

Sanções contra os empregadores de imigrantes em situação irregular: uma análise crítica da Diretiva 2009/52/CE, de 18 de junho de 2009 e da sua transposição para a ordem jurídica portuguesa

CONSTANÇA URBANO DE SOUSA¹

I. Introdução

No âmbito da política europeia de luta contra a imigração irregular de nacionais de países terceiros, a União Europeia (UE) adotou vários instrumentos jurídicos, que externalizam o seu controlo (por exemplo, sanções contra empresas que transportem para o Espaço Schengen nacionais de países terceiros que não preencham condições de entrada²), criminalizam o seu auxílio³

1 Professora Associada do Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa e Investigadora integrada no Ratio Legis.

2 Diretiva 2001/51/CE do Conselho, de 28 de junho, que completa as disposições do artigo 26.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, de 14 de junho de 1985.

3 Diretiva 2002/90/CE do Conselho, de 28 de novembro, relativa à definição do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares e 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. Sobre a criminalização da migração na Europa ver, entre outros, PARKIN, Joanna – The criminalisation of Migration in Europe, A State-of-the-Art in the Academic Literature and Research. In CEPS Paper in Liberty and Security in Europe. Brussels. ISBN 978-94-6138-361-7. N.º 61, October 2013; GUILD, Elspeth; MINDERHOUD, Paul (Ed.) – Immigration and Criminal Law in the European Union, The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publisher, 2006.

ou visam reduzir os seus fatores de atração (por exemplo, sanções contra empregadores de imigrantes em situação irregular⁴).

A Diretiva 2009/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de junho, que estabelece normas mínimas sobre sanções e medidas contra empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular (doravante Diretiva), é apenas mais um instrumento da política da UE de luta contra a imigração clandestina. O presente artigo faz uma análise crítica do conteúdo normativo deste ato do direito derivado da UE, bem como da sua transposição para a ordem jurídica nacional.

II. A Diretiva 2009/52/CE, de 18 de junho, que estabelece sanções contra os empregadores de imigrantes em situação irregular

A. Objetivos

A Diretiva foi adotada ao abrigo do artigo 63.º, n.º 3, alínea b), do Tratado que institui a Comunidade Europeia, que atribuía à então Comunidade Europeia competência para adotar medidas relativas à política de imigração no domínio da “*imigração clandestina e residência ilegal, incluindo o repatriamento de residentes em situação ilegal*”. Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, esta competência da Comunidade Europeia foi absorvida pela UE, que a substituiu e sucedeu⁵, e tem, hoje, a sua base legal no artigo 79.º, n.º 2, alínea c), do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Este ato de direito derivado da UE estabelece “*normas mínimas comuns sobre sanções e medidas a aplicar nos Estados-Membros contra empregadores que violem*” a proibição geral de emprego de nacionais de países terceiros em situação irregular⁶.

O seu objetivo principal é instituir, em toda a UE, uma proibição geral de contratação de trabalhadores imigrantes em situação irregular⁷, considerada um fator de atração decisivo da imigração clandestina, harmonizar sanções administrativas e penais contra os empregadores que violem esta proibição e impor-lhes obrigações de controlo da regularidade

4 Diretiva 2009/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de junho, que estabelece normas mínimas sobre sanções e medidas contra empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular. Esta Diretiva não vincula o Reino Unido, a Irlanda e a Dinamarca, nos termos dos respetivos protocolos anexos aos tratados (considerandos 38 e 39 da Diretiva). Sobre esta Diretiva ver PEERS, Steve – Legislative Update: EC Immigration and Asylum Law – Attracting and Deterring Labour Migration: The Blue Card and Employers Sanctions Directives. In *European Journal of Migration and Law*. Leiden. ISSN 1571-8166. N.º 11, 2009, pp. 411 e segs.

5 3.º parágrafo do artigo 1.º do Tratado da União Europeia.

6 Artigo 1.º da Diretiva.

7 Artigo 3.º da Diretiva.

migratória dos nacionais de países terceiros que contratam⁸. Procedeu, no entanto, a uma harmonização mínima, pois não define o nível sancionatório e permite aos Estados-Membros aprovar ou manter medidas mais penalizadoras para os empregadores de imigrantes em situação irregular ou medidas mais protetoras destes últimos⁹.

Contra os imigrantes em situação irregular, a Diretiva não prevê qualquer sanção, pois esta consubstancia-se na sua expulsão, imposta pela Diretiva do Retorno¹⁰. No entanto, estabelece algumas medidas de proteção, devido à sua especial vulnerabilidade à exploração laboral.

B. Âmbito de aplicação

A Diretiva aplica-se aos nacionais de países terceiros, isto é, a pessoas sem a nacionalidade de um Estado-Membro, que não beneficiem do regime de livre circulação e se encontrem em situação irregular, porque não preenchem ou deixaram de preencher as condições de residência ou permanência no território do Estado-Membro, que permitam o exercício de uma atividade laboral ou ocupação profissional (qualquer que seja a sua forma) por conta ou direção e/ou autoridade de um empregador¹¹. A proibição é, portanto, aplicável ao emprego de nacionais de países terceiros que se encontrem numa das seguintes situações de irregularidade à luz do direito de imigração e que determinam a sua condição de imigrante em situação irregular: (1) entrada irregular no território de um Estado-Membro e ausência de título que habilite a uma residência legal; (2) entrada regular (por exemplo, com um visto de curta duração ou ao abrigo de um regime de isenção de vistos para permanências de curta duração) e permanência para além do período autorizado de estada ou incumprimento superveniente das condições de residência legal (os chamados *overstayers*), independentemente da existência de uma autorização de trabalho. O critério determinante é, assim, a irregularidade da entrada e/ou residência, de acordo com as normas nacionais de imigração.

As seguintes categorias de estrangeiros estão excluídas do âmbito de aplicação desta Diretiva: cidadãos da UE; nacionais de países terceiros que beneficiam de um direito de residência ao abrigo do regime comunitário de livre circulação (por exemplo, os membros da família de um cidadão da UE); os que exercem atividade profissional independente, mesmo que se encontrem em situação irregular; aqueles com residência regular, mas sem

8 Cfr. Considerandos 2 e 3 da Diretiva.

9 Cfr. considerando 4 e artigo 15.º da Diretiva.

10 Diretiva 2008/115/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular.

11 Artigo 2.º, alíneas a) a d), da Diretiva.

autorização de trabalho no Estado-Membro em questão¹². Os Estados-Membros podem, ainda, excluir do âmbito da aplicação da Diretiva os imigrantes em situação irregular cujo afastamento tenha sido suspenso ou protelado e tenham autorização de trabalho nos termos do seu direito nacional¹³.

A proibição de emprego ilegal dirige-se aos empregadores, ou seja, a qualquer pessoa singular ou coletiva, incluindo empresas de trabalho temporário (que constituem relações de trabalho com os imigrantes em situação irregular e os cedem temporariamente a utilizadores para prestação de trabalho sob a sua direção ou autoridade), com exceção do Estado, das pessoas coletivas públicas e das organizações internacionais públicas¹⁴.

C. Medidas preventivas: obrigações de controlo e notificação

Para prevenir a contratação de trabalhadores imigrantes em situação irregular, a Diretiva impõe ao empregador obrigações de controlo da regularidade da permanência de qualquer nacional de país terceiro que pretenda recrutar. Assim, sempre que um empregador pretenda contratar um trabalhador imigrante tem, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, da Diretiva, a obrigação de: (1) exigir-lhe que possua ou apresente uma autorização de residência válida ou outro documento que autorize a sua permanência (por ex. um visto de estada temporária); (2) conservar cópia dessa autorização de residência ou documento equivalente, para eventual inspeção pelas autoridades competentes; (3) notificar o início da relação laboral às autoridades competentes.

O procedimento de notificação pode ser simplificado em relação às pessoas singulares que empreguem um imigrante para fins particulares (por exemplo, trabalho doméstico)¹⁵. Se o imigrante tiver o estatuto de residente de longa duração em outro Estado-Membro, o empregador pode ficar isento desta notificação¹⁶.

O incumprimento destas obrigações de controlo e notificação não é sancionado pela Diretiva, embora os Estados-Membros o possam fazer¹⁷. No entanto, o seu cumprimento isenta-os das sanções aplicáveis ao emprego ilegal de imigrantes, “*salvo se tiverem conhecimento de que o documento apresentado como autorização válida de residência ou outra autorização de permanência é falso*”¹⁸. É, assim, necessário que o empregador tenha um efetivo conheci-

12 Cfr. BLOCH, Alice; MCKAY, Sonia – Living on the margins, undocumented migrants in a global city. Bristol: Policy Press, 2016, p. 39; PEERS, Steve, *op. cit.*, p. 412.

13 Artigo 3.º, n.º 3, da Diretiva.

14 Artigo 2.º, alíneas e), g) e h), da Diretiva.

15 Artigo 4.º, n.º 2, 1.º parágrafo, da Diretiva.

16 Artigo 4.º, n.º 2, 2.º parágrafo, da Diretiva.

17 Assim, PEERS, Steve, *op. cit.* p. 414

18 Artigo. 4.º, n.º 3 da Diretiva.

mento da falsidade do documento, *mens rea*, e não apenas que tivesse a possibilidade de ter tido conhecimento dessa falsidade¹⁹.

Quanto à questão de saber sobre quem recai o ónus da prova do conhecimento da falsidade do documento, a Diretiva não dá qualquer resposta. Este deve, no entanto, recair sobre o Estado sancionador, já que não é exigível que empregador detete documentos falsos ou falsificados, tarefa que, muitas vezes, pressupõe conhecimentos periciais e procedimentos complexos. Se o documento for grosseiramente falsificado é razoável presumir que o empregador tinha conhecimento da sua falsidade.

D. Sanções administrativas

A Diretiva obriga os Estados-Membros a aplicar sanções administrativas (financeiras) contra o empregador de imigrantes em situação irregular, que sejam eficazes, proporcionais e dissuasivas. Estas devem incluir coimas gradualmente agravadas em função do número de trabalhadores empregados ilegalmente e o pagamento de eventuais despesas de expulsão (ou, em alternativa, a repercussão do seu custo médio nas coimas)²⁰.

Tendo em consideração as práticas de subcontratação existentes em certos setores de atividade (por exemplo, na construção civil), a Diretiva impõe que o contratante do empregador (que tem a qualidade de subcontratado) também seja responsável, solidária ou subsidiariamente, pelo pagamento das coimas e eventuais despesas de expulsão²¹. Os outros contratantes (contratante principal e subcontratados intermédios) também podem ser responsabilizados nos mesmos termos, se tiverem conhecimento que o empregador subcontratado empregou imigrantes em situação irregular²². Esta responsabilidade deve ser afastada se os contratantes se certificarem que as empresas que contratam ou subcontratam não empregam imigrantes em situação irregular, podendo, no entanto, os Estados-Membros prever normas de responsabilidade mais rigorosas na sua ordem jurídica²³.

Os Estados-Membros devem, ainda, aplicar sanções acessórias ao empregador infrator, nomeadamente: exclusão do direito a auxílios ou subsídios públicos, incluindo financiados pela UE, por um período máximo de cinco anos; exclusão da participação em contratos públicos, por um período até cinco anos; reembolso, total ou parcial, de benefícios, auxílios ou subsídios públicos concedidos até doze meses antes da deteção da infração; encerra-

19 Assim, PEERS, Steve, *op. cit.*, p. 414 e seg.

20 Artigo 5.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva.

21 Artigo 8.º, n.º 1, e considerando 20 da Diretiva. Embora a versão portuguesa da Diretiva adote o conceito de "sub-rogação", o de "responsabilidade subsidiária" é mais correto, corresponde à solução normativa da lei portuguesa e a outras versões linguísticas da Diretiva, como a espanhola.

22 Artigo 8.º, n.º 2 da Diretiva.

23 Artigo 8.º, n.ºs 3 e 4, da Diretiva.

mento temporário ou permanente do estabelecimento utilizado para cometer a infração ou suspensão ou revogação de eventuais licenças de atividade, se a gravidade da infração o justificar²⁴.

As coimas a aplicar à pessoa singular que contrate trabalhadores imigrantes em situação irregular para o serviço doméstico podem ser atenuadas, desde que não sujeite o trabalhador a condições de trabalho especialmente abusivas na aceção da al. i) do artigo 2.º da Diretiva²⁵. O Estado-Membro também pode, nestes casos, isentar a pessoa singular de penas acessórias²⁶.

E. Sanções penais

Para situações mais graves de emprego de trabalhadores imigrantes em situação irregular, o artigo 9.º da Diretiva cria cinco infrações penais, quando cometidas com dolo: a) emprego ilegal de imigrantes de forma continuada ou reincidente; b) emprego simultâneo de um número significativo de imigrantes em situação irregular; c) emprego de imigrantes em situação irregular sujeitos a condições de trabalho particularmente abusivas; d) utilização do trabalho ou dos serviços de um imigrante em situação irregular com conhecimento da sua condição de vítima de tráfico de seres humanos, mesmo que o empregador não tenha cometido este crime; e) emprego de imigrantes em situação irregular que sejam menores de idade.

A instigação, o favorecimento ou a cumplicidade também devem ser criminalmente punidas²⁷.

A Diretiva não define a moldura penal ou o tipo de pena a aplicar a estes novos tipos legais de crime. Limita-se a impor a punição da pessoa singular, que pratique dolosamente estes delitos criminais, com sanções penais eficazes, proporcionais e dissuasivas²⁸. Os Estados-Membros também podem prever penas acessórias e a publicidade da decisão judicial de condenação, desde que tal não seja proibido pelos princípios gerais do seu direito²⁹.

A responsabilidade criminal da pessoa coletiva que contrata imigrantes em situação irregular, em condições que sejam consideradas crime, também está prevista. É necessário que o delito tenha sido cometido em seu benefício por pessoa que, individualmente ou

24 Artigo 7.º, n.º 1, da Diretiva.

25 “...as que resultem de discriminações baseadas no género ou outras, que sejam manifestamente desproporcionais em relação às aplicáveis aos trabalhadores empregados legalmente e que, por exemplo, afetem a saúde e a segurança dos trabalhadores e sejam contrárias à dignidade humana.”

26 Artigos 5.º, n.º 3, e 7.º, n.º 2, da Diretiva.

27 Artigo 9.º, n.º 2, da Diretiva.

28 Artigo 10.º, n.º 1, da Diretiva.

29 Artigo 10.º, n.º 2, da Diretiva.

enquanto membro de um órgão coletivo, exerça um cargo dirigente ou de controlo sobre a pessoa coletiva, tenha poderes para a representar ou autoridade para tomar decisões em seu nome, ou tenha cometido falha de supervisão ou controlo que permitiu a prática do delito por outra pessoa, que se encontra sob a sua autoridade³⁰. A responsabilidade criminal da pessoa coletiva não exclui a responsabilidade penal da pessoa singular que foi autora, instigadora ou cúmplice deste crime³¹. Os Estados-Membro determinam as sanções penais a aplicar às pessoas coletivas, que devem, no entanto, ser eficazes, proporcionais e dissuasivas e podem ser acompanhadas de sanções acessórias, como a exclusão de contratação pública, a devolução de subvenções públicas ou a inserção numa lista pública de pessoas coletivas condenadas por estes crimes³².

F. Medidas de proteção do trabalhador imigrante em situação irregular

A Diretiva também protege, em certa medida, o trabalhador imigrante em situação irregular contra a exploração laboral, mas não evita que, uma vez detetada uma situação de irregularidade, este possa ser expulso. Os Estados-Membros podem, no entanto, manter ou introduzir disposições mais protetoras, desde que compatíveis com a Diretiva³³.

Em primeiro lugar, reconhece o direito do trabalhador imigrante em situação irregular à recuperação de qualquer remuneração devida pelo trabalho realizado. Para o efeito, o Estado-Membro deve assegurar que o empregador de um imigrante em situação irregular seja responsável pelo pagamento de créditos salariais, dos impostos e contribuições para a segurança social, incluindo eventuais penalizações, bem como das despesas decorrentes do envio das remunerações devidas para o país ao qual ele tenha regressado, voluntária ou coercivamente, nomeadamente em execução de uma decisão de expulsão³⁴. Para reforçar a exequibilidade deste direito, a Diretiva poderia ter sido fixado um prazo de pagamento e sanções para o seu incumprimento. Mas os Estados-Membros podem adotar tais disposições, para tornar mais efetivo este direito do trabalhador, que se pretende garantir³⁵.

Tendo em consideração o caráter informal deste tipo de relação laboral, a Diretiva estabelece, ainda, uma presunção *juris tantum* do nível de remuneração devida e da duração da relação laboral. Assim, nos termos do seu artigo 6.º, n.º 1, alínea a), 2.º parágrafo, “*presume-se que o nível de remuneração correspondia, pelo menos, ao salário fixado na legislação aplicável em matéria de salário mínimo, em convenções coletivas ou de acordo com as práticas estabelecidas*

30 Artigo 11.º, n.ºs 1 e 2, da Diretiva.

31 Artigo 11.º, n.º 3, da Diretiva.

32 Artigo 12.º da Diretiva.

33 Artigo 15.º da Diretiva.

34 Artigo 6.º, n.º 1, da Diretiva.

35 Assim, PEERS, Steve *op. cit.*, p. 417.

nos setores de atividade em causa, salvo se o empregador ou o trabalhador provarem o contrário, respeitando, porém, se for esse o caso, as disposições nacionais imperativas em matéria salarial". De acordo com o artigo 6.º, n.º 3, da Diretiva, os Estados-Membros também estão obrigados a estabelecer "a presunção de que a relação de trabalho tem, no mínimo, três meses de duração, salvo se nomeadamente o empregador ou o trabalhador provarem o contrário".

Como estas normas são mínimas, os Estados-Membros podem, nos termos do artigo 15.º da Diretiva, estabelecer normas mais favoráveis ao trabalhador imigrante, como aumentar o período temporal da presunção da duração da relação laboral ou estabelecer, em relação ao empregador, uma presunção *juris et de jure*³⁶.

Para garantir a recuperação de pagamentos em atraso, a alínea a) do n.º 2 e o n.º 4 do artigo 6.º da Diretiva obrigam à criação de procedimentos de queixa contra o empregador que garantam a execução do pagamento da remuneração devida, inclusivamente quando o trabalhador tenha regressado ao seu país de origem. Nos termos da alínea b) da mesma disposição, os Estados-Membros podem, ainda, prever que o imigrante em situação irregular possa requerer às autoridades competentes a instauração de um processo de recuperação dos créditos salariais, sem apresentação de queixa.

Em segundo lugar, a Diretiva prevê o direito de queixa ou de denúncia contra o empregador, devendo os Estados-Membros adotar procedimentos eficazes para o efeito³⁷. Este direito pode ser exercido diretamente pelo trabalhador imigrante ou através de representantes (sindicatos, associações ou autoridades públicas a designar pelo Estado-Membro³⁸. Terceiros que possuam um interesse legítimo no cumprimento das obrigações impostas pela Diretiva podem intervir nos processos judiciais e/ou administrativos em representação ou em apoio do imigrante em situação irregular, se ele consentir, sem que tal possa ser considerado um crime de auxílio à permanência irregular³⁹.

Em terceiro lugar, se o imigrante em situação irregular for vítima de condições de trabalho particularmente abusivas ou menor de idade o Estado-Membro tem a faculdade de lhe conceder uma autorização de residência temporária, em termos equivalentes aos aplicáveis aos nacionais de países terceiros vítimas de tráfico de seres humanos ou de uma ação de auxílio à imigração ilegal, abrangidos pela Diretiva 2004/81/CE⁴⁰, se cooperar com as autoridades nacionais na perseguição criminal do empregador e enquanto durar o procedimento

36 *Idem*, p. 417 e seg.

37 Artigos 6.º, n.º 2, e 13.º da Diretiva.

38 Artigo 13.º, n.º 1 da Diretiva.

39 Artigo 13.º, n.ºs 2 e 3, da Diretiva.

40 Artigo 13.º, n.º 4, da Diretiva.

criminal⁴¹. Esta autorização de residência temporária pode ser prorrogada até o imigrante receber as remunerações devidas⁴².

Por fim, o imigrante em situação irregular tem direito à informação sistemática e objetiva sobre os seus direitos (recuperação de remunerações não pagas, envio para o país de origem, queixa, possibilidade de se fazer representar ou assistir por terceiros, eventual autorização de residência temporária) antes da execução de qualquer decisão de expulsão⁴³.

G. Medidas inspetivas

Para tornar mais eficaz a proibição geral de emprego de imigrantes em situação irregular e permitir um controlo mais apertado, o artigo 14.º da Diretiva obriga à realização de inspeções baseadas em avaliações de risco, que identifiquem os setores de atividade onde este tipo de emprego tem maior probabilidade de concentração. Anualmente, antes do dia 1 de julho, os Estados-Membros devem enviar à Comissão os dados e os resultados da atividade inspetiva (em termos absolutos e por setor de atividade) realizada no ano anterior.

No dia 22 de maio de 2014, a Comissão Europeia apresentou, ao abrigo do artigo 16.º da Diretiva, o primeiro relatório relativo à aplicação da Diretiva pelos Estados-Membros⁴⁴. O segundo relatório, que deveria ter sido apresentado até ao dia 20 de julho de 2017, ainda não foi divulgado. Para além de apreciar a forma como os Estados-Membros transpuseram a Diretiva, a Comissão critica o envio tardio dos relatórios de inspeção e a sua qualidade (informações parcialmente incompletas, baseadas em métodos de cálculo, definições diferentes e incumprimento das exigências da Diretiva em matéria de relatórios). Em qualquer caso, conseguiu concluir que, na UE, os setores mais afetados pelo emprego de imigrantes em situação irregular são a construção civil, a agricultura, o trabalho doméstico, a restauração e a hotelaria.

Em relação ao número de inspeções realizadas, existe uma enorme discrepância entre os Estados-Membros, com alguns a cobrir menos de 1% dos empregadores e outros mais de 28%. O resultado das inspeções, que são um elemento dissuasor do emprego de imigrantes em situação irregular, deixa muito a desejar. Mesmo naqueles Estados-Membros que tiveram uma atividade inspetiva mais intensa (como a Áustria ou a Itália), o número de

41 Os trabalhadores em situação irregular que seja, simultaneamente, vítima do crime de tráfico de seres humanos cometido por terceiros ou pelo empregador já beneficia do regime de autorização de residência ao abrigo da Diretiva 2004/81/CE, do Conselho, de 29 de abril, relativa ao título de residência concedido aos nacionais de países terceiros que sejam vítimas de tráfico de seres humanos ou objeto de uma ação de auxílio à imigração ilegal e que cooperem com as autoridades competentes.

42 Artigo 6.º, n.º 5, da Diretiva.

43 Artigo 6.º, n.º 2, 2.º parágrafo, da Diretiva

44 COM (2014) 286 final, de 22 de maio de 2014.

imigrantes em situação irregular detetado é relativamente reduzido, não chegando, nesses países, a 1% dos trabalhadores dos setores inspecionados, o que fica muito aquém da percepção que existe sobre o emprego de imigrantes em situação irregular na Europa.

III. Transposição para o Direito Português

Antes da Diretiva 2009/52/CE, já o ordenamento jurídico português consagrava várias das suas medidas, como a obrigação de controlo do empregador, as contraordenações para o emprego de imigrantes em situação irregular, a responsabilidade solidária de toda a cadeia de contratação pela satisfação de créditos salariais ou a possibilidade de concessão de autorização de residência a trabalhadores imigrantes sujeitos e condições de trabalho particularmente abusivas. A Diretiva encontra-se transposta para a ordem jurídica portuguesa através do Código do Trabalho⁴⁵ e da Lei de Imigração⁴⁶.

A. Obrigações do empregador de controlo e notificação

As obrigações do empregador de controlo e notificação estão previstas no artigo 5.º do Código do Trabalho. Qualquer contrato de trabalho celebrado com estrangeiro ou apátrida obedece à forma escrita e tem de incluir a referência ao título de autorização de residência ou ao visto de estada temporária, devendo ter apenso os documentos que comprovam o cumprimento das disposições relativas à entrada e residência no País⁴⁷. O empregador tem, ainda, de comunicar à Autoridade para as Condições do Trabalho (ACT), através de formulário eletrónico, a celebração de contrato de trabalho com um imigrante antes do início da sua execução, bem como a sua cessação, nos 15 dias posteriores⁴⁸.

O incumprimento destas obrigações constitui uma contraordenação laboral grave, punida com coimas que podem ir de um mínimo de 6 UC (unidades de conta processual), quando praticada com negligência por empresa com volume de negócios inferior a 500.000 €, até um máximo de 95 UC, quando praticada com dolo por empresa com volume de negócios igual ou superior 10 milhões de euros⁴⁹. Pelo pagamento destas coimas respondem

45 Aprovado pela Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, alterada, por último, pela Lei n.º 14/2018, de 19 de março.

46 Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, alterada, por último, pela Lei n.º 102/2017, de 28 de agosto, que aprova o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional.

47 Artigo 5.º, n.º 1, al. b) do Código de Trabalho (de 2009). Esta disposição legal refere, erradamente, o visto de trabalho e a autorização de permanência. Com a entrada em vigor da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho (Lei de Imigração), estes títulos habilitantes da permanência regular de um trabalhador imigrante deixaram de existir no ordenamento jurídico português e foram convalidados em autorização de residência, nos termos do seu artigo 217.º.

48 Artigo 5.º, n.º 5, do Código do Trabalho.

49 Artigos 5.º, n.º 7, e 554.º, n.º 3, do Código do Trabalho.

também, solidariamente, o utilizador da mão-de-obra por força de um contrato de prestação de serviços, de acordo de cedência ocasional ou de utilização de trabalho temporário, bem como, se o empregador for um subcontratado no âmbito de um contrato de empreitada, o empreiteiro geral⁵⁰.

As coimas são mais reduzidas, se trabalhador foi contratado por pessoa singular no âmbito de uma atividade sem fim lucrativo (por exemplo, trabalho doméstico): 3 UC, em caso de negligência, até 14 UC, em caso de dolo⁵¹.

As disposições do Código do Trabalho sobre controlo e notificação de trabalhadores estrangeiros não são aplicáveis quando os trabalhadores contratados são nacionais de um Estado-Membro da UE, do Espaço Económico Europeu (EEE) ou de um Estado terceiro que consagre igualdade de tratamento com cidadão nacional em matéria de livre exercício de atividade profissional⁵². Nesta última categoria incluem-se os nacionais do Brasil com estatuto de igualdade de direitos, de Cabo Verde, da Guiné Bissau e de São Tomé e Príncipe⁵³.

Em relação às obrigações de controlo e notificação, o artigo 4.º da Diretiva não está corretamente transposto. Com efeito, esta disposição exige o seu cumprimento em relação à contratação de qualquer trabalhador nacional de país terceiro (independentemente de estar ou não com a sua permanência regularizada). Ou seja, de qualquer pessoa que não seja cidadão da União ou não beneficie de um direito comunitário de livre circulação na aceção do n.º 5 do artigo 2.º do Código das Fronteiras Schengen, como por exemplo, os membros da família de um cidadão da União ou os nacionais dos Estados com os quais a UE celebrou acordos de livre circulação equivalentes aos dos cidadãos da União (a Suíça e os Estados do EEE)⁵⁴. Não é o caso dos cidadãos do Brasil, de Cabo Verde, da Guiné Bissau ou de São Tomé e Príncipe. Em relação aos cidadãos brasileiros, o empregador apenas está isento da obrigação de controlo e notificação quando estes tenham estatuto de igualdade, que pressupõe a residência legal em território nacional⁵⁵, pelo que não existe perigo de emprego ilegal na aceção da Diretiva. Quanto aos cidadãos dos outros países referidos é possível a sua contratação sem que a regularidade da sua residência seja verificada pela entidade empregadora e a relação laboral seja notificada à ACT. Tal compromete um dos objetivos

50 Artigo 198.º-A, n.º 5, alínea b), da Lei de Imigração.

51 Artigo 555.º, n.ºs 1 e 3, do Código do Trabalho.

52 Artigo 5.º, n.º 6, do Código do Trabalho.

53 Cfr. Aviso publicado no Boletim do Trabalho e Emprego, n.º 17, de 1999 e informação disponibilizada pela ACT (PORTUGAL. Autoridade para as Condições de Trabalho – Comunicação de contrato com trabalhador estrangeiro. [Consultado em: 20 de Abril de 2018]. Disponível em: [http://www.act.gov.pt/\(pt-PT\)/AreasPrincipais/RegistoEntidadeEmpregadora/Paginas/default.aspx](http://www.act.gov.pt/(pt-PT)/AreasPrincipais/RegistoEntidadeEmpregadora/Paginas/default.aspx).

54 Artigo 2.º, alínea al. a) da Diretiva.

55 Decreto-Lei n.º 154/2003, de 15 de julho.

centrais do artigo 4.º da Diretiva, que é prevenir a contratação de trabalhadores imigrantes em situação irregular.

B. Sanções administrativas contra o empregador de estrangeiro em situação irregular

O empregador, incluindo as empresas de trabalho temporário, ou o utilizador do trabalho de nacionais de país terceiro sem autorização de residência ou visto adequado (por exemplo, um visto de estada temporária para exercício de atividade profissional subordinada) ficam sujeitos à aplicação das seguintes coimas, agravadas em função do número de trabalhadores imigrantes em situação irregular que emprega: a) 2.000€ a 10.000€: 1 a 4 trabalhadores; b) 4.000€ a 15.000€: de 5 a 10 trabalhadores; c) 6.000€ a 30.000€: 11 a 50 trabalhadores; d) 10.000€ a 90.000€: mais de 50 trabalhadores⁵⁶. Estes montantes mínimos e máximos são reduzidos para metade, quando a contraordenação é cometida com negligência ou a coima é paga voluntariamente⁵⁷.

O legislador não usou a faculdade prevista no artigo 5.º, n.º 3, da Diretiva, e não atenuou estas coimas quando o empregador é uma pessoa singular e a prestação de trabalho destina-se a um fim particular (por exemplo, trabalho doméstico). Assim, qualquer pessoa singular que empregue um trabalhador doméstico sem autorização de residência pode ser punida com uma coima mínima de 2.000€, que pode ser reduzida para 1.000€, se existiu negligência ou o seu pagamento foi voluntário.

Acrescem as coimas aplicáveis às contraordenações laborais (falta de contrato escrito com o título de residência apenso e falta de registo do contrato junto da ACT), bem como as que resultam do incumprimento de obrigações declarativas e de descontos em sede de IRS e Segurança Social⁵⁸. O empregador ou o utilizador da atividade laboral do estrangeiro em situação irregular também fica obrigado ao pagamento das despesas de afastamento e dos seus créditos salariais, incluindo as despesas decorrentes do envio das retribuições devidas para o país ao qual o trabalhador estrangeiro tenha regressado, voluntária ou coercivamente⁵⁹.

O não pagamento destas coimas e despesas é uma contraordenação muito grave nos termos da legislação laboral, suscetível de aplicação de coima que pode ir de 10 UC a 25 UC, no caso de pessoa singular que tenha contratado o imigrante em contexto particular, con-

56 Artigo 198.º-A, n.º 1, da Lei de Imigração, que transpõe o artigo 5.º, n.º 1 e 2, alínea a), da Diretiva.

57 Artigo 204.º da Lei de Imigração.

58 Artigo 198.º-A, n.º 5, al. b) e c), da Lei de Imigração.

59 Artigo 198.º-A, n.º 5, al. a), d) e e), da Lei de Imigração.

soante tenha agido com negligência ou dolo, ou de 20 UC até 600 UC, em função do volume de negócios e de a contraordenação ter sido praticada com negligência ou dolo⁶⁰.

O empregador fica, ainda, sujeito à aplicação das seguintes sanções acessórias⁶¹:

- a) As previstas no artigo 21.º do regime geral do ilícito de mera ordenação social⁶²: perda de objetos do agente (ou quantia equivalente); interdição do exercício de profissão ou atividade cujo exercício dependa de título público, autorização ou homologação de autoridade pública, por um período até cinco anos; privação do direito a subsídio ou benefício públicos, do direito de participar em feiras ou mercados, concursos públicos de obras públicas, fornecimento de bens e serviços ou da possibilidade de concessão de serviços públicos e atribuição de licenças ou alvarás, durante um período até cinco anos; encerramento de estabelecimento cujo funcionamento esteja sujeito a autorização ou licença de autoridade administrativa e suspensão de autorização de autorizações, licenças e alvarás durante um período máximo de cinco anos⁶³.
- b) A obrigação de reembolso de benefícios, auxílios ou subsídios públicos, incluindo financiamentos da UE, que tenha recebido nos 12 meses anteriores à deteção da situação de emprego ilegal de imigrantes no contexto da atividade subsidiada⁶⁴.
- c) A publicidade da decisão condenatória, ou seja, a sua publicação, a expensas do empregador infrator, no portal do SEF, num jornal nacional e em publicação local ou regional da área onde tem a sede, bem como o seu envio para as autoridades competentes em sede de licenciamento ou autorização da atividade do infrator, se aplicável⁶⁵.

Em relação às sanções acessórias, a Lei de Imigração estabelece um regime mais gravoso do que aquele que resulta do artigo 7.º da Diretiva, que não prevê a proibição do exercício de profissão a título individual, a publicação da decisão condenatória ou sanções para o incumprimento da obrigação de pagamento das retribuições devidas ao trabalhador, incluindo as despesas da sua remessa para o país ao qual tenha regressado. Também não

60 Artigo 198.º-A, n.º 9, da Lei de Imigração e artigos 554.º, n.º 4 e 555.º, n.ºs 1 e 4, do Código do Trabalho.

61 Artigo 198.º-A, n.º 2, da Lei de Imigração.

62 Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro, alterado, por último, pela Lei n.º 109/2001, de 24 de dezembro.

63 O n.º 3 do artigo 198.º-A da Lei de Imigração é mais penalizador do que o n.º 2 do artigo 21.º do regime geral das contraordenações, já que, com exceção da perda de objetos que é definitiva, estas sanções acessórias aplicáveis ao empregador de um estrangeiro em situação irregular podem ter a duração máxima de cinco anos, e não de dois como resulta da norma geral.

64 Em relação a esta sanção acessória, prevista no artigo 7.º, n.º 1, alínea c) da Diretiva, o legislador português introduziu uma restrição, na medida em que o reembolso só é exigível se o emprego ilegal do imigrante ocorreu no exercício ou por causa da atividade a favor da qual o subsídio foi atribuído.

65 Artigo 198.º-A, n.º 4, da Lei de Imigração.

fez uso da possibilidade prevista no n.º 2 do artigo 7.º da Diretiva de isentar da aplicação destas sanções acessórias as pessoas singulares que empreguem imigrantes em situação irregular no serviço doméstico.

A Lei de Imigração prevê, ainda, a responsabilidade solidária de toda a cadeia de subcontratação, incluindo, no caso da construção civil, do dono da obra (ou seja, qualquer pessoa que contrate com um empreiteiro a realização de uma obra). Assim, pelo pagamento das coimas por emprego ilegal, das despesas de repatriamento, das coimas decorrentes do incumprimento da legislação laboral (nomeadamente, obrigações de controlo e notificação), fiscal e em matéria de segurança social e das retribuições devidas ao trabalhador imigrante, incluindo o seu envio para o país ao qual tenha regressado, respondem solidariamente o utilizador da atividade do trabalhador (por força de contrato de prestação de serviços, de cedência ocasional ou de utilização de trabalho temporário) e o empreiteiro geral (que subcontratou o empregador ou contratantes intermédios)⁶⁶. O dono da obra também responde solidariamente por estes pagamentos, mas apenas quando não obteve do empreiteiro declaração de cumprimento das obrigações legais em matéria de contratação de trabalhadores estrangeiros, ou seja, quando não se certificou que não seriam utilizados na obra imigrantes em situação irregular⁶⁷. Se o dono da obra for o Estado, a omissão de diligências para obtenção desta declaração pode gerar responsabilidade disciplinar. Quando a entidade patronal for uma pessoa coletiva, pelo pagamento das coimas respondem, solidariamente, os seus administradores, gerentes ou diretores⁶⁸.

O incumprimento destas obrigações solidárias constitui, em si, uma contraordenação muito grave, punida com as coimas previstas no Código do Trabalho⁶⁹.

Em matéria de responsabilidade em caso de subcontratação do empregador, o legislador português adotou um regime mais rigoroso. Em primeiro lugar, a responsabilidade solidária dos contratantes diretos ou indiretos do empregador é muito mais ampla do que a que está prevista no artigo 8.º, n.ºs 1 a 3, da Diretiva, que apenas prevê a responsabilidade pelo pagamento das coimas por emprego ilegal, das despesas inerentes ao processo de expulsão e dos créditos salariais do trabalhador imigrante em situação irregular. Nos termos do artigo 198.º-A, n.º 5, da Lei de Imigração, esta responsabilidade também abrange o pagamento das coimas previstas na legislação laboral, fiscal e em matéria de segurança social. Em segundo lugar, a responsabilidade do contratante principal (por exemplo, empreiteiro geral) e dos subcontratados intermédios (por exemplo, empresa subcontratada pelo emprei-

66 Artigo 198.º-A, n.º 5, da Lei de Imigração.

67 Artigo 198.º-A, n.º 6, da Lei de Imigração.

68 Artigo 198.º-A, n.º 11, da Lei de Imigração.

69 Artigo 198.º-A, n.º 9, da Lei de Imigração.

teiro geral, que por sua vez subcontratou o empregador) só existe, nos termos do artigo 8.º, n.º 2, da Diretiva, quando tenham conhecimento da situação, devendo estar dela isentos quando se certificaram que o empregador não contrata trabalhadores imigrantes irregulares. De acordo com o disposto no artigo 198.º, n.º 5, da Lei de Imigração, a responsabilidade solidária do empreiteiro geral (contratante principal) existe sempre, independentemente de ter ou não conhecimento de que o empregador que contratou, ou que foi subcontratado por empresa intermédia, utilizava mão de obra imigrante em situação irregular ou de ter obtido uma qualquer declaração no sentido de que o empregador cumpriu as suas obrigações legais. O utilizador do trabalho de um imigrante em situação irregular, que contratou com o empregador, também responde nos mesmos termos. Apenas o dono da obra, o que só é aplicável no setor da construção civil, está isento de responsabilidade solidária quando obteve declaração da outra parte contratante (empreiteiro geral, que subcontrata, ou empresa contratada diretamente para a realização integral da obra) de que cumpriu a lei e não emprega trabalhadores imigrantes em situação irregular.

C. Sanções criminais

Em transposição dos artigos 9.º e 10.º da Diretiva, o artigo 185.º-A da Lei de Imigração prevê os seguintes crimes:

- a) A utilização, de forma habitual, do trabalho de imigrantes em situação ilegal (sem autorização de residência ou visto que habilite a uma permanência legal), punida com pena de prisão até um ano ou pena de multa até 240 dias⁷⁰.
- b) A utilização, em simultâneo, de um número significativo de trabalhadores imigrantes em situação irregular, punida com pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 480 dias⁷¹.
- c) A utilização do trabalho de imigrante em situação ilegal, que seja menor de idade, punida com pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 480 dias⁷².
- d) A utilização do trabalho ou serviços do trabalhador imigrante em situação irregular, quando o empregador ou utilizador tem conhecimento de que este é vítima do crime de tráfico de pessoas, punida com pena de prisão de dois a seis anos, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal, nomeadamente do artigo 160.º do Código Penal.

70 Artigo 185.º-A, n.º 1, da Lei de Imigração.

71 Artigo 185.º-A, n.º 2, da Lei de Imigração.

72 Artigo 185.º-A, n.º 3, da Lei de Imigração.

Em caso de reincidência, os limites mínimos destas penas são elevados de um terço, não podendo a agravação exceder a medida da pena mais grave aplicada nas condenações anteriores⁷³.

O artigo 185.º-A da Lei de Imigração transpõe incorretamente o artigo 9.º da Diretiva, pois limita-se a um “copy paste” mais ou menos atabalhado e incompleto, sem a devida densificação normativa, justificada pela utilização pelo legislador comunitário de conceitos demasiado indeterminados⁷⁴.

Em primeiro lugar, o crime previsto no artigo 9.º, n.º 1, alínea c), da Diretiva (emprego de trabalhador imigrante em condições particularmente abusivas) não foi transposto para a ordem jurídica nacional como crime autónomo. De acordo com n.º 4 do artigo 185.º-A da Lei de Imigração, a submissão do trabalhador imigrante em situação irregular a condições de trabalho particularmente abusivas ou degradantes⁷⁵ é apenas uma circunstância agravante dos crimes de utilização habitual deste tipo de trabalhadores, da sua utilização simultânea em número significativo ou da utilização do trabalho de um menor imigrante em situação irregular, caso em que a moldura penal é agravada para pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave não couber por força de outra disposição legal (por exemplo, a escravidão prevista no artigo 159.º do Código Penal). Assim, quem empregar ocasionalmente um único imigrante em situação irregular, que seja maior de idade, mas o sujeito a condições de trabalho particularmente abusivas ou degradantes (mas que não consubstanciam escravidão) não é punível criminalmente à luz do artigo 185.º-A da Lei de Imigração, o que contraria o legislador comunitário que autonomizou este tipo legal de crime.

Em segundo lugar, o âmbito de aplicação pessoal dos crimes previstos no artigo 185.º-A da Lei de Imigração é definido de forma confusa. Enquanto que os seus n.ºs 1, 2 e 3 adotam o conceito mais abrangente de utilizador do trabalho do imigrante em situação irregular (que pode ser o empregador direto ou uma pessoa que utiliza esta mão de obra por força de um contrato que celebrou com o empregador), já o seu n.º 5 utiliza o termo “empregador ou utilizador do trabalho ou serviços”. Em qualquer caso, o conceito de “utilizador” é mais amplo, pois abrange o empregador direto (que por definição utiliza o trabalho de quem emprega) e aquele que, por força de um contrato com o empregador, utiliza o trabalho ou

73 Artigo 185.º-A, n.º 6, da Lei de Imigração e artigo 76.º, n.º 1, do Código Penal.

74 É o caso, por exemplo, do crime previsto no artigo 9.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva, que não define o que deve ser considerado um número significativo de trabalhadores imigrantes em situação irregular, pelo que competia aos Estados-Membros determinar este conceito.

75 As condições de trabalho particularmente abusivas estão definidas no artigo 2.º, alínea g), da Lei de Imigração, como “... as que resultem de discriminações baseadas no género ou outras, que sejam manifestamente desproporcionais em relação às aplicáveis aos trabalhadores empregados legalmente e que, por exemplo, sejam suscetíveis de afetar a saúde e a segurança dos trabalhadores ou sejam contrárias à dignidade da pessoa humana”.

serviços do imigrante em situação irregular. Também não faria sentido criminalizar apenas as condutas abusivas do mero utilizador (que não empregador) e não as do empregador direto do trabalhador, tanto mais que sobre este recai a responsabilidade de controlar a regularidade da residência do estrangeiro que emprega. Assim, o âmbito de aplicação pessoal destas normas penais é mais amplo do que o previsto no artigo 9.º da Diretiva, já que não é apenas o empregador direto do imigrante em situação irregular nas circunstâncias previstas que é abrangido pela norma incriminadora, mas também o mero utilizador deste tipo de mão de obra que, por força de um contrato de prestação de serviços, de cedência ocasional ou temporária celebrado com o empregador, utiliza a força de trabalho do imigrante. Em qualquer caso, as condutas que se subsumem a estes tipos legais de crime só são punidas criminalmente quando praticadas com dolo, já que não está especialmente prevista na lei a sua prática com negligência⁷⁶.

Por fim, o artigo 185.º-A da Lei de Imigração não densifica os crimes de emprego ilegal continuado ou reincidente e de emprego simultâneo de um número significativo de trabalhadores imigrantes em situação ilegal, previstos nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 9.º da Diretiva, respetivamente. No primeiro caso, utiliza o conceito ambíguo “de forma habitual”, o que levanta a questão de saber se se criminaliza uma prática continuada ou meramente ocasional, mas reiterada. No segundo, transcreve aquela disposição da Diretiva sem definir o que se entende por emprego de “um número significativo” de trabalhadores nesta situação. Será superior a um determinado número, seja ele qual for, ou superior a uma determinada percentagem do total dos trabalhadores da empresa? Esta falta de densificação não é compatível com o princípio da legalidade do Direito Penal, consagrado no artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa e no artigo 1.º do Código Penal, pois dele também decorre o princípio *nullum crimen nulla poena sine lege certa*, que impõe que a lei penal seja precisa e não utilize conceitos muito vagos e indeterminados, impossibilitando, assim, interpretações e aplicações demasiado subjetivas.

D. Proteção do trabalhador imigrante em situação irregular

As medidas de proteção do trabalhador imigrante em situação irregular constam dos artigos 198.º-A e 198.º-B da Lei de Imigração.

O direito do trabalhador imigrante em situação irregular à remuneração, incluindo as despesas da sua remessa para o país ao qual regressou, voluntária ou coercivamente, decorre do regime de responsabilidade solidária do empregador, do utilizador ou do empregado geral previsto no artigo 198.º-A, n.º 5, alíneas a) e e), da Lei de Imigração. O artigo

76 Cfr. Artigo 13.º do Código Penal.

198.º-A, n.º 8, da Lei de Imigração também estabelece a presunção ilidível pelo trabalhador ou pelo empregador, de que a remuneração devida corresponde, no mínimo, à retribuição mínima mensal garantida por lei ou por convenção coletiva (ou resultante da prática do setor) por um período de, pelo menos, 3 meses. Não foi, portanto, além do mínimo de proteção imposto pelo artigo 6.º da Diretiva.

Para assegurar a efetivação deste direito, a Lei de Imigração introduz, no entanto, medidas específicas. Em primeiro lugar, o incumprimento da obrigação solidária de pagamento dos créditos salariais e das despesas de envio das respetivas verbas para o país ao qual o trabalhador imigrante regressou é uma contraordenação muito grave nos termos do Código do Trabalho⁷⁷. Em segundo lugar, a nota de liquidação dos créditos salariais, efetuada no processo de contraordenação contra o empregador, constitui título executivo. Permite-se, assim, uma ação executiva para pagamento de quantia certa, sem necessidade de prévio processo declarativo para obtenção de uma sentença condenatória⁷⁸.

Os sindicatos, as associações de imigrantes reconhecidas pelo Alto Comissariado para as Migrações (ACM)⁷⁹ e outras entidades com atribuições ou atividades no domínio da integração de imigrantes têm a possibilidade de denunciar à ACT o empregador ou utilizador da atividade de um imigrante em situação irregular, nomeadamente pela falta de pagamento de salários, pela existência de uma relação laboral que revele condições de desproteção social, exploração ou condições de trabalho particularmente abusivas⁸⁰. Também as organizações que, estatutariamente, tenham a missão de defesa dos direitos e interesses dos imigrantes, de proteção de menores ou de defesa dos interesses dos imigrantes contra a discriminação no que diz respeito ao acesso ao emprego, à formação ou às condições de trabalho têm legitimidade processual ativa para intervir, em representação ou como assistentes do imigrante, desde que por este expressamente autorizadas⁸¹.

O direito de apresentar denúncias ou de se fazer representar por terceiros para, por exemplo, intentar uma ação executiva de cobrança de créditos salariais, pode ser exercido mesmo que o imigrante tenha saído voluntariamente do território nacional ou sido afastado do território nacional, devendo, por isso, dele ser informado pelo SEF com a notificação de afastamento coercivo⁸².

77 Artigo 198.º-A, n.º 9, da Lei de Imigração

78 Artigo 198.º-A, n.º 10, da Lei de Imigração.

79 O reconhecimento destas associações é regido pela Lei n.º 115/98, de 3 de agosto, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de fevereiro.

80 Artigo 198.º-B, n.º 1, da Lei de Imigração.

81 Artigo 198.º-B, n.º 2, da Lei de Imigração.

82 Artigo 198.º-B, n.ºs 3 e 4, da Lei de Imigração.

Por fim, o artigo 122.º, n.º 1, al. m), da Lei de Imigração prevê a concessão de autorização de residência ao trabalhador imigrante em situação irregular que seja menor de idade ou tenha, comprovadamente (pela ACT), sido sujeito a condições de desproteção social, de exploração laboral (em termos de remuneração ou de horário de trabalho) ou de condições de trabalho particularmente abusivas, se colaborar com as autoridades competentes para a investigação deste tipo de infração penal (o SEF, entre outras) ou para a instauração do processo contraordenacional (o SEF). Esta autorização de residência vai permitir-lhe o exercício de uma atividade laboral ou independente em Portugal e impede a expulsão administrativa⁸³. Pode ser renovada nos termos gerais e, ao fim de cinco anos, converter-se numa autorização de residência permanente ou no estatuto de residente de longa duração, que lhe confere uma proteção acrescida contra a expulsão judicial⁸⁴. Este regime é mais favorável do que aquele que decorre da Diretiva.

E. Inspeções

O artigo 198.º-C da Lei de Imigração impõe ao SEF a realização de inspeções regulares para controlar o emprego de imigrantes em situação irregular, com base numa avaliação de risco, por setor de atividade. Até ao dia 1 de julho de cada ano, o relatório final das inspeções referentes ao ano anterior deve ser comunicado à Comissão Europeia.

De acordo com o relatório de 2014 da Comissão Europeia⁸⁵, em 2012, apenas 1,09% dos empregadores foram fiscalizados em Portugal e 0,25% dos trabalhadores inspecionados eram imigrantes em situação irregular, o que reflete a tendência registada nos outros Estados-Membros, incluindo aqueles que tiveram uma atividade inspetiva mais intensa. A percentagem de imigrantes em situação irregular detetados em relação ao número total de trabalhadores foi, em geral, muito diminuta, indo dos 0% na Estónia aos 0,41% na Bélgica⁸⁶.

Nos últimos anos, o SEF reduziu o número de inspeções, embora as tenha intensificado nos setores de atividade de maior risco de emprego de imigrantes em situação irregular, o que conduziu ao aumento de deteções. Assim, em 2015, o número total de inspeções do SEF sofreu uma redução em relação ao ano transato, mas o seu reforço nos setores agrícola e da restauração conduziu a um aumento significativo do número de trabalhadores imigrantes em situação irregular identificados (13,1% e 38,4%, respetivamente)⁸⁷. Em 2016, o número total de inspeções voltou a decrescer, mas a sua concentração nos setores de risco possibi-

83 Artigos 83.º e 145.º da Lei de Imigração.

84 Artigo 75.º, 78.º, 80.º, 125.º, 136.º, 145.º, e 151.º da Lei de Imigração.

85 COM (2014) 286 final, de 22 de maio de 2014.

86 *Idem*, p. 17, quadro 3.

87 PORTUGAL. Serviço de Estrangeiros e Fronteiras – Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo 2015. Disponível em: www.sef.pt.

litou, em relação ao ano transato, um aumento significativo do número de imigrantes em situação irregular detetados, em especial no setor hoteleiro (+ 185,4%) e no setor da construção civil (+ 293,8%)⁸⁸. Atendendo a um princípio de eficácia na utilização dos recursos, esta abordagem de centrar a atividade inspetiva nos setores de atividade de risco tem-se revelado profícua.

VI. Aspetos críticos da Diretiva 2009/52/CE

A. Relação entre emprego ilegal e irregularidade migratória

Um primeiro aspeto crítico da diretiva é a forte conexão que estabelece entre emprego ilegal e irregularidade da imigração, o que desconsidera as diferenças e complexidades próprias de ambos os fenómenos.

Por outro lado, esta conexão levanta dúvidas quanto à base legal correta da Diretiva. Com efeito, embora o seu objetivo seja a luta contra a imigração irregular, a Diretiva tem uma forte incidência sobre a regulação do emprego e no combate ao emprego ilegal, que é um fenómeno mais amplo. Por isso, esta iniciativa legislativa deveria basear-se naquelas disposições do Tratado relativas à política de emprego e assuntos sociais da UE e não nas que fundamentam a sua política de imigração. Em primeiro lugar, porque o seu objetivo é a proibição de emprego ilegal e os empregadores são os seus principais destinatários. Em segundo lugar, porque também contém medidas que visam combater a exploração laboral, um fenómeno que afeta outros trabalhadores, igualmente merecedores de proteção⁸⁹.

B. A “externalização” ou “privatização” da política de imigração

A obrigação de controlo da regularidade migratória dos trabalhadores imigrantes imposta aos empregadores (em regra, entidades privadas) transfere para estes o ónus e os encargos administrativos de uma função tipicamente estadual: a gestão e o controlo dos fluxos migratórios⁹⁰. É, assim, um instrumento de “externalização” ou “privatização” da política de imigração que, para além das dúvidas conceptuais que levanta, pode ter efeitos perversos.

88 PORTUGAL. Serviço de Estrangeiros e Fronteiras – Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo 2016. Disponível em: www.sef.pt.

89 Assim CARRERA, Sergio; GUILD, Elspeth – An EU Framework on Sanctions against Employers of Irregular Immigrants – Some Reflections on the Scope, Features & Added Value. In CEPS Policy Brief. Brussels. N.º 140, August, 2007, p. 3.

90 Assim, também, BLOCH, A., McKAY, S., *op. cit.*, p. 39; WIESBOCK, Anja – The Evolution of EU Migration Policies: Towards a Balanced, Comprehensive, and Common Approach?. In *Adjusting to a World in Motion – Trends in global Migration and Migration Policy*. New York: Oxford University Press, 2016, p. 173; CARRERA, Sergio, ELSPEETH GUILD, Elspeth, *op. cit.*, p. 5.

Por exemplo, a Diretiva de 2001 sobre sanções contra as empresas de transporte que transportem nacionais de países terceiros sem a necessária autorização para entrar no território dos Estados-Membros tem como consequência impedir a entrada de imigrantes em situação ilegal, mas também de refugiados, anulando o seu direito fundamental a procurar asilo na UE. Nem a garantia prevista no artigo 31.º da Convenção de Genebra, de que o refugiado não pode ser penalizado pela entrada e permanências irregulares, nem o princípio do *non refoulement*, que impede um Estado de o afastar para o território de outro, onde possa sofrer perseguição ou tratamento desumano ou degradante, servem de proteção, quando a transportadora recusa o seu embarque, porque não tem visto ou outro documento necessário para entrar na UE, impossibilitando-lhe, assim, o exercício do direito fundamental a procurar asilo, protegido pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e pelo Direito da UE⁹¹.

Também a Diretiva em análise pode ter como efeito dissuadir a contratação de qualquer trabalhador estrangeiro, em situação regular ou não, agravando assim a vulnerabilidade que, em regra, atinge os imigrantes.

C. Um instrumento eficaz para combater a exploração laboral e a imigração clandestina?

Um aspeto positivo da Diretiva é o direito do imigrante em situação irregular à recuperação de créditos laborais e à representação ou assistência por terceiros (sindicatos, ONG's) nas ações que intentem contra os empregadores. No entanto, estas medidas apenas se aplicam aos imigrantes em situação irregular e não às demais pessoas vulneráveis, como os imigrantes com permanência legal, requerentes de asilo e até cidadãos da UE, que também são vítimas de empregadores sem escrúpulos. De um ponto de vista do princípio da igualdade, as medidas de proteção contra exploração laboral terão um âmbito demasiado restrito.

Por outro lado, também é questionável a eficácia da Diretiva para combater a exploração laboral, pois esta depende de mecanismos eficazes que permitam ao imigrante denunciar este tipo de situação, sem receio de ser expulso e perder os seus meios de subsistência⁹². Um imigrante em situação irregular que tem trabalho, por pior que seja, não vai correr o risco de denunciar o seu empregador, se tal significar a perda da sua subsistência e a sua sujeição a um processo de expulsão e, eventualmente, a detenção. Por isso, a regularização da sua situação documental é um forte incentivo à denúncia e, com isso, ao combate à

91 Cfr. SOUSA, Constança Urbano de - Taking the Bogus out of the Discourse concerning Asylum. In Justice and Home Affairs in the EU - Liberty and Security Issues after Enlargement. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2004, pp. 278 e seg.

92 Cfr. CARRERA, Sergio, GUILD, Elspeth, op.cit., p. 6.

exploração laboral. Mas em relação a este aspeto, a Diretiva ficou aquém do que seria desejável. Em primeiro lugar, a concessão de autorização de residência ao trabalhador imigrante que denuncie o seu empregador é meramente facultativa para os Estados-Membros. Em segundo lugar, esta possibilidade só está aberta aos imigrantes que sejam menores de idade ou vítimas de condições de trabalho particularmente abusivas, ou seja, naqueles casos em que a situação configura um crime. Todos os demais imigrantes em situação irregular, que sejam maiores e vítimas de exploração laboral, que não se enquadre naquele conceito, não têm essa possibilidade à luz da Diretiva. Em terceiro lugar, esta autorização de residência só é válida se e enquanto durar o processo contra o empregador, ou seja, enquanto for útil ao Estado. Quando o deixar de ser, perde a autorização de residência e é expulso. Esta é uma visão utilitarista pouco consentânea com a proteção da dignidade da pessoa humana. Um imigrante é, antes de tudo, um ser humano e, nesta situação, um ser humano especialmente vulnerável, que deve ser protegido pelo Estado e não tratado como um instrumento útil de luta contra a imigração irregular. São, no entanto, normas mínimas europeias, que não prejudicam a possibilidade de os Estados-Membros adotarem normas mais favoráveis, como é o caso de Portugal.

Por fim, é duvidoso que sanções contra empregadores sejam eficazes para combater e impedir a imigração irregular. O argumento da Comissão Europeia de que o emprego ilegal é um fator de atração de imigração irregular e que sanções contra os empregadores reduzirá a imigração clandestina e a exploração laboral carece de comprovação e é contestado pela doutrina, por sindicatos e associações defensoras dos direitos dos imigrantes. Em especial, não é o emprego ilegal, em si, o fator de atração da imigração irregular, mas a existência de oportunidades de emprego, pelo que a prioridade deveria ser a criação de vias legais de imigração, a proteção dos direitos dos trabalhadores e uma luta mais determinada contra a exploração laboral, em geral ⁹³. A este propósito, vale a pena recordar as palavras de François Crépeau, relator especial da ONU para os direitos humanos dos migrantes, em entrevista ao “The Guardian”, de 22 de abril de 2015⁹⁴. Nessa entrevista, Crépeau considera que o grande fator de atração dos imigrantes em situação irregular é a existência, nos países europeus, de empregos mal remunerados nos setores da agricultura, construção ou

93 Cfr. CARRERA, GUILD, op.cit., p. 4; PEERS, op.cit., p. 423 e sgs.; SOOVA, Kadri; KEITH, Lilana; LEVOY, Michele; PICUM (Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants) – Position Paper: Impacts on Undocumented Migrant Workers’ Rights in Four EU Countries. 2015. Disponível em www.picum.org, p. 2 e sgs.; ETUC (European Trade Union Confederation); PICUM; SOLIDAR – Commentaires communs sur les propositions de la Commission pour lutter contre l’emploi Illegal et les Conditions de Travail Abusives. Bruxelas, 26 de abril de 2007.

94 CRÉPEAU, François – Instead of resisting migration, let’s organize it. [Consultado em: 07.04.2018]. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2015/apr/22/uns-francois-crepeau-on-the-refugee-crisis-instead-of-resisting-migration-lets-organise-it>.

no serviço doméstico, pois “os migrantes não são estúpidos, não vão para lugares onde não têm emprego”.

Esta Diretiva é tributária de uma visão muito redutora do fenómeno da imigração irregular, que não tem em consideração a sua natureza complexa e multifacetada, já que a possibilidade de emprego (seja ele legal ou ilegal) é apenas um dos fatores determinantes da decisão de migrar (de forma regular ou não). Por outro lado, o fenómeno da imigração clandestina é, em grande medida, fomentado pela inadequação das normas migratórias à realidade social e económica, bem como pela ineficiência e burocracia dos Estados. Uma abordagem mais efetiva de luta contra a imigração clandestina não prescinde do estabelecimento de vias legais de imigração, que permitam aos empregadores contratar a mão de obra que necessitam e às pessoas a concretização de um projeto migratório sem recurso às redes criminosas de auxílio à imigração ilegal⁹⁵.

V. Conclusões

A redução do emprego ilegal, a luta contra a exploração laboral de imigrantes em situação irregular e, mais genericamente, a luta contra a imigração clandestina são objetivos legítimos e necessários. No entanto, a eficácia da Diretiva para os atingir pode ser questionada, não apenas por causa das suas deficiências ao nível normativo, mas também porque se baseia numa visão muito simplista e redutora do fenómeno migratório, que não tem em consideração a sua complexidade e a realidade da chamada economia paralela, que, muitas vezes, satisfaz as suas necessidades de mão de obra com recurso à imigração irregular.

É necessário perceber que a imigração irregular está estreitamente relacionada com a existência de regimes de imigração legal muito restritivos, burocráticos e pouco transparentes, que fomentam a ilegalidade, alimentam as redes criminosas de auxílio à imigração ilegal, aumentam a vulnerabilidade dos imigrantes à exploração laboral e não têm em consideração a realidade social e económica de uma Europa, que enfrenta os desafios de uma crise demográfica sem precedentes e da carência de mão de obra em diversos setores do mercado de trabalho.

Mais do que nunca, a criação de vias legais de imigração, simples e transparentes, que permitam aos empregadores contratar legalmente a mão de obra de que necessitam é essencial, não só para enfrentar o desafio demográfico e o envelhecimento da população europeia, mas também para prevenir e combater a imigração irregular, o que não prescindirá, naturalmente, de regimes sancionatórios fortes contra quem desrespeitar estas vias legais. Em qualquer caso, não se pode construir a casa pelo telhado!

.....
95 Assim, também, CARRERA, Sergio, GUILD, Elspeth, op.cit., pp. 5 e seg.

BIBLIOGRAFIA

- BLOCH, Alice; MCKAY, Sonia – Living on the margins, undocumented migrants in a global city. Bristol: Policy Press, 2016.
- CARRERA, Sergio; GUILD, Elspeth – An EU Framework on Sanctions against Employers of Irregular Immigrants – Some Reflections on the Scope, Features & Added Value. In CEPS Policy Brief. Brussels. N.º 140, August, 2007, p. 1-11.
- COMISSÃO EUROPEIA – Comunicação ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a aplicação da Diretiva 2009/52/CE, de 18 de junho de 2009, que estabelece normas mínimas sobre sanções e medidas contra os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular, COM (2014) 286 final, de 22.5.2014.
- CRÉPEAU, François – Instead of resisting migration, let's organize it. [Consultado em: 07.04.2018]. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2015/apr/22/uns-francois-crepeau-on-the-refugee-crisis-inste-ad-of-resisting-migration-lets-organise-it>.
- ETUC (European Trade Union Confederation); PICUM; SOLIDAR – Commentaires communs sur les propositions de la Commission pour lutter contre l'emploi Illegal et les Conditions de Travail Abusives. Bruxelas, 26 de abril de 2007.
- GUILD, Elspeth; MINDERHOUD, Paul (Ed.) – Immigration and Criminal Law in the European Union, The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings. Leiden, Boston: Martinus Nijhoff Publisher, 2006.
- PARKIN, Joanna – The criminalisation of Migration in Europe, A State-of-the-Art in the Academic Literature and Research. In CEPS Paper in Liberty and Security in Europe. Brussels. ISBN 978-94-6138-361-7. N.º 61, October 2013.
- PEERS, Steve – Legislative Update: EC Immigration and Asylum Law – Attracting and Deterring Labour Migration: The Blue Card and Employers Sanctions Directives. In European Journal of Migration and Law. Leiden. ISSN 1571-8166. N.º 11, 2009, p. 387-426.
- PORTUGAL. Autoridade para as Condições de Trabalho – Comunicação de contrato com trabalhador estrangeiro. [Consultado em: 20 de Abril de 2018]. Disponível em: [http://www.act.gov.pt/\(pt-PT\)/AreasPrincipais/RegistoEntidadeEmpregadora/Paginas/default.aspx](http://www.act.gov.pt/(pt-PT)/AreasPrincipais/RegistoEntidadeEmpregadora/Paginas/default.aspx).
- PORTUGAL. Serviço de Estrangeiros e Fronteiras – Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo 2015. Disponível em: www.sef.pt.
- PORTUGAL. Serviço de Estrangeiros e Fronteiras – Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo 2016. Disponível em: www.sef.pt.
- SOOVA, Kadri; KEITH, Lilana; LEVOY, Michele; PICUM (Platform for International Cooperation on Undocumented Migrants) – Position Paper: Impacts on Undocumented Migrant Workers' Rights in Four EU Countries. 2015. Disponível em www.picum.org.
- SOUSA, Constança Urbano de – Taking the Bogus out of the Discourse concerning Asylum. In Justice and Home Affairs in the EU – Liberty and Security Issues after Enlargement. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2004, p. 275-280.
- WIESBOCK, Anja – The Evolution of EU Migration Policies: Towards a Balanced, Comprehensive, and Common Approach?. In Adjusting to a World in Motion – Trends in global Migration and Migration Policy. New York: Oxford University Press, 2016, p. 159-187.