

O Direito Contraordenacional de Estrangeiros – A atuação sancionatória nos meandros do Direito Criminal

MARIA JOÃO GUIA¹

Palavras-chave: Direito Contraordenacional; Direito Penal e Contraordenacional; Coimas; permanência ilegal; punição de estrangeiros; crimigração

I. Introdução

O Direito e os seus diversos ramos funcionam, desde há séculos, como formas de regulação da sociedade. Muitos e diversificados poderiam ser os códigos usados como regulamentadores das diferentes sociedades que foram evoluindo ao longo dos tempos e pelos vários grupos e organizações societárias². Com efeito, o Direito tem correspondido às exigências das delimitações e controlo da eficácia e legalidade das normas aprovadas em sociedade, tendo em conta as diversas competências e ramos. Nesse sentido, seria expectável que os diferentes ramos do Direito tivessem as suas fronteiras delimitadas com clareza, o que nem sempre acontece pelo entrecruzamento e confluências das suas competências e interesses,

1 Co-coordenadora e docente da Pós-Graduação em Criminologia na Coimbra Business School (ISCAC), Diretora da rede de trabalho subordinada ao tema “Immigration, Crime and Citizenship” na Rede da Sociedade Europeia de Criminologia, Investigadora do Ratio Legis – Centro de Investigação e Desenvolvimento em Ciências Jurídicas da Universidade Autónoma de Lisboa e do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

2 Alguns destes passam pelo Código de Ur-Nammu (existente pelos 2040 a.C., Suméria), o Código de Hammurabi (em vigor pelo ano de 1772 a. C, Mesopotâmia), o Alcorão (contemporâneo de Maomé), o Código de Manu (como parte de uma coleção de livros bramânicos em 1000 a.C.), a Lei das XII Tábuas (situada pelo ano 450 a.C., com os Romanos), a Legislação Mosaica (emergente com Moisés), o Direito Talmúdico (existente no mundo hebraico), o Direito Romano (inspiração do Direito que hoje praticamos) (Spolon e Viana, 2016).

causando por isso, em determinadas circunstâncias uma convergência de interesses que passam por uma severidade mais acentuada de determinadas ações.

Neste breve artigo, irei abordar o caso da atuação do Direito Administrativo numa confluência muito particular no que concerne a sua atividade sancionatória, numa fronteira específica com o Direito Penal, no que respeita a prossecução criminal de ações criminosas envolvendo estrangeiros em Portugal. Abordarei, por isso, inicialmente o papel da atividade contraordenacional de estrangeiros, dos agentes da Administração e das suas competências em casos específicos diretamente relacionados com a atividade de estrangeiros em Portugal. Passarei ainda pela abordagem da problemática da “crimigração”, numa breve reflexão sobre a utilização abusiva de premissas do direito administrativo e penal ao serviço da exclusão de estrangeiros da sociedade de acolhimento. Abordo ao longo do artigo algumas das várias possíveis questões levantadas por contraordenações, envolvendo estrangeiros em Portugal, partindo de apreciações de diversos acórdãos. Estas questões terão o objetivo de dirimir pontos do ilícito de mera ordenação social dos de natureza criminal, entre outras considerações. Por fim, teço considerações finais sobre questões levantadas pela atuação do Direito Administrativo e Penal na gestão de estrangeiros, face à atuação da Administração.

II. Breve introdução ao Direito contraordenacional

Quando se reflete sobre o papel regulador do Direito na sociedade, a tendência de pender para o Direito Penal, na sua vertente punitiva, ou Direito Administrativo, na sua vertente sancionatória, é bastante provável, mas com frequência de distinção (na sua atuação mais subjetiva) nem sempre muito clara.

Na verdade, após a Segunda Guerra Mundial e na sequência da afirmação de novas carências de todo o âmbito que perpassou pela Europa (mão de obra, recursos, alimentos, etc), a figura do Estado emergiu com exuberância, no seu papel regulador dos sistema económico-financeiro mais objetivo, intervindo diretamente na regulação dos mercados e das sociedades europeias. A evolução legislativa do direito sancionatório e contraordenacional, sobretudo no acompanhamento das infrações no domínio administrativo, tiveram o seu grande expoente e crescimento precisamente a partir desta altura, sobretudo perante a afirmação de “novos valores incarnados na prossecução de certos interesses sociais³. Assim, verificou-se uma primeira grande distinção do que deixou de ser única e puramente administrativo para passar a integrar-se como contraordenacional (ou, nas palavras de Anabela

3 CORREIA, Eduardo – Direito Penal e Direito de mera ordenação social. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. ISSN 0303-9773. V. 49, 1973, p. 266.

Miranda Rodrigues, “administrativo penal”). Dado que esta vertente do Direito se centrava na intervenção e regulação da vida económico-social, nas suas vertentes laboral, fiscal e das sociedades comerciais, esta nova vertente passou a ser conhecida como Direito Sancionatório.

Este Direito Sancionatório, no que respeita as sanções de direito contraordenacional, foram, pois, acompanhando o direito administrativo, entrando também no direito civil (uma vez que grande parte da sua atenção se centrou na interdição do exercício de profissões, ou até na obtenção de subvenções, entre outros assuntos). Concomitantemente, a emergência do Direito Penal, em campos muito próximos do contraordenacional passa a diversificar o seu leque de atuação, expandido os interesses dos bens jurídicos protegidos. De alguma forma, o endurecimento e a crescente abrangência das sanções, materializadas em coimas⁴ (sobretudo em legislação extravagante) acompanharam a expansão do Direito Penal, sendo que este se cingiu à gravidade do facto e às demais especificações do que deve revestir-se um facto criminoso, previsto e punido por lei. Ainda assim, comungam ambos nas suas atuações em limitações evidentes dos direitos fundamentais dos cidadãos. De qualquer maneira a atuação do Direito Penal é legítima sempre que haja a configuração de um facto com legitimidade suficiente (bem jurídico com dignidade suficiente) para poder atuar, ou até quando o mesmo assume um papel simbólico. Segundo o Ac. do TRP, de 21/11^o007, relativo ao processo n.^o 0744369,

“as contraordenações não respeitam à tutela de bens jurídicos ético-penalmente relevantes, mas apenas e tão-só à tutela de meras conveniências de organização social e económica e à defesa de interesses da mais variada gama, que ao Estado incumbe regular através de uma atuação de pendor intervencionista, que nos últimos anos se vem acentuando com progressiva visibilidade, impondo regras de conduta nos mais variados domínios de relevo para a organização e bem-estar social.”

Interessante verificar-se que a expansão do Ilícito de Mera Ordenação Social teve um impulso mais acentuado na década de 70, numa altura de franca tendência descriminalizadora do Direito penal, pendor que se manteve mesmo em alturas de neocriminalização⁵.

4 Distintas de taxas pela inexistência de uma relação bilateral enquanto retribuição de serviços prestados e pela inexistência de qualquer sanção sobre ato ilícito, como a coima prevê.

5 LEITE, Inês Ferreira – A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial, o direito contraordenacional. CEJ, 2015. [Consultado em 24/12/2017]. Disponível em: <https://elearning.cej.mj.pt/course/view.php?id=213>, p. 29.

De qualquer maneira e tratando das origens da legitimação do direito sancionatório, ainda que o Novo Código do Procedimento Administrativo⁶ (CPA) não contenha um título ou capítulo dedicado aos “procedimentos sancionatórios instaurados e decididos pelos órgãos públicos (administrativos)”⁷, a verdade é que a atividade sancionatória a ilícitos cometidos por “particulares, entidades, órgãos ou agentes públicos”⁸ se reveste de crescente importância, retirando algum espaço público ocupado já pelo Direito Criminal. Paradoxalmente, a atividade sancionatória envolvendo estrangeiros assume contornos crescentemente visíveis, não só nacionais, mas também e sobretudo a partir do enquadramento europeu (nomeadamente na área da imigração e sua gestão), a partir do momento em que Portugal integrou a União Europeia e integrou o espaço Schengen⁹, com a implementação do espaço de Segurança, Liberdade e Justiça, mas com todas as implicações daí decorrentes, sobretudo na alteração do conceito de fronteiras internas e externas^{10 11} e na luta contra a imigração ilegal¹².

Assim, um dos papéis que a Administração foi obrigada a assumir e a atualizar centrou-se na área da gestão de estrangeiros, nomeadamente oriundos de países terceiros¹³, sobretudo a partir da delimitação de áreas de atividade sancionatória da Administração da de atuação na área criminal.

6 Introduzido pelo Decreto-Lei n.º 4/2015 de 7 de Janeiro.

7 MARTINS, Licínio Lopes – A actividade sancionatória da Administração e o novo Código do Procedimento Administrativo. In Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo – V. III. 3.ª ed. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 601.

8 MARTINS, Licínio Lopes – A actividade sancionatória da Administração e o novo Código do Procedimento Administrativo. In Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo – V. III. 3.ª ed. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 601.

9 JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, de 14 de junho de 1985 assinada em Schengen em 19 de junho de 1990. Acervo de Schengen, tal como referido no n.º 2 do artigo 1.º da Decisão 1999/435/CE do Conselho de 20 de Maio de 1999. [Consultado em: 18/12/2017]. Disponível em: http://www.refugiados.net/cidadevirtual/legislacao/leis/conv_schengen_decis_com_exec.pdf.

10 “As relações entre os Estados foram mudando e a gestão de algumas fronteiras internacionais tornou-se menos rígida (fruto de acordos celebrados) e ao mesmo tempo cada vez mais decisivas, sendo que as mudanças na natureza e no significado de ‘fronteiras’ exigem maior reflexão e interação entre disciplinas como criminologia, sociologia, direito, antropologia, ciências políticas e relações internacionais”.

11 GUIA, Maria João – As Fronteiras da Imigração, Crime e Crimigração in “Fronteiras”. In Fronteiras. Instituto Internacional Casa de Mateus: IICM, 2013, p. 31.

12 Segundo Castles & Miller (Age of Migration: International Population Movements in the Modern World. 2nd ed. London: Macmillan, 1998), estimou-se existirem 2,6 milhões de imigrantes em situação irregular na Europa Ocidental nos anos ‘90, calculando a Europol que cerca de 500.000 novos imigrantes entrassem na Europa anualmente.

13 Alínea k) do n.º 1.º do art.º 3.º da Lei n.º 23/07, de 04 de Julho na redação introduzida pela Lei n.º 102/17, de 28 de Agosto «Estado terceiro» qualquer Estado que não seja membro da União Europeia nem seja parte na Convenção de Aplicação ou onde esta não se encontre em aplicação”.

Neste sentido, o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, assim denominado desde 1986¹⁴, foi a autoridade revestida de competência e autonomia administrativa para assumir o papel sancionador de determinadas ações, bem como, cumulativamente, autoridade de polícia competente para a prossecução de ilícitos criminais previstos e punidos no Código Penal¹⁵ ou em legislação extravagante¹⁶.

III. O Direito Contraordenacional de Estrangeiros

O Direito Contraordenacional, como já se referiu, poder-se-ia enquadrar num limbo entre o Direito Penal e o Direito Administrativo (quer no primeiro caso se centre em ações cuja ilicitude seja de natureza criminal ou cujos ilícitos sejam considerados de mera ordenação social), não sendo apresentado explicitamente, em todas as suas dimensões, num único diploma mas sobretudo espartilhadamente em legislação extravagante, mas que obrigatoriamente têm que estar determinadas.

14 O Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF) foi criado com esta denominação em 1986 (mesmo que a sua história remonte a 1974, altura em que “estrangeiros e fronteiras” foram da competência da Polícia Judiciária (em 1974, o Decreto-Lei n.º 171/74, de 25 de abril, atribuiu a gestão de estrangeiros em Portugal e a vigilância das fronteiras à Polícia Judiciária e à Guarda Fiscal. Ver www.sef.pt), Polícia de Segurança Pública (em novembro de 1974, a Direção do Serviço de Estrangeiros – Direção de Serviço de Estrangeiros – DSE – é criada Decreto-Lei n.º 215/74, de 22 de Maio, e as suas funções são atribuídas ao Comando Geral de Polícia de Segurança Pública – Comando Geral da PSP. As suas competências eram a gestão de estrangeiros em Portugal, a emissão de passaportes a estrangeiros e a emissão de relatórios sobre as concessões de visto para a entrada em Portugal) e Guarda Fiscal (depois de 1986 e na sequência da criação do SEF, no dia 1 de agosto de 1991, o pessoal do SEF rendeu a Guarda Fiscal na vigilância das fronteiras, obtendo total independência), após diferentes etapas (o Decreto-Lei n.º 494-A / 76, de 23 de junho, reconhece a independência administrativa e reduz o título de Serviço de Estrangeiros – Serviço de Estrangeiros – SE. O Decreto-Lei n.º 440/86, 31 de dezembro – reestrutura o Serviço mudando seu nome para Serviço de Estrangeiros e Fronteiras) e iniciando tarefas efetivas em 1990.

15 O crime de tráfico de pessoas é de competência de investigação, em Portugal, do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras e da Polícia Judiciária.

16 Preâmbulo do Decreto-Lei N.º 34/2003 de 25 de Fevereiro “No combate à imigração ilegal, importa também harmonizar a legislação nacional com as orientações e directivas comunitárias, em especial no que respeita ao controlo dos fluxos migratórios e à agilização dos processos de afastamento do espaço comunitário de pessoas que nele se introduziram ilegalmente, conferindo meios legais expeditos ao Serviço de Estrangeiros e Fronteiras e às forças de segurança para o cumprimento efectivo e atempado das decisões dos tribunais. Neste contexto, o Governo reafirma os princípios consagrados na Declaração Universal dos Direitos do Homem e em especial na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Crianças, sobretudo no que se refere à protecção destas, as quais terão o direito de acesso aos cuidados de saúde e outros apoios sociais independentemente da situação em que se encontrem. Para tanto, o Governo adoptará os instrumentos administrativos necessários para o efectivo exercício destes direitos, designadamente através de um registo especial junto dos serviços públicos responsáveis pelas prestações sociais. Consagra-se, ainda, um conjunto de alterações que visam desburocratizar os procedimentos de actuação do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, para além da previsão de um regime sancionatório criminal mais adequado a prevenir e reprimir os actos ilícitos relacionados com a imigração clandestina e com a exploração de mão-de-obra dos estrangeiros em situação não regularizada. Importa também actualizar o regime sancionatório de natureza contra-ordenacional através do aumento dos montantes das coimas e da sua conversão para euros”.

“Estas normas, ditas de mera ordenação social, têm a sua tutela assegurada através da descrição legal de ilícitos que tomam o nome de contraordenações, cuja violação é punível com a aplicação de coimas, a que podem, em determinados casos, acrescer sanções acessórias”¹⁷.

Licínio Martins sugere, na senda de outros autores¹⁸, a elaboração de uma “lei-geral ou lei quadro da (ou sobre a) atividade sancionatória da Administração”¹⁹ sem se reduzir ao “ilícito de mera ordenação social”²⁰, ainda que assumindo-se como uma das “funções clássicas da administração” sobretudo conjugando a “função administrativa geral de ordenação social” e a de “polícia”²¹, encaradas numa tripla função de “prevenção, controlo ou resposta a situações de perigo/risco”²².

A necessária adaptação das leis às realidades sociais, nomeadamente em matéria de imigração, levou a que fossem regulamentadas diversas atividades e ações relacionadas com a entrada de estrangeiros em Portugal, o que se verificou de necessidades específicas, tendo em conta a entrada de Portugal na União Europeia e a partir do momento em que se delimitou o espaço Schengen, conforme já referido. Assim, a constituição do ilícito de mera ordenação social (cfr. Decreto-lei n.º 232/79, de 24 de Julho²³) mencionam claramente no preâmbulo a “necessidade de dotar o nosso país de um adequado ‘direito de mera ordenação social’ (...) [sentindo-se a] necessidade de dispor de um ordenamento sancionatório alternativo e diferente do direito criminal”, separando de forma clara a ação do direito penal para ações legitimamente previstas, como a criminalidade violenta, e deixando a atuação do

17 Ac. TRP, de 21/11/2007, proc. 0744369.

18 MARTINS, Licínio Lopes – A actividade sancionatória da Administração e o novo Código do Procedimento Administrativo. In Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo – V. III. 3.ª ed. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 602, nota de rodapé 2.

19 MARTINS, Licínio Lopes – A actividade sancionatória da Administração e o novo Código do Procedimento Administrativo. In Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo – V. III. 3.ª ed. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 602.

20 MARTINS, Licínio Lopes – A actividade sancionatória da Administração e o novo Código do Procedimento Administrativo. In Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo – V. III. 3.ª ed. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 602.

21 MARTINS, Licínio Lopes – A actividade sancionatória da Administração e o novo Código do Procedimento Administrativo. In Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo – V. III. 3.ª ed. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 604.

22 MARTINS, Licínio Lopes – A actividade sancionatória da Administração e o novo Código do Procedimento Administrativo. In Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo – V. III. 3.ª ed. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 604.

23 O decreto-Lei n.º 411-A/79, de 24 de Julho vem revogar os artigos n.º 3.º (Aplicação no tempo) e 4.º (Aplicação no espaço) do referido diploma. Mais tarde, a Resolução n.º 71/81 pronuncia-se pela inconstitucionalidade deste Decreto, voltando o Ilícito de Mera ordenação social e respetivo processo a ser instituído com o Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, alterado mais tarde pelo Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de setembro e pela Lei n.º 109/2001, de 24 de Dezembro.

direito sancionatório de gravidade mais reduzida, mas cuja intervenção do Estado se revela necessária na repressão ou prevenção de comportamentos censuráveis. A sanção adotada é, por isso, de natureza administrativa (a coima) e, por isso, unicamente podendo ser aplicada por autoridades administrativas (com possibilidade de recurso para instâncias judiciais).

A atividade das autoridades administrativas pode materializar-se, neste campo, na imposição de sanções previstas por lei, por violação de deveres relacionados com uma “relação jurídica administrativa”, “relações contratuais jurídico-administrativas”²⁴, como determinados vínculos laborais, sendo compulsório o cumprimento de determinados deveres. As relações contratuais administrativas são, por isso, reguladas em termos dos “ilícito contratuais”, entre os quais “o ilícito profissional”.

Também as medidas de polícia podem ser adotadas por autoridades administrativas devidamente mandatadas para determinadas ações, tais como a suspensão de atividade, evacuação, interdição de acesso ou encerramento de determinados locais, ações de fiscalização, com ou sem apreensão de objetos, ações sempre devidamente fiscalizadas pelos Tribunais Administrativos²⁵ em termos da legalidade da adoção das mesmas. O objetivo de tais ações materializa-se na prossecução do impedimento ou prevenção da lesão de bens públicos de relevo, verificando-se danos ocorridos, ou perigo de os mesmos virem a ocorrer.

O Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social (RGCO ou RGIMOS²⁶) instituiu por isso, desde logo a fronteira entre os factos a observar, nomeadamente entre a atuação do Direito Contraordenacional²⁷ e do Direito Penal²⁸, conforme plasmado no Código Processual Penal. Por outro lado, verificou-se que, nesta senda, foi feita uma conversão em contraordenações de contravenções e transgressões, antes punidas de forma mais severa a partir da Lei n.º 30/2006, de 11 de Julho (na sua mais recente versão conferida pela Lei n.º 4/2008, de 07 de Fevereiro).

No caso do direito contraordenacional de estrangeiros, a autoridade administrativa com competência para atuar (em princípio) é o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, cfr.

24 MARTINS, Licínio Lopes – A actividade sancionatória da Administração e o novo Código do Procedimento Administrativo. In Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo – V. III. 3.ª ed. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 605.

25 A fiscalização acontece no caso de o arguido não concordar com a sanção aplicada pela Autoridade Administrativa e impugnar a referida decisão.

26 Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, com as posteriores alterações introduzidas, respetivamente pelo Decreto-Lei n.º 244/95, de 14 de Setembro e Lei n.º 109/01, de 24 de Dezembro (Regime Geral do Ilícito de Mera Ordenação Social).

27 Artigo 1.º do RGCO “Constitui contraordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima”.

28 Alínea a) do art.º 1.º do Código Processual Penal “Crime”: o conjunto de pressupostos de que depende a aplicação ao agente de uma pena ou de uma medida de segurança criminal”.

n.º 1.º do art.º 1.º do Decreto-Lei n.º 252/2000, de 16 de Outubro²⁹ (na atual versão dada pelo Decreto-Lei n.º 240/2012, de 6 de Novembro), art.º 207.³⁰ da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho (na atual redação introduzida pela Lei n.º 102/17, de 28 de Agosto) e Lei n.º 37/2006, de 9 de Agosto³¹. De qualquer maneira, e segundo o Ac. do TRC de 13-05-2009, é indispensável que uma conduta humana coincida formalmente com a descrição referida na norma legal, estando prevista direta ou indiretamente uma coima para que a característica da infração assumira caráter contraordenacional. Assim, estabelece o princípio da tipicidade que unicamente a partir do que a lei especifica se podem identificar os factos ou condutas que constituem contraordenações, bem como os pressupostos que justificam a aplicação da coima. Por outro lado, a procura de estabelecer diferenças entre os processos contraordenacional e penal materializa-se em reflexões tão diversas que abordam pontos subjetivos e objetivos, como os da fundamentação referido no Ac. TRC, de 03/07/2012:

“Trata-se de uma fase administrativa, sujeita às características de celeridade e simplicidade processual, pelo que o dever de fundamentação deverá assumir uma dimensão qualitativamente menos intensa em relação à sentença penal.”

Assim sendo, e centrando a nossa atenção agora nos ilícitos contraordenacionais previstos no Regime Jurídico de Entrada, Permanência, Saída e Afastamento de Estrangeiros (Lei n.º 23/07, de 4 de Julho, na atual redação introduzida pela Lei n.º 102/17, de 28 de Agosto), que regulamenta as atividades de cidadãos oriundos de países terceiros, os ilícitos previstos no capítulo X da referida lei, cujo título é precisamente “Contraordenações” reportam-se à “permanência ilegal” (art.º 192³².º), “acesso não autorizado à zona internacional do porto”

29 Cfr. n.º 1.º do art.º 1.º do Decreto-Lei n.º 252/2000, de 16 de Outubro (na atual versão dada pelo Decreto-Lei n.º 240/2012, de 6 de Novembro): “O Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, abreviadamente designado por SEF, é um serviço de segurança, organizado hierarquicamente na dependência do Ministro da Administração Interna, com autonomia administrativa e que, no quadro da política de segurança interna, tem por objetivos fundamentais controlar a circulação de pessoas nas fronteiras, a permanência e atividade de estrangeiros em território nacional, bem como estudar, promover, coordenar e executar as medidas e ações relacionadas com aquelas atividades e com os movimentos migratórios”.

30 Artigo 207.º da lei n.º 23/07, de 04 de Julho na redação introduzida pela lei n.º 102/2017, de 28 de Agosto: “Competência para aplicação das coimas 1 – A aplicação das coimas e das sanções acessórias previstas no presente capítulo é da competência do diretor nacional do SEF, que a pode delegar, sem prejuízo das competências específicas atribuídas a outras entidades relativamente ao disposto no n.º 9 do artigo 198.º -A”.

31 N.º 5 do art.º 30.º da lei n.º 37/2006, de 09 de Agosto: “A aplicação das coimas previstas no presente artigo é da competência do director-geral do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, que a pode delegar, nos termos da lei”.

32 “Artigo 192.º Permanência ilegal – 1 – A permanência de cidadão estrangeiro em território português por período superior ao autorizado constitui contraordenação punível com as coimas que a seguir se especificam: a) De € 80 a € 160, se o período de permanência não exceder 30 dias; b) De € 160 a € 320, se o período de permanência for superior a 30 dias mas não exceder 90 dias; c) De € 320 a € 500, se o período de permanência for superior a 90 dias

(art.º 193.º), “Transporte de pessoa com entrada não autorizada no País” (art.º 194.º), “Falta de visto de escala aeroportuário” (art.º 195.º), “Incumprimento da obrigação de comunicação de dados” (art.º 196.º), “Falta de declaração de entrada” (art.º 197.º), “Exercício de atividade profissional não autorizado” (art.º 198.º), “Utilização da atividade de cidadão estrangeiro em situação ilegal” (art.º 198.º -A), “Falta de apresentação de documento de viagem” (art.º 199.º), “Falta de pedido de título de residência” (art.º 200.º), “Não renovação atempada de autorização de residência” (art.º 201.º), “Inobservância de determinados deveres” (art.º 202.º) – entre os quais n.º 1 a inobservância do dever de comunicação de alteração de estado civil ou de domicílio, n.º 2 – Entrada ou saída de posto de fronteira autorizado e/ou durante respetivo horário e n.º 3 desembarque de cidadãos estrangeiros fora de posto de fronteira qualificado para o efeito -, “Falta de comunicação do alojamento” (art.º 203.º).

No que respeita aos cidadãos comunitários, os ilícitos contraordenacionais são em número mais reduzido (apenas cinco, elencados num mesmo artigo) e constam na Lei n.º 37/2006, de 09 de Agosto, descritos no n.º 1.º do art.º 30.º “Falta de registo de cidadão da União Europeia³³”, “Não solicitação de cartão de residente³⁴”, “Não solicitação de cartão de residente permanente antes da caducidade do anterior³⁵”, e no n.º 2 do art.º 30.º “efetivação ou manutenção de registo sem condições³⁶” e “efetivação ou manutenção de registo sem condições (familiares)³⁷”. Os valores das coimas é variável, consoante o ilícito e outros fatores referidos em cada um dos casos, sendo o registo individual de contraordenações regulamentado no n.º 2.º do art.º 207.º da mesma Lei de Estrangeiros. Devo afirmar, no entanto, que a atualização das coimas relativas a estes factos, introduzida pelo artigo 111.º³⁸ do decreto-Lei n.º 59/93, de 3 de março foi revogada (o artigo 208.º³⁹ da lei n.º 23/2007, de 04 de Julho na redação introduzida pela Lei n.º 29/2012, de 09 de Agosto, nos termos do disposto no seu artigo 5.º). Algumas das razões poderão prender-se com alguma sobreposi-

.....
mas não exceder 180 dias; d) De € 500 a € 700, se o período de permanência for superior a 180 dias. 2 – A mesma coima é aplicada quando a infração prevista no número anterior for detetada à saída do País.”

33 Ver também n.º 1.º do art.º 14.º da referida lei.

34 Ver também n.º 1 do art.º 15.º da referida lei.

35 Ver também n.º 3 do art.º 17.º da referida lei.

36 Ver também n.º 1.º do art.º 7.º da referida lei.

37 Ver também n.º 2.º do art.º 8.º da referida lei.

38 Artigo 111.º da lei n.º 59/93, de 3 de Março – “Atualização das coimas – Sem prejuízo dos limites máximos previstos no Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 356/89, de 17 de Outubro, os quantitativos das coimas previstos neste diploma serão atualizados de acordo com as percentagens de aumento do salário mínimo nacional mais elevada, arredondando-se o resultado obtido para o milhar inferior”.

39 Artigo 208.º da lei n.º 23/2007, de 04 de Julho – “Atualização das coimas – Sem prejuízo dos limites máximos previstos no regime geral das contra-ordenações, os quantitativos das coimas são atualizados automaticamente de acordo com as percentagens de aumento da remuneração mínima nacional mais elevada, arredondando-se o resultado obtido para a unidade de euro imediatamente superior.

ção de atualização de taxas e coimas, sendo que nas primeiras se pressupões uma relação bilateral, e a segunda apresenta um cariz sancionatório:

“Assim, parte substancial das receitas provenientes da cobrança de taxas, e até mesmo das coimas, tem vindo a ser aplicada na melhoria constante dos serviços prestados na vertente documental de actuação do SEF, contribuindo, ao seu nível, para que Portugal seja hoje em dia considerado o 2.º país do mundo – atrás da Suécia – no desenvolvimento de medidas pró integração da comunidade imigrante que se encontra no seu território.”⁴⁰

Por outro lado, o facto de uma portaria⁴¹ atualizar os montantes de algo previsto por lei poderia espelhar uma subversão das regras legais, nestes casos. Foi por isso definitivamente revogada, nos termos do n.º 5.º da lei n.º 29/2012, de 09 de Agosto.

IV. Pontes e confrontos entre o Direito Contraordenacional, o Direito de Estrangeiros e o Direito Penal

A tramitação do processo contraordenacional de estrangeiros segue de muito próximo a das fases processuais de outros ramos do direito: inicialmente deteta-se a infração (a partir de auto de notícia ou de participação e onde é descrito o ilícito de natureza pública, bem como a factualidade e a forma como se presenciaram os factos (pessoalmente, de forma direta ou documentalmente, de forma indireta), havendo sempre a notificação⁴² e com a mesma o direito de audição e de defesa. Numa etapa seguinte, a fase administrativa (a da instrução), o arguido é notificado da contraordenação (elencando-se os sujeitos processuais, as formas de pagamento), aguardando-se do mesmo uma posição perante a notificação. Caso o

40 Ver PORTUGAL. Serviço de Estrangeiros e Fronteiras – Nota à Comunicação Social – Taxas aplicadas pelo SEF no âmbito da Lei de Estrangeiros. [Consultado em: 28/12/2017]. Disponível em: http://www.sef.pt/portal/v10/PT/asp/Noticias/Noticias_Detalhe.aspx?id_linha=5024.

41 “Em 2007, as alterações de montantes de taxas integraram as atualizações anuais decorrentes da aplicação das portarias anteriormente vigentes (Portaria n.º 27-A/2002, de 04 de Janeiro, alterada pela Portaria n.º 605-A/2005, de 21 de Julho)”. Ver PORTUGAL. Serviço de Estrangeiros e Fronteiras – Nota à Comunicação Social – Taxas aplicadas pelo SEF no âmbito da Lei de Estrangeiros. [Consultado em: 28/12/2017]. Disponível em: http://www.sef.pt/portal/v10/PT/asp/Noticias/Noticias_Detalhe.aspx?id_linha=5024.

42 Na notificação inicial, o arguido é logo informado da prática de contraordenação sendo descritos todos os factos imputados e respetivo enquadramento legal da infração praticada, bem como das sanções legalmente aplicáveis. Na mesma notificação, o arguido é informado da possibilidade de pagamento voluntário (até ser proferida decisão), bem como da possibilidade de se pronunciar apresentando alegações e testemunhas, sendo igualmente informado dos prazos para agir. Só após o decurso destes prazos ou a apresentação de alegações é que é feita a instrução que termina com a elaboração de relatório final e posterior decisão.

arguido pague voluntariamente a coima, não contestando, por isso, elabora-se relatório⁴³ e o processo pode ser arquivado⁴⁴. O mesmo pode, no entanto, contestar abrindo instrução⁴⁵ em que a defesa é apresentada, acompanhada da contestação ou omissão de pagamento. Importa destacar aqui a importância da conexão de processos contraordenacionais, a partir do Ac. TCAS, de 10-11-2009 “A conexão de processos contraordenacionais tem lugar nos termos dos artigos 24.º e segs. Do CPP, por força do art.º 32.º do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro e só opera relativamente os processos que se encontrarem simultaneamente na fase de inquérito, de instrução ou de julgamento”. No caso de haver decisão condenatória, a mesma deve conter uma série de elementos, cfr. art.º 58.º do RGCO. Em caso de impugnação (cfr. art.º 59.º do RGCO) apresentada pelo arguido ou pelo defensor, a decisão é apreciada e ou é revogada ou enviada ao Ministério Público que leva ao juiz, valendo esse ato como acusação. Terão então que seguir determinados passos para que o processo chegue a tais considerações, cfr. António Beça Pereira⁴⁶.

“Não se deve recorrer ao disposto no artigo 283.º, n.º 3, al. b) do Código de Processo Penal (requisitos da acusação) visto que, se não for interposto recurso da decisão condenatória, esta não chega, sequer, a assumir a natureza de acusação.”⁴⁷

Uma última fase pode dar-se com a execução do montante da coima aplicada pelo não pagamento nos termos definidos pela Autoridade Administrativa, promovida pelo Ministério Público no Tribunal competente.

Verifica-se, através da simples análise da tramitação processual uma semelhança muito próxima entre ambos ramos do direito, ainda que, segundo o Ac. do TRPP, de 11/03/2009, proc. N.º 0843225, mencione claramente que

43 Devem ser referidos os factos (conduta, comportamento, ação ou omissão), a tipicidade (descrição do nexos causal ou dolo /negligência), a ilicitude (observando a desconformidade do comportamento relativamente ao Direito e as causas de exclusão da ilicitude), a culpabilidade (juízo de censurabilidade, causas de desculpa, determinação de medida da pena) e a punibilidade (condições objetivas da punibilidade).

44 Por pagamento da coima aplicada ou por admoestação.

45 Nesta fase tratam-se questões prévias e prejudiciais, menciona-se a competência material e territorial, competência por conexão, conflitos negativos ou positivos de competência e impedimentos.

46 PEREIRA, António Beça – Regime Geral das Contraordenações e Coimas Anotado. 6.ª ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 109.

47 Proc. N.º 1337/11.9TBVNO.C1.

“o processo de contra-ordenação não é, nem na sua estrutura, nem na sua dignidade, um processo equivalente ao processo criminal, não est[ando] sujeito aos mesmos imperativos constitucionais”.

Ainda assim, as semelhanças que se detetam na tramitação processual do Direito Contraordenacional e Direito Processual Penal, bem como em normas repetidas quer numa vertente sancionatória quer criminal remetem a expressão usada por Leite⁴⁸ de “novas formas de criminalidade” (ou ‘contraordenacionalidade’)” para um patamar de dúvida relativamente à eventual sobreposição do Direito Penal e do Direito Administrativo Sancionatório, ou uma “subsidiariedade nas relações entre o Direito Penal e o Ilícito de Mera Ordenação Social”⁴⁹. Assim, o que Leite menciona sobre “a mesma conduta – descrita quase ou mesmo exatamente da mesma forma pelo legislador – é punida por normas criminais e por normas contraordenacionais”⁵⁰ encontra-se precisamente no caso em estudo. Tomemos por isso, como exemplo, o caso do crime de “Utilização de atividade de cidadão estrangeiro em situação ilegal” (capítulo IX – Disposições penais) p.p. no art.º 185.º – A da Lei n.º 23/07, de 04 de Julho, na atual redação introduzida pela Lei n.º 102/17, de 28 de Agosto: “1 – *Quem, de forma habitual, utilizar o trabalho de cidadãos estrangeiros que não sejam titulares de autorização de residência ou visto que habilite a que permaneçam legalmente em Portugal, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias*”⁵¹ e o caso do ilícito mencionado no art.º 198.º-A, com o mesmo título “*Utilização da atividade de cidadão estrangeiro em situação ilegal –*

48 LEITE, Inês Ferreira – A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial, o direito contraordenacional. CEJ, 2015. [Consultado em 24/12/2017]. Disponível em: <https://elearning.cej.mj.pt/course/view.php?id=213>, p. 29.

49 LEITE, Inês Ferreira – A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial, o direito contraordenacional. CEJ, 2015. [Consultado em 24/12/2017]. Disponível em: <https://elearning.cej.mj.pt/course/view.php?id=213>, p. 29.

50 LEITE, Inês Ferreira – A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial, o direito contraordenacional. CEJ, 2015. [Consultado em 24/12/2017]. Disponível em: <https://elearning.cej.mj.pt/course/view.php?id=213>, p. 29.

51 Continuação do art.º n.º 185.º – A da Lei n.º 23/07, de 04 de Julho, na atual redação introduzida pela Lei n.º 102/17, de 28 de Agosto 2 – Quem, nos casos a que se refere o número anterior, utilizar, em simultâneo, a atividade de um número significativo de cidadãos estrangeiros em situação ilegal, é punido com pena de prisão até dois anos ou pena de multa até 480 dias. 3 – Quem utilizar o trabalho de cidadão estrangeiro, menor de idade, em situação ilegal, ainda que admitido a prestar trabalho nos termos do Código do Trabalho, é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 480 dias. 4 – Se as condutas referidas nos números anteriores forem acompanhadas de condições de trabalho particularmente abusivas ou degradantes, o agente é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave não couber por força de outra disposição legal. 5 – O empregador ou utilizador do trabalho ou serviços de cidadão estrangeiro em situação ilegal, com o conhecimento de ser este vítima de infrações penais ligadas ao tráfico de pessoas, é punido com pena de prisão de dois a seis anos, se pena mais grave não couber por força de outra disposição legal. 6 – Em caso de reincidência, os limites das penas são elevados nos termos gerais. 7 – As penas aplicáveis às entidades referidas no n.º 1 do artigo 182.º são as de multa, cujos limites mínimo e máximo são elevados ao dobro, podendo ainda ser declarada a interdição do exercício da atividade pelo período de três meses a cinco anos”.

1 – *Quem utilizar a atividade de cidadão estrangeiro não habilitado com autorização de residência ou visto que autorize o exercício de uma atividade profissional subordinada, fica sujeito à aplicação de uma das seguintes coimas*⁵². Segundo Leite (2015: 30) “o ilícito contraordenacional deveria cessar onde começasse o lícito penal; e uma mesma conduta, num caso concreto, apenas poderia ser reconduzida, em alternativa, ao crime ou à contraordenação⁵³”. Muito embora

52 Continuação do art.º 198.º-A da Lei n.º 23/07, de 04 de Julho, na actual redacção introduzida pela Lei n.º 102/17 de 28 de Agosto “a) € 2000 a € 10 000, se utilizar a atividade de 1 a 4 cidadãos; b) De € 4000 a € 15 000, se utilizar a atividade de 5 a 10 cidadãos; c) De € 6000 a € 30 000, se utilizar a atividade de 11 a 50 cidadãos; d) De € 10 000 a € 90 000, se utilizar a atividade de mais de 50 cidadãos. 2 – Pela prática das contraordenações previstas no presente artigo podem ser aplicadas as seguintes sanções acessórias: a) As previstas nos artigos 21.º e seguintes do Regime Geral das Contraordenações; b) A obrigação de reembolso de alguns ou todos os benefícios, auxílios ou subsídios públicos, incluindo financiamentos da União Europeia, concedidos ao empregador até 12 meses antes da deteção da utilização da atividade de cidadão estrangeiro em situação ilegal, quando a contraordenação tiver sido praticada no exercício ou por causa da atividade a favor da qual foi atribuído o subsídio; c) A publicação da decisão condenatória. 3 – As sanções referidas nas alíneas b) a g) do n.º 1 do artigo 21.º do Regime Geral das Contraordenações, quando aplicadas por força do disposto no número anterior, têm a duração máxima de cinco anos. 4 – A sanção acessória referida na alínea c) do n.º 2 do presente artigo pressupõe: a) A publicação, a expensas do infrator, de um extrato com a identificação do infrator, da infração, da norma violada e da sanção aplicada, no portal do SEF na Internet, num jornal de âmbito nacional e em publicação periódica regional ou local da área da sede do infrator; b) O envio do extrato referido na alínea anterior à autoridade administrativa competente, sempre que o exercício ou acesso à atividade de serviço prestada pelo infrator careça de permissões administrativas, designadamente alvarás, licenças, autorizações, validações, autenticações, certificações e atos emitidos na sequência de comunicações prévias e registos. 5 – O empregador, o utilizador por força de contrato de prestação de serviços, de acordo de cedência ocasional ou de utilização de trabalho temporário e o empreiteiro geral são responsáveis solidariamente a) Pelo pagamento das coimas previstas nos números anteriores e dos créditos salariais emergentes de contrato de trabalho, da sua violação ou da sua cessação; b) Pelas sanções decorrentes do incumprimento da legislação laboral; c) Pelas sanções decorrentes da não declaração de rendimentos sujeitos a descontos para a administração fiscal e para a segurança social, relativamente ao trabalho prestado pelo trabalhador estrangeiro cuja atividade foi utilizada ilegalmente; d) Pelo pagamento das despesas necessárias à estada e ao afastamento dos cidadãos estrangeiros envolvidos; e) Pelo pagamento de quaisquer despesas decorrentes do envio de verbas decorrentes de créditos laborais para o país ao qual o cidadão estrangeiro tenha regressado voluntária ou coercivamente. 6 – Responde também solidariamente, nos termos do número anterior, o dono da obra que não obtenha da outra parte contraente declaração de cumprimento das obrigações decorrentes da lei relativamente a trabalhadores estrangeiros contratados. 7 – Caso o dono da obra seja a Administração Pública, o incumprimento do disposto número anterior é suscetível de gerar responsabilidade disciplinar. 8 – Para efeito de contabilização dos créditos salariais e dos rendimentos sujeitos a descontos para a administração fiscal e para a segurança social, presume -se que, sem prejuízo do disposto em legislação laboral e fiscal, o nível de remuneração corresponde, no mínimo, à retribuição mínima mensal garantida por lei, em convenções coletivas ou de acordo com práticas estabelecidas nos setores de atividade em causa, e que a relação de trabalho tem, no mínimo, três meses de duração, salvo se o empregador, o utilizador da atividade ou o trabalhador provarem o contrário. 9 – Nos termos da legislação laboral constitui contraordenação muito grave o incumprimento das obrigações previstas nos n.ºs 5 e 6. 10 – Em caso de não pagamento das quantias em dívida respeitantes a créditos salariais decorrentes de trabalho efetivamente prestado, bem como pelo pagamento das despesas necessárias à estada e ao afastamento dos cidadãos estrangeiros envolvidos, a nota de liquidação efetuada no respetivo processo constitui título executivo, aplicando -se as normas do processo comum de execução para pagamento de quantia certa. 11 – Se o infrator for pessoa coletiva ou equiparada, respondem pelo pagamento da coima, solidariamente com aquela, os respetivos administradores, gerentes ou diretores.”

53 LEITE, Inês Ferreira – A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial, o direito contraordenacional. CEJ, 2015. [Consultado em 24/12/2017]. Disponível em: <https://elearning.cej.mj.pt/course/view.php?id=213>, p. 30.

as questões da conexão e da subsidiariedade⁵⁴ apresentadas pudessem procurar indicar um caminho sobre a atuação do Direito Penal e do Contraordenacional, a verdade é que se nos afigura que a grande discricionariedade possibilitada pela escolha da autoridade administrativa que, concomitantemente, acumula poderes de investigação criminal (no exemplo em causa), em enveredar inicialmente pelo processo contraordenacional para depois iniciar um processo criminal⁵⁵ não permite com toda a objetividade constatar onde começa a sobreposição e subsidiariedade de qual dos ramos de atuação do direito. Tomemos o exemplo dado em que a autoridade administrativa constata um determinado número de estrangeiros a trabalhar em determinado local sem a devida habilitação legal – e destaque-se a diferença plasmada no art.º 185.º-A relativamente ao 198.º-A. No primeiro, as menções são vagas: “quem de forma habitual” (n.º 1.º) quererá dizer quantas vezes? Duas? Cem? “Quem utilizar, em simultâneo, a atividade de um número significativo de cidadãos estrangeiros” O que é um número significativo? Mais do que dois? Cem? Contrariamente, no artigo 198.º A, a coima aplicável ao agente está bem especificada, consoante o número de trabalhadores detetados, o que poderia indicar (para consideração do enquadramento do art.º 185.º-A) o que significa um “número considerável”. Mas isso então traria um aporte enviesado ao que é considerado crime, sem que seja completamente objetivo, obrigando o ator judicial a tecer considerações a partir das normas contraordenacionais. Num caso analisado no Tribunal Constitucional⁵⁶, por exemplo, não foi declarada inconstitucional a “norma do artigo 198.º, n.º 2, da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho⁵⁷ (regime jurídico de entrada, permanência, saída e

54 Ver art.º 32.º RGIMOS – “Do direito subsidiário – Em tudo o que não for contrário à presente lei aplicar-se-ão subsidiariamente, no que respeita à fixação do regime substantivo das contraordenações, as normas do Código Penal”. Ver também art.º 41.º do RGIMOS “Direito subsidiário – 1 – Sempre que o contrário não resulte deste diploma, são aplicáveis, devidamente adaptados, os preceitos reguladores do processo criminal. 2 – No processo de aplicação da coima e das sanções acessórias, as autoridades administrativas gozam dos mesmos direitos e estão submetidas aos mesmos deveres das entidades competentes para o processo criminal, sempre que o contrário não resulte do presente diploma”.

55 E o que se diria sobre a possibilidade de ser vice-versa, ainda que sujeito a decisão da autoridade judicial e ainda que esteja previsto no RGIMOS a apensação de processos? Ver, entre outros, art.º 20.º do RGIMOS: “Concurso de infrações – Se o mesmo facto constituir simultaneamente crime e contraordenação, será o agente sempre punido a título de crime, sem prejuízo da aplicação das sanções acessórias previstas para a contraordenação”. Ver também art.º 38.º do RGIMOS- Autoridades competentes em processo criminal – “1 Quando se verifique concurso de crime e contraordenação, ou quando, pelo mesmo facto, uma pessoa deva responder a título de crime e outra a título de contraordenação, o processo de contraordenação cabe às autoridades competentes para o processo criminal. 2 – Se estiver pendente um processo na autoridade administrativa, devem os autos ser remetidos à autoridade competente nos termos do número anterior”. Ver também art.º 40.º do RGIMOS “Envio de processo ao Ministério Público – 1 – A autoridade administrativa competente remeterá o processo ao Ministério Público sempre que considere que a infração constitui um crime. 2 – Se o agente do Ministério Público considerar que não há lugar para a responsabilidade criminal, devolverá o processo à mesma autoridade”.

56 Cfr. Acórdão n.º 360/2011, Diário da República n.º 211/2011, Série II de 2011-11-03, consultado em https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/3280867/details/maximized?p_p_auth=3y0I9G95.

57 Artigo 198.º da Lei n.º 23/2007, de 04 de Julho – “Exercício de atividade profissional não autorizado – 1 – O exercício de uma atividade profissional independente por cidadão estrangeiro não habilitado com a adequada

afastamento de estrangeiros do território nacional)” acerca do exercício de atividade independente por cidadão estrangeiro não habilitado para tal, ainda que tenha decidido não alargar a análise na presente exposição.

Em bom rigor, e segundo o Ac. TRP, de 21/11/2007, proc. N.º 0744369, não deveria haver dificuldades de separação de cada um destes ramos, visto que cada um terá as suas especificidades.

“Retenha-se, desde já, que contrariamente ao que muitas vezes se pretende fazer crer, não são aplicáveis ao processo de contraordenação todas as normas processuais penais que regulam matérias não especificamente reguladas no âmbito deste último domínio, mas apenas e tão só os preceitos reguladores do processo criminal (que até poderiam não ser do Código de Processo Penal) que não colidam com o que resulta do RGCO”.

O que se verifica, no entanto, é uma confluência de pontos comuns que podem fazer perigar a independência de cada uma das atuações, podendo usar a “subserviência” de um face a outro ramo. Ainda assim, o Ac. TRC de 10/03/2012, relativo ao processo 14/12.8TBSEI. C1 apresenta claramente uma outra distinção que se prende com a distinção processual contraordenacional e judicial, no que respeita a fundamentação, exigindo-se “rigor formal” e “prescrição descritiva” unicamente na segunda. Podem, por isso, os agentes do ilícito contraordenacional “não ter conhecimento da proibição abstratamente aplicável, na sua descrição jurídica” mas “possuir a consciência do ilícito relevante para efeitos da culpa”, conforme determinado neste acórdão.

V. A permeabilidade da crimigração no direito contraordenacional e penal

A partir do exposto, e no caso em apreço (tal como na criminalidade económica, ambiental, financeira e infrações rodoviárias), contudo, a dúvida persiste e, nas palavras de Leite⁵⁸, “é na versatilidade da sanção administrativa que reside a verdadeira fonte de tentação do

.....
autorização de residência, quando exigível, constitui contraordenação punível com uma coima de € 300 a € 1200; 2 – Pela prática das contraordenações previstas no número anterior podem ser aplicadas as sanções acessórias previstas nos artigos 21.º e seguintes do regime geral das contraordenações”. O n.º 1 e 2.º do art.º 198.º têm a mesma redação com a atual versão da Lei, introduzida pela Lei n.º 102/2017, de 28 de Agosto, cfr. Diário da República n.º 165/2017, Série I de 2017-08-28, tendo apenas sido acrescentado aos valores das coimas a menção “euro” por extenso: “(euro) 300 a (euro) 1200.

58 LEITE, Inês Ferreira – A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial, o direito contraordenacional. CEJ, 2015. [Consultado em 24/12/2017]. Disponível em: <https://elearning.cej.mj.pt/course/view.php?id=213>, p. 31.

legislador para que qualifique a mesma conduta como crime e contraordenação”, sobretudo de considerássemos aqui as sanções acessórias administrativas. Tal constatação poder-nos-ia remeter para uma “dupla punição ou duplo julgamento” de um determinado facto previsto concomitantemente como infração criminal e administrativa contraordenacional. No caso dos estrangeiros, tal penderia como argumento da instalação de políticas crimigratórias, referenciadas na realidade norte-americana por Stumpf, em 2006 (vide Guia⁵⁹) com tentáculos fortemente instalados na Europa desde o início do século XXI (ainda que em Portugal sentida de forma muito ténue, face à desarmonização de políticas migratórias no seio dos Estados -membros da União Europeia). Nos Estados Unidos da América as políticas cunhadas de “crimigração” preveem que o Direito Administrativo se possa mesclar em soluções mistas com as do Direito Penal ao serviço da exclusão dos imigrantes da sociedade, em termos da criminalização da sua entrada ou permanência irregulares.

“As Leis de Imigração [norte-americanas] sofreram uma evolução que partiu de um processo administrativo primariamente civil para o sistema actual, o qual se encontra profundamente interligado com a Lei Penal. No início, as Leis de Imigração cruzavam-se com a Lei Penal apenas ao negarem a entrada a indivíduos com antecedentes criminais”⁶⁰.

Stumpf refere os três níveis a partir dos quais as práticas crimigratórias se têm feito sentir nos EUA: num primeiro a partir da sobreposição da Lei de Imigração e da Lei Penal na substância; num segundo a nível da aplicação da *law in action*, sendo que a lei de Imigração se assemelha crescentemente à da lei Penal e por último refere esta autora a adaptação de características penais às leis de imigração, dando o exemplo apresentado por Miller⁶¹ que menciona mais de vinte e cinco secções que compõem o *Immigration and Nationality Act* onde se enumeram condutas puníveis na lei penal e de imigração.

59 GUIA, Maria João – Imigração, ‘Crimigração’, e Crime Violento. Os Reclusos Condenados e as Representações sobre Imigração e Crime. Tese de Doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI. Universidade de Coimbra: Coimbra, 2015.

60 STUMPF, Juliet – A Crise da Crimigração. In A Emergência da Crimigração. Coimbra: CINETS, 2012, p. 35. *Ver Act of Mar. 3, 1875, ch. 141, § 5, 18 Stat. 477* (que barra a entrada a pessoas condenadas por crimes de direito comum); Kanstroom, em 1908 (onde é observado que o enfoque das primeiras leis coloniais e estaduais era a exclusão de criminosos condenados, e não a deportação de cidadãos estrangeiros por envolvimento em conduta criminosa após a entrada). As primeiras leis estaduais a banir a entrada de criminosos condenados eram particularmente dirigidas aos indivíduos responsáveis pela entrada do criminoso, e não ao estrangeiro cadastrado.

61 MILLER, Teresa – Citizenship & Severity: Recent Immigration Reforms and the New Penology. In Georgetown Immigration Law Journal. Washington. ISSN 0891-4370. V. 17, 2003.

O panorama instalado nos diversos Estados-membros da UE no que respeita à implementação de medidas regulamentadoras da imigração, nomeadamente a partir da transposição da Diretiva 2002/90/CE do Conselho, de 28 de Novembro de 2002 na introdução da criminalização do auxílio à entrada e permanência ilegal de estrangeiros e das normas relativas à criminalização do auxílio à imigração ilegal, e seus posteriores desenvolvimentos nesta área, implicou diferenças entre os diversos ordenamentos jurídicos nacionais de cada Estado-membro: alguns legislaram a pena de prisão para os factos (a partir do Direito penal), outros apenas a coima (direito contraordenacional) e ainda outros usando uma solução mista⁶².

Por outro lado, a Diretiva 2008/115/CE prevê outras medidas aplicáveis a estrangeiros, onde consta a detenção que pode ser ordenada por autoridade administrativa ou judicial, dependendo do caso e da transposição que cada Estado-membro tenha feito no ordenamento jurídico de cada legislação.

“Art.º 15.º da Diretiva 2008/115/CE – Capítulo IV Detenção para efeitos de afastamento – Artigo 15.º – Detenção “A menos que no caso concreto possam ser aplicadas com eficácia outras medidas suficientes mas menos coercivas, os Estados-Membros só podem manter detidos nacionais de países terceiros objeto de procedimento de regresso, a fim de preparar o regresso e/ou efetuar o processo de afastamento, nomeadamente quando: a) Houver risco de fuga; ou b) O nacional de país terceiro em causa evitar ou entravar a preparação do regresso ou o procedimento de afastamento. A detenção tem a menor duração que for possível, sendo apenas mantida enquanto o procedimento de afastamento estiver pendente e for executado com a devida diligência. 2. A detenção é ordenada por autoridades administrativas ou judiciais. A detenção é ordenada por escrito com menção das razões de facto e de direito”.

Não sendo minha intenção aqui ater-me sobre a detenção de estrangeiros, não posso deixar de salientar que este é um ponto em que o Direito Administrativo e Penal voltam a confluir numa perturbação ‘crimigratória’ que tem levantado controvérsia até ao presente momento. Para se entender o alcance de tal preocupação, deixarei aqui apenas uma citação

62 Segundo o relatório da FRA (2014: 9), o crime de auxílio à imigração ilegal é punido com pena de prisão até 14 anos no Reino Unido ou até 10 anos na Grécia e as coimas variam entre os €78,000 na Holanda e os € 100,00 em Espanha, sendo em ambos Estados-membros apenas punível se tal implicar fim lucrativo.

de Stumpf da realidade norte-americana relativamente às detenções de estrangeiros como “castigo”⁶³, tema preocupante e atual cada vez mais premente de reflexão:

“O Acto Legislativo Patriótico, aprovado em 2001, autorizou o Procurador-Geral a deter cidadãos estrangeiros sem acusações criminais durante sete dias⁶⁴. No entanto, detenções⁶⁵ mais longas rapidamente se tornaram a regra, com base na ampliação de regras administrativas que passaram a permitir a detenção sem acusações durante “um período razoável de tempo”, sob circunstâncias extraordinárias”⁶⁶.

Engbersen atribuiu o epíteto à “Europa Panóptica”, aferindo a vertente foucaultiana da “correção de comportamentos”, mas sobretudo por se transformar recentemente numa “fábrica de exclusão” de “pessoas habituadas ao seu estatuto de excluídos”⁶⁷. Uma lacuna identificada nos estudos sobre o fenómeno da ‘crimigração’ por Van der Leun e Van der Woude (2012) é a predominância do recurso à perspetiva jurídica, limitação essa que se propõem ultrapassar, na senda de Aas, redefinindo a ‘crimigração’ como “o entrelaçar do controlo da criminalidade e do controlo da imigração” o que obrigou a reflexões sociais⁶⁸.

63 Daniel Kanstroom (Deportation, Social Control, and Punishment: Some Thoughts About Why Hard Laws Make Bad Cases. In *Harvard Law Review*. Cambridge. ISSN 0017-811X. V. 113, 2000) “descreve a forma como a deportação, interpretada através da teoria da Lei Penal, é aplicada como um castigo penal que incapacita o deportado, dissuade potenciais transgressores e aplica uma retribuição). Os cidadãos estrangeiros que se encontram a aguardar procedimentos de imigração ou de remoção estão muitas vezes detidos no mesmo sistema e sob as mesmas condições que os reclusos que se encontram a cumprir penas. Talvez o paralelo mais lógico para o encarceramento seja a deportação, já que ambos são utilizados como soluções no caso de indivíduos que tenham violado a Lei de Imigração ou a Lei Penal” (STUMPF, Juliet – *The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime & Sovereign Power*. Lewis & Clark Law School, 2006. Disponível em: <http://www.wcl.american.edu/journal/lawrev/56/stumpf.pdf?rd=1>).

64 Ver AKRAM, Susan M.; KARMELY, Maritza – Immigration and Constitutional Consequences of Post-9/11 Policies Involving Arabs and Muslims in the United States: Is Alienage a Distinction Without a Difference?. In *UC Davis Law Review*. Davis. ISSN 0197-4564. V. 38, 2005, enumerando as várias disposições encontradas no Acto Legislativo Patriótico e que visam especificamente cidadãos de origem árabe e muçulmana.

65 Miller (Citizenship & Severity: Recent Immigration Reforms and the New Penology. In *Georgetown Immigration Law Journal*. Washington. ISSN 0891-4370. V. 17, 2003) refere que o “objectivo da detenção no contexto da imigração é assegurar que o cidadão estrangeiro se encontre presente nas audiências administrativas, e garantir a sua rápida remoção do país. Mas, mesmo que a privação da liberdade não constitua uma sentença no sentido penal, ela assemelha-se a um castigo penal.

66 STUMPF, Juliet – A Crise da Crimigração. In *A Emergência da Crimigração*. Coimbra: CINETS, 2012, p. 53.

67 GUIA, Maria João; PEDROSO, João – A insustentável resposta da “crimigração” face à irregularidade dos migrantes: uma perspetiva da união europeia. In *REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*. Brasília. ISSN 1980-8585. A. XXIII, N.º 45, 2015.

68 Cfr Guia e Pedroso (GUIA, Maria João; PEDROSO, João – A insustentável resposta da “crimigração” face à irregularidade dos migrantes: uma perspetiva da união europeia. In *REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*. Brasília. ISSN 1980-8585. A. XXIII, N.º 45, 2015, p. 138-139), “À esfera jurídica definida por Stumpf (que identifica a convergência da Lei da Imigração e da Lei Penal, com a aproximação dos respetivos aspetos processuais e aplicação de leis), que as autoras classificam como “manifestações exteriores e visíveis

VI. Conclusões

O presente artigo aborda uma problemática atual, que evoluiu de forma rápida e algo perigosa numa crescente fiscalização do Estado relativamente às atividades dos cidadãos, nomeadamente dos estrangeiros, a partir de uma vertente regulamentadora imposta pelo Direito em franca expansão desde meados do século passado. É apresentada uma perspetiva convergente do direito sancionatório, penal e de estrangeiros numa esquizofrenia duvidosa, a partir da emergência de políticas ‘crimigratórias’ descritas a partir da realidade norte-americana e com um potencial transplante para a realidade europeia, sentindo-se já a partir das medidas díspares da transposição de diretivas europeias no campo da imigração, nomeadamente da gestão da irregularidade de estrangeiros no seio da União Europeia. Assim, as diferenças sentidas na factualidade considerada ilícitos de mera ordenação social e a que tem vindo a ser crescentemente incluída enquanto factualidade criminal, prevista e punida por lei (ou até soluções mistas, como as que brevemente foram abordadas) trazem à luz problemas prementes para reflexão, sobretudo no que concerne a potencial lesão de direitos fundamentais e a desarmonização de medidas europeias pelos diversos Estados-membros. É necessário estar atento. É necessário pensar qual a Europa que queremos construir e em que queremos viver. Começa com a análise das medidas em vigor. Estaremos a permitir a atuação sancionatória do Direito Administrativo ao serviço de uma crescente criminalização e exclusão? Ou será Portugal uma exceção, analisando-se o direito contraordenacional de estrangeiros? Questões das quais decorrem muitas outras e que exigem reflexão.

Bibliografia

- AKRAM, Susan M.; KARMELY, Maritza – Immigration and Constitutional Consequences of Post-9/11 Policies Involving Arabs and Muslims in the United States: Is Alienage a Distinction Without a Difference?. In UC Davis Law Review. Davis. ISSN 0197-4564. V. 38, 2005, p. 634-35.
- CASTLES, Stephen; MILLER, Mark – The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World. 2nd ed. London: Macmillan, 1998.
- CORREIA, Eduardo – Direito Penal e Direito de mera ordenação social. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. ISSN 0303-9773. V. 49, 1973, p. 257-281.

.....

assumidas pelo Estado” de forma consciente, junta-se um complexo processo social que contribui para a construção do conceito de criminalidade e de estereótipos que lhe servem de base. Para as autoras, esta complexidade da análise é essencial para o desenvolvimento de estudos comparativos e interdisciplinares sobre o fenómeno, que em si também é dinâmico e transfronteiriço e que se manifesta de forma diferente em vários países. É, assim, essencial compreender de que forma conceitos como *criminalidade* e *imigração* são enquadrados e introduzidos na esfera social e política e que tipo de discursos suscitam em ambas, já que são estas esferas que formam a base sobre a qual a dimensão jurídica é construída, para funcionar como uma “arma de controlo social”.

- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS [FRA] – Criminalisation of Migrants in an Irregular Situation and of Persons Engaging with them. Luxembourg: Publications Office, 2014.
- GUIA, Maria João – As Fronteiras da Imigração, Crime e Crimigração in “Fronteiras”. In Fronteiras. Instituto Internacional Casa de Mateus: IICM, 2013, p. 30-38.
- Imigração, ‘Crimigração’, e Crime Violento. Os Reclusos Condenados e as Representações sobre Imigração e Crime. Tese de Doutoramento em Direito, Justiça e Cidadania no Século XXI. Universidade de Coimbra: Coimbra, 2015.
- GUIA, Maria João; PEDROSO, João – A insustentável resposta da “crimigração” face à irregularidade dos migrantes: uma perspetiva da união europeia. In REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana. Brasília. ISSN 1980-8585. A. XXIII, N.º 45, 2015, p. 129-144.
- JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, de 14 de junho de 1985 assinada em Schengen em 19 de junho de 1990. Acervo de Schengen, tal como referido no n.º 2 do artigo 1.º da Decisão 1999/435/CE do Conselho de 20 de Maio de 1999. [Consultado em: 18/12/2017]. Disponível em: http://www.refugiados.net/cidadavirtual/legislacao/leis/conv_schengen_decis_com_exec.pdf.
- KANSTROOM, Daniel – Deportation, Social Control, and Punishment: Some Thoughts About Why Hard Laws Make Bad Cases. In Harvard Law Review. Cambridge. ISSN 0017-811X. V. 113, 2000, p. 1890-1935.
- LEITE, Inês Ferreira – A autonomização do direito sancionatório administrativo, em especial, o direito contraordenacional. CEJ, 2015. [Consultado em 24/12/2017]. Disponível em: <https://elearning.cej.mj.pt/course/view.php?id=213>.
- MARTINS, Licínio Lopes – A actividade sancionatória da Administração e o novo Código do Procedimento Administrativo. In Comentários ao Novo Código do Procedimento Administrativo – V. III. 3.ª ed. Lisboa: AAFDL, 2016.
- Sumários desenvolvidos de apoio às aulas, policopiados. Coimbra: FDUC, 2017.
- MILLER, Teresa – Citizenship & Severity: Recent Immigration Reforms and the New Penology. In Georgetown Immigration Law Journal. Washington. ISSN 0891-4370. V. 17, 2003, p. 611-666.
- PEREIRA, António Beça – Regime Geral das Contraordenações e Coimas Anotado. 6.ª ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- PORTUGAL. Serviço de Estrangeiros e Fronteiras – Nota à Comunicação Social – Taxas aplicadas pelo SEF no âmbito da Lei de Estrangeiros. [Consultado em: 28/12/2017]. Disponível em: http://www.sef.pt/portal/v10/PT.aspx/noticias/Noticias_Detalhe.aspx?id_linha=5024.
- STUMPF, Juliet – A Crise da Crimigração. In A Emergência da Crimigração. Coimbra: CINETS, 2012.
- The Crimmigration Crisis: Immigrants, Crime & Sovereign Power. Lewis & Clark Law School, 2006. Disponível em: <http://www.wcl.american.edu/journal/lawrev/56/stumpf.pdf?rd=1>.