

WORKING PAPER

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL SOBRE MIGRAÇÕES E DIREITOS HUMANOS

Porto, Dezembro de 2015

DIREITOS HUMANOS E VIOLÊNCIA Uma abordagem hermenêutica dos direitos de asilo e de (e/i)migração

Luís Filipe Guerra¹

RESUMO:

Do ponto de vista do seu sentido e fundamento, os direitos humanos não são um fim em si mesmo, mas sim um instrumento jurídico para proteger os indivíduos de todas as formas de violência, promovendo a liberdade e a igualdade de oportunidades.

A violência, entendida como a negação da intencionalidade dos outros, pode expressar-se sob a forma física, económica, racial, religiosa, sexual e psicológica.

Assim, cada um dos direitos humanos responde a uma dada situação de violência latente ou potencial, prevenindo-a. Ou dito de outro modo, a cada forma de violência sobre o ser humano corresponde um direito do mesmo, como forma de a prevenir e reprimir. Por sua vez, a repressão das violações dos direitos humanos depende da maior ou menor justiciabilidade destes nos ordenamentos jurídicos nacionais ou regionais e, em última instância, dos mecanismos de controlo previstos nos tratados internacionais adotados no seio da Organização das Nações Unidas.

Entre esses direitos humanos contam-se o direito de asilo e o direito de emigrar.

¹ Relator do Observatório dos Direitos Humanos e membro da respetiva Comissão Executiva enquanto representante do Centro de Estudos e Ações Humanistas – Movimento Humanista. Juiz de Paz, com antecedentes profissionais como advogado e mediador de conflitos. E-mail: guerra.luisfilipe@gmail.com

O direito de asilo pretende dar proteção aos indivíduos sujeitos à violência física, racial, religiosa, sexual e psicológica no interior de um Estado quando não possam recorrer ao mesmo para pôr fim à perseguição de que são alvo, e está consagrado expressamente não apenas no artigo 14º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) como também, implicitamente, na Convenção de Genebra de 28/07/1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados e no Protocolo Adicional de 31/01/1967 relativo ao mesmo. Por sua vez, na ordem jurídica nacional, o direito de asilo encontra-se consagrado no artigo 33º, nº 8 da Constituição da República Portuguesa e regulado na Lei nº 27/2008, de 30 de Junho.

O direito de emigrar não resulta expressamente dos tratados internacionais, mas pode inferir-se dos artigos 13º, nº 2 da DUDH e 12º, nº 2 e 13º do Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), e fundamentar-se no facto desse direito constituir uma resposta à violência económica, especialmente quando não seja possível escapar à mesma no interior do próprio país.

Existindo enquanto direitos humanos, as restrições legais aos mesmos só podem ter como finalidade promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática, não podendo eliminar ou destruir os mesmos (cfr. artigo 29º, nº 2 e 30º da DUDH e artigo 5º do PIDCP). Para isso, essas restrições devem ser adequadas, necessárias e proporcionais ao fim em vista.

Esse facto tem consequências importantes, porque impõe aos Estados a adoção das medidas legislativas adequadas a dar efeito a esses direitos, bem como a garantia de recurso jurisdicional efetivo contra as suas violações, mesmo quando estas partam de agentes do Estado em funções.

PALAVRAS-CHAVE: direitos, humanos, violência, asilo, emigração.

ABSTRACT:

From the point of view of its meaning and foundation, human rights are not an end in themselves, but rather a legal instrument to protect individuals from all forms of violence, promoting freedom and equal opportunities.

Violence, understood as the denial of the intentionality of others, can be expressed in physical, economic, racial, religious, sexual and psychological forms.

Thus, each of the human rights responds to a given latent or potential violent situation, trying to prevent it. Or in other words, each form of violence against the human being matches to a right of this one, as a way to prevent and suppress it. In turn, the repression of human rights violations depends on the greater or lesser justiciability of the national or regional legal systems and, ultimately, of the mechanisms of control provided for in international treaties adopted within the United Nations.

Among these human rights are the right to asylum and the right to emigrate.

Asylum intended to give protection to individuals subject to physical, racial, religious, sexual and psychological violence within a state when they cannot use the same to stop the persecution they suffer, and is enshrined expressly not only on Article 14 of the Universal Declaration of Human Rights (UDHR) as well as the Geneva Convention of 28.07.1951 on the Status of Refugees and its Additional Protocol of 31.1.1967 relating to the same. In turn, in the national legal system, the right to asylum is enshrined in Article 33, paragraph 8 of the Portuguese Constitution and regulated by Law No. 27/2008 of 30 June.

The right to emigrate is not expressly stated in international treaties, but can be inferred from Articles 13, paragraph 2 of the UDHR and 12, 2 and 13 of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) and is based on the fact this right constitutes a response to the economic violence, especially when it is not possible to escape from it in one's own country.

Existing as human rights, legal restrictions on them can only be aimed at promoting recognition and respect for the rights and freedoms of others and meeting the just requirements of morality, public order and the general welfare in a democratic society, and they cannot eliminate or destroy them (cfr. Articles 29, paragraph 2, and 30 of the UDHR and Article 5 of the ICCPR). For this, these restrictions must be appropriate, necessary and proportionate to the aim pursued.

This has important consequences, because it requires States to adopt appropriate legislative measures to give effect to these rights and to effective judicial appeal against their violations, even when they come from state officials in duty.

KEYWORDS: rights, human, violence, asylum, migration

1. Introdução:

Muito se tem escrito sobre o sentido e o fundamento dos direitos humanos, procurando fundá-los na natureza humana², na dignidade³, na liberdade e/ou na igualdade⁴, nas aptidões ou recursos humanos⁵, no contrato social⁶, no consenso das nações⁷ ou no costume internacional⁸. Essa questão não é de somenos importância porque coloca o referente a partir do qual se deve interpretar o sentido e o alcance das normas que consagram os direitos humanos⁹. Pela nossa parte, entendemos que os direitos humanos se inscrevem num intento evolutivo para superar os fatores que causam dor e sofrimento ao ser humano. Esse intento evolutivo teve a sua tradução no mundo do Direito, de acordo com o momento histórico¹⁰, e daí a sua expressão normativa vigente até ao momento atual. Trata-se de um impulso libertador que arranca desde há muito tempo, quando o ser humano se rebelou contra o seu próprio instinto de sobrevivência, os seus reflexos condicionados, e se aproximou do fogo para aprender a conservá-lo, a produzi-lo e a usá-lo para seu benefício, movido por uma imagem de futuro auspiciosa¹¹. E que continua hoje a mover o ser humano na direção das suas melhores aspirações, apesar

² É o caso do chamado jusnaturalismo, de que são expoentes, cada um a seu modo, Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) e Jean Jacques Rousseau (1712-1778).

³ Cfr., entre outros, J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª edição. Coimbra, Almedina, 2004, pág. 83.

⁴ A liberdade e a igualdade já estavam presentes na trilogia revolucionária de 1789, em França, a par da fraternidade, mas, ainda que assim não fosse, é evidente que os direitos civis e políticos, de inspiração liberal, têm subjacente uma ideia de liberdade, enquanto os direitos económicos, sociais e culturais, de inspiração socialista ou social-democrata, assentam numa ideia de igualdade ou, ao menos, de igualdade de oportunidades, respetivamente.

⁵ Cfr. Martha Nussbaum, *Capabilities and Human Rights*, in Patrick Hayden (org.), *The Philosophy of Human Rights*, St. Paul, Paragon House, 2001, págs. 212 e ss.

⁶ Embora a ideia de contrato social já estivesse presente nos pensadores jusnaturalistas iluministas, John Rawls (1921-2002) retomou-a e reformulou-a para fundamentar os direitos humanos na contemporaneidade no seu livro “Uma Teoria da Justiça” (1971).

⁷ Cfr. Norberto Bobbio. *A Era dos Direitos*. Campus. Rio de Janeiro, 1992.

⁸ O costume é uma fonte de direito internacional reconhecida na doutrina, havendo quem procure fundar a força cogente dos direitos humanos no mesmo.

⁹ Cfr. João Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra, Almedina, 2014, pág. 205 e ss.

¹⁰ Historicamente, a génese dos direitos humanos radica-se no espaço cultural ocidental, encontrando os seus antecedentes em documentos como “A Magna Carta” (1215) e o “Bill of Rights” (1628) ingleses, bem como no conceito de direito natural desenvolvido pelo jurista holandês Hugo Grotius (1583-1645), que haveria de influenciar a Declaração de Independência dos EUA (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) através dos pensadores jusnaturalistas acima mencionados. Além disso, em 1948, aquando da aprovação da DUDH no seio da ONU, o mundo contava com poucas nações soberanas de regiões culturais diversas, uma vez que as potências europeias ocidentais mantinham ainda os seus impérios coloniais e os países americanos tinham forte influência cultural daquelas. Essa génese, porém, não escamoteia o facto da DUDH se ter entretanto universalizado mediante a sua posterior subscrição pelos novos países independentes que se foram formando na segunda metade do século XX.

¹¹ Cfr. Silo, *Obras Completas, Vol. I, Contribuciones al Pensamiento*. Madrid, Ediciones Humanistas, 1998, pág. 289/290.

dos avanços e retrocessos, dos sucessos e dos reveses, do temor e do calculismo. Assim, o sentido das normas conformadoras dos direitos humanos é o de proteger a pessoa humana de todas as formas de violência. Desse modo, podemos dizer que os direitos humanos não são um fim em si mesmo, mas sim um instrumento jurídico para proteger os indivíduos de todas as formas de violência, promovendo a liberdade e a igualdade de oportunidades.

Como dizia Silo (1938-2010), “a dor física retrocederá na medida em que avance a sociedade e a ciência. O sofrimento mental retrocederá na medida em que avance a fé na vida, isto é, na medida em que a vida tenha um sentido”¹². Ora, a violência pode ter uma expressão física (guerras, agressões e maus tratos), económica (pobreza, desemprego e exploração), racial (discriminação em função da raça ou grupo étnico), religiosa (discriminação em função do credo religioso ou do ateísmo), sexual (discriminação em função do género ou da orientação sexual) e psicológica (censura, coação, manipulação, difamação, etc.), tendo em comum a negação da intencionalidade de outros, entendida como liberdade de escolha. Nessa medida, a violência é fonte de dor e de sofrimento. Assim, cada um dos direitos humanos responde a uma dada situação de violência latente ou potencial, prevenindo-a. Ou dito de outro modo, a cada forma de violência sobre o ser humano corresponde um direito do mesmo, como forma de a prevenir e reprimir¹³. Aliás, a não-violência como referente dos direitos humanos, interpretada de acordo com a regra de ouro da ética¹⁴, tem a vantagem de facilitar o diálogo intercultural, uma vez que cada cultura tem ou teve no seu processo histórico diferentes formulações da mesma¹⁵.

Ora, no leque dos direitos humanos reconhecidos internacionalmente contam-se o direito de asilo e o direito de emigrar.

2. Direito de asilo e direito de emigrar

¹² In *Obras Completas, Vol. I. Humanizar la Tierra*. Madrid, Ediciones Humanistas, 1998, pág. 74 (tradução livre).

¹³ O contraponto à violência não é exclusivo dos direitos civis e políticos, também conhecidos como “direitos de defesa”, mas faz-se sentir mais fortemente nos mesmos. Ainda assim, também é possível descortinar esse referente no caso dos direitos económicos, sociais e culturais, também chamados “direitos a prestações positivas”, na medida em que a ausência de assistência médico-medamentosa, de instrução, de trabalho e de proteção social constituem igualmente manifestações da violência nas suas diferentes formas.

¹⁴ Referimo-nos ao princípio moral “trata os outros como queres ser tratado”.

¹⁵ Cfr. Silo. *Obras Completas, Vol. II, Diccionario del Nuevo Humanismo*. Madrid, Ediciones Humanistas, 2002, pág. 584. Esta questão tem a sua importância e atualidade por força da crítica do relativismo cultural à pretendida universalidade dos direitos humanos.

De acordo com o ponto de vista acima adotado, o direito de asilo pretende dar proteção aos indivíduos sujeitos à violência física, racial, religiosa, sexual e psicológica no interior de um Estado quando não possam recorrer ao mesmo para pôr fim à perseguição de que são alvo, e está reconhecido expressamente não apenas no artigo 14º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) como também implicitamente na Convenção de Genebra de 28/07/1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados e no Protocolo Adicional de 31/01/1967 respeitante a este. Por sua vez, na ordem jurídica nacional, o direito de asilo encontra-se consagrado no artigo 33º, nº 8 da Constituição da República Portuguesa e regulado na Lei nº 27/2008, de 30 de Junho.

Por sua vez, o direito de emigrar não resulta expressamente dos tratados internacionais, mas pode-se inferir dos artigos 13º, nº 2 da DUDH e 12º, nº 2 e 13º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP). Muito embora esse direito tenha sido positivado no quadro do início da guerra fria, providenciando uma proteção ao indivíduo em relação ao seu próprio Estado, mediante a garantia da liberdade de circulação, nas circunstâncias históricas atuais torna-se necessário ampliar o seu âmbito de proteção. Na verdade, o direito de emigração só se completa se existir um direito de imigração, uma vez que já não existem no planeta terras inexploradas ou, pelo menos, sem estarem sujeitas à soberania estatal. Ora, a garantia de liberdade de circulação num mundo de fronteiras fechadas não tem conteúdo mínimo. E um direito sem conteúdo mínimo é o mesmo que nada. Por outro lado, procurando o direito de asilo responder à violência física, racial, religiosa, sexual e psicológica, não existe uma resposta específica, no plano dos direitos, na ordem internacional, para os casos de violência económica. Ora, o direito a (e/i)migrar pode justamente fundamentar-se no facto de constituir uma resposta à violência económica, sobretudo quando não seja possível escapar à mesma no interior do próprio país¹⁶. Esta necessidade pode ser especialmente premente em casos de catástrofes naturais causadoras de privação de meios de subsistência, que não cabem no direito de asilo ou de proteção subsidiária. De resto, as alterações climáticas estão a provocar situações desse tipo que não cabem forçosamente no conceito de catástrofe natural, dado não terem carácter pontual.

¹⁶ Esta abordagem permite superar a objeção feita aos imigrantes, nomeadamente por contraponto aos refugiados, assente no facto da motivação dos primeiros ser económica, para lhes negar quaisquer direitos, ao contrário do que acontece em relação aos segundos, sem prejuízo de se poderem justificar diferentes âmbitos de proteção de uns e outros, consoante o grau de exposição à violência a que estão submetidos.

Sabendo, porém, que na dogmática dos direitos fundamentais o âmbito de proteção dos mesmos pode variar, em função da técnica legislativa utilizada para os reconhecer ou garantir¹⁷, importa deter-se um pouco mais em cada uma destas figuras no sentido de definir os seus contornos, tal como resultam dos textos normativos que as preveem, até para compreender o que temos e o que falta ainda fazer no sentido do seu pleno reconhecimento.

2.1. Direito de asilo

Como se dizia acima, o direito de asilo está consagrado expressamente não apenas no artigo 14º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) como também parcialmente na Convenção de Genebra de 28/07/1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados e no Protocolo Adicional de 31/01/1967 respeitante a este.

Por sua vez, na ordem jurídica nacional, o direito de asilo encontra-se consagrado no artigo 33º, nº 8 da Constituição da República Portuguesa e regulado na Lei nº 27/2008, de 30 de Junho.

Porém, no plano internacional, não se pode falar (ainda) de um direito de asilo como um direito subjetivo individual oponível aos Estados. Em primeiro lugar, por força do carácter não vinculativo da DUDH e da ausência de referência ao direito de asilo no PIDCP. Em segundo lugar, porque ainda que a mesma tivesse força vinculativa, por remissão implícita da Carta das Nações Unidas, não resulta do texto daquela declaração qualquer dever jurídico para os países de acolhimento, mas apenas um direito a obter e a beneficiar de asilo para os indivíduos. Por outro lado, a Convenção de Genebra de 1951 e o Protocolo Adicional de 1967 não se referem a direito de asilo, mas apenas ao estatuto de refugiado, reconhecendo a este somente o direito ao *non-refoulement*, isto é, o direito de não ser devolvido ao país onde se era vítima de perseguição¹⁸. Deste modo, a concessão de asilo surge ainda como uma prerrogativa do Estado.

Por outro lado, o Estatuto do Refugiado, consagrado por aquela convenção, contempla apenas os casos de receio fundado de perseguição em virtude da raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das opiniões políticas, quando alguém

¹⁷ Cfr. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição. Coimbra, Almedina, 2003, págs. 1253-1268.

¹⁸ Cfr. Andreia Sofia Pinto Oliveira, *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa – Âmbito de Proteção de um Direito Fundamental*. Coimbra, Coimbra Editora, 2009, págs. 62-69.

se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país (incluindo ainda os residentes habitualmente em país diferente da sua nacionalidade), deixando de fora os casos de agressões, ocupação externa, dominação estrangeira, violência generalizada, graves perturbações da ordem pública e de violação massiva dos direitos humanos.

Estas situações têm, contudo, um tratamento mais ou menos homogêneo na Convenção da Organização de Unidade Africana, de 1969, e na Declaração de Cartagena das Índias sobre os refugiados, de 1984, que assimilaram no conceito de refugiado quer umas quer outras situações, estabelecendo um novo padrão internacional de proteção, mas apenas de vigência regional.

Ao nível europeu, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), adotada no Conselho da Europa, é omissa quanto ao direito de asilo, tendo este vindo a ser progressivamente construído por via jurisprudencial, com base num mecanismo de proteção por ricochete. Na prática, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), valendo-se do princípio da dignidade humana e de outros direitos consagrados na CEDH, tem vindo a limitar os poderes dos Estados sobre os estrangeiros presentes no seu território, nomeadamente para efeitos de expulsão do respetivo território¹⁹.

Por sua vez, a União Europeia incorporou por meio do Tratado de Lisboa (2007) a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia nos seus tratados constitutivos, a qual prevê expressamente o direito de asilo. Porém, já antes, a União Europeia tinha produzido um conjunto de diretivas e regulamentos relevantes que impõem normas mínimas comuns para o tratamento dos pedidos de asilo e o acolhimento de refugiados nos Estados-membros e que em Portugal foram incorporadas na Lei n.º 27/2008, de 30 de Junho²⁰. Neste domínio, merece destaque, tendo nomeadamente em conta a atual crise de refugiados sírios, a consagração da proteção subsidiária, por motivos humanitários, para casos de afluxo massivo de refugiados que não sejam elegíveis para beneficiar do direito de asilo, bem como o mecanismo de repartição equilibrada pelos Estados-membros do esforço de acolhimento destas pessoas.

¹⁹ Cfr. Andreia Sofia Pinto Oliveira, obra citada, pág. 67.

²⁰ Referimo-nos às Diretivas n.º 2001/55/CE, do Conselho, de 20 de Julho; n.º 2003/9/CE, do Conselho, de 27 de Janeiro; n.º 2004/83/CE, do Conselho; n.º 2005/85/CE, do Conselho, de 1 de Dezembro; n.º 2011/95/UE, do Conselho, de 13 de dezembro; n.º 2013/32/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho; e n.º 2013/33/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho, bem como ao Regulamento 343/2003, de 18 de Fevereiro.

A nível nacional, a Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra o direito de asilo como um direito fundamental, inscrevendo-o no leque de direitos, liberdades e garantias²¹. Porém, o direito de asilo não se esgota num direito de defesa, tendo também uma dimensão de direito a prestações positivas do Estado²². Aliás, podem mesmo descortinar-se três dimensões no direito de asilo, genericamente considerado: “*uma dimensão internacional, enquanto direito dos Estados a acolher e dar refúgio a quem seja perseguido ou ameaçado de perseguição por outro Estado; uma dimensão pessoal, enquanto direito subjetivo do perseguido a obter refúgio e asilo noutra Estado e a não ser remetido para o país de onde provém; e uma dimensão constitucional objetiva, enquanto meio de proteção dos valores constitucionais da «democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana»*”.²³

A previsão da norma constitucional é mais restritiva do que a do Estatuto do Refugiado, mas não obsta a que o legislador ordinário amplie a concessão de asilo a outros casos, como acontece na citada Lei nº 27/2008, de 30 de Junho (cfr. artigo 3º), não podendo, contudo, negar ou restringir essa proteção nas hipóteses especialmente previstas na Constituição.²⁴

Por outro lado, tratando-se de um direito subjetivo, o requerente de direito de asilo beneficia de tutela jurisdicional efetiva²⁵.

Finalmente, deve realçar-se que a titularidade do direito fundamental de asilo, tal como conformado pelo legislador português, depende da presença em território nacional (cfr. artigo 15º, nº 1 da CRP), embora o Estado esteja obrigado a conceder a proteção internacional a quem lha requeira fora das fronteiras nacionais, nomeadamente quanto ao direito de *non-refoulement*.

2.2. Direito de (e/i)migração

²¹ O artigo 33º, nº 8 tem o seguinte teor: “É garantido o direito de asilo aos estrangeiros e aos apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição, em consequência da sua atividade em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana.”

²² Cfr. artigo 51º e ss. da Lei nº 27/2008, de 30 de Junho.

²³ Cfr. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pág. 535/536.

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Cfr. Andreia Sofia Pinto Oliveira, obra citada, pág. 136-140.

O direito de emigração configura-se, literalmente, como uma garantia de liberdade de circulação (direito de abandonar o seu país e de regressar a ele). Porém, por via de uma interpretação extensiva ou mesmo enunciativa²⁶, é possível chegar a considerar que o mesmo contém em si também o direito de entrar noutra país (de imigrar), com recurso ao seu referente hermenêutico, como já se viu.

No entanto, o direito de imigrar desdobra-se, por um lado, no direito de entrar em país estrangeiro e, por outro, no de aí se estabelecer. Ora, a garantia da liberdade de circulação abarca, do ponto de vista literal, somente a primeira dimensão. Todavia, no quadro dos tratados da União Europeia, por exemplo, a liberdade de circulação e o direito de estabelecimento dos cidadãos europeus constituem um binómio indissociável, não fazendo sentido uma sem o outro, embora sujeitos a condições. Esta implicação mútua da liberdade de circulação e do direito de estabelecimento no direito europeu cria um precedente interpretativo importante para fixar o sentido e o alcance do direito a (e/i)migrar. Ou seja, não há verdadeira garantia da liberdade de circulação sem direito de estabelecimento. Porém, importa reconhecer que essa interpretação não encontra (ainda) um claro apoio na letra das normas de direito internacional no que respeita aos cidadãos estrangeiros não-europeus.

De facto, o direito de imigrar é um direito ainda em construção, apesar de ter já algumas dimensões positivadas, como decorre do artigo 13º do PIDCP (proibição de expulsão de estrangeiro em situação regular). Paralelamente, nomeadamente por via jurisprudencial, no quadro da CEDH, têm sido criadas posições jurídicas subjetivas a favor dos imigrantes, ainda que em situação irregular, como resultado da limitação dos poderes dos Estados para proceder à sua expulsão, quando isso ponha em causa o princípio da dignidade ou o respeito pela vida familiar. Nesse contexto, por via legal, também se tem avançado no mesmo sentido, como resulta dos artigos 135º e 143º da Lei nº 23/2007, de 4 de Julho, na sua redação atual. No mesmo sentido, o reconhecimento do direito de impugnação judicial das decisões de afastamento coercivo do território nacional, designadamente por via de providência cautelar de suspensão da eficácia das mesmas (cfr. artigo 150º do mesmo diploma legal). E, por último, mas não menos importante, o direito ao reagrupamento familiar (cfr. artigo 98º e ss.) de que beneficiam reflexamente os parentes próximos do imigrante em situação regular. Este é, aliás, o caso mais

²⁶ Cfr. João Baptista Machado, obra citada, pág. 185-188.

marcante do direito a imigrar como verdadeiro direito subjetivo, apesar da sua titularidade limitada.

Paralelamente, na legislação nacional, merecem ainda referência os casos de concessão de autorização de residência para exercício de atividade subordinada ou independente (cfr. artigos 88º, nº 2 e 89º, nº 2 do mesmo diploma legal), com dispensa do visto prévio correspondente. Contudo, a lei não atribui um direito subjetivo ao estrangeiro neste domínio, mas sim uma mera faculdade denominada “manifestação de interesse”, que não é vinculativa para a administração pública. Finalmente, as autorizações de residência para atividades de investimento e para o exercício de atividade altamente qualificada (cfr. artigos 3º d), 90º-A e 121º-A e ss. do mesmo diploma legal) também aligeiram os requisitos no que respeita à posse de visto de residência, abrindo maiores possibilidades de imigração a cidadãos estrangeiros com fortuna ou com especiais qualificações.

Como se pode ver, o recorte legal do direito à imigração é ainda reduzido, mas tem já um conteúdo elementar. Porém, é possível e desejável o seu progressivo alargamento por via interpretativa e jurisprudencial, nos termos e com os fundamentos acima mencionados, tendo também em conta a cláusula aberta de receção constante do artigo 16º da CRP.

CONCLUSÕES:

Os direitos humanos visam a proteção da pessoa humana de todas as formas de violência e a promoção da liberdade e da igualdade de oportunidades, sendo este o seu referente hermenêutico.

O direito de asilo e o direito a emigrar são direitos humanos e cada um deles responde a diferentes situações de violência que se podem exercer sobre o ser humano.

O direito de asilo tem uma configuração limitada na ordem internacional, mas tem consagração expressa na ordem jurídica europeia e nacional, completando-se com a figura da proteção subsidiária por razões humanitárias.

O direito a emigrar implica necessariamente o direito a imigrar, na vertente da garantia de liberdade de circulação. Por sua vez, a liberdade de circulação só se completa com o direito de estabelecimento.

Contudo, o direito a (e/i)migrar é ainda uma figura em construção, nomeadamente por via jurisprudencial, mas tem já algumas dimensões positivadas, tanto no que respeita à limitação dos poderes dos Estados em relação à expulsão de estrangeiros, como no que toca ao direito de reagrupamento familiar reconhecido legalmente.

Ainda assim, a partir do seu referente hermenêutico, é possível continuar a alargar o seu âmbito de proteção por via interpretativa.

Existindo enquanto direitos humanos, as restrições legais aos mesmos só podem ter como finalidade promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática, não podendo eliminar ou destruir os mesmos (cfr. artigo 29º, nº 2 e 30º da DUDH e artigo 5º do PIDCP). Para isso, essas restrições devem ser adequadas, necessárias e proporcionais ao fim em vista.

Esse facto tem consequências importantes, porque impõe aos Estados a adoção das medidas legislativas adequadas a dar efeito a esses direitos, bem como a garantia de recurso jurisdicional efetivo contra as suas violações, mesmo quando estas partam de agentes do Estado em funções.

BIBLIOGRAFIA:

Andrade, J. C. Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3ª edição. Coimbra, Almedina, 2004;

Bobbio, Norberto. *A Era dos Direitos*. Campus. Rio de Janeiro, 1992;

Campinos, Jorge (org.). *Direito Internacional dos Direitos do Homem – Textos Básicos*. Coimbra, Coimbra Editora, 1984.

Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª edição. Coimbra, Almedina, 2003;

Canotilho, J. J. Gomes e Moreira, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2014;

Machado, João Baptista, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra, Almedina, 2014;

Oliveira, Andreia Sofia Pinto. *O Direito de Asilo na Constituição Portuguesa – Âmbito de Proteção de um Direito Fundamental*. Coimbra, Coimbra Editora, 2009;

Nussbaum, Martha. *Capabilities and Human Rights*, in Patrick Hayden (org.), *The Philosophy of Human Rights*, St. Paul, Paragon House, 2001;

Rawls, John. *Uma Teoria da Justiça*. Lisboa, Editorial Presença, 1993.

Silo. *Obras Completas, Vol. I*. Madrid, Ediciones Humanistas, 1998 e *Obras Completas, Vol. II*. Madrid, Ediciones Humanistas, 2002.

LEGISLAÇÃO:

Lei n° 27/2008, de 30 de Junho, disponível na Internet em www.sef.pt e consultada em 09/12/2015;

Lei n° 23/2007, de 4 de Julho, disponível na Internet em www.sef.pt e consultada em 09/12/2015.

