;
26. Decisão n.º 94/795/JAI do Conselho, de 30 de Novembro de 1994, relativa a uma acção comum adoptada pelo Conselho com base no artigo K.3 parágrafo 2 alínea b) do TUE no que diz respeito às facilidades de deslocação dos estudantes nacionais de países terceiros residentes num Estado-Membro;
27. Directiva n.º 2003/86/CE do Conselho, de 22 de Setembro de 2003, relativa ao direito ao reagrupamento familiar;

28. Regulamento (CE) n.º 859/2003 do Conselho, de 14 de Maio de 2003, que torna extensivas as disposições do Regulamento (CEE) n.º 1408/71 e (CEE) n.º 574/72 aos nacionais de Estados terceiros que ainda não estão abrangidos por estas disposições por razões exclusivas de nacionalidade.

IV. Por último, no domínio do combate à imigração ilegal importa ter em conta:

29. Proposta de um plano global de luta contra a imigração clandestina e o tráfico de seres humanos na União Europeia [JO n.º C 142, de 14 de Junho de 2002];
30. Livro verde relativo a uma política comunitária em matéria de regresso de residentes em situação ilegal [COM (2002) 175 final];
31. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho na perspectiva do Conselho Europeu de Salónica sobre o desenvolvimento de uma política comum em matéria de imigração clandestina, de tráfico ilícito e de tráfico de seres humanos, de fronteiras externas e de regresso das pessoas em residência irregular [COM (2003) 0323 final];
32. Decisão n.º 2005/371/CE do Conselho, de 3 de Março de 2005, relativa à assinatura do acordo com a República da Albânia relativo à readmissão de pessoas que residem sem autorização;
33. Decisão n.º 2005/372/CE do Conselho, de 3 de Março 2005, relativa à assinatura do acordo com a República Democrática Socialista do Sri Lanca relativo à readmissão de pessoas que residem sem autorização;
34. Comunicação da Comissão ao Conselho e ao Parlamento Europeu relativa a uma política comum em matéria de imigração clandestina [COM (2001) 672 final];
35. Comunicação da Comissão, de 19 de Julho de 2006, sobre as prioridades da política de luta contra a imigração clandestina [COM (2006) 402 final];

36. Decisão n.º 97/340/JAI do Conselho, de 26 de Maio de 1997, relativa à ajuda à troca de informações relativa à ajuda ao regresso voluntário de nacionais de países terceiros [JO n.º L 147, de 5 de Junho de 1997];
37. Directiva n.º 2001/40/CE do Conselho, de 28 de Maio de 2001, relativa ao reconhecimento mútuo das decisões de afastamento de nacionais de países terceiros;
38. Decisão n.º 2004/573/CE do Conselho, de 29 de Abril de 2004, relativa à organização de voos comuns para o afastamento do território de dois ou mais Estados-Membros de nacionais de países terceiros que estejam sujeitos a decisões individuais de afastamento;
39. Directiva n.º 2002/90/CE do Conselho, de 28 de Novembro de 2002, definindo a ajuda à entrada, trânsito e residência irregulares e a Decisão-quadro 02/946/JAI do Conselho, de 28 de Novembro de 2002, relativa ao reforço do quadro penal para a prevenção do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares [JO n.º L 328, de 5 de Dezembro de 2002];
40. Directiva n.º 2004/82/CE do Conselho, de 29 de Abril, relativa à obrigação de comunicação de dados dos passageiros pelas transportadoras;
41. Directiva n.º 2003/110/CE do Conselho, de 25 de Novembro de 2003, relativa ao apoio em caso de trânsito para efeitos de afastamento por via aérea;
42. Directiva n.º 2001/51/CE do Conselho, de 28 de Junho de 2001, que completa as disposições do artigo 26.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, de 14 de Junho de 1985, estabelecendo sanções pecuniárias às transportadoras de nacionais de países terceiros para o território dos Estados-Membros [JO n.º L 213, de 15 de Junho de 2004];
43. Decisão do Conselho n.º 96/C 11/01, de 22 de Dezembro de 1995, relativa ao acompanhamento dos actos já aprovados em matéria de admissão de nacionais de países terceiros e Decisão 96/749/JAI, do Conselho, de 16

de Dezembro de 1996, relativa ao acompanhamento da execução dos diplomas aprovados pelo Conselho em matéria de imigração ilegal, readmissão, emprego ilegal de nacionais de países terceiros e cooperação na execução das ordens de expulsão;

44. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre o mecanismo de acompanhamento e avaliação dos países terceiros no domínio da luta contra a imigração clandestina [COM (2005) 352 final];
45. Regulamento (CE) n.º 377/2004 do Conselho, de 19 de Fevereiro de 2004, relativo à criação de uma rede de agentes de ligação da imigração [JO n.º 64, de 2 de Março de 2004];
46. Decisão-Quadro n.º 2002/629/JAI do Conselho, de 19 de Julho de 2002, relativa à luta contra o tráfico de seres humanos [JO n.º L 203, de 1 de Agosto de 2002].

IV. Certo é que, não obstante o conjunto já considerável de actos adoptados em matéria de imigração pela União Europeia, a verdade é que se tratam na sua grande maioria de actos meramente programáticos, que estabelecem directrizes de actuação vagas e cujo alcance prático ainda se encontra por determinar.

Assim, a política comunitária em matéria de imigração, em especial, em matéria de direitos de trabalhadores nacionais de países terceiros (e membros das suas famílias) no território da União é ainda uma política parcelar, fragmentada, feita de pequenos passos e sob um pano de fundo global que, a existir, não é evidente nem consistente.

Neste quadro, não surpreende que a eventualidade de ratificação da Convenção pela Comunidade ou pelos Estados-Membros seja difícil e pouco provável.

3.2.3. SÍNTESE DOS ACTOS COMUNITÁRIOS MAIS SIGNIFICATIVOS EM MATÉRIA DE IMIGRAÇÃO

I. Vejamos, no entanto, alguns dos actos comunitários mais significativos adoptados em matéria de imigração, que de alguma forma podem colmatar a lacuna de protecção, decorrente da inexistência de ratificação da Convenção, no âmbito da União Europeia.

II. No plano dos direitos conferidos aos trabalhadores migrantes e membros das suas famílias, importa notar que o direito comunitário derivado tem-se concentrado, sobretudo, na preocupação de assegurar a liberdade de circulação de nacionais de países terceiros no espaço europeu.

A. Assim, já depois da entrada em vigor do Tratado de Amesterdão, foi aprovado o Regulamento (CE) n.º 1091/2001 do Conselho, de 28 de Maio de 2001, que visou facilitar a livre circulação dos titulares de um visto nacional de estadia de longa duração, enquanto aguardam autorização de residência.

Este visto de longa duração permite ao seu titular solicitar uma autorização de residência com vista a estabelecer-se no Estado que concedeu o visto¹³³.

Através da criação deste tipo de visto procurou-se por cobro ao lapso de tempo decorrente entre o momento em que um titular de visto nacional de estadia de longa duração emitido por um Estado-Membro chega ao território desse Estado, e o momento em que recebe uma autorização de residência que lhe permite circular livremente no território dos restantes Estados-Membros. Nos termos do citado regulamento, o titular de um visto de longa duração pode, desta forma, circular livremente no espaço *Schengen*, durante um período de três meses, a contar da data inicial da validade do visto de longa duração¹³⁴.

133 Este visto apenas permite ao seu titular transitar uma só vez pelo território dos outros Estados-Membros a fim de se dirigir para o território do Estado que o emitiu. O Regulamento n.º 1091/2001 determina ainda que, este visto seja simultaneamente válido como visto uniforme de curta duração, desde que o requerente preencha as condições de entrada ou de estadia previstas na CAAS.

134 O acordo de Schengen e as Instruções Consulares Comuns são alterados em conformidade. O regulamento não se aplica à Dinamarca, nem Irlanda e ao Reino Unido, aplicando-se à Islândia e à Noruega na medida em que constitui um desenvolvimento do *acervo de Schengen*.

135 Substituindo a Acção Comum n.º 97/11/JAI do Conselho, relativa a um modelo uniforme das autorizações de residência, bem como as medidas adoptadas pelo Conselho com vista à sua aplicação.

136 A Irlanda e o Reino Unido notificaram a sua vontade de participar na adopção e na aplicação do regulamento. No que diz respeito à Dinamarca, à República da Islândia e ao Reino da Noruega, o presente regulamento constitui um desenvolvimento do acervo de Schengen.

137 O Regulamento n.º 1030/2002 estabelece as características gerais do modelo uniforme, que pode assumir a forma de um autocolante ou de um documento independente. As outras disposições técnicas destinadas a lutar contra a contrafacção e a falsificação devem manter-se secretas e são adoptadas pela Comissão e pelo comité instituído pelo Regulamento (CE) n.º 1683/95. Estas disposições são comunicadas exclusivamente aos organismos encarregados da impressão da autorização de residência designados pelos Estados-Membros.

138 Em 24 de Setembro de 2003, a Comissão apresentou duas propostas destinadas a alterar os Regulamentos (CE) n.º 1683/95/CE e (CE) n.º 1030/2002, a fim de integrar o mais rapidamente possível as

Estão em causa as preocupações subjacentes ao estabelecido no artigo 39.º e 49.º da Convenção para os trabalhadores em situação regular.

B. Em 2002, o Regulamento (CE) n.º 1030/2002 do Conselho, de 13 de Junho de 2002, veio estabelecer um modelo uniforme de título de residência para os nacionais de países terceiros¹³⁵.

No âmbito da CAAS, a autorização de residência, acompanhada de um documento de viagem, pode substituir o visto de residência¹³⁶. Ao apresentar o seu passaporte e a sua autorização de residência, o nacional de um país terceiro pode entrar num Estado do *espaço Schengen* e aí permanecer durante um período de curta duração¹³⁷.

Os Estados-Membros deverão emitir o modelo uniforme da autorização de residência previsto no referido regulamento o mais tardar um ano após terem adoptado as medidas de segurança complementares estabelecidas no regulamento.

As autorizações concedidas anteriormente, com base noutros modelos de autorização de residência, permanecem contudo válidas, salvo disposição em contrário por parte dos Estados-Membros¹³⁸.

Mais uma vez estão em causa os direitos conferidos pelos artigos 39.º e 49.º da Convenção.

C. Mais tarde, o Regulamento (CE) n.º 859/2003 do Conselho, de 14 de Maio de 2003, tornou extensivas as disposições dos Regulamentos (CEE) n.º 1408/71 e (CEE) n.º 574/72¹³⁹ relati-

vos à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores assalariados e aos membros da sua família que se deslocam no interior da Comunidade, aos nacionais de países terceiros que residam legalmente num Estado-Membro e que ainda não estejam abrangidos por estas disposições por razões exclusivas de nacionalidade.

Até à aprovação deste regulamento, o Regulamento n.º 1408/71 e o Regulamento n.º 574/72 só eram aplicáveis a determinadas categorias de nacionais de países terceiros: apátridas, refugiados e membros e descendentes de cidadãos comunitários tal como definidos no próprio regulamento. O Regulamento n.º 859/2003 pretendeu garantir a todos os nacionais de países terceiros, que residem legalmente no território da Comunidade e que cumprem as condições do Regulamento (CEE) n.º 1408/71, direitos em matéria de segurança social quando se deslocam a outro Estado-Membro para estadias de curta duração, para viver ou trabalhar.

O número e a diversidade dos actos utilizados para resolver os problemas associados aos regimes de segurança social, criaram uma complexidade jurídica à qual o presente regulamento tenta pôr cobro. A questão não é simples, uma vez que se trata de aplicar o Regulamento (CEE) n.º 1408/71, sabendo que este não confere qualquer direito de permanência, de residência nem de acesso ao mercado de trabalho. Além disso, a legalidade da residência é uma condição prévia para a aplicação do regulamento.

Foram ainda adoptadas disposições transitórias, a fim de permitir que os nacionais de países terceiros possam conservar os direitos que adquiriram antes da entrada em vigor do regulamento.

novas técnicas em matéria de biometria nos vistos e nos títulos de residência dos nacionais de países terceiros: a Proposta de Regulamento do Conselho que estabelece um modelo uniforme de autorização de residência para os nacionais de países terceiros [COM (2003) 0558] e a Proposta de Regulamento do Conselho que estabelece um modelo-tipo de visto [COM (2003) 558 final].

139 Regulamento (CEE) n.º 1408/71 do Conselho, de 14 de Junho de 1971, relativo à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores assalariados e aos membros da sua família que se deslocam no interior da Comunidade [JO n.º L 149, de 5 de Julho de 1971] e Regulamento (CEE) n.º 574/72 do Conselho, de 21 de Março de 1972, que estabelece as modalidades de execução do Regulamento (CEE) n.º 1408/71 relativo à aplicação dos regimes de segurança social aos trabalhadores assalariados e suas famílias que se deslocam no interior da Comunidade [JO n.º L 323, de 13 de Dezembro de 1996].

Com esta medida procura-se de alguma forma assegurar o alcance do estabelecido no artigo 27.º da Convenção em matéria de segurança social.

D. A Directiva n.º 2003/86/CE do Conselho, de 22 de Setembro de 2003, relativa ao direito ao reagrupamento familiar – também aplicável a refugiados – estabelece as condições para o reagrupamento familiar dos cônjuges e filhos menores, incluindo os filhos adoptados, e os demais membros da família.

A directiva tem por objectivo estabelecer as condições em que o direito ao reagrupamento familiar pode ser exercido por nacionais de países terceiros que residam legalmente no território dos Estados-Membros, enquadrando-se na preocupação de desenvolvimento de uma política de integração que vise conceder aos nacionais de países terceiros os direitos e obrigações semelhantes aos dos cidadãos da União Europeia. Está em causa o disposto nos artigos 44.º ss da Convenção, também reservados a trabalhadores migrantes em situação regular.

140 A directiva destina-se a estabelecer no direito comunitário regras comuns em matéria de direito ao reagrupamento familiar de que dispõem os cidadãos dos países terceiros que residam legalmente no território dos Estados-Membros. Até esse momento, este direito apenas era reconhecido por instrumentos jurídicos internacionais, nomeadamente a CEDH. A nível nacional, as situações são heteróclitas. Ora, o reagrupamento familiar permite proteger a unidade familiar e facilita a integração dos cidadãos de países terceiros nos Estados-Membros, pelo que deve constituir um direito reconhecido em toda a União.

As medidas relativas ao reagrupamento familiar devem ser adoptadas em conformidade com a obrigação de protecção da família e de respeito da vida familiar, consagrada em diversos instrumentos do direito internacional¹⁴⁰, o que também decorre do disposto no n.º 1 do artigo 44.º da Convenção.

Esta directiva regula apenas o reagrupamento familiar do refugiado e do imigrante que for titular de uma autorização de residência de validade igual ou superior a um ano, desde que tenha uma perspectiva fundada de obter um direito de residência permanente (artigo 3.º). Estão, todavia, excluídos do âmbito de aplicação da Directiva uma série de estrangeiros, em especial os beneficiários de protecção subsidiária, bem como todos aqueles que não tenham uma perspectiva fundada de obter um direito de residência permanente.

Nos termos da directiva poderão beneficiar do reagrupamento familiar: (i) o cônjuge do requerente do reagrupamento, e bem assim (ii) os filhos menores do casal, incluindo os filhos adoptados¹⁴¹, sendo que o n.º 2 do artigo 44.º da Convenção parece ir um pouco mais além.

Os Estados-Membros poderão ainda adoptar disposições que permitam o reagrupamento familiar: a) dos ascendentes em linha directa e em primeiro grau; b) dos filhos maiores solteiros; e bem assim c) da pessoa que mantém com o requerente uma união de facto¹⁴².

Ainda que inspirada por preocupações de integração dos imigrantes na União Europeia, a Directiva n.º 2003/86 foi muito criticada por, mesmo em relação à família nuclear, consagrar a possibilidade de os Estados-Membros poderem introduzir restrições, como o condicionamento da entrada e residência dos filhos menores de 12 anos à realização de um exame da sua capacidade de integração (artigo 4.º, n.º 1, último parágrafo) ou a faculdade de poderem exigir que os pedidos relativos ao reagrupamento familiar com os filhos menores sejam introduzidos antes de estes completarem os 15 anos de idade, se tal estiver previsto na legislação nacional em vigor à data de transposição da directiva (artigo 4.º, n.º 6).

Neste cenário, o Parlamento Europeu solicitou a anulação de certas disposições da directiva com fundamento na violação de direitos fundamentais, nomeadamente os direitos relativos à vida familiar e à não discriminação. O Parlamento considerou incompatível com estes direitos o facto de a directiva autorizar os Estados-Membros a exigir:

- a) que o filho com mais de 12 anos passe um teste de integração antes de se juntar à família do requerente;
- b) a apresentação dos pedidos de reagrupamento de filhos menores antes de estes terem atingido a idade de 15 anos;

141 Entende-se por filho menor, o filho com idade inferior à da maioria legal do Estado-Membro em causa e que não seja casado.

142 O casamento polígamo não é reconhecido: uma só mulher pode beneficiar do direito ao reagrupamento. Do mesmo modo, os filhos das esposas não admitidas não beneficiam do direito ao reagrupamento, excepto se o interesse superior do filho assim o exigir (em conformidade com a Convenção dos Direitos da Criança de 1989), o que parece reflectir uma preocupação semelhante à subjacente ao n.º 3 do artigo 44.º da Convenção.

143 Trata-se do recurso de anulação interposto em 22 de Dezembro de 2003, que deu origem ao Acórdão do TJCE de 27 de Junho de 2006, *Parlamento Europeu/Conselho*, Proc. n.º C-540/03, Rec. 2006, p. I-5769.

144 Entendeu ali o TJCE que: (i) os diferentes textos relativos aos direitos fundamentais não criam um direito subjectivo para os membros de uma família que devem ser admitidos no território de um Estado-Membro; (ii) a imposição de um teste de integração não é ilegal, uma vez que a possibilidade de os Estados-Membros verificarem se os menores satisfazem um critério de integração deixa a estes Estados uma margem de apreciação limitada, que não difere da que lhes reconhece o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem na sua jurisprudência; (iii) as disposições da directiva autorizam os Estados a recusar o reagrupamento dos filhos para os quais não tenha sido apresentado um pedido antes dos 15 anos, mas não proíbe, em caso algum, os Estados de apreciarem um pedido apresentado por menores com mais de 15 anos; (iv) no que diz respeito às disposições contestadas, que introduzem os limites de idade de 12 e 15 anos, a idade existe como critério utilizado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, já que correspondem às etapas da vida de um menor após as quais a sua integração pode colocar mais dificuldades; e finalmente que

- c) um período de dois anos de residência do requerente antes de os seus familiares poderem reunir-se-lhe;
- d) um período de espera de três anos entre o momento em que o pedido é apresentado e aquele em que os beneficiários do reagrupamento podem obter um título de residência, se os Estados-Membros em questão tiverem em conta a sua capacidade de acolhimento¹⁴³.

O TJCE veio porém a rejeitar estes fundamentos, declarando o recurso improcedente¹⁴⁴.

Não obstante a pronúncia do TJCE, tem-se entendido que a possibilidade, permitida pela Directiva, de restringir o direito ao reagrupamento familiar a crianças menores de 12 ou 15 anos, que conjugada com a imposição ao reagrupante de um período de espera de 2 ou 3 anos, conduz a que na União seja possível impedir o acesso e a permanência legal dos filhos menores dos imigrantes com mais de 9 ou 10 anos, o que contraria a Convenção Universal dos Direitos da Criança e a CEDH.

Com efeito, esta Convenção reconhece a qualquer criança (um ser humano menor de 18 anos) o direito a não ser separada dos pais, a crescer no seio da sua família, e impõe aos Estados a obrigação de tratarem de forma expedita e humana os pedidos de reagrupamento familiar com crianças. Por seu lado, o artigo 8.º da CEDH proíbe ingerências no direito ao respeito pela vida familiar que não sejam justificadas pela salvaguarda de razões imperiosas e necessárias numa sociedade democrática.

Assim, «embora não exista uma definição universal de família juridicamente relevante para efeitos de reagrupamento familiar de imigrantes», existe um «largo consenso relativamente ao englobamento dos filhos menores». Esta norma da Directiva «além de quebrar este consenso, introduz uma discriminação injustificada entre crianças maiores e menores de 12 ou 15 anos, contrária à tradição humanista europeia e ao compromisso político assumido em Tampere de assegurar em toda a União um tratamento equitativo dos estrangeiros e um estatuto jurídico tão próximo quanto possível do dos cidadãos comunitários. Em ambos os casos trata-se de menores. Em regra, tanto uma criança menor de 12 anos, como uma com 13 anos depende dos seus pais. Além do mais, esta possibilidade é juridicamente inaceitável»¹⁴⁵.

Noutro plano, relativamente ao estatuto jurídico dos membros da família admitidos, embora a directiva continue a reconhecer aos membros da família do reagrupante o direito de acesso à educação, à formação profissional, ao mercado de trabalho ou a uma actividade profissional independente no Estado de acolhimento, o seu estatuto jurídico tornou-se muito mais precário do que o inicialmente previsto na proposta da Comissão. Por um lado, o artigo 15.º da directiva permite que os membros da família tenham acesso a uma autorização de residência autónoma da do reagrupante só ao fim de 5 anos de residência. Por outro lado, o artigo 16.º prevê a revogação do título de residência dos membros da família do reagrupante ou a recusa da sua renovação, quando deixarem de se verificar as condições de exercício do direito ao reagrupamento familiar, ou seja, quando por exemplo o reagrupante deixe de dispor de meios de subsistência suficientes¹⁴⁶.

(v) a inserção de um período de espera tem como objectivo assegurar que o reagrupamento se fará em boas condições. A directiva exige que os Estados-Membros, ao aplicarem qualquer uma das disposições contestadas, relativamente a todos os pedidos de reagrupamento familiar, tomem em consideração as outras circunstâncias previstas na directiva, nomeadamente o interesse superior do menor, a natureza e a solidez dos laços familiares da pessoa e a duração da sua residência no Estado-Membro, bem como a existência de laços familiares, culturais e sociais com o seu país de origem. *Vd. Acórdão do TJCE, de 27 de Junho de 2006, Parlamento Europeu vs. Conselho, Proc. n.º C-540/03.*

145 SOUSA, CONSTANÇA URBANO, *A política de imigração europeia: evolução, tendências e perspectivas*, pp. 12 e 13; e ainda PICARRA, NUNO, *O espaço de liberdade, segurança e justiça após a assinatura do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa*, pp. 17-64.

146 Cf. SOUSA, CONSTANÇA URBANO, *A política de imigração europeia: evolução, tendências e perspectivas*, pp. 10-11.

Tudo visto e considerado, certo é que o regime constante da directiva pode comprometer o alcance dos direitos assegurados no artigo 45.º da Convenção, sendo certo ainda que a questão da tutela da língua materna (artigo 45.º, n.ºs 2 a 4 da Convenção) não mereceu referência no regime comunitário ali introduzido.

E. Nos termos da Directiva n.º 2003/109/CE do Conselho, de 25 de Novembro de 2003, relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração, a União concede o estatuto de residente de longa duração aos nacionais de países terceiros que tenham residência legal e ininterrupta¹⁴⁷ no território dos Estados-Membros da União durante cinco anos. A directiva aproxima igualmente as legislações nacionais relativas à concessão desse estatuto e fixa as condições de residência num Estado-Membro que não aquele que concedeu o estatuto. Mais uma vez, parece estar em causa a protecção conferida pelo artigo 49.º da Convenção.

A concessão daquele estatuto está subordinada às condições processuais e materiais fixadas pela directiva, como a posse de recursos estáveis e suficientes, podendo os Estados-Membros exigir ao imigrante a satisfação de condições de integração previstas na sua legislação nacional, como por exemplo bons conhecimentos da língua do país de residência.

147 As ausências do território do Estado-Membro, por períodos não superiores a seis meses consecutivos (que não excedam, na totalidade, dez meses compreendidos no período de cinco anos) ou por razões específicas previstas na legislação de cada Estado-Membro (por exemplo, obrigações militares, destacamento por razões profissionais, doença grave, maternidade, realização de investigação ou estudos) não entram no cálculo da duração da residência.

Note-se que esta directiva se aplica apenas aos nacionais de países terceiros que residem legalmente no território de um Estado-Membro, o que também acontece com o disposto no artigo 49.º da Convenção. São excluídas do âmbito de aplicação determinadas categorias de pessoas, devido à precariedade da sua situação ou à curta duração da sua residência (v.g., refugiados, candidatos a asilo na pendência de uma decisão, trabalhadores sazonais ou trabalhadores destacados para efeitos de prestação de serviços transfronteiriços, pessoas titulares de uma protecção temporária ou de uma forma subsidiária de protecção, residentes para efeitos de estudos ou de formação profissional).

O estatuto de residente de longa duração confere ao seu beneficiário um conjunto de direitos, em especial o direito à igualdade de tratamento perante os cidadãos nacionais no que diz respeito ao acesso a uma actividade profissional, à segurança social, à habitação, à liberdade de associação, entre outros direitos (artigo 11.º). Os Estados-Membros devem executar as disposições da directiva, respeitando o princípio da não discriminação, em conformidade como artigo 13.º TCE e com o artigo 21.º da CDFUE.

Depois de adquirido o estatuto de residente de longa duração, o interessado tem direito a uma série de prestações nas mesmas condições que os nacionais, nomeadamente em matéria de:

- a) Condições de acesso a um emprego assalariado e a uma actividade não assalariada, bem como condições de emprego e de trabalho (repouso semanal, normas de higiene, férias anuais, remuneração, condições de despedimento) – que corresponde aos direitos conferidos pelo artigo 25.º e 54.º da Convenção, que se aplicam respectivamente a todos trabalhadores migrantes, e apenas aos que se encontrem em situação regular;
- b) Ensino e formação profissional, reconhecimento de diplomas e bolsas – que corresponde aos direitos previstos nas alíneas a) a c) do n.º 1 do artigo 43.º para os trabalhadores em situação regular;
- c) Protecção social (subsídios familiares, pensões de reforma) e cuidados de saúde – que tem paralelo no disposto nos artigos 27.º e 28.º da Convenção aplicáveis a trabalhadores em situação regular e irregular;
- d) Assistência social (rendimento mínimo, pensões mínimas, assistência médica gratuita) – que de alguma forma corresponde aos direitos conferidos pelos artigos 27.º, 28.º e 43.º, n.º 1, f) da Convenção;
- e) Benefícios sociais e fiscais, acesso aos bens e aos serviços – com um paralelo limitado no disposto no artigo 46.º da Convenção;

- f) Liberdade de associação, filiação e de empenhamento numa organização de trabalhadores ou de empregadores – correspondendo à protecção conferida nos artigos 26.º, 40.º, 41.º, 42.º e nas alíneas f) e g) do n.º 1 do artigo 43.º;
- g) Livre acesso a todo o território do Estado-Membro em questão – com algum paralelo com o direito constante dos artigos 16.º e 39.º da Convenção¹⁴⁸.

O titular do estatuto de residente de longa duração é ainda protegido de forma reforçada relativamente a qualquer decisão de afastamento. À semelhança do que acontece no âmbito da Directiva n.º 2004/18, o comportamento que justifique uma decisão de

afastamento deve constituir uma ameaça actual e suficientemente grave para a ordem pública ou para a segurança pública. Razões de ordem económica não poderão, em caso algum, justificar uma tal decisão. Os Estados-Membros comprometem-se a tomar em consideração elementos específicos antes de adoptar uma decisão de afastamento contra um residente de longa duração (idade da pessoa, duração da residência, etc.)¹⁴⁹. Trata-se de um regime inspirado por preocupações semelhantes às dos artigos 22.º e 56.º da Convenção relativos às decisões de expulsão dos trabalhadores migrantes.

O residente de longa duração pode, ainda, exercer o seu direito de residência num Estado-membro diferente daquele que lhe concedeu o seu estatuto, por um período superior a três meses, para efeitos de (i) exercer uma actividade económica enquanto assalariado ou independente, ou (ii) realizar estudos ou uma formação profissional. Aqui, está, de alguma forma, em causa o direito à liberdade de circulação consagrado no artigo 39.º da Convenção.

Finalmente, a directiva confere ao residente de longa duração um direito à mobilidade no espaço europeu, regulando as con-

148 Em determinados casos, os Estados-Membros podem restringir o benefício da igualdade de tratamento em matéria de acesso ao trabalho e ao ensino (solicitando, por exemplo, provas da posse dos conhecimentos linguísticos adequados). Em matéria de assistência e protecção social, os Estados-Membros podem limitar a igualdade de tratamento às prestações essenciais. De qualquer forma, os Estados-Membros podem decidir alargar a lista dos domínios em que desejam conceder igualdade de tratamento ou a lista das prestações a fornecer aos seus nacionais (artigo 11.º).

149 As disposições da presente directiva são aplicáveis sem prejuízo da possibilidade um Estado-Membro emitir títulos de residência permanentes em condições mais favoráveis do que as previstas na directiva. Todavia, estes documentos de residência não dão acesso ao direito de residência noutros Estados-Membros.

dições em que lhe é permitido residir e trabalhar num outro Estado membro, podendo, no entanto, este direito ser limitado, em especial no âmbito de um sistema nacional de quotas. Com efeito, os Estados-Membros podem limitar o número total de títulos de residência a atribuir, desde que tal limitação já tenha sido estabelecida em relação à admissão de nacionais de países terceiros na legislação em vigor aquando da aprovação da directiva. Da mesma forma, por razões ligadas à política do mercado de trabalho, os Estados-Membros podem dar preferência a cidadãos da União¹⁵⁰, o que pode comprometer desde logo o alcance do princípio da não discriminação tal como previsto no artigo 7.º da Convenção uma vez que para o direito comunitário subsiste um diferença entre trabalhadores provenientes de Estados-Membros da Comunidade e Estados terceiros.

Os membros da família do residente de longa duração poderão juntar-se a ele ou acompanhá-lo no segundo Estado-Membro, desde que tenham já constituído uma família no primeiro Estado-Membro. Caso contrário, será aplicável a Directiva n.º 2003/86/CE relativa ao direito ao reagrupamento familiar.

Da mesma forma, o segundo Estado-Membro pode apenas indeferir os pedidos de residência em face de uma ameaça para a ordem pública, para a segurança pública ou para a saúde pública¹⁵¹.

Após a sua admissão no segundo Estado-Membro, o residente de longa duração beneficia de todas as prestações de que beneficiava no primeiro Estado-Membro, nas mesmas condições que os nacionais.

O residente de longa duração que resida no segundo Estado-Membro mantém o seu estatuto no primeiro Estado-membro

150 Aquando da entrega do pedido de título de residência, as autoridades competentes do segundo Estado-Membro podem solicitar a apresentação de determinados documentos (nomeadamente autorização de residência de longa duração, documento de identidade, contrato de trabalho, documentação que prove que o interessado dispõe de alojamento adequado, etc.) e o fornecimento de provas relativas à disponibilidade de recursos estáveis e regulares e de um seguro de doença.

151 Neste último caso, a directiva prevê a possibilidade do Estado-Membro exigir um exame médico, a fim de se certificar que os requerentes não sofrem de nenhuma das doenças que fazem parte, no mesmo país de acolhimento, de disposições de protecção. Além disso, a presente directiva prevê uma série de garantias processuais tais como: prazo para o exame do pedido de documento de residência, modalidades de notificação, vias de recurso, e condições de afastamento (artigos 14.º ss).

até à aquisição do mesmo estatuto no segundo Estado-Membro. Após cinco anos de residência regular no território do segundo Estado-Membro, se assim o desejar, poderá apresentar um pedido com vista à aquisição do estatuto de residente de longa duração nesse Estado-Membro. Regra geral, o primeiro Estado-Membro é obrigado a readmitir o residente de longa duração ao qual o segundo Estado-Membro retirou o título de residência, bem como os membros da sua família.

Ficou, todavia, por abordar na directiva a importante questão dos direitos de participação política dos imigrantes e do seu acesso à nacionalidade, que constituem domínios de competência reservada dos Estados-Membros, e que se encontram, por exemplo, consagrados nos artigos 40.º e 42.º, n.º 3 da Convenção. Não obstante, esta directiva constitui um instrumento essencial para a integração dos imigrantes nas sociedades europeias e um importante passo para a concretização do objectivo fixado em Tampere de garantir aos cidadãos de terceiros países um estatuto jurídico comparável ao dos cidadãos da União Europeia.

F. Em 2004, a Directiva n.º 2004/81/CE do Conselho, instituiu um título de residência destinado às vítimas do tráfico de seres humanos ou, caso um Estado-Membro decida alargar o âmbito de aplicação da directiva, aos nacionais de países terceiros que tenham sido objecto de uma acção de auxílio à imigração ilegal. Embora sujeito ao respeito de certas condições, este título de residência visa encorajar os nacionais de países terceiros a cooperarem com as autoridades competentes.

152 Tais como a Directiva n.º 2002/90/CE do Conselho, de 28 de Novembro de 2002, relativa à definição do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares e a Decisão-quadro n.º 2002/629/JAI do Conselho, de 19 de Julho de 2002, relativa à luta contra o tráfico de seres humanos, atrás referidas.

Alguns Estados da comunidade internacional, confrontados com o problema da imigração ilegal, assinaram em Dezembro de 2000 a Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade transnacional e os seus protocolos em matéria de tráfico de migrantes e de tráfico de seres humanos. A Directiva n.º 2004/81 insere-se nesse movimento e completa, a nível comunitário, uma série de iniciativas destinadas a combater este fenómeno¹⁵².

Assim, estabelecem-se as condições de concessão de títulos de residência de duração limitada, em função da duração do procedimento nacional aplicável, aos nacionais de países terceiros que estejam interessados em cooperar na luta contra o tráfico de seres humanos ou contra as acções de auxílio à imigração ilegal, ainda que tenham entrado ilegalmente no território dos Estados-Membros¹⁵³.

As preocupações com o combate à imigração ilegal reflectiram-se no disposto na Parte VI da Convenção, em especial no estabelecido nos artigos 68.º a 70.º da Convenção.

G. Por último, ainda em 2004, foi aprovada a Directiva n.º 2004/114/CE do Conselho, de 13 de Dezembro de 2004, que se destina a aproximar as legislações nacionais relativas às condições de admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de estudos, de intercâmbio de estudantes, de formação não remunerada ou de voluntariado.

Esta directiva constitui um elemento-chave da estratégia da Comunidade no domínio da educação, vindo estabelecer as regras respeitantes aos procedimentos de admissão de nacionais de países terceiros por um período superior a três meses, para efeitos de estudos, de intercâmbio de estudantes, de formação não remunerada ou de voluntariado¹⁵⁴.

Não obstante, algumas categorias de pessoas estão expressamente excluídas do âmbito de aplicação da directiva, a saber: (i) os requerentes de asilo e as pessoas que beneficiam de uma protecção temporária ou subsidiária; (ii) os nacionais de países terceiros membros da família de cidadãos da União, na medida

153 A presente directiva visa os nacionais de países terceiros que tenham atingido a maioridade segundo a lei do Estado-Membro em questão. Todavia, os Estados-Membros podem decidir aplicar a presente directiva a menores, nas condições definidas na sua lei nacional, sempre que tal se revele necessário no interesse da criança. Serão previstas medidas específicas para os menores não acompanhados (artigo 3.º da directiva). A pessoa em causa deve ser informada pelas autoridades competentes de um Estado-Membro das possibilidades conferidas pela directiva. A fim de estar em condições de tomar uma decisão e tendo em conta, nomeadamente, os riscos que corre, o nacional de um país terceiro disporá de um prazo de reflexão que lhe permita restabelecer-se e libertar-se da influência dos autores das infracções. Durante o prazo de reflexão, o nacional de um país terceiro em causa: (i) não poderá ser objecto de uma medida de afastamento; (ii) terá acesso a um alojamento e a cuidados médicos e psicológicos; (iii) terá acesso a assistência jurídica e linguística gratuitas (artigos 6.º e 7.º da directiva).

154 A directiva distingue quatro categorias de nacionais de países terceiros: (i) estudantes do ensino superior; (ii) estudantes do ensino secundário; (iii) estagiários não remunerados; (iv) voluntários. A admissão dos estudantes diz

em que beneficiam indirectamente do direito à livre circulação; e (iii) os nacionais de países terceiros beneficiários do estatuto de residente de longa duração num Estado-Membro na acepção da Directiva n.º 2003/109/CE do Conselho, que lhes reconhece o direito de residir noutro Estado-Membro para efeitos de estudos ou de formação profissional (cf. artigo 3.º).

Esta matéria encontra-se excluída do âmbito de aplicação da Convenção por força do disposto no artigo 3.º, al. e).

principalmente respeito ao ensino superior, na medida em que a mobilidade internacional é mais frequente neste nível de estudos. Para além da definição das condições de admissão específicas de cada uma destas quatro categorias, a directiva estabelece o principal critério para a admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de estudos, de intercâmbio de estudantes, de formação não remunerada ou de voluntariado, nomeadamente a disposição de recursos financeiros suficientes e, consoante os casos, a aceitação por um estabelecimento de ensino, a participação num programa de intercâmbio de estudantes, a assinatura de uma convenção de formação profissional ou a participação a um programa de voluntariado (artigos 7.º ss).

155 O Reino Unido notificou a sua vontade de participar na adopção e aplicação da Directiva, ao contrário do que sucedeu com a Dinamarca. Uma vez que se trata de um desenvolvimento do acervo de Schengen esta Directiva é ainda aplicável à Islândia e à Noruega.

III. No plano do combate à imigração ilegal as atenções têm-se centrado nos mecanismos de cooperação entre Estados, designadamente no afastamento dos nacionais de países terceiros que se encontrem em situação irregular no território comunitário.

A. Assim, importa destacar a aprovação da Directiva n.º 2001/40/CE do Conselho, de 28 de Maio de 2001, relativa ao reconhecimento mútuo de decisões de afastamento de nacionais de países terceiros¹⁵⁵, cujo regime importa ter em conta para efeitos do disposto no artigo 67.º da Convenção.

Na verdade, no âmbito de uma política comum de imigração e asilo, a necessidade de assegurar uma maior eficácia na execução das decisões de afastamento e uma melhor cooperação dos Estados-Membros implica o reconhecimento mútuo das decisões de afastamento.

A directiva aplica-se assim às decisões de afastamento baseadas numa ameaça grave e actual para a ordem pública ou para a segurança nacional tomada em caso de: a) condenação do nacional do país terceiro pelo Estado-Membro autor por uma

infracção passível de pena de prisão não inferior a um ano; b) existência de razões sérias para crer que um nacional de um país terceiro cometeu actos puníveis graves ou de existência de indícios reais de que tenciona cometer actos dessa natureza no território de um Estado-Membro; ou no incumprimento da regulamentação nacional relativa à entrada ou à permanência de estrangeiros (artigo 3.º).

Não obstante, na aplicação da directiva os Estados-Membros devem garantir o respeito pelos direitos e liberdades fundamentais do Homem. A aplicação da presente directiva tem lugar sem prejuízo das disposições da Convenção sobre a Determinação do Estado Responsável pela Análise de um Pedido de Asilo apresentado num Estado-Membro das Comunidades Europeias (Convenção de Dublin) e dos acordos de readmissão entre Estados-Membros.

Os Estados-Membros deverão ainda assegurar que o nacional de um país terceiro interessado pode interpor, nos termos da legislação do Estado-Membro de execução, recurso contra qualquer das medidas.

A protecção dos dados de carácter pessoal e a segurança dos dados são asseguradas nos termos da Directiva n.º 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares, no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, e sem prejuízo do disposto nos artigos 101.º e 102.º da Convenção de Schengen, os ficheiros de dados de carácter pessoal só podem ser utilizados ao abrigo da directiva para os fins nela previstos.

As autoridades do Estado-Membro autor e do Estado-Membro de execução utilizarão todos os meios adequados de cooperação e de troca de informações para assegurar a aplicação da Directiva¹⁵⁶.

156 Posteriormente o Conselho aprovou a Decisão do Conselho, de 23 de Fevereiro de 2004, que estabelece os critérios e as modalidades práticas da compensação dos desequilíbrios financeiros decorrentes da aplicação da Directiva n.º 2001/40/CE, relativa ao reconhecimento mútuo de decisões de afastamento de nacionais de países terceiros.

B. Ainda na sequência das preocupações manifestadas no Conselho Europeu de Tampere, da importância do combate à imigração ilegal através da aproximação das regras penais dos Estados-Membros, foram aprovadas duas medidas que visaram enquadrar a ajuda à entrada, circulação e permanência irregulares e respectivo quadro sancionatório: *a)* Directiva n.º 2002/90/CE, do Conselho, de 28 de Novembro, relativa à definição do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares, e *b)* a Decisão-quadro do Conselho, de 28 de Novembro de 2002, relativa ao reforço do quadro penal para a prevenção do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares.

Nos termos da referida Directiva cada Estado-Membro deve adoptar sanções adequadas: *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 violação da legislação aplicável nesse Estado, em matéria de entrada ou trânsito de estrangeiros; e *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 violação da legislação aplicável nesse Estado, em matéria de residência de estrangeiros.

Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que estas infracções são sujeitas a sanções efectivas, proporcionadas e dissuasivas.

Nos termos da Decisão-quadro que completa a Directiva, os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que as infracções definidas nos artigos 1.º e 2.º da Directiva n.º 2002/90/CE, são passíveis de sanções penais efectivas, proporcionadas e dissuasivas, susceptíveis de conduzir à extradição, sendo que tais sanções penais podem, se necessário, ser acompanhadas das seguintes medidas: *a)* a perda do meio de transporte que serviu para a prática da infracção, *b)* a proibição do exercício, directo ou por interposta pessoa, da actividade profissional exercida no momento da prática da infracção, e *c)* expulsão (artigo 1.º).

Além disso, os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que, sempre que sejam praticadas com fins lucrativos, as infracções sejam passíveis de

pena privativa de liberdade de duração máxima não inferior a oito anos, se tiverem sido praticadas no âmbito da actividade de uma organização criminosa, na aceção da Acção Comum n.º 98/733/JAI, ou tiverem posto em perigo a vida das pessoas visadas.

Se for absolutamente necessário à preservação da coerência do sistema penal nacional, estas infracções serão passíveis de pena privativa de liberdade de duração máxima não inferior a seis anos, desde que essa pena seja uma das penas máximas mais severas existentes para crimes de gravidade comparável.

As pessoas colectivas podem igualmente ser consideradas responsáveis pelas infracções cometidas. A responsabilidade das pessoas colectivas não exclui, todavia, o procedimento penal contra pessoas singulares autoras, instigadoras ou cúmplices das infracções.

Os Estados-Membros devem ainda adoptar as medidas necessárias para definir a sua competência judiciária em relação às infracções praticadas: a) total ou parcialmente, no seu território; ou b) por um dos seus nacionais; ou c) em benefício de uma pessoa colectiva estabelecida no território desses Estados-Membros. Não obstante, os Estados-Membros podem decidir não aplicar ou só aplicar em determinados casos ou circunstâncias, a regra de competência fixada nos dois últimos casos (*cf.* artigo 4.º).

C. Por último, merece ainda uma referência a Decisão n.º 2004/573/CE do Conselho, de 29 de Abril de 2004, que veio definir as regras para a organização de voos comuns para o afastamento do território de dois ou mais Estados-Membros, de nacionais de países terceiros que estejam sujeitos a decisões individuais de afastamento. O diploma refere-se, em especial, à identificação das tarefas específicas das autoridades designadas pelos Estados-Membros organizadores, bem como das tarefas comuns, inserindo-se desta forma no espírito do estabelecido no artigo 67.º da Convenção.

O plano global europeu de luta contra a imigração ilegal e o tráfico de seres humanos na União Europeia, salienta que a política de readmissão e repatriação constitui uma parte integrante e crucial da luta contra a imigração clandestina. Para o efeito, o plano global

acentua a necessidade de determinar certas acções concretas, tal como a definição de uma abordagem comum e a cooperação entre os Estados-Membros em matéria de execução das medidas de repatriamento. Esta decisão visou concretizar algumas dessas medidas.

157 Compete em especial à autoridade nacional do Estado-Membro organizador:

(a) seleccionar a transportadora aérea e determina, juntamente com ela, todos os custos relevantes do voo comum, assumindo as obrigações contratuais pertinentes e certificando-se de que a transportadora toma todas as medidas necessárias para efectuar o voo comum, prestando a assistência adequada aos nacionais de países terceiros e às respectivas escoltas; (b) solicitar e receber dos países terceiros de trânsito e de destino as autorizações exigidas para efectuar o voo comum; (c) recorrer aos seus contactos e toma as disposições necessárias para a organização do voo comum com os Estados-Membros participantes; (d) definir os procedimentos e os aspectos de pormenor de natureza operacional e determina, de comum acordo com os Estados-Membros participantes, o número de escoltas adequadas ao número de nacionais de países terceiros a afastar; e) celebrar os acordos financeiros adequados de comum acordo com os Estados-Membros participantes (cf. artigo 4.º).

Ao abrigo da decisão em análise, cada Estado-Membro deve designar a autoridade nacional encarregada da organização de voos comuns. As autoridades nacionais do Estado-Membro organizador devem sempre que, com vista ao afastamento de nacionais de países terceiros, um Estado-Membro decidir organizar um voo comum aberto à participação dos restantes Estados-Membros, informar as autoridades nacionais desses Estados-Membros. À autoridade nacional do Estado-Membro organizador compete ainda adoptar as medidas necessárias para garantir o bom desenrolar do voo comum¹⁵⁷.

Sempre que decidir participar num voo comum, o Estado-Membro participante deve informar a autoridade nacional do Estado-Membro organizador da sua intenção de participar no voo comum, especificando o número de nacionais de países terceiros que pretende afastar, e bem assim fornecer um número suficiente de escoltas para cada nacional de um país terceiro a afastar. Se as escoltas forem exclusivamente fornecidas pelo Estado-Membro organizador, cada Estado-Membro participante deve assegurar a presença a bordo de, no mínimo, dois representantes. Esses representantes, cujo estatuto será idêntico ao das escoltas, estão encarregados de entregar às autoridades do país de destino os nacionais de países terceiros que se encontrem sob sua responsabilidade (artigo 5.º).

Ambos os Estados concertadamente devem:

- a) assegurar que cada nacional de um país terceiro e a respectiva escolta sejam titulares de documentos de viagem válidos e de quaisquer outros documentos adicionais necessários, tais como vistos de entrada e/ou de trânsito, certificados ou registos; e
- b) informar, logo que possível, as respectivas representações diplomáticas e consulares nos países terceiros de trânsito e de destino acerca das disposições relativas ao voo comum, a fim de obterem a assistência necessária (artigo 6.º).

As orientações comuns em matéria de disposições de segurança, sobre o estado de saúde das pessoas expulsas, sobre o código de conduta aplicável aos membros da escolta e sobre o recurso a medidas coercivas são apresentadas em anexo à decisão.

CAPÍTULO 4.

A CONVENÇÃO E O SEU IMPACTO NA ORDEM JURÍDICA PORTUGUESA

1. A CONVENÇÃO E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EQUIPARAÇÃO

I. A conformidade do conteúdo da Convenção com a CRP parece, à partida, pacífica. Uma análise mais atenta pode, todavia, revelar pontos de fricção que, embora não colocando em crise uma eventual adesão de Portugal à Convenção, justificam algum cuidado.

II. A Convenção elege como princípio geral, presente nos artigos 1.º e 7.º, o princípio da igualdade na sua vertente de princípio da não discriminação. Assim, segundo o artigo 7.º da Convenção, «*os Estados Partes comprometem-se, em conformidade com os instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos, a respeitar e a garantir os direitos previstos na presente Convenção a todos os trabalhadores migrantes e membros da sua família que se encontrem no seu território e sujeitos à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de qualquer consideração de raça, cor, sexo, língua, religião ou convicção, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, nacionalidade, idade, posição económica, património, estado civil, nascimento ou de qualquer outra situação*».

Esta exigência de não discriminação é, todavia, limitada. É limitada desde logo por *prima facie* se aplicar apenas aos trabalhadores migrantes e aos membros das suas famílias. Existe, portanto, uma limitação subjectiva inicial ou de categoria que deixa de fora os cidadãos – ou, na linguagem da Convenção, os nacionais – dos Estados-Partes. Assim, a exigência de não discriminação *qua tale*, enquanto princípio geral, não se aplica aos cidadãos dos Estados, mas apenas aos trabalhadores migrantes e membros das suas famílias entre si.

A proibição de discriminação é, ainda, limitada por não se tratar de uma «*cláusula de anti-discriminação substantiva*»¹⁵⁸. Quer

158 CHOLEWINSKY, RICHARD, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, p. 155.

isto significar que a proibição de discriminação não é geral, aplicando-se apenas aos direitos previstos na Convenção. A obrigação que faz impender sobre os Estados diz apenas respeito aos «*direitos previstos na presente Convenção*» e não a quaisquer outros.

A Convenção não deixa, naturalmente, de prever a equiparação entre os cidadãos dos Estados e os trabalhadores migrantes e membros das suas famílias. Não o faz recorrendo a uma cláusula geral mas antes a referências esporádicas a propósito de direitos em concreto. Esta técnica legislativa não parece a mais acertada por, além do mais, poder inculcar a ideia segundo a qual apenas esses direitos estariam sujeitos a equiparação. Na verdade não é assim, uma vez que, no que respeita aos direitos humanos, o *core* de tratados internacionais a que já nos referimos é expresso ao consagrar a generalidade dos direitos a todas as pessoas e não apenas aos cidadãos, o que é, aliás, consistente com o princípio da dignidade da pessoa humana, pedra de toque da nossa tradição humanista de protecção de direitos¹⁵⁹. Mais concretamente, quanto aos trabalhadores

migrantes, embora em termos não contundentes, a Convenção n.º 143 da OIT relativa às Migrações em Condições Abusivas e à Promoção da Igualdade de Oportunidades e de Tratamento dos Trabalhadores Migrantes já dispunha, no seu artigo 10.º que «*os membros para os quais a presente Convenção esteja em vigor comprometem-se a formular e a aplicar uma política nacional que se proponha promover e garantir, por métodos adaptados às circunstâncias e aos costumes nacionais, a igualdade de oportunidades e de tratamento em matéria de emprego e de profissão, de segurança social, de direitos sindicais e culturais e de liberdades individuais e colectivas para aqueles que se encontram legalmente nos seus territórios na qualidade de emigrantes ou de familiares destes*».

Assim, para além de um princípio geral de equiparação de direitos entre cidadãos e nacionais de países terceiros, decorrente das Convenções internacionais em matéria de direitos humanos,

159 Tal conclusão resulta clara, desde logo, no artigo 2.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem, segundo a qual «*todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autónomo ou sujeito a alguma limitação de soberania*».

a Convenção estabelece, especificamente, a equiparação de direitos no que respeita à remuneração e condições de trabalho (cf. artigo 25.º), segurança social (cf. artigo 27.º), cuidados médico urgentes (cf. artigo 28.º) e acesso à educação (cf. artigo 30.º). Esta equiparação de direitos diz respeito a todos os trabalhadores migrantes, independentemente da legalidade da sua presença no país de acolhimento. Quanto aos trabalhadores migrantes em situação regular, a equiparação é ainda mais abrangente. A Convenção estabelece uma cláusula de equiparação nos direitos sociais designadamente no acesso à educação, orientação e treino vocacionais, direito à habitação, acesso aos serviços sociais e de saúde, acesso às cooperativas e às empresas em autogestão, acesso e participação na vida cultural (cf. artigo 43.º). Os mesmos direitos são estendidos aos membros das suas famílias (cf. artigo 45.º). O princípio da equiparação com os cidadãos do Estado de acolhimento encontra, ainda, consagração específica no que respeita aos direitos dos trabalhadores como a protecção contra o despedimento, subsídio de desemprego, acesso a mecanismos públicos de combate ao desemprego, acesso a emprego alternativo (cf. artigo 54.º). Por fim, o artigo 55.º estabelece uma cláusula geral de equiparação no trabalho determinando que «os trabalhadores migrantes a quem tenha sido concedida autorização para exercerem uma actividade remunerada, sujeita às condições previstas nessa autorização, beneficiam de igualdade de tratamento com os nacionais do Estado de emprego no exercício daquela actividade remunerada».

III. À CRP é ainda estranha a distinção em que assenta a Convenção entre imigrantes em situação regular e irregular¹⁶⁰. A abertura da Constituição ao direito internacional, bem presente no disposto no artigo 8.º, na cláusula aberta de direitos fundamentais prevista no n.º 1 do artigo 16.º e, ainda, na obrigação de interpretação dos direitos fundamentais à luz da Declaração Universal dos Direitos do Homem estabelecida no n.º 2 do artigo 16.º, acolhe plenamente o princípio da universalidade

160 A Constituição estabelece uma excepção, na alínea c) do n.º 3 do artigo 27.º, quanto à prisão, detenção ou outra medida coactiva sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional. Não significa isto, no nosso entender, que o legislador constituinte tenha concedido base a uma qualquer distinção junfundamental entre imigrantes em situação regular ou irregular para efeitos de aplicação dos direitos fundamentais. Esta opção do legislador permite, outrossim, concluir no sentido de serem aplicáveis aos imigrantes em situação irregular todos os outros direitos fundamentais uma vez que, nesta disposição, o legislador foi expresso ao admitir, como excepção ao princípio geral, a possibilidade de detenção dos imigrantes não documentados.

dos direitos fundamentais. O artigo 1.º da CRP afirma, de resto, com toda a clareza, que «Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana».

A CRP elege como princípios fundamentais, designadamente os princípios da universalidade e da igualdade, respectivamente nos seus artigos 12.º e 13.º. Assim, se «pelo princípio da universalidade todos (os cidadãos) têm todos os direitos, pelo princípio da igualdade todos têm idênticos direitos. Sem prejuízo de a prática conduzir, muitas vezes, à diluição das fronteiras entre os dois princípios em apreço, em rigor, o primeiro princípio trata directa e exclusivamente da atribuição da titularidade dos direitos, enquanto o segundo se refere ao conteúdo com que os próprios direitos são atribuídos aos respectivos titulares»¹⁶¹.

Ambos os princípios encontram acolhimento, como se viu, na Convenção, na medida em que ali se atribuem os direitos a *todos* os trabalhadores migrantes e membros das suas famílias (universalidade) proibindo-se, simultaneamente, a discriminação em função de qualquer «*consideração de raça, cor, sexo, língua, religião ou convicção, opinião política ou outra, origem nacional, étnica ou social, nacionalidade, idade, posição económica, património, estado civil, nascimento ou de qualquer outra situação*» (igualdade). Todavia, a distinção em que assenta a própria Convenção desmente este princípio, na medida em que estabelece distinção de direitos entre trabalhadores migrantes em situação regular e irregular. Pode, pois, entender-se que a universalidade postulada é apenas aplicável entre categorias previstas na Convenção ou que a Convenção entendeu estabelecer excepções que julgou materialmente fundadas.

A Constituição adopta uma técnica diversa para proceder à distinção entre cidadãos e estrangeiros. Proclama os mencionados princípios da universalidade e da igualdade aplicáveis apenas aos cidadãos para logo os alargar aos estrangeiros, por via de uma equiparação em termos amplos prevista no artigo 15.º¹⁶². Esta técnica permite adoptar uma equiparação em termos amplos – que a Convenção não alcança nas suas diversas dis-

161 PEREIRA DA SILVA, JORGE, *Direitos de Cidadania e Direito à Cidadania: Princípio da Equiparação, Novas Cidadanias e Direito à Cidadania como Instrumentos de uma Comunidade Constitucional Inclusiva*. Lisboa: ACIME, 2004, p. 30.

tinções: nacionais, migrantes em situação regular e em situação irregular – e reservar direitos que a Constituição entende serem próprios dos cidadãos nacionais.

IV. Não obstante, a concluir-se pela maior amplitude de protecção de direitos no âmbito da CRP, tal conclusão em nada beliscaria uma eventual ratificação por parte do Estado português, na medida em que é a própria Convenção a contemplar essa hipótese, estabelecendo, no artigo 81.º, que «*nenhuma disposição da presente Convenção afecta as disposições mais favoráveis à realização dos direitos ou ao exercício das liberdades dos trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias que possam figurar: a) na legislação ou na prática de um Estado Parte*».

V. Mais complexa pode ser a distinção adoptada na Constituição entre cidadãos e estrangeiros. A distinção entre cidadãos e estrangeiros é adoptada nos dois textos em análise embora assuma, em cada um deles, contornos muito diversos.

Enquanto a Convenção, como vimos, estabelece uma equiparação pontual, em função de direitos concretos, a Constituição acolhe uma cláusula geral de equiparação prevista no artigo 15.º. Assim:

**«Artigo 15.º
(Estrangeiros, apátridas, cidadãos europeus)**

1. *Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português.*
2. *Exceptuam-se do disposto no número anterior os direitos políticos, o exercício das funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico e os direitos e deveres reservados pela Constituição e pela lei exclusivamente aos cidadãos portugueses.*

162 A este propósito já teve ocasião de se pronunciar o Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 345/02162, no seguinte sentido: «decorre do substrato universalista inerente ao texto constitucional e ao princípio da equiparação, seu corolário, que os estrangeiros e apátridas gozam dos mesmos direitos consignados no texto constitucional aos cidadãos nacionais». Sobre a jurisprudência constitucional e princípio da equiparação vd. PINTO, ANA LUÍSA; CANOTILHO, MARIANA, O tratamento dos estrangeiros e das minorias na jurisprudência constitucional portuguesa. *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa – II*. Coimbra: Coimbra editora, 2005.

3. *Aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa com residência permanente em Portugal são reconhecidos, nos termos da lei e em condições de reciprocidade, direitos não conferidos a estrangeiros, salvo o acesso aos cargos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Presidentes dos tribunais supremos e o serviço nas Forças Armadas e na carreira diplomática.*
4. *A lei pode atribuir a estrangeiros residentes no território nacional, em condições de reciprocidade, capacidade eleitoral activa e passiva para a eleição dos titulares de órgãos de autarquias locais.*
5. *A lei pode ainda atribuir, em condições de reciprocidade, aos cidadãos dos Estados-membros da União Europeia residentes em Portugal o direito de elegerem e serem eleitos Deputados ao Parlamento Europeu».*

A regra geral de equiparação está, pois, contida, no n.º 1 do artigo 15.º da Constituição, segundo a qual os estrangeiros e, portanto, os trabalhadores migrantes e membros das suas famílias, que se encontrem ou residam em Portugal, gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português. Repare-se que esta equiparação não faz menção à natureza da presença, estatuto ou legalidade dos nacionais de países terceiros em território português. Apenas se refere aos estrangeiros ou apátridas que se *encontrem* ou *residam* em Portugal¹⁶³. A equiparação é, pois, feita em termos amplos e não se limita aos direitos fundamentais que tenham ligação umbilical à dignidade da pessoa humana.

Como bem sustenta JORGE PEREIRA DA SILVA, «o conteúdo jurídico útil do princípio da equiparação do n.º 1 do artigo 15.º só começa onde termina aquele acervo de direitos inerentes à natureza humana – a começar pela enumeração do n.º 6 do

163 Sobre a aplicação do princípio da equiparação atente-se no conteúdo do acórdão do Tribunal Constitucional n.º 232/2004: «não há que convocar, por conseguinte, o disposto no artigo 15.º, n.º 1, da Constituição, pois o princípio de equiparação aí previsto é circunscrito aos estrangeiros que se encontrem ou residam em território nacional – o que não é o caso daquele que pretenda entrar em Portugal, mas que tal entrada lhe seja interdita; a esse aplicar-se-ão os *standards* mínimos de protecção conferidos pela ordem internacional, mas nesse âmbito de protecção não se inclui, de forma indiscriminada, absoluta ou incondicional, o direito de entrada e permanência no território de um Estado».

artigo 19.º – e que, por definição, não podem ser reservados aos cidadãos. Ainda assim, confrontando o núcleo relativamente restrito dos direitos indissociáveis da dignidade da pessoa humana com a vastidão do elenco constitucional dos direitos fundamentais, pode concluir-se, por agora, pela existência de um amplo campo de actuação do princípio da equiparação do n.º 1 do artigo 15.º»¹⁶⁴.

VI. O artigo 15.º da Constituição contém, depois, um conjunto de excepções ao princípio geral de equiparação enunciado no seu n.º 1. Todavia, se a regra enunciada no n.º 1 não coloca quaisquer dificuldades perante a Convenção podendo, quanto muito, ser mais generosa que a própria Convenção o que, como vimos, é por esta aceite, já as excepções previstas nos números seguintes devem ser objecto de maior atenção.

Uma primeira análise do preceito em confronto com a Convenção pode, desde logo, suscitar a dúvida da conjugação dos direitos especialmente concedidos aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa e aos cidadãos dos Estados-Membros da União Europeia com o princípio da universalidade e igualdade postulados na Convenção. Uma tal conjugação não parece colocar dificuldade uma vez que, como já sublinhámos, a Convenção não impede a atribuição mais favorável de direitos aos trabalhadores migrantes. É o que resulta do artigo 81.º. Embora esta disposição «não aprove automaticamente o tratamento discriminatório entre diversos grupos de migrantes residentes no território de um Estado Parte, é defensável que, enquanto forem respeitados os padrões mínimos de direitos previstos na Convenção, o tratamento mais favorável pelos Estados-Membros da União Europeia para com os nacionais de outro Estados-Membros seria admitido pela Convenção»¹⁶⁵.

Quanto aos direitos reservados aos cidadãos portugueses, o n.º 2 do artigo 15.º excepiona do princípio da equiparação¹⁶⁶:

- a) os direitos políticos;
- b) o exercício de funções públicas sem natureza predominantemente técnica;

164 PEREIRA DA SILVA, JORGE, *Direitos de Cidadania e Direito à Cidadania*, p. 29.

165 CHOLEWINSKY, RICHARD, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, p. 156.

166 Cf. PEREIRA DA SILVA, JORGE, *Direitos de Cidadania e Direito à Cidadania*, p. 25.

- c) outros direitos reservados pela Constituição aos cidadãos portugueses;
- d) os direitos reservados por lei aos cidadãos portugueses.

VII. A Convenção debruça-se sobre a matéria dos direitos políticos nos artigos 41.º e 42.º, sempre a propósito dos trabalhadores migrantes em situação regular.

O artigo 41.º diz respeito ao exercício dos direitos políticos no país de origem. Não está aqui em causa o exercício de direitos políticos por estrangeiros em Portugal, mas por imigrantes nos respectivos países de origem. Assim, «*os trabalhadores migrantes e os membros das suas famílias têm o direito de participar nos assuntos públicos do seu Estado de origem, de votar e de candidatar-se em eleições organizadas por esse Estado, de acordo com a legislação vigente*». Não estando aqui em causa o princípio da equiparação, importa, no entanto, referir que, nos termos deste preceito, os países de origem – e Portugal, recorde-se, continua a sê-lo – devem facilitar, se necessário e em conformidade com a sua legislação, o exercício destes direitos. Esta obrigação é formulada, como se vê, em termos muito flexíveis. É matéria, contudo, a merecer atenção em Portugal pela importância que reveste a votação das comunidades emigrantes.

O artigo 42.º versa sobre a possibilidade de concessão de direitos políticos aos trabalhadores migrantes nos países de acolhimento. Dispõe este preceito que:

«Artigo 42.º

1. *Os Estados Partes ponderam a possibilidade de estabelecer procedimentos ou instituições que permitam ter em conta, tanto no Estado de origem quanto no Estado de emprego, as necessidades, aspirações e obrigações específicas dos trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias e, sendo esse o caso, a possibilidade de os trabalhadores migrantes e os membros das suas famílias terem nessas instituições os seus representantes livremente escolhidos.*

2. *Os Estados de emprego facilitam, de harmonia com a sua legislação nacional, a consulta ou a participação dos trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias nas decisões relativas à vida e à administração das comunidades locais.*
3. *Os trabalhadores migrantes podem gozar de direitos políticos no Estado de emprego se este Estado, no exercício da sua soberania, lhes atribuir esses direitos».*

A redacção da Convenção é muito cuidadosa. Não se trata aqui de prever direitos políticos dos trabalhadores migrantes nem, tão pouco, de estabelecer uma obrigação para os Estados Partes. Trata-se apenas da possibilidade, sempre respeitando a soberania dos Estados, de estes preverem direitos políticos para os trabalhadores migrantes. O efeito útil desta disposição parece ser o de abrir caminho para uma efectiva participação democrática e representatividade dos trabalhadores migrantes nos Estados onde se encontram a trabalhar sem, com isso, criar um conjunto de direitos e obrigações que vinculem Estados e migrantes.

Esta disposição, para além dos direitos políticos ainda se debruça sobre os direitos procedimentais de participação popular nas decisões administrativas. Para a compreensão total da reserva de direitos políticos e procedimentais operada na Constituição – além dos elencados no Capítulo II, do Título II, da Parte I –, importa ter em conta também «os previstos no n.º 1 do artigo 167.º (e no n.º 2 do artigo 240.º). Concretamente:

- a) o direito a tomar parte na vida pública (cf. artigo 48.º);
- b) o direito à informação sobre a actividade das entidades públicas (cf. artigo 48.º);
- c) o direito de sufrágio (em eleições e referendos) (cf. artigo 49.º);
- d) o direito de acesso a cargos públicos (de natureza política) (cf. artigo 50.º);
- e) o direito a constituir (e a participar em) associações políticas (cf. artigo 51.º);

- f) o direito a constituir (e a participar em) partidos políticos (cf. artigo 51.º);
- g) o direito de petição (cf. artigo 52.º);
- h) o direito de acção popular (cf. artigo 52.º);
- i) o direito de iniciativa legislativa popular (cf. n.º 1 do artigo 167.º);
- j) o direito de iniciativa popular de referendo (cf. n.º 1 do artigo 167.º e n.º 2 do artigo 240.º)¹⁶⁷.

Esta reserva já parece mais problemática em face do conteúdo do artigo 42.º da Convenção. Isto porque a consulta ou a participação dos trabalhadores migrantes e dos membros das suas famílias nas decisões relativas à vida e à administração das comunidades locais, prevista naquele artigo, pode implicar o exercício de algum ou alguns dos direitos reservados pela Constituição aos cidadãos portugueses. A questão coloca-se, sobretudo, a propósito dos direitos de petição e de acção popular. De resto, existem

«não obstante, fundadas dúvidas sobre a inclusão do direito de petição e do direito de acção popular entre os direitos políticos, uma vez que os mesmos podem ser utilizados sem qualquer motivação ou interesse de natureza política. Em particular, os direitos em causa apresentam-se frequentemente como simples instrumentos de tutela (graciosa e contenciosa, consoante os casos) de direitos dos indivíduos eventualmente lesados por actuações ou omissões dos poderes públicos, incluindo, no caso do direito de acção popular, o direito ao ressarcimento de prejuízos sofridos. Em consequência, não se vê como justificar uma reserva absoluta dos direitos em apreço aos cidadãos portugueses»¹⁶⁸.
 Todavia, mesmo tendo em conta que a legislação ordinária acolhe, neste caso, a interpretação Constitucional mais restritiva, negando, por exemplo, o direito de acção popular aos estrangeiros¹⁶⁹, sempre se pode afirmar que os «direitos à informação sobre a actividade dos entes públicos, de acesso

167 PEREIRA DA SILVA, JORGE, *Direitos de Cidadania e Direito à Cidadania*, p. 37.

168 *Ibidem*.

169 Cf. artigo 2.º da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto, sobre o Direito de participação procedimental e de acção popular segundo o qual «são titulares do direito procedimental de participação popular e do direito de acção popular quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos». Equacionando a inconstitucionalidade do preceito *vd.* PEREIRA DA SILVA, JORGE, *Direitos de Cidadania e Direito à Cidadania*, p. 38.

a cargos públicos e de petição, não são direitos políticos, mas direitos de todos e quaisquer administrados:

- a) o direito ao conhecimento dos dados pessoais informatizados próprios e da finalidade do respectivo tratamento (cf. n.º 1 do artigo 35.º);
- b) o direito de participação na formação das decisões administrativas (cf. n.º 6 do artigo 267.º);
- c) o direito à informação administrativa (cf. n.º 2 do artigo 268.º);
- d) o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos (cf. n.º 3 do artigo 268.º);
- e) o direito de acesso à função pública (cf. n.º 2 do artigo 47.º);
- f) o direito de queixa ao Provedor de Justiça (cf. n.º 1 do artigo 23.º)¹⁷⁰.

VIII. Assim, a reserva de direitos políticos aos cidadãos nacionais não parece beliscar o disposto na Convenção, uma vez que a concessão destes direitos parece caber numa ampla liberdade de conformação dos Estados. Já os direitos de participação procedimental dos trabalhadores migrantes ali previstos, em termos mais contundentes, parecem encontrar, ao menos de uma forma geral, um acolhimento mais satisfatório na Constituição e na lei ordinária portuguesas.

Quanto à possibilidade de concessão de direitos políticos a estrangeiros residentes no território nacional, em condições de reciprocidade, capacidade eleitoral activa e passiva para a eleição dos titulares de órgãos de autarquias locais, prevista no artigo 15.º da Constituição, parece esta caber na mencionada ampla liberdade de conformação do legislador, prevista na Convenção. O critério eleito – reciprocidade – não encontra, todavia, amparo na Convenção. Como antes já afirmámos, trata-se de matéria que, uma vez cumpridos os *standards* mínimos, cabe aos Estados, nos termos da Convenção, adoptar os critérios para uma concessão mais aprofundada de direitos.

170 PEREIRA DA SILVA, JORGE, *Direitos de Cidadania e Direito à Cidadania*, p. 38.

IX. A segunda excepção, ao princípio da equiparação entre cidadãos e estrangeiros prevista na Constituição, respeita ao exercício de funções públicas sem natureza predominantemente técnica. Este preceito poderia conflitar com o direito de acesso ao trabalho previsto, em termos gerais, no artigo 54.º da Convenção, quanto à equiparação entre cidadãos e estrangeiros. Todavia, a doutrina e a jurisprudência têm mitigado a interpretação desta norma, em termos que a tornam pacífica em face da Convenção. Assim, «tanto o Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República, como o Supremo Tribunal Administrativo, como ainda a própria doutrina, têm convergido na ideia de que a referência constitucional a funções de natureza predominantemente técnica não deve ser contraposta a funções sem carácter técnico, mas sim a funções em que predomina o exercício de prerrogativas de autoridade pública»¹⁷¹. A este propósito pronunciou-se o Tribunal Constitucional tendo decidido que «a esta luz, a expressão “exercício de funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico” passou a ser entendida de acordo com a prevalência dos critérios de autoridade ou de tecnicidade do cargo»¹⁷².

Ainda assim, a lei ordinária portuguesa continua a reservar o acesso à função pública aos cidadãos portugueses. É quanto resulta do n.º 2 do artigo 29.º do Decreto-Lei n.º 204/98, de 11 de Julho, relativo ao regime geral de recrutamento e selecção de pessoal para a Administração Pública. Ali continua a exigir-se a nacionalidade portuguesa como requisito geral de acesso à função pública¹⁷³. Disposições que discriminem os estrangeiros no acesso à profissão, para lá dos limites estabelecidos na Constituição, são antes de mais, inconstitucionais pelo que, antes de colidirem com a Convenção, encontram-se em choque com o próprio texto fundamental.

171 Vd. com referência às decisões em concreto, PEREIRA DA SILVA, JORGE, *Direitos de Cidadania e Direito à Cidadania*, p. 38.

172 Vd. Acórdão n.º 345/02 disponível em www.tribunalconstitucional.pt

173 Sobre a inconstitucionalidade deste preceito vd. PEREIRA DA SILVA, JORGE, *Direitos de Cidadania e Direito à Cidadania*, p. 43.

X. Por fim, a Constituição prevê a reserva de direitos aos cidadãos portugueses pela Constituição e pela lei. Quanto à primeira parte – reserva de direitos pela Constituição – importa, desde logo, saber se essa reserva deve ser expressa ou, ao contrário, basta a referência da Constituição a cidadãos. A admitir-se esta última hipótese, a reserva aos cidadãos portugueses do direito de deslocação e fixação no território nacional (*cf.* artigo 44.º)

e de liberdade de associação (cf. artigo 45.º) estariam em frontal oposição com os mesmos direitos consagrados na Convenção, respectivamente nos artigos 39.º e 40.º, aplicáveis aos trabalhadores migrantes. Ora, apesar de, em ambas as disposições, a Constituição se referir a cidadãos, parece que estes direitos não podem deixar de estar incluídos na equiparação prevista no n.º 1 do artigo 15.º. Com efeito, aquele princípio dita a batuta que há-de regular as diversas reservas operadas, quer pela Constituição, quer pela lei. Não parece, pois, que uma eventual restrição em matéria de deslocação ou associação seja compatível com o espírito de equiparação traçado pelo artigo 15.º. Por outro lado, a Constituição determinou expressamente, noutros preceitos, a exclusão dos estrangeiros do exercício de direitos. É o que acontece com o critério de elegibilidade para a Presidência da República (artigo 122.º) ou com a reserva aos cidadãos nacionais do acesso às forças armadas (n.º 2 do artigo 275.º). Em ambos os casos compreendem-se as razões ponderosas que conduziram o legislador constituinte a excluir os estrangeiros, tendo a Constituição sido, ademais, expressa a excluí-los. Parece-nos, por isso, de incluir os mencionados direitos de deslocação e de associação no princípio de equiparação, alargando-os aos estrangeiros, afastando, assim, a aparente contradição entre a Convenção e a Constituição.

Por último, a reserva de direitos pela lei pode causar alguma estranheza pela amplitude que, aparentemente, comporta. Parecia, assim, abrir-se uma porta que a Constituição procurou fechar ao prever o princípio geral de equiparação de direitos. Todavia, também aqui a doutrina e jurisprudência se têm encarregado de delimitar o âmbito da excepção. Assim, decidiu o Tribunal Constitucional no Acórdão n.º 345/02, que as reservas ao princípio da equiparação «constituem restrições a tal princípio e, nessa medida – o que é um aspecto fundamental do regime dos direitos, liberdades e garantias – encontram-se as mesmas submetidas ao regime do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, sendo, como tal, limitadas ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. Na verdade, o princípio da proporcionalidade que aqui se surpreende exige – como se retira do longo acervo da jurisprudência constitucional nesta matéria – que as medidas restritivas legalmente previstas sejam o meio adequado para a prossecução dos fins visados pela lei, ou seja, para a salvaguarda de outros direitos ou bens

constitucionalmente protegidos, sendo necessários para alcançar esses fins, que não poderiam ser atingidos com meios menos gravosos, mais se exigindo que os meios restritivos e os fins obtidos se situem numa “justa medida”»¹⁷⁴.

A equiparação em termos amplos aparece, assim, como satisfatória em face da Convenção que, além do mais, não integra, um princípio geral de equiparação entre cidadãos e estrangeiros. A lei ordinária que, porventura, despreste tal princípio de equiparação em termos constitucionalmente inadmissíveis sofre, desde logo, de inconstitucionalidade pelo que se torna irrelevante o problema da sua eventual desconformidade com a Convenção.

XI. Quanto ao mais, os direitos previstos na Convenção correspondem, no geral, ao conteúdo mínimo previsto em convenções internacionais de que Portugal é parte ou que integram o *core* de protecção de direitos humanos que Portugal recebe plenamente na sua ordem jurídica. O vasto catálogo da Constituição em matéria de direitos fundamentais torna fastidioso o exercício de repetição dos direitos que, previstos na Convenção, ali encontram amparo. Se, porém, uma leitura mais atenta detectar algum direito ali não previsto – como poderia ser o caso do reagrupamento familiar, aliás previsto no artigo 44.º da Convenção, ainda que, não como um direito mas como uma recomendação aos Estados – sempre se poderá afirmar que esse direito está acolhido na Constituição por via da cláusula aberta consagrada no n.º 1 do artigo 16.º. Este acolhimento resulta, antes de mais, do disposto na lei ordinária que consagra o direito ao reagrupamento familiar. Depois, o direito comunitário e, como se vê, o direito internacional adoptam fórmulas de protecção desse direito. Tudo para concluir que o *core* de direitos fundamentais internacionalmente protegidos encontra amparo na Constituição, se não no catálogo de direitos, ao menos no abrigo concedido pela cláusula aberta.

Apenas a título de exemplo de direitos previstos da Convenção que encontram consagração expressa na Constituição, refira-se o direito à vida (*cf.* artigo 24.º); a proibição de tortura e escravidão (*cf.* artigo 25.º); a liberdade de consciência, de religião

174 Acórdão n.º 345/02

disponível em

www.tribunalconstitucional.pt

Cf. PINTO, ANA LUISA; CANOTILHO,

MARIANA, O tratamento dos estrangeiros e das minorias na jurisprudência constitucional portuguesa.

e de culto (cf. artigo 41.º); o direito de propriedade (cf. artigo 62.º); as garantias processuais penais (cf. artigo 32.º); a presunção de inocência (cf. n.º 2 do artigo 32.º); a aplicação da lei criminal (cf. artigo 29.º); o direito à educação (cf. artigo 73.º); o direito à saúde (cf. artigo 64.º); o direito de habitação (cf. artigo 65.º), entre outros.

O artigo 59.º da CRP estabelece ainda os direitos dos trabalhadores, afirmando expressamente o princípio de igualdade de direitos no trabalho sem qualquer «*distinção de cidadania*».

2. O REGIME JURÍDICO PORTUGUÊS APLICÁVEL AOS TRABALHADORES MIGRANTES

I. Procurando, agora, proceder ao confronto entre o conteúdo da Convenção e o tratamento dedicado aos trabalhadores migrantes no âmbito da lei ordinária portuguesa importa, desde logo, alertar para a diversidade de fontes encontradas. A multiplicidade de matérias tratadas na Convenção – dispersão que foi, de resto, alvo de crítica – adensa a complexidade deste trabalho, na medida em que são múltiplos os aspectos versados pela Convenção que encontram paralelo no ordenamento jurídico português.

Parece-nos, contudo, que devemos destacar essencialmente quatro conjuntos de matérias, cuja análise se revela importante, no cotejo da Convenção com a legislação interna. A saber:

- a) Direitos dos trabalhadores migrantes para os quais a Convenção estabelece uma cláusula de equiparação específica com os cidadãos dos Estados de acolhimento, designadamente, os relativos à remuneração e condições de trabalho, segurança social, direito à educação, direito à habitação, acesso aos serviços sociais e de saúde e subsídio de desemprego;
- b) Regime de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território português e suas relações com o conteúdo da Convenção;

- c) Direitos de natureza fiscal (cf. artigos 46.º a 49.º da Convenção);
- d) Outros direitos dos trabalhadores migrantes previstos na lei portuguesa.

II. No confronto da legislação interna com o conteúdo da Convenção importa, desde logo, olhar para os direitos, relativamente aos quais a Convenção prevê um regime de equiparação com os cidadãos do Estado de acolhimento.

A. As condições de trabalho e remuneração estão, em geral, reguladas no Código do Trabalho, aprovado pela Lei n.º 99/2003, de 27 de Agosto. O Código do Trabalho dedica uma subsecção ao trabalhador estrangeiro (cf. artigos 86.º e seguintes).

O princípio geral ali acolhido é, em conformidade com a CRP, o da igualdade entre trabalhadores estrangeiros e trabalhadores portugueses. Assim, de acordo com o artigo 87.º, do Código do Trabalho «*o trabalhador estrangeiro que esteja autorizado a exercer uma actividade profissional subordinada em território português goza dos mesmos direitos e está sujeito aos mesmos deveres do trabalhador com nacionalidade portuguesa*».

Esta disposição parece corresponder, no essencial, às exigências do artigo 25.º da Convenção, no que respeita à igualdade de condições de trabalho. Todavia, aquele artigo 25.º refere-se, indistintamente, a trabalhadores migrantes em situação regular e irregular. Ora, a disposição do Código do Trabalho português pode bem ser interpretada como exclusiva dos imigrantes em situação regular, uma vez que se refere ao «*trabalhador estrangeiro que esteja autorizado*».

A interpretar-se o Código do Trabalho literalmente, chegar-se-ia à conclusão absurda de que a lei ordinária portuguesa admite discriminar os imigrantes ilegais nas suas condições de trabalho, designadamente nas condições de segurança no trabalho, retribuição, etc. Não está aqui em causa, bem entendido, a legalização dos trabalhadores migrantes em situação irregular. A Convenção é expressa ao afirmá-lo no artigo 35.º, nos termos do qual o reconhecimento de direitos aos imigrantes em situação irregular não deve ser interpretado como «*implicando a regularização da situação dos trabalhadores migran-*

tes ou dos membros das suas famílias que se encontram indocumentados ou em situação irregular, ou um qualquer direito a ver regularizada a sua situação». Trata-se, tão-somente, de prever direitos básicos para aqueles migrantes que, encontrando-se em situação irregular e, enquanto essa situação se mantiver, permanecem nos territórios dos países de acolhimento.

Seria, na verdade, incompreensível que, no que se refere às condições de trabalho, um Estado aceitasse discriminar os trabalhadores em função da legalidade do seu estatuto. A interpretação literal da citada disposição do Código do Trabalho seria, de resto, inconstitucional na medida em que o princípio da equiparação de direitos é aplicável, no termos do n.º 1 do artigo 15.º da Constituição, aos estrangeiros que se encontrem ou residam em Portugal. Deve por isso, o presente artigo do Código do Trabalho ser interpretado no sentido de a equiparação se mostrar aplicável a quaisquer pessoas que se encontrem a prestar trabalho remunerado, independentemente da legalidade do seu estatuto.

B. O contrato de trabalho do trabalhador estrangeiro está, nos termos dos artigos 88.º e 103.º, alínea *d*) do mesmo Código, sujeito a forma escrita. Esta exigência destina-se a permitir o cumprimento da obrigação de comunicação dos contratos prevista no artigo 89.º. Ora, apesar de esta exigência não colocar especiais dificuldades em face da Convenção, ela adensa a complexidade no que respeita aos direitos dos imigrantes ilegais que já identificámos.

Os mecanismos de controlo do trabalho dos trabalhadores migrantes em situação irregular conduzem à total marginalização daquele tipo de trabalho, sem que sobre ele se possa exercer qualquer controlo ou sem que os trabalhadores possam beneficiar das garantias que a Constituição e a Convenção lhes estendem. Não quer isto significar que o Estado deva tolerar a sua existência. Um dos objectivos primeiros da Convenção é, recorde-se, o combate à imigração ilegal. Não parece é que os Estados devam actuar como se ela não existisse, relegando-a na legislação interna para uma situação de total clandestinidade. O problema existe e deve ser encarado, pelo que não chocaria a previsão, a este propósito, de mecanismos específicos de enquadramento jurídico da imigração ilegal.

C. O princípio da equiparação entre trabalhadores portugueses e estrangeiros encontra também consagração específica quanto à protecção nos acidentes de trabalho. Assim, nos termos do n.º 1 do artigo 282.º do Código do Trabalho, «*o trabalhador estrangeiro que exerça actividade em Portugal é, para os efeitos deste capítulo, equiparado ao trabalhador português*». Repare-se que aqui o legislador utilizou uma linguagem muito mais ampla, referindo-se apenas a «*trabalhador estrangeiro que exerça actividade em Portugal*». O direito à reparação dos danos emergentes de acidentes de trabalho estende-se, também, aos familiares do trabalhador, de acordo com o n.º 2 do mesmo artigo, estando, assim, em consonância com o objectivo da Convenção de protecção das famílias dos trabalhadores migrantes.

D. Curioso é, também, o conteúdo do artigo 648.º do Código do Trabalho que pune como contra-ordenação grave a violação do disposto no artigo 87.º, relativo à equiparação de direitos entre trabalhadores estrangeiros e portugueses, enquanto que a violação da igualdade entre trabalhadores portugueses, prevista no artigo 642.º, é punida como contra-ordenação muito grave. Não deixa de resultar desta conjugação que o legislador considera mais grave a discriminação operada entre trabalhadores portugueses do que a que resulte do tratamento diferenciado de trabalhadores portugueses em relação aos estrangeiros. Uma tal distinção não parece encontrar suporte no princípio constitucional da equiparação.

E. A Convenção prevê o direito à segurança social dos trabalhadores migrantes e membros das suas famílias em condições de igualdade com os cidadãos dos Estados de acolhimento. É quanto resulta do artigo 27.º:

«Artigo 27.º»

1. *Em matéria de segurança social, os trabalhadores migrantes e os membros das suas famílias beneficiam, no Estado de emprego, de um tratamento igual ao que é concedido aos nacionais desse Estado, sem prejuízo das condições impostas pela legislação nacional e pelos tratados bilaterais e multilaterais*

aplicáveis. As autoridades competentes do Estado de origem e do Estado de emprego podem, em qualquer momento, tomar as disposições necessárias para determinar as modalidades de aplicação desta norma.

- 2. Se a legislação aplicável privar de uma prestação os trabalhadores migrantes e os membros das suas famílias, deverá o Estado de emprego ponderar a possibilidade de reembolsar o montante das contribuições efectuadas pelos interessados relativamente a essa prestação, na base do tratamento concedido aos nacionais que se encontrem em circunstâncias idênticas».*

Esta disposição é redigida, como se vê, em termos muito flexíveis, atribuindo larga liberdade de conformação aos Estados. Todavia, de acordo com o n.º 2, na eventualidade de a legislação interna dos Estados privar os trabalhadores migrantes do direito a uma prestação, deve o Estado em causa ponderar o reembolso das contribuições efectuadas.

No ordenamento jurídico português, as bases gerais do sistema de segurança social, aprovadas pela Lei n.º 4/2007, de 16 de Janeiro, reafirmam os princípios da universalidade (artigo 6.º) e da igualdade (artigo 7.º) no acesso à segurança social. Todavia mantém-se quanto a este último princípio uma importante restrição: «*o princípio da igualdade consiste na não discriminação dos beneficiários, designadamente em razão do sexo e da nacionalidade, sem prejuízo, quanto a esta, de condições de residência e de reciprocidade*» (artigo 7.º). Ambas as exigências se mostram incompatíveis com a Convenção e, em parte, com a Constituição.

Com efeito, a Convenção prevê o direito à segurança social de trabalhadores migrantes, em situação regular e em situação irregular, pelo que, se a referência à residência for aqui entendida como apenas dizendo respeito aos trabalhadores em situação regular – ou, mais restritivamente, com autorização de residência – os imigrantes em situação irregular não poderiam beneficiar de um sistema de segurança social. Esta limitação seria contrária ao próprio texto fundamental, na medida em que o princípio da equiparação é aplicável aos estrangeiros que se *encontrem* em Portugal, podendo esta restrição apenas ocorrer em estrito respeito pelo princípio da proporcionalidade.

Compreende-se, todavia, em face do conteúdo do direito à segurança social que a residência constitua um requisito no seu acesso. Alguém que apenas se encontra fugazmente em Portugal não deve beneficiar do sistema de segurança social, sobretudo nas suas vertentes concebidas para residentes. Esta reflexão não afasta, todavia, a necessidade de prever a aplicação destes mecanismos aos imigrantes em situação irregular, pelo que a exigência de residência deve ser entendida como residência *de facto* e não como *autorização de residência*. Esta conclusão é, de resto, reforçada nos casos em que os imigrantes em situação irregular tenham descontado para a segurança social, uma vez que a lei, para esse efeito, não distingue quanto à regularidade da permanência dos imigrantes. Não se vê como possa ser recusada a prestação depois de o trabalhador ter, ainda que em situação irregular, procedido aos respectivos descontos.

A segunda exigência, de reciprocidade, também não encontra qualquer amparo na Convenção. E nem se diga tratar-se, aqui, de reforçar direitos de certos trabalhadores migrantes uma vez cumpridos os padrões mínimos da Convenção. O padrão mínimo da Convenção é, neste caso, o acesso à segurança social, pelo que, se a exigência de reciprocidade afastar desse acesso um trabalhador migrante, ela encontrar-se-á em colisão directa com a Convenção¹⁷⁵.

A ampla liberdade de conformação deixada ao legislador pela Convenção não prejudica, todavia, a subsistência da mencionada restrição. Contudo, o legislador português deve ser claro, na sua opção pela exclusão do acesso à segurança social dos trabalhadores migrantes originários de países que não concedam aos trabalhadores portugueses as mesmas condições uma vez que, nesse caso, terá de ponderar, nos termos da Convenção, proceder ao reembolso das contribuições efectuadas.

F. O direito à educação encontra-se previsto no artigo 30.º da Convenção e é igualmente aplicável aos trabalhadores migrantes em situação irregular, em condições de igualdade com os cidadãos do Estado de acolhimento. Assim, nos termos do citado preceito, «o filho de um trabalhador migrante tem

175 Para a crítica à exigência de reciprocidade *vd.* PEREIRA DA SILVA, JORGE, *Direitos de Cidadania e Direito à Cidadania*, p. 53.

o direito fundamental de acesso à educação em condições de igualdade de tratamento com os nacionais do Estado interessado. Não pode ser negado ou limitado o acesso a estabelecimentos públicos de ensino pré-escolar ou escolar por motivo de situação irregular em matéria de permanência ou emprego de um dos pais ou com fundamento na permanência irregular da criança no Estado de emprego». A Convenção é, quanto ao direito à educação dos filhos dos trabalhadores migrantes, especialmente clara na consagração deste direito, independentemente da legalidade da presença do trabalhador migrante ou da criança. Esta disposição ancora-se, de resto, no disposto no artigo 28.º da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Em Portugal, a Lei de Bases do Sistema Educativo, aprovada pela Lei n.º 46/86, de 14 de Outubro, prevê, no n.º 1 do artigo 2.º que «*todos os portugueses têm direito à educação e à cultura, nos termos da Constituição da República*». Esta previsão não pode, todavia, ser interpretada no sentido da restrição do direito à educação dos estrangeiros. Com efeito, a Constituição proibiria tal interpretação na medida em que afirma, expressamente, na alínea j) do n.º 2 do seu artigo 74.º a incumbência do Estado de «*assegurar aos filhos dos imigrantes apoio adequado para efectivação do direito ao ensino*». Assim, a citada disposição da Lei de Bases do Sistema Educativo «pode e deve interpretar-se em conformidade com a Constituição e, em particular, com a já referida alínea j) do n.º 2 do artigo 74.º, no sentido de abranger também os estrangeiros (e os respectivos filhos) sem qualquer condição de reciprocidade»¹⁷⁶. Cumpre-se, pois, a exigência feita, em termos contundentes, na Convenção.

Foi ainda criado, através do Decreto-Lei n.º 67/2004, de 25 de Março, o registo nacional de menores estrangeiros que se encontrem em situação irregular no território nacional. Este diploma destina-se, tal como resulta do disposto no n.º 1 do artigo 2.º, «*exclusivamente a assegurar o acesso dos menores ao benefício dos cuidados de saúde e à educação pré-escolar e escolar*».

Este registo, de resto, não poderá servir de «fundamento ou meio de prova para qualquer procedimento, administrativo ou

176 PEREIRA DA SILVA, JORGE, *Direitos de Cidadania e Direito à Cidadania*, p. 53.

judicial, contra qualquer cidadão ou cidadãos estrangeiros que exerçam o poder paternal do menor registado, salvo na medida do necessário para a protecção dos direitos deste».

G. Por seu lado, o direito à habitação encontra-se previsto na alínea d) do n.º 1 do artigo 43.º da Convenção nos seguintes termos: «*os trabalhadores migrantes beneficiam de tratamento igual ao que é concedido aos nacionais do Estado de emprego em matéria de: (...) d) Acesso à habitação, incluindo os programas de habitação social, e protecção contra a exploração em matéria de arrendamento*».

O direito à habitação encontra consagração constitucional, expressa no artigo 66.º do texto fundamental. O direito encontra-se, depois, concretizado na lei e, no que diz respeito à dimensão sublinhada na Convenção, enunciamos três fontes essenciais: (i) o regime do arrendamento urbano (aprovado pela Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro), (ii) o regime do crédito à habitação (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 349/98, de 11 de Novembro e posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n.º 320/2000, de 15 de Dezembro e pelo Decreto-Lei n.º 305/2003, de 9 de Dezembro), e (iii) o subsídio de renda (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 68/86, de 27 de Março e posteriormente alterado pela Lei n.º 21/86, de 31 de Julho e pelo Decreto-Lei n.º 329-B/2000, de 22 de Dezembro).

Através da Lei n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro, que aprovou o Novo Regime do Arrendamento Urbano, o legislador português deu concretização ao comando constitucional de protecção da habitação optando, todavia, por, ao contrário do anterior regime do arrendamento urbano, recortar o regime em torno do contrato de locação no âmbito do Código Civil.

Não se refere este regime de direito civil especificamente aos estrangeiros. A remissão do novo regime para o Código Civil obriga, no entanto, a considerar a fórmula geral adoptada naquele diploma para o tratamento dos direitos dos estrangeiros. Dispõe, assim o artigo 14.º do Código Civil:

«Artigo 14.º
(Condição jurídica dos estrangeiros)

1. *Os estrangeiros são equiparados aos nacionais quanto ao gozo de direitos civis, salvo disposição legal em contrário.*
2. *Não são, porém, reconhecidos aos estrangeiros os direitos que, sendo atribuídos pelo respectivo Estado aos seus nacionais, o não sejam aos portugueses em igualdade de circunstâncias».*

Esta disposição, embora limitada aos direitos civis dos estrangeiros teria, a manter-se a exigência de reciprocidade, como é bom de ver, um impacto tremendo na vida dos estrangeiros e residir em Portugal. Ter-se-ia, neste caso, de averiguar se o país de origem concede aos cidadãos portugueses os mesmos direitos que o imigrante agora reclama em Portugal. Uma tal exigência de reciprocidade, embora encontrada dispersamente, como vimos, na lei ordinária portuguesa não encontra qualquer paralelo na Convenção.

O silêncio da Convenção em relação a esta matéria parece, de resto, intencional. A Convenção entendeu não incluir a exigência de reciprocidade, pelo que, a manter-se esta exigência na ordem interna dos Estados, ela será contrária ao disposto na Convenção. Além disso, não parece, também, que esta exigência de reciprocidade seja conforme com o princípio constitucional de equiparação. Como bem sustenta JORGE PEREIRA DA SILVA, «a Constituição não permite ao legislador introduzir cláusulas de reciprocidade ou (em rigor) de retaliação, admitindo apenas duas possibilidades: equiparação sem condições entre cidadãos e estrangeiros ou reserva de direitos exclusivamente aos cidadãos. O facto de se exigir a reciprocidade nos n.ºs 3, 4 e 5 do artigo 15.º não significa que ela seja de admitir no n.º 2 (...) a inconstitucionalidade superveniente do n.º 2 do artigo 14.º do Código Civil, que há muito é defendida na doutrina civilista, resulta ainda da aplicação do regime das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias ao direito à capacidade civil, consagrado no n.º 1 do artigo 26.º da Constituição. Com efeito, não obstante existir autorização constitucional expressa para restringir – além da parte final do n.º 2 do

artigo 15.º, o n.º 4 do artigo 26.º, onde se lê que «as restrições à capacidade civil só podem efectuar-se nos casos e termos previstos na lei» –, a verdade é que tais restrições não podem «ter como fundamento motivos políticos» (n.º 4 do artigo 26.º) e dificilmente se encontrarão «outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos» (n.º 2 do artigo 18.º) cuja salvaguarda implique a adopção da dita regra de retaliação»¹⁷⁷.

Por outro lado, o Decreto-Lei n.º 349/98, de 11 de Novembro aprovou o regime do crédito à habitação. As condições de acesso ao crédito bonificado são definidas em termos de equiparação entre cidadãos e estrangeiros, definindo-se interessado como «*toda a pessoa que pretenda adquirir, construir e realizar obras de conservação ordinária, extraordinária e de beneficiação para habitação permanente, secundária ou para arrendamento ou adquirir terreno para construção de habitação própria permanente*». O Decreto-Lei n.º 305/2003, de 9 de Dezembro veio, depois, revogar os regimes de crédito bonificado, regulados pelo Decreto-Lei n.º 349/98 relativamente à contratação de novas operações de crédito, destinados à aquisição, construção e realização de obras de conservação ordinária e de beneficiação de habitação própria permanente.

O Decreto-Lei n.º 135/2004, de 3 de Junho, veio criar o programa PROHABITA, que procura «promover a resolução de situações de grave carência habitacional de agregados familiares no território nacional, bem como incentivar a reabilitação de habitações como soluções alternativas para alojamento daqueles agregados». Assim, através de acordos a celebrar entre o Instituto Nacional de Habitação e as entidades referidas no artigo 10.º do diploma, são previstos empréstimos destinados a financiar a construção ou reconstrução de habitações condignas, para todos os que demonstrem não ter acesso a habitação. As condições de acesso à habitação, ao abrigo do programa PROHABITA, estão definidas no artigo 26.º do citado diploma. É exigida a demonstração da exiguidade dos rendimentos bem como da não detenção de outra habitação. Este programa está, naturalmente, aberto aos cidadãos estrangeiros que se encontrem em Portugal.

Por último, quanto ao subsídio de renda, o regime previsto no artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 68/86, de 27 de Março, conju-

177 PEREIRA DA SILVA, JORGE,
*Direitos de Cidadania e Direito à
Cidadania*, p. 53.

gado com o disposto nos artigos 22.º e 23.º da Lei n.º 46/85, de 20 de Setembro, parece ser pacífica a sua atribuição em condições de igualdade aos estrangeiros.

Parece, pois, que o conteúdo do direito à habitação previsto na Convenção se encontra adequadamente protegido no ordenamento jurídico português.

H. O direito à saúde encontra consagração em duas disposições distintas da Convenção. O artigo 28.º prevê a prestação de cuidados médicos urgentes, sempre que esteja em causa a vida ou integridade física dos trabalhadores migrantes e é aplicável também aos trabalhadores que se encontrem em situação irregular e aos membros das suas famílias. Já o direito à saúde em termos amplos, encontra consagração na alínea e) do artigo 43.º e é apenas aplicável aos trabalhadores migrantes em situação regular.

A Lei de Bases da Saúde portuguesa, aprovada pela Lei n.º 48/90, de 24 de Agosto, estabelece, na base XXV, que *«são ainda beneficiários do Serviço Nacional de Saúde os cidadãos estrangeiros residentes em Portugal, em condições de reciprocidade, e os cidadãos apátridas residentes em Portugal»*. Mais uma vez, o legislador adoptou o critério da reciprocidade. Valem aqui as razões que acima deixámos enunciadas a propósito desta desconformidade em face da Constituição e em face da Convenção.

De resto, o Decreto-Lei n.º 198/95, de 29 de Julho que criou o cartão de identificação do utente do serviço nacional de saúde estabelece que *«para efeitos de emissão do cartão de identificação do utente, são constituídas bases de dados, com correspondência às áreas de intervenção das administrações regionais de saúde, que reúnam, relativamente aos respectivos titulares, a seguinte informação: (...) c) Nacionalidade e naturalidade»* admitindo, portanto, pacificamente, o acesso de estrangeiros ao serviço nacional de saúde (cf. artigo 13.º).

Também em concretização das bases gerais, o Despacho do Ministério da Saúde n.º 25 360/2001, estabelece que *«é facultado aos cidadãos estrangeiros que residam legalmente em Portugal, o acesso, em igualdade de tratamento aos beneficiários do*

Serviço Nacional de Saúde aos cuidados de saúde e de assistência medicamentosa, prestados pelas instituições e serviços que constituem o SNS». Quanto aos imigrantes em situação irregular, o mesmo despacho prevê o seu «acesso aos serviços e estabelecimentos do SNS, mediante a apresentação junto dos serviços de saúde da sua área de residência de documento comprovativo, emitido pelas juntas de freguesia, nos termos do disposto no artigo 34.º, do Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de Abril, de que se encontram em Portugal há mais de noventa dias». Não obstante esta previsão, o preceito deveria, em nosso entender, ser clarificado, quer quanto à sua clara aplicação aos imigrantes em situação irregular, quer quanto aos procedimentos e suas consequências no acesso aos cuidados de saúde.

O direito aos cuidados de saúde deve estender-se inequivocamente, em nossa opinião, aos imigrantes em situação irregular. Não seria admissível a colocação de entraves à prestação de cuidados de saúde básicos aos imigrantes nem, tão pouco, a exigência da comprovação da regularidade da sua presença em território nacional. Quanto a este aspecto, importa ter em conta o efeito de retracção na utilização de cuidados de saúde que pode ter o receio de delação por parte dos profissionais de saúde. Parece claro que, quer do ponto de vista da dignidade da pessoa humana, quer do ponto de vista da saúde pública, um tal efeito de retracção é indesejável.

III. A Convenção prevê, ainda, no artigo 54.º, o direito dos trabalhadores migrantes de acesso às prestações de desemprego e a programas de interesse público destinados a combater o desemprego. Este direito é previsto como exclusivo dos trabalhadores migrantes em situação regular.

Em Portugal, o Decreto-Lei n.º 220/2006, de 3 de Novembro, veio estabelecer o quadro legal da reparação da eventualidade de desemprego dos trabalhadores por conta de outrem (subsídio de desemprego). É curioso que este diploma ressalve, no artigo 1.º, que define o seu âmbito de aplicação, o «*disposto em instrumento internacional aplicável*». Esta referência – apesar de redundante, como veremos, por força das regras aplicáveis às relações entre o direito internacional convencional e o direito ordinário portu-

guês – não deixa de expressar a preocupação do legislador com a vinculação do Estado Português a obrigações com esta natureza.

Adiante, o mesmo diploma estabelece que são titulares do direito às prestações:

«Artigo 8.º
Titulares do direito às prestações

1. *A titularidade do direito ao subsídio de desemprego e subsídio social de desemprego é reconhecida aos beneficiários cujo contrato de trabalho tenha cessado nos termos do artigo 9.º, reúnam as respectivas condições de atribuição à data do desemprego e residam em território nacional.*
2. *Os cidadãos estrangeiros, abrangidos pelo disposto no número anterior, devem ainda ser portadores de título válido de residência ou respectivo recibo de pedido de renovação, ou, ainda, de outros que habilitem o exercício de actividade profissional subordinada e respectivas prorrogações, bem como os refugiados ou apátridas, que devem ser portadores de título válido de protecção temporária.*
3. *A titularidade do direito ao subsídio de desemprego e, na sua sequência, ao subsídio social de desemprego é ainda reconhecida aos beneficiários que, sendo pensionistas de invalidez, cuja qualidade adquiriram no âmbito do regime geral de segurança social, e não exercendo simultaneamente actividade profissional, sejam declarados aptos para o trabalho em exame de revisão de incapacidade».*

São, deste modo, titulares do direito ao subsídio de desemprego os estrangeiros que apresentem título válido de residência ou outro que o substitua. Adiante teremos ocasião de dedicar atenção aos diversos regimes de título de permanência em Portugal. Por agora, importa afirmar que a redacção da lei, embora ambígua quanto à natureza do título, é razoavelmente abrangente na medida em que admite outros títulos substitutivos do título de residência. Por outro lado, o afastamento dos imigrantes ilegais da

titularidade deste direito não coloca, em face da Convenção, especial dificuldade, na medida em que o direito está ali reservado aos imigrantes em situação regular.

178 No uso da autorização legislativa concedida pelo n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 8/98, de 13 de Fevereiro. Na sua versão originária, o Decreto-Lei n.º 244/98 chamava a atenção, no preâmbulo, para o papel fundamental da livre circulação de pessoas nos países que integram a União Europeia e do «*espaço Schengen*», assente na concretização de uma ideia potenciadora de um espaço de liberdade, segurança e justiça, no processo de construção europeia. Visando «*um desenvolvimento coerente e seguro deste princípio*», o legislador pretendeu estabelecer «*os adequados meios de controlo dos fluxos migratórios, tendo em vista a salvaguarda de interesses legítimos do Estado e dos imigrantes, a quem se pretende assegurar condições de integração harmoniosa na comunidade nacional*». Noutro plano, procurou-se ainda adequar a legislação então em vigor às normas e medidas que foram sendo adoptadas no âmbito de convenções internacionais de que Portugal é Estado signatário, nomeadamente enquanto membro da União Europeia e Parte nos Acordos de Schengen. Para atingir estes objectivos, o novo dispositivo legal visou estabelecer: (i) meios eficazes de controlo das fronteiras externas; (ii) um regime de vistos

IV. Noutro plano, as condições de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território português foram, no ordenamento português, inicialmente objecto de tratamento a nível da legislação ordinária através do Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto¹⁷⁸. O Decreto-Lei n.º 244/98, foi posteriormente alterado por diversas vezes, tendo sido republicado, na íntegra, com o Decreto-Lei n.º 34/2003, de 25 de Fevereiro¹⁷⁹. Muito recentemente foi aprovada a Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, que aprova o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional, trazendo importantes inovações relativamente aos regimes acabados de citar.

A. O artigo 32.º deste diploma estabelece que a «*entrada em território português é recusada aos cidadãos estrangeiros que:*

- a) Não reúnam cumulativamente os requisitos legais de entrada; ou
- b) Estejam indicados para efeitos de não admissão no Sistema de Informação Schengen; ou
- c) Estejam indicados para efeitos de não admissão no Sistema Integrado de Informações do SEF; ou
- d) Constituam perigo ou grave ameaça para a ordem pública, a segurança nacional, a saúde pública ou para as relações internacionais de Estados-Membros da União Europeia, bem como de Estados onde vigore a Convenção de Aplicação».

Todavia, nos termos do n.º 2 do mesmo preceito, «a recusa de entrada com fundamento em razões de saúde pública só pode basear-se nas doenças definidas nos instrumentos aplicáveis da Organização Mundial de Saúde ou em outras doenças infecciosas ou parasitárias contagiosas objecto de medidas de protecção em território nacional».

Ainda, nos termos do artigo 11.º do diploma «*não é permitida a entrada no País de estrangeiros que não disponham de meios de subsistência suficientes quer para o período da estada quer para a viagem para o país no qual a sua admissão esteja garantida, ou que não estejam em condições de adquirir legalmente esses meios*» (cf. n.º 1) e «*para efeitos de entrada e permanência, devem os estrangeiros dispor, em meios de pagamento, per capita, dos valores fixados por portaria do Ministro da Administração Interna e do Trabalho e da Solidariedade Social, os quais poderão ser dispensados aos que provem ter alimentação e alojamento assegurados durante a respectiva estada*» (cf. n.º 2).

Noutro plano o disposto no artigo 31.º do diploma, relativamente à entrada e saída de menores, pode comprometer o alcance dos artigos 30.º e 45.º da Convenção, relativamente aos direitos dos filhos dos trabalhadores migrantes.

Acresce que, nos termos do artigo 33.º «são indicados para efeitos de não admissão no Sistema Integrado de Informações do SEF os cidadãos estrangeiros:

- a) Que tenham sido expulsos do País;
- b) Que tenham sido reenviados para outro país ao abrigo de um acordo de readmissão;

adequado; (iii) um regime simplificado de residência através da limitação dos tipos de autorização e o reforço dos direitos decorrentes de cada um dos respectivos títulos; (iv) um adequado regime de reagrupamento familiar que reconhece aos estrangeiros, membros da família de cidadãos portugueses, um tratamento não menos favorável do que o concedido a idênticos familiares de outros cidadãos da União Europeia; (v) princípios reguladores aprovados no âmbito europeu relativamente à admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de exercício de uma actividade profissional assalariada ou independente; (vi) um regime aplicável à readmissão de estrangeiros previsto em acordos internacionais de que Portugal é Parte; (vii) um novo mecanismo legal de apoio ao retorno voluntário de estrangeiros aos países de origem, como forma alternativa à sua expulsão; e bem assim (viii) alterar as penas aplicáveis ao crime de auxílio à imigração ilegal, actualizar as coimas respeitantes às contra-ordenações actualmente previstas e estabelecer isenções de taxa.

179 Declaração de Rectificação n.º 2-D/2003, de 31 de Março e Declaração de Rectificação n.º 2-D/2003, de 31 de Março.

- c) Em relação aos quais existam fortes indícios de terem praticado factos puníveis graves;
- d) Em relação aos quais existam fortes indícios de que tencionam praticar factos puníveis graves ou de que constituem uma ameaça para a ordem pública, para a segurança nacional ou para as relações internacionais de um Estado-Membro da União Europeia ou de Estados onde vigore a Convenção de Aplicação;
- e) Que tenham sido conduzidos à fronteira, nos termos do artigo 147.º»

Recorde-se que o Tribunal Constitucional, pelo acórdão n.º 232/2004, declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral, das normas constantes das alíneas a), b) e c) dos n.ºs 1 e 2 do artigo 101.º e do n.º 2 do artigo 125.º da versão anterior do diploma, enquanto aplicáveis a cidadãos estrangeiros que tenham a seu cargo filhos menores de nacionalidade portuguesa residentes em território nacional.

Todavia, nesse mesmo acórdão, quanto à conformidade constitucional das normas relativas à entrada de cidadãos estrangeiros em território nacional, em especial em face do mencionado princípio da equiparação, o Tribunal decidiu, conforme já havíamos citado, da seguinte forma: *«não há que convocar, por conseguinte, o disposto no artigo 15.º, n.º 1, da Constituição, pois o princípio de equiparação aí previsto é circunscrito aos estrangeiros que se encontrem ou residam em território nacional – o que não é o caso daquele que pretenda entrar em Portugal, mas que tal entrada lhe seja interdita; a esse aplicar-se-ão os standards mínimos de protecção conferidos pela ordem internacional, mas nesse âmbito de protecção não se inclui, de forma indiscriminada, absoluta ou incondicional, o direito de entrada e permanência no território de um Estado»*.

Esta conclusão não é, contudo, contrária ao disposto na Convenção uma vez que ali se afirma inequivocamente, no artigo 79.º, que *«nenhuma disposição da presente Convenção afecta o direito de cada Estado Parte de estabelecer os critérios de admissão de trabalhadores migrantes e de membros das suas famílias. No que se refere às outras questões relativas ao estatuto jurídico e ao tratamento dos trabalhadores migrantes e*

dos membros das suas famílias, os Estados Partes ficam vinculados pelas limitações impostas pela presente Convenção».

B. Em matéria de reagrupamento familiar a Convenção estabelece um regime especial para os trabalhadores que se encontrem em situação regular o qual acresce ao previsto na Parte II da mesma Convenção. Assim nos termos do artigo 44.º da Convenção, «os Estados Partes devem adoptar as medidas adequadas a assegurar a protecção da família dos trabalhadores migrantes, nomeadamente as medidas que julguem adequadas nas respectivas esferas de competência para facilitar a reunificação dos trabalhadores migrantes com os cônjuges, ou com as pessoas cuja relação com o trabalhador migrante produza efeitos equivalentes ao casamento, segundo a legislação aplicável, bem como com os filhos menores, dependentes, não casados».

Ora, nos termos do artigo 98.º da Lei n.º 23/2007, «o cidadão com autorização de residência válida tem direito ao reagrupamento familiar com os membros da família que se encontrem fora do território nacional, que com ele tenham vivido noutro país, que dele dependam ou que com ele coabitem, independentemente de os laços familiares serem anteriores ou posteriores à entrada do residente».

Para estes efeitos consideram-se membros da família do residente, nos termos do artigo 99.º:

- «a) O cônjuge;
- b) Os filhos menores ou incapazes a cargo do casal ou de um dos cônjuges;
- c) Os menores adoptados pelo requerente quando não seja casado, pelo requerente ou pelo cônjuge, por efeito de decisão da autoridade competente do país de origem, desde que a lei desse país reconheça aos adoptados direitos e deveres idênticos aos da filiação natural e que a decisão seja reconhecida por Portugal;
- d) Os filhos maiores, a cargo do casal ou de um dos cônjuges, que sejam solteiros e se encontrem a estudar num estabelecimento de ensino em Portugal;

- e) Os ascendentes na linha recta e em 1.º grau do residente ou do seu cônjuge, desde que se encontrem a seu cargo;
- f) Os irmãos menores, desde que se encontrem sob tutela do residente, de harmonia com decisão proferida pela autoridade competente do país de origem e desde que essa decisão seja reconhecida por Portugal.»

Por fim note-se que, nos termos do artigo 45.º da Convenção, os membros das famílias dos trabalhadores migrantes beneficiam, no Estado de acolhimento, em pé de igualdade com os nacionais desse Estado, de:

- a) Acesso a instituições e serviços educativos, sem prejuízo das condições de admissão e outras normas fixadas pelas instituições e serviços em causa;
- b) Acesso a instituições e serviços de orientação e formação profissional, desde que se verifiquem os requisitos de participação;
- c) Acesso aos serviços sociais e de saúde, desde que se encontrem satisfeitas as condições previstas para o benefício dos diversos programas;
- d) Acesso e participação na vida cultural.

Os Estados de acolhimento devem prosseguir uma política, se for caso disso, em colaboração com os Estados de origem, que vise facilitar a integração dos filhos dos trabalhadores migrantes no sistema local de escolarização, nomeadamente no que respeita ao ensino da língua local. Devem nomeadamente empreender esforços para facilitar aos filhos dos trabalhadores migrantes o ensino da sua língua materna e o acesso à cultura de origem, podendo mesmo assegurar sistemas especiais de ensino na língua materna dos filhos dos trabalhadores migrantes, se necessário em colaboração com os Estados de origem.

Todavia, nesta matéria, a Convenção não reconhece um direito subjectivo aos trabalhadores migrantes mas apenas formula uma incumbência para os Estados, pelo que aumenta

a sua liberdade de conformação. Esta não pode, contudo, ser tão ampla que ponha em causa o conteúdo mínimo do reagrupamento familiar protegido pela Convenção.

C. Em matéria de afastamento e expulsão do território nacional, importa ter em conta o disposto nos artigos 22.º e 56.º da Convenção.

Assim, o artigo 22.º é aplicável a todos os trabalhadores migrantes, incluindo os que se encontram em situação irregular – proíbe as medidas de expulsão colectiva, devendo cada caso ser examinado e decidido individualmente. Estabelece-se, ainda, uma série de direitos procedimentais e processuais, como o direito a uma decisão tomada por uma autoridade competente em conformidade com a lei, o direito à comunicação da decisão numa língua que compreendam e por escrito, o direito à fundamentação da decisão, o direito de fazer valer as razões que militam contra a sua expulsão no âmbito do procedimento administrativo e o de recorrer da decisão perante a autoridade competente, salvo imperativos de segurança nacional, bem como o direito à suspensão da referida decisão na pendência do recurso.

Dir-se-ia que a generalidade dos direitos referidos se encontram acautelados na Lei n.º 23/2007.

Assim, nos termos da lei nacional, e sem prejuízo das disposições constantes de tratado ou convenção internacional de que Portugal seja Parte, serão expulsos do território português os cidadãos estrangeiros:

- a) que entrem ou permaneçam ilegalmente no território português;
- b) que atentem contra a segurança nacional e a ordem pública;
- c) cuja presença ou actividades no País constituam ameaça aos interesses ou à dignidade do Estado Português ou dos seus nacionais;
- d) que interfiram de forma abusiva no exercício de direitos de participação política reservados aos cidadãos nacionais;

- e) que tenham praticado actos que, se fossem conhecidos pelas autoridades portuguesas, teriam obstado à sua entrada no País; e
- f) em relação aos quais existam sérias razões para crer que cometeram actos criminosos graves ou que tencionam cometer actos dessa natureza, designadamente no território da União Europeia (cf. artigo 134.º)¹⁸⁰.

Nos termos do artigo 140.º a expulsão pode ser determinada por autoridade judicial ou autoridade administrativa competente.

É competente para mandar instaurar processos de expulsão e para ordenar o prosseguimento dos autos, determinando, nomeadamente, o seu envio para tribunal competente, o director-geral do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, que pode delegar nos directores regionais do Serviço. Compete igualmente ao director-geral do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras a decisão de arquivamento do processo (cf. 141.º – artigo 22.º, n.º 2 da Convenção).

Por fim, a decisão de expulsão proferida pelo director-geral do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras pode ser judicialmente impugnada, com efeito meramente devolutivo, sendo a validade da decisão apreciada pelos tribunais administrativos (cf. artigo 150.º – artigo 22.º, n.º 4 da Convenção).

Não estão todavia previstas na legislação nacional as situações contempladas pelos n.ºs 5 e 6 do artigo 22.º da Convenção, a saber: (i) o direito a uma indemnização de acordo com a lei, em caso de anulação da decisão de expulsão, e (ii) a possibilidade razoável, antes ou depois da partida, de obter o pagamento de todos os salários ou prestações que lhe sejam devidos, e de cumprir eventuais obrigações não executadas. Todavia, é certo que a expulsão do Estado de emprego, em si, não prejudica os direitos adquiridos, em conformidade com a

180 O regime não prejudica a responsabilidade criminal em que o estrangeiro haja incorrido, aos refugiados aplicar-se-á sempre o regime mais benéfico que resulte de lei ou acordo internacional a que o Estado Português esteja obrigado (cf. n.ºs 2 e 3 da mesma disposição).

lei desse Estado, pelo trabalhador migrante ou membro da sua família, nomeadamente o direito de receber os salários e outras prestações que lhe sejam devidos, tal como decorre no n.º 9 do artigo 22.º da Convenção.

Em matéria de despesas, impõe o n.º 8 do artigo 22.º da Convenção que, no caso de expulsão, as despesas ocasionadas por esta medida não serão suportadas pelo trabalhador migrante ou membro da sua família. O interessado pode, no entanto, ser obrigado a custear as despesas da viagem. Do regime previsto no artigo 213.º da lei nacional decorre que as despesas necessárias ao abandono do País, que não possam ser suportadas pelo estrangeiro ou que este não deva custear, por força de regimes especiais previstos em acordos ou convenções internacionais, nem sejam suportadas pelas entidades referidas no artigo 41.º, serão suportadas pelo Estado. O Estado poderá suportar igualmente as despesas necessárias ao abandono voluntário do País: a) dos membros do agregado familiar do expulsando quando dele dependam e desde que este não possa suportar os referidos encargos; e bem assim b) dos cidadãos estrangeiros em situação de carência de meios de subsistência, desde que não seja possível obter o necessário apoio das representações diplomáticas dos seus países.

No que diz respeito aos trabalhadores migrantes que se encontrem em situação regular e membros das suas famílias, o artigo 56.º da Convenção parece querer consagrar um regime que oferece maiores garantias, estabelecendo que não podem ser expulsos de um Estado de emprego, excepto por razões definidas na legislação nacional desse Estado, e sem prejuízo das garantias previstas na Parte III da Convenção. Em qualquer caso a expulsão não poderá ser accionada com o objectivo de privar os trabalhadores migrantes ou os membros da sua família dos direitos emergentes da autorização de residência e da autorização de trabalho.

O n.º 3 do artigo 56.º prevê, ainda, que razões de natureza humanitária e o tempo de residência da pessoa interessada devem ser tidas em conta na decisão de expulsão. A consideração destes elementos, embora possível, não resulta como imperativa na lei portuguesa aplicável à expulsão de estrangeiros.

D. Outras disposições da Convenção encontram acolhimento directo no regime nacional de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território português. Assim,

1. O estabelecido no artigo 39.º deste regime permite a impugnação judicial da decisão de recusa de entrada (ainda que com efeito meramente devolutivo) perante os tribunais administrativos, o que dá pleno acolhimento aos direitos consagrados nos artigos 18.º e 22.º da Convenção;
2. O artigo 40.º, ao dispor sobre os direitos do cidadão estrangeiro a quem tenha sido recusada a entrada em território português, o qual, durante a permanência na zona internacional definida nos termos do artigo 5.º do diploma ou em centro de instalação temporária, pode comunicar com a representação diplomática ou consular do seu país ou com qualquer pessoa da sua escolha, beneficiando igualmente de assistência de intérprete e de cuidados de saúde, incluindo a presença de médico, quando necessário, podendo igualmente ser assistido por advogado, livremente escolhido, competindo-lhe suportar os respectivos encargos, encontra paralelo no disposto nos artigos 18.º e 23.º da Convenção;

181 Esta lei foi posteriormente regulamentada pela Portaria n.º 351/96, de 12 de Agosto, que aprovou o modelo de título de residência previsto no n.º 2 do artigo 13.º da Lei n.º 17/96, de 24 de Maio, e pela Portaria n.º 207/96, de 11 de Junho, que aprovou o modelo de pedido de regularização extraordinária previsto no n.º 1 do artigo 8.º da Lei n.º 17/96. A Lei do Orçamento do Estado para 2005 (Lei n.º 39-A/2005, de 29 de Julho) veio, todavia, extinguir a Comissão Nacional para a Regularização Extraordinária da Situação dos Imigrantes Clandestinos, criada pela Lei n.º 17/96.

3. Ainda no domínio do combate à imigração ilegal, a Lei n.º 17/96, de 24 de Maio, veio estabelecer um processo de regularização extraordinária da situação dos imigrantes clandestinos¹⁸¹. Esta medida vai, aliás, além do que exige a Convenção uma vez que, como vimos, ela não só não acolhe nenhuma solução de regularização de imigrantes ilegais, como afirma expressamente que uma tal consequência não pode resultar da aplicação dos direitos ali previstos aos imigrantes ilegais.

V. No plano fiscal, importa chamar a atenção para os artigos 46.º e seguintes da Convenção.

No que diz respeito ao artigo 48.º, é possível dizer que no ordenamento jurídico português, em matéria de rendimentos do trabalho auferidos no Estado de acolhimento e, sem prejuízo dos acordos sobre dupla tributação aplicáveis, os trabalhadores migrantes e os membros das suas famílias não estão sujeitos a impostos, contribuições ou encargos de qualquer natureza mais elevados ou mais onerosos que os exigidos aos nacionais que se encontrem em situação idêntica. Na verdade, não existe nenhum regime específico aplicável a imigrantes.

Assim, dispõe o n.º 1 do artigo 13.º do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (CIRS) [na versão em vigor] que, estão sujeitas a IRS «*as pessoas singulares que residam em território português e as que, nele não residindo, aqui obtenham rendimentos*». Consideram-se para este efeito residentes em território português as pessoas que, no ano a que respeitam os rendimentos: a) hajam nele permanecido mais de 183 dias, seguidos ou interpolados; b) tendo permanecido por menos tempo, aí disponham, em 31 de Dezembro desse ano, de habitação em condições que façam supor a intenção de a manter e ocupar como residência habitual; c) em 31 de Dezembro, sejam tripulantes de navios ou aeronaves, desde que aqueles estejam ao serviço de entidades com residência, sede ou direcção efectiva nesse território; ou d) desempenhem no estrangeiro funções ou comissões de carácter público, ao serviço do Estado Português (cf. artigo 16.º, n.º 1). Nos termos do artigo 15.º do CIRS, o IRS incide sobre a totalidade dos seus rendimentos dos residentes em território português, incluindo os obtidos fora desse território, e apenas sobre os rendimentos obtidos em território português, no caso dos não residentes.

Assim, qualquer trabalhador imigrante que tenha residência fiscal em Portugal é tributado como qualquer outro residente fiscal.

Da mesma forma os trabalhadores imigrantes beneficiam das reduções ou isenções de impostos de qualquer natureza, bem como de desagravamento fiscal, incluindo deduções por encargos de família, nos termos aplicáveis a qualquer residente fiscal.

Por outro lado, os acordos de dupla tributação internacional celebrados entre o Estado Português e outros Estados, conferem, em regra, poder de tributar apenas ao Estado da residência fiscal. Quando ambos os Estados possam tributar nos termos do acordo de dupla tributação celebrado, os contribuintes podem nos termos da lei interna e do acordo, deduzir à colecta o imposto pago noutro Estado, evitando-se assim a dupla tributação.

No que respeita ao artigo 46.º a matéria relativa à cobrança de direitos aduaneiros é, no actual contexto português, competência exclusiva da Comunidade Europeia, que assenta numa união aduaneira (com a eliminação de direitos aduaneiros entre os Estados participantes e a criação de uma pauta aduaneira única) pelo que se aplicam neste ponto as regras comuns a todos os Estados-Membros da União.

Finalmente, no que diz respeito à possibilidade de efectuar transferências de ganhos e economias para o Estado de origem, prevista no artigo 47.º, não existe no ordenamento jurídico português qualquer restrição aplicável especificamente aos trabalhadores imigrantes.

VI. Por último, importa ainda chamar a atenção para um conjunto de legislação ordinária dispersa, aplicável aos direitos dos trabalhadores migrantes com relevância no âmbito da Convenção.

A. Assim, o Decreto-Lei n.º 67/2004, de 25 de Março criou um registo nacional de menores estrangeiros que se encontrem em situação irregular no território nacional, destinado exclusivamente a assegurar o acesso dos menores ao benefício dos cuidados de

saúde e à educação pré-escolar e escolar¹⁸². Não obstante, nos termos do referido Decreto-Lei «*em caso nenhum os elementos constantes deste registo poderão servir de base à legalização do menor registado ou do cidadão ou cidadãos estrangeiros que, sobre este, exerçam o poder paternal*» (cf. n.º 4 do artigo 2.º).

182 A regulamentação da recolha e do tratamento dos dados pessoais dos menores abrangidos pelo presente diploma foi estabelecida pela Portaria n.º 995/2004, de 9 de Agosto.

Compete ao Alto Comissariado para a Imigração e Minorias Étnicas, em articulação transversal com os serviços competentes da Administração Pública e da administração regional autónoma, garantir que os menores registados acedam ao exercício dos mesmos direitos que a lei atribui aos menores em situação regular no território nacional (cf. n.º 3 do artigo 3.º).

B. A Lei n.º 115/99, de 3 de Agosto, veio estabelecer o regime jurídico das associações de imigrantes¹⁸³, associações constituídas nos termos da lei geral, dotadas de personalidade jurídica, sem fins lucrativos, de âmbito nacional, regional ou local, e que inscrevam nos seus estatutos o objectivo de proteger os direitos e interesses específicos dos imigrantes e dos seus descendentes residentes em Portugal, visando nomeadamente: a) defender e promover os direitos e interesses dos imigrantes e seus descendentes em tudo quanto respeite à sua valorização, de modo a permitir a sua plena integração e inserção; b) desenvolver acções de apoio aos imigrantes e seus descendentes visando a melhoria das suas condições de vida; c) promover e estimular as capacidades próprias, culturais e sociais das comunidades de imigrantes ou dos seus descendentes como elemento fundamental da sociedade em que se inserem; d) propor acções necessárias à prevenção ou cessação de actos ou omissões de entidades públicas ou privadas que constituam discriminação racial; e e) estabelecer intercâmbios com associações congéneres estrangeiras ou promover acções comuns de informação ou formação (cf. artigo 2.º).

A lei conferiu-lhes um estatuto de autonomia e um conjunto significativo de direitos, nomeadamente, os de: a) participar na definição da política de imigração; b) participar nos processos legislativos referentes à imigração; c) participar em órgãos consultivos, nos termos da lei; d) beneficiar de direito de antena nos serviços públicos de rádio e televisão através das respectivas associações representativas de âmbito nacional; e) beneficiar de todos os direitos e regalias atribuídos por lei às pessoas colectivas de utilidade pública; f) beneficiar de isenção de custas e preparos judiciais e de imposto do selo; g) solicitar e obter das entidades competentes as informações e a

183 Dá nova redacção aos artigos 2.º e 3.º do Decreto-Lei n.º 39/98, de 27 de Fevereiro.

documentação que lhes permitam acompanhar a definição e execução das políticas de imigração; h) intervir junto das autoridades públicas em defesa dos direitos dos imigrantes; i) participar, junto das autarquias locais, na definição e execução das políticas locais que digam directamente respeito aos imigrantes; e j) beneficiar de apoio técnico e financeiro por parte do Estado, nos termos da lei (cf. artigo 4.º).

A referida lei foi regulamentada pelo Decreto-Lei n.º 75/2000, de 9 de Maio, que estabeleceu o regime jurídico das associações representativas dos imigrantes e seus descendentes, no sentido de definir os direitos e deveres das referidas associações de imigrantes.

A referida legislação regulamenta assim o disposto no artigo 40.º da Convenção, que prevê o direito dos trabalhadores migrantes e os membros das suas famílias a constituir associações e sindicatos no Estado de emprego, para a promoção e a protecção dos seus interesses económicos, sociais, culturais e de outra natureza.

184 Este diploma revogou o Decreto-Lei n.º 274/82, de 14 de Julho, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 62/83, de 2 de Fevereiro, e pelo Decreto-Lei n.º 43/97, de 7 de Fevereiro; o Despacho Normativo n.º 171/82, de 16 de Agosto; o Despacho Normativo n.º 28/83, de 27 de Janeiro; as normas constantes do Decreto n.º 48 770, de 18 de Dezembro de 1968, e dos Regulamentos dos Cemitérios, que o contrariem. Foi posteriormente alterado pelo Decreto-Lei n.º 5/2000, de 29 de Janeiro, que deu nova redacção aos artigos 2.º, 4.º, 5.º, 6.º, 8.º, 9.º e 25.º e pelo Decreto-Lei n.º 138/2000, de 13 de Julho que deu nova redacção aos n.ºs 1 e 5 do artigo 8.º.

C. Noutro plano, o Decreto-Lei n.º 411/98, de 30 de Dezembro, que estabelece o regime jurídico da remoção, transporte, inumação, exumação, trasladação e cremação de cadáveres, bem como de alguns desses actos relativos a ossadas, cinzas, fetos mortos e peças anatómicas, e ainda da mudança de localização em cemitério¹⁸⁴, determina que ao transporte para país estrangeiro de cadáver cujo óbito tenha sido verificado em Portugal e ao transporte para Portugal de cadáver cujo óbito tenha sido verificado em país estrangeiro se aplicam as disposições contidas no Acordo Internacional Relativo ao Transporte de Cadáveres, assinado em Berlim, em 10 de Fevereiro de 1937, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 417/70, de 1 de Setembro, e no Acordo Europeu Relativo à Trasladação dos Corpos de Pessoas Falecidas, de 26 de Outubro de 1973, aprovado pelo Decreto n.º 31/79, de 16 de Abril.

D. Por último, a Lei n.º 20/96, de 6 de Julho, veio permitir a constituição como assistente em processo penal no caso de crime de índole racista ou xenófoba por parte das comunidades de imigrantes e demais associações de defesa dos interesses em causa.

A Lei n.º 20/96 insere-se assim na lógica do artigo 18.º da Convenção que visa assegurar aos trabalhadores migrantes o exercício efectivo de direitos processuais.

E. Por último, importa fazer referência ao importante Plano para a Integração dos Imigrantes, recentemente aprovado pela Resolução do Conselho de Ministros n.º 63-A/2007, de 3 de Maio. Este plano, «identifica um conjunto de 120 medidas, distribuídas por diversas áreas sectoriais verticais e transversais, que assumem como grande finalidade a plena integração dos imigrantes na sociedade portuguesa e que assentam num conjunto de princípios orientadores».

As áreas escolhidas e as medidas eleitas têm, algumas delas, relação próxima com as preocupações já presentes no texto da Convenção. Assim, de entre as áreas sectoriais tratadas neste Plano, destacamos o acolhimento, o trabalho e formação profissional, a habitação, a saúde, a educação, a solidariedade e segurança social, a cultura e língua, a justiça, os descendentes de imigrantes, o racismo e discriminação, a liberdade religiosa, a relação com os países de origem e o acesso à cidadania e direitos políticos.

Este Plano não consubstancia um catálogo de direitos. Trata-se, na verdade, do estabelecimento de uma linha de acção, definindo-se políticas sectoriais de apoio aos imigrantes, com o envolvimento das entidades públicas mais adstritas a cada uma das políticas identificadas. Este texto pode revelar-se, por isso, um precioso auxiliar da política pública de acolhimento dos imigrantes e, no que à Convenção diz respeito, potenciador do cumprimento dos direitos ali consagrados para os imigrantes e das recomendações ali feitas aos Estados.

Recorde-se, de resto, que a Convenção estabelece, não raras vezes, recomendações aos Estados cujo cumprimento é político, justamente através de Planos como o que agora analisamos.

Entendemos, por essa razão, que o Plano para a Integração dos Imigrantes, não consubstanciando um texto com força de lei, pode revelar-se um importante instrumento político de cumprimento das obrigações e recomendações resultantes da Convenção.

3. EVENTUAIS CONSEQUÊNCIAS DA DESCONFORMIDADE DA LEGISLAÇÃO INTERNA COM O CONTEÚDO DA CONVENÇÃO – BREVE REFERÊNCIA

I. Uma vez que o Estado Português não é Parte na Convenção, a análise das consequências da desconformidade da legislação interna com a Convenção coloca-se apenas no plano teórico e hipotético. Não obstante, valerá a pena deixar algumas notas a este propósito.

II. A doutrina portuguesa é maioritária no sentido de entender que decorre do estabelecido no artigo 8.º, n.º 2 da Constituição (CRP) a primazia do direito internacional sobre o direito interno ordinário, quer anterior quer posterior. Na verdade, o direito internacional é, no contexto do ordenamento jurídico português, supralegal mas infraconstitucional¹⁸⁵.

JORGE MIRANDA aponta, essencialmente, cinco razões justificativas para este primado, entendido sem sentido amplo, sobre todo o direito ordinário interno. São elas:

- a) o princípio geral de direito segundo o qual alguém que se vincule perante outrem (no caso, por meio de tratado) não pode depois por acto unilateral extinguir-se ao cumprimento daquilo a que se tenha obrigado – *pacta sunt servanda*, estabelecido no artigo 27.º da Convenção de Viena sobre os Tratados celebrados entre os Estados, de 1969;
- b) pela conveniência ou pelo interesse fundamental de harmonização da ordem interna e da ordem internacional que só dessa forma se consegue;
- c) pela lógica da recepção automática do direito internacional, subjacente ao artigo 8.º da CRP, que ficaria

¹⁸⁵ Vd., por exemplo, PEREIRA, ANDRÉ GONÇALVES, E OUTRO, *Manual de direito internacional público*, 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 121.

frustrada se o Estado, em vez de denunciar certa convenção internacional viesse por lei dispor em contrário;

- d) pela letra do artigo 8.º, n.º 2, onde se diz que os tratados vigoram na ordem interna «*enquanto vincularem internacionalmente o Estado português*»;
- e) complementarmente, pela colocação, no artigo 119.º, n.º 1, das convenções internacionais imediatamente depois das leis constitucionais, e antes dos actos legislativos (acontecendo o mesmo no artigo 280.º, n.º 3 e quanto aos tratados solenes, no artigo 278.º, n.º 1)¹⁸⁶.

III. Assim, as normas internas que contradigam compromissos internacionais dos Estados, padecem de um vício de ilegalidade *sui generis*. A questão é, contudo, controversa. As secções do Tribunal Constitucional divergiram durante anos neste ponto, considerando uma que se trata de um vício de inconstitucionalidade (e aceitando, por conseguinte, o recurso para aquele Tribunal), ao passo que a outra recusava este entendimento, considerando tratar-se de um vício de ilegalidade que deve ser conhecido pelos tribunais ordinários.

A generalidade da doutrina entende, hoje, que não se trata de inconstitucionalidade, uma vez que o que está em causa é, primariamente, a contradição entre duas normas não constitucionais, e não a contradição entre uma norma ordinária e uma norma constitucional¹⁸⁷.

O artigo 8.º, n.º 2 da CRP, não rege a relação ou a situação jurídica concreta, encerrando antes o princípio abstracto de adstrição das normas legais às normas convencionais, e é apenas por se dar tal contradição que, indirectamente (ou, porventura, consequentemente), se acaba por falar aqui em inconstitucionalidade indirecta¹⁸⁸.

186 Chamando igualmente a atenção para o ponto *vd.* MIRANDA, JORGE, *Curso de direito internacional público*. 2.ª ed. Cascais: Principia, 2004, p. 167, 168; GOUVEIA, JORGE BACELAR, *Manual de direito internacional público: introdução, fontes, relevância, sujeitos, domínio, garantia*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 394.

187 *Vd.* GOUVEIA, JORGE BACELAR, *Manual de direito internacional público: introdução, fontes, relevância, sujeitos, domínio, garantia*, p. 394.

188 Considerando que a inconstitucionalidade não se verificaria nem mesmo quando haja violação de um tratado relativo a direitos do homem, uma vez que o artigo 16.º, n.º 1 não converte as normas para que remete em normas de valor constitucional, *vd.* MIRANDA, JORGE, *Curso de direito internacional público*, p. 176. *Vd.* ainda PEREIRA, ANDRÉ GONÇALVES, E OUTRO, *Manual de direito internacional público*, p. 123.

A apreciação do vício compete, assim, em primeira linha aos tribunais judiciais (cf. artigo 204.º CRP), havendo possibilidade de recurso para o Tribunal Constitucional (cf. artigo 70.º, n.º 1, i) da Lei n.º 28/82, de 15 de Novembro, que aprovou a organização, funcionamento e processo do Tribunal Constitucional)¹⁸⁹.

IV. É ainda controversa a qualificação da sanção que resulta da verificação da desconformidade da lei nacional com o direito internacional.

A maioria da doutrina tende, todavia, a considerar que se trata de um caso de ineficácia jurídica do acto. Na verdade, nenhuma convenção internacional é fundamento de validade das leis, mas apenas obstáculo à sua eficácia – limita-se a impedir, enquanto vincular internacionalmente o Estado Português, que a lei produza os seus efeitos típicos, mas não a afecta na sua raiz¹⁹⁰.

Assim, se não há constitucionalização superveniente de norma legal em consequência de revisão constitucional, pode admitir-se a legalização superveniente de norma legal por virtude da cessação de vigência ou alteração da norma de direito internacional com que estava em conflito.

Por fim, deve entender-se que há lugar a repristinação de lei anterior em caso de ilegalidade de norma legal contrária a uma convenção internacional (como sucede com os casos de inconstitucionalidade de norma convencional).

V. Note-se todavia, que o Estado Português não aprovou, nem ratificou ainda a Convenção ora em análise. Assim, a Convenção não produz efeitos no ordenamento jurídico português, ainda que tenha entrado já em vigor na ordem jurídica internacional.

189 Dispõe a alínea i) do n.º 1 do artigo 70.º da Lei n.º 28/82 que «cabe recurso para o Tribunal Constitucional, em secção, das decisões dos tribunais: [...] i) que recusem a aplicação de norma constante de acto legislativo, com fundamento na sua contrariedade com uma convenção internacional, ou a apliquem em desconformidade com o anteriormente decidido sobre a questão pelo Tribunal Constitucional».

190 Cf. MIRANDA, JORGE, *Curso de direito internacional público*, pp. 178-179; GOUVEIA, Jorge BACELAR, *Manual de direito internacional público: introdução, fontes, relevância, sujeitos, domínio, garantia*, p. 401.

Com efeito, o n.º 2 do artigo 8.º da Constituição, estabelece a recepção plena apenas das normas constantes de convenções internacionais «*regularmente ratificadas ou aprovadas*», «*após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português*».

O processo de vinculação internacional do Estado Português a convenções internacionais é um processo complexo, ficando a entrada em vigor das convenções no ordenamento interno subordinada a três condições essenciais, a saber: (i) a sua regular aprovação e ratificação; (ii) a respectiva publicação no jornal oficial; (iii) e a vigência internacional da convenção. Enquanto estas três condições não ocorrerem as convenções internacionais não produzem efeitos na ordem jurídica portuguesa. E assim sucede com a Convenção ora em análise.

Por outro lado, não se encontrando Portugal vinculado à Convenção, não há ainda lugar a responsabilidade internacional do Estado Português por eventual desconformidade da legislação nacional com a Convenção. O mesmo se diga das medidas adoptadas por todos os Estados-membros da Comunidade Europeia, no âmbito dos mecanismos comunitários¹⁹¹.

A adesão à Convenção pode, todavia, vir a alterar o quadro das consequências jurídicas das eventuais violações da Convenção por parte do legislador português.

191 Note-se que a mera assinatura dos tratados internacionais limita-se a constituir o Estado em deveres de boa fé, nos termos do artigo 18.º da Convenção de Viena relativa aos Tratados celebrados entre os Estados, de 1969.

CAPÍTULO 5.

O FUTURO DA CONVENÇÃO E CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Convenção, embora inovadora em muitos pontos, procura como se vê, assentar numa larga base de consenso, cuja promoção esteve evidente, desde logo, na sua formação. Procura, antes de mais, coligir as mais relevantes normas internacionais aplicáveis aos trabalhadores migrantes, num trabalho sistemático de grande utilidade, que servirá de denominador comum na prática jurídica internacional de protecção dos direitos daqueles trabalhadores.

O ponto gerador de maior polémica na Convenção e, porventura, aquele que mantém afastados os Estados desenvolvidos da sua ratificação é o tratamento que dedica aos trabalhadores migrantes em situação irregular. O mundo alterou-se desde a adopção do texto da Convenção em 1990. Desde então a imigração ilegal assumiu proporções nunca imaginadas e tornou-se uma das principais preocupações dos Estados desenvolvidos. A relevância do fenómeno é de tal ordem que hoje o tema das migrações, em particular do tratamento dos imigrantes ilegais, assume lugar cimeiro no debate das políticas públicas e dos programas de governantes em todo o mundo desenvolvido. Não esqueçamos, todavia, que as Convenções internacionais em matéria de direitos humanos e as Constituições destes países reconhecem a generalidade dos direitos fundamentais a todas as pessoas independentemente da sua nacionalidade ou da regularidade da sua presença num determinado Estado.

Este ponto conduz-nos ao paradoxo com que iniciámos este estudo. Se o texto da Convenção se apresenta pacífico em face das ordens jurídicas dos Estados desenvolvidos – mesmo apesar do aparente desconforto causado pelo tratamento dedicado aos imigrantes ilegais – e se estes desempenharam, como se viu, um papel determinante na sua redacção, por que razão se recusam agora a ratificá-lo?

A Convenção, tendo sido promovida pela ONU, beneficia de um mecanismo de monitorização, comum a muitas Convenções desta organização internacional. Assim, nos

artigos 72.º e seguintes da Convenção, prevê-se a criação de um Comité que procederá a essa monitorização. A acção do Comité iniciou-se com a entrada em vigor da Convenção em 2003. Todavia, para além de relatórios sobre a sua aplicação – obrigatórios nos termos da Convenção – e de reuniões de reflexão com especialistas no tema das migrações internacionais, o Comité pouco mais pode fazer no sentido de acentuar a pressão junto dos Estados desenvolvidos, conducente à sua ratificação da Convenção.

A ONU elegeu o tema das migrações como central na sua agenda e, desde 2003, tem desenvolvido importantes diligências no sentido da valorização da discussão em torno das migrações internacionais e da sensibilização para a ratificação da Convenção. Neste sentido, promoveu a criação, com o apoio de um conjunto de Estados, da Comissão Global para as Migrações Internacionais, com sede em Genebra, com o propósito de promover o estudo interdisciplinar do tema das migrações. O esforço não tem sido, até agora, recompensado, ao menos no que respeita às ratificações dos Estados desenvolvidos da Convenção.

Também na União Europeia o tema tem estado no centro do debate político e legislativo. O CESE emitiu um parecer recomendando a ratificação da Convenção. As ondas migratórias, em especial a imigração ilegal, têm também atingido o velho continente. Os Estados Unidos deixaram de poder ser considerados como o único país de imigração – embora permaneçam o maior país de acolhimento de imigrantes – para partilhar com a Europa este fenómeno. As massas migratórias deixaram de se concentrar na fronteira sul dos Estados Unidos (com o México) para atingir as costas mediterrânicas do Norte de África forçando Estados como a Espanha, França, Itália, Grécia e, num horizonte plausível, Portugal, a lidar com esses movimentos que atingem inelutável e avassaladoramente as suas costas marítimas. Este fenómeno vem testar quase tudo quanto na Europa se tinha dito e escrito sobre direitos humanos. Um fenómeno desta dimensão e complexidade obriga ao repensar de todo um quadro de valores civilizacionais. Quanto mais não seja porque, a certo ponto, os Estados europeus se viram a praticar políticas e a aplicar leis dificilmente compatíveis com o seu quadro de valores. Este paradoxo está bem reflectido na recusa de ratificação de uma convenção que os Estados

que acabámos de mencionar redigiram – pelo seu punho ou pelo da OIT – há pouco mais de uma década.

Também Portugal vive este paradoxo. País tradicionalmente aberto ao mundo, origem de uma assinalável diáspora, sente agora os efeitos da imigração. Não estão longe, todavia, as gerações de emigrantes forçadas a abandonar o país em busca de melhores condições. Fazem-se ainda sentir, na economia portuguesa, os efeitos das generosas remessas que esta diáspora envia para o seu país natal.

Todavia, o progresso e a modernidade que chegaram ao país trouxeram a prosperidade e abundância que fez dele abrigo desejado por muitos trabalhadores migrantes. Neste contexto, Portugal tinha a especial responsabilidade de acolher estes trabalhadores. Não só porque os seus foram por outros acolhidos, como também porque uma parte substancial dos que aqui procuram abrigo têm origem nesse imenso território e património comum que é a lusofonia. O acolhimento destes cidadãos impunha-se com especial incidência pelo que o país soube preparar-se para os receber, criando regimes especiais e, até, aceitando discutir o que será a génese de uma cidadania lusófona.

Portugal insere-se, no entanto, num bloco mais vasto. Apesar da emoção que o liga a outros povos, da tradição humanista bem presente no seu texto fundamental, Portugal vive hoje uma economia aberta no contexto europeu. A sua posição não é muito diferente da dos seus vizinhos. Participou activamente na negociação da Convenção – pertencendo ao grupo que liderou a sua redacção – tendo, entretanto recuado quanto à sua ratificação. Parece que a estratégia passou a ser a da defesa dos direitos dos trabalhadores migrantes *intra muros*, que o mesmo é dizer, protecção cautelosa dos direitos dos migrantes.

Não há, como vimos, obstáculos assinaláveis à ratificação por Portugal da Convenção. Uma moderna interpretação da Convenção acompanhada por ligeiros ajustamentos na legislação ordinária, permitiriam uma pacífica adesão de Portugal a este texto. Compreende-se que a atitude do país não seja, nesta matéria, temerária, tanto mais que se

encontra sujeito a significativas condicionantes resultantes da sua participação na União Europeia.

Mais do que os obstáculos jurídicos – que assinalámos – parece que os obstáculos políticos se atravessam no caminho da Convenção. Quanto a esses pouco podemos fazer no âmbito deste estudo, para além de os apontar. Resta, pois, esperar que o Estado de Direitos Fundamentais, matriz do nosso sistema jurídico, possa prevalecer na protecção da dignidade da pessoa humana.

CAPÍTULO 6.

BIBLIOGRAFIA

Barnard, Catherine, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*. New York: Oxford University Press, 2004.

Böhning, Roger, The ILO and the New UN Convention on Migrant Workers: The Past and the Future. *International Migration Review*. 25 (1991).

Bosniak, Linda S., Human Rights, State Sovereignty and the Protection of Undocumented Migrants under the International Migrant Workers Convention. *International Migration Review*. 25 (1991).

Burca, Grainne de, *Human Rights: the Charter and Beyond*. Jean Monnet Working Paper n.º 10/01, 2001, www.jeanmonnetprogram.org/papers/index.html

Campos, João Mota de, *Manual de direito comunitário: o sistema institucional; a ordem jurídica; o ordenamento económico da União Europeia*. 2.ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

Catholic Migration Commission, *The UN Treaty Monitoring Bodies and Migrant Workers: a Samizdat*. Novembro 2004, disponível em <http://www.december18.net/web/docpapers/doc1940.doc>

Cholewinsky, Richard, *Migrants Workers in International Human Rights Law: Their Protection in Countries of Employment*. Clarendon Press. Oxford. 1997.

Cholewinsky, Richard, *Protection of the Human Rights of Migrant Workers and Members of their Families under the UN Migrant Workers Convention as a Tool to Enhance Development in the Country of Employment*. UN. 2005, disponível em: <http://www.ohchr.org/english/bodies/cmw/docs/cholewinski.doc>

Curtin, Deirdre; Van Ooik, Ronald, The sting is always in the tail. The personal scope of application of the EU Charter of Fundamental Rights. *Maastricht Journal of European Comparative Law* 1: 8 (2001).

Duarte, Maria Luísa, O Tratado da União Europeia e a garantia da Constituição: notas de uma reflexão crítica. *Estudos em memória do Professor Doutor João de Castro Mendes*. Lisboa: Lex, 1995.

Ficha Informativa Sobre Direitos Humanos, Os Direitos dos Trabalhadores n.º 24 [ACNUDH], disponível em: [www.gddc.pt/direitos-humanos/Ficha Informativa 24.pdf](http://www.gddc.pt/direitos-humanos/Ficha%20Informativa%2024.pdf)

Gorjão-Henriques, Miguel, *Direito Comunitário*. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.

Gouveia, Jorge Bacelar, *Manual de direito internacional público: introdução, fontes, relevância, sujeitos, domínio, garantia*. 2.ª ed. Coimbra. Almedina, 2004.

Hasenau, Michael, ILO Standards on Migrant Workers: The Fundamentals of the UN Convention and Their Genesis. *International Migration Review*. 25 (1991).

Hedemann-Robinson, Martin, An overview of recent legal developments at Community level in relation to third country nationals resident within the European Union, with particular reference to the case law of the European Court of Justice. *Common Market Law Review*. 38: 3 (2001).

Iglesias, Gil Carlos Rodriguez [et al.], Derecho comunitario, derechos fundamentales y control de constitucionalidad: la decision del Tribunal constitucional federal aleman de 22 de octubre de 1986. *Revista de Instituciones Europeas*. 4: 3 (1987).

Leitão, José, Do Mercado Comum à política comum de imigração. *Janus, Anuário de relações exteriores*. Org. por Público e Universidade Autónoma de Lisboa. Lisboa: Público, 2001.

Lonnroth, Juhani, The International Convention on the Rights of All Migrant Workers and Members of their Families in the Context of International Migration Policies: An Analysis of Ten Years of Negotiation. *International Migration Review*. 25 (1991).

Mendes, João Maria, A Europa e os migrantes na viragem do século. *Janus. Anuário de relações exteriores*. Org. por Público e Universidade Autónoma de Lisboa. Lisboa: Público, 2001.

Miranda, Jorge, *Curso de direito internacional público*. 2.^a ed. Cascais: Principia, 2004.

Moreira, Vital, A Carta e a adesão da UE à Convenção Europeia de Direitos do Homem. *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

Office of the High Commissioner for Human Rights, *The International Convention on Migrant Workers and its Committee*. Fact Sheet n.º 24.

Pereira da Silva, Jorge, *Direitos de Cidadania e Direito à Cidadania: Princípio da Equiparação, Novas Cidadanias e Direito à Cidadania como Instrumentos de uma Comunidade Constitucional Inclusiva*. Lisboa: ACIME, 2004.

Pereira, André Gonçalves; Quadros, Fausto de, *Manual de direito internacional público*. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2000.

Piçarra, Nuno, O espaço de liberdade, segurança e justiça após a assinatura do Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa: balanço e perspectivas. *Polícia e justiça*. 3: 3 (2005).

Pinto, Ana Luísa; Canotilho, Mariana, O tratamento dos estrangeiros e das minorias na jurisprudência constitucional portuguesa. *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa – II*. Coimbra Editora, 2005.

Piris, Jean-Claude, Does the European Union have a Constitution? Does it need one? *European Law Review* 24: 6 (1999).

Rocha, João Manuel, Estrangeiros, da UE, uma imigração qualificada. *Janus. Anuário de relações exteriores*. Org. por Público e Universidade Autónoma de Lisboa. Lisboa: Público, 2001.

Soares, António Goucha, *A Carta dos Direitos fundamentais da União Europeia: A protecção dos direitos fundamentais no ordenamento comunitário*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

Sousa, Constança Urbano, *A política de imigração europeia: evolução, tendências e perspectivas*. Comunicação divulgada no Caderno de Documentação do Fórum Viver a Europa, Novembro de 2004 (policopiado).

Vitorino, António, Imigração para trabalho. Imigração e mercado de trabalho. *Cadernos Sociedade e Trabalho*. Lisboa: Ministério da Segurança Social e do Trabalho, 2002.

Vitorino, António, O espaço europeu de liberdade, segurança e justiça. *Janus. Anuário de relações exteriores*. Org. por Público e Universidade Autónoma de Lisboa. Lisboa: Público, 2004.

Zlotnick, Hania, International Migration Trends since 1980. *International Migration and the Millenium Goals*. Marrakech: UNFPA, 2005.

