

OBSERVATÓRIO DOS DIREITOS HUMANOS

Relatório

Setembro 2014

Liberdade de imigração

I. Apresentação do caso

O presente relatório refere-se a uma série de alterações introduzidas à Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, pela Lei n.º 29/2012, de 9 de Agosto. O diploma em questão regula as condições e procedimentos de entrada, permanência, saída e afastamento de cidadãos estrangeiros do território português, bem como o estatuto de residente de longa duração.

Na sequência da aprovação da Lei n.º 29/2012, a SOS Racismo veio denunciar várias questões que, no seu entender, poderiam configurar problemas de constitucionalidade.

Assim, de forma sumária, veio a SOS Racismo denunciar os seguintes problemas:

- a) Relativamente ao artigo 144.º do diploma¹ (que prevê a possibilidade de alargamento do prazo de interdição de entrada em território nacional), conceitos como os de "ordem pública" e "segurança pública" não estão concretizados e o procedimento que possa vir a redundar na decisão de prorrogação do prazo não está regulado - o que abre a porta à aplicação de medidas arbitrárias, violando-se os artigos 9.º, 12.º, 13.º, 15.º, 16.º, 19.º, 20.º, 26.º, 27.º, 30.º e 32.º da Constituição da República Portuguesa.
- b) Relativamente ao artigo 150.º (impugnação judicial da decisão de afastamento), o recurso da decisão de afastamento tem um efeito meramente devolutivo e não é reconhecido ao cidadão estrangeiro o direito a ser sempre assistido por um defensor - o que viola o artigo 20.º da CRP.
- c) No que toca ao artigo 160.º (que prevê a possibilidade de detenção temporária de um cidadão estrangeiro sujeito a medida de afastamento), os conceitos são imprecisos, vagos e arbitrários; a detenção é uma medida exagerada para o não cumprimento de medidas administrativas, só devendo ser aplicada no âmbito de um processo penal. Assim, viola-se os artigos 1.º, 2.º, 9.º, 15.º, 19.º, 20.º, 25.º a 27.º, 29.º, 30.º, 32.º e 36.º CRP.
- d) No que toca ao regime do "cartão azul", os artigos 121.º-A/2 e 121.º-H reconhecem expressamente uma série de direitos aos titulares de cartão azul UE, o que significa que os mesmos não são reconhecidos aos demais cidadãos estrangeiros que residem em Portugal - o que viola os artigos 1.º, 2.º, 9.º, 12.º, 13.º, 25.º a 27.º, 36.º e 43.º a 46.º CRP.
- e) No que toca aos artigos 36.º e 135.º do diploma, a possibilidade de recusar entrada ou de expulsar um cidadão estrangeiro que tenha a seu cargo um filho menor residente em Portugal coloca o mesmo numa situação de vulnerabilidade e de iminente exclusão social, o que viola os artigos 1.º, 2.º, 9.º, 15.º, 25.º a 27.º, 36.º, 44.º e 67.º CRP.
- f) Relativamente aos artigos 185.º-A e 198.º-A (crime de utilização da actividade de cidadão estrangeiro em situação ilegal), não é claro o que se entende por "utilização habitual do trabalho de um estrangeiro em situação irregular"; há, também, uma criminalização da figura do imigrante. Viola-se, assim, os artigos 1.º, 2.º, 9.º, 12.º, 13.º, 26.º, 29.º e 32.º CRP e 1.º CP.

Atenta a natureza da matéria, decidiu-se interpelar o Ministério da Administração Interna, que, no essencial, veio pronunciar-se sobre cada alínea da denúncia nos seguintes termos:

- a) (art. 144.º) As cláusulas relativas aos conceitos de ordem pública e segurança pública aparecem sempre na Lei como conceitos indeterminados, o que não significa, conforme é alegado, que se permita a arbitrariedade.

¹ A Lei 23/2007, de 4 de Julho, na redacção que lhe foi dada pela Lei n.º 29/2012, de 9 de Agosto.

Na verdade, estes conceitos têm uma construção jurisprudencial já muito sedimentada na Ordem Jurídica portuguesa e ao serem utilizados têm de ser concretizados através de fundamentação expressa pela Administração Pública, o que resulta inequívoco do disposto no artigo 149.º.

- b) (art. 150.º) É verdade que o recurso em causa tem efeito meramente devolutivo, mas o cidadão pode em todo o caso recorrer aos processos urgentes ou com efeito suspensivo previstos na lei processual administrativa.

Nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 150.º, o cidadão goza, a pedido, de protecção jurídica, aplicando-se, com as devidas adaptações, o regime previsto na Lei 34/2004, que inclui disposições sobre a nomeação de defensor para diligências urgentes – assim, ao contrário do que é afirmado, é sempre reconhecido ao arguido o direito a ser assistido por defensor.

- c) (art.º 160.º) Não há qualquer violação da CRP, na medida em que é a mesma que expressamente prevê a possibilidade de detenção no caso de cidadão que tenha penetrado ou que permaneça irregularmente em território nacional ou contra o qual esteja em curso procedimento de expulsão ou extradição, conforme a alínea c) do artigo 27.º, n.º 3 da CRP. Desde logo, este artigo estabelece como regra o princípio de que é dado ao cidadão um prazo para cumprir voluntariamente a decisão e só em casos excepcionais e devidamente fundamentados é que fica entregue à custódia do SEF para execução da decisão de afastamento.

Para que o cidadão seja colocado num centro de instalação temporária é necessária uma decisão judicial e o prazo máximo é de 30 dias, sendo que o Juiz pode optar por uma das medidas menos gravosas previstas no artigo 160.º, n.º 3. Os números 4 e 5 do mesmo artigo protegem pessoas vulneráveis e a unidade familiar durante este processo.

- d) (art. 121.º-A e 121.º-H) Em ambos os artigos houve a preocupação de transpor a directiva europeia 2009/50/EC.

O n.º 2 do art. 121.º-A apenas refere que os titulares de cartão azul beneficiam do direito ao reagrupamento familiar nos termos da Lei, i.e., tal como os outros cidadãos estrangeiros residentes, não havendo, pois, nenhum tratamento de excepção.

Quanto aos direitos previstos no art. 121.º-H, facilmente se conclui que todos os outros cidadãos estrangeiros residentes também os têm. O facto de haver um elenco específico para os titulares de cartão azul deve-se apenas a uma questão de técnica legislativa, resultando este artigo da transposição de normas contidas numa Directiva. Não significa, de todo, que os direitos aí referidos não sejam igualmente reconhecidos aos restantes estrangeiros residentes no nosso país.

- e) (arts. 36.º e 135.º) Os referidos artigos protegem os cidadãos que tenham filhos menores de nacionalidade portuguesa ou estrangeira a residir em Portugal e relativamente aos quais exerçam responsabilidades parentais, instituindo limites, nestes casos, à recusa e à decisão de afastamento.

Contudo, não se trata de uma protecção absoluta, prevendo-se que em situações extremamente graves esses cidadãos possam de facto ser afastados de território nacional. De qualquer das formas, nestes casos, a decisão, para além de devidamente fundamentada, é sindicável perante os Tribunais.

- f) (arts. 185.º-A e 198.º-A) A utilização de conceitos como “de forma habitual” não é inédita e no Código Penal existem vários exemplos (cfr. a alínea a) do n.º 2 do artigo 218.º do CP). Cabe ao juiz aferir o seu preenchimento no caso concreto, sendo certo que a habitualidade se refere a uma prática reiterada ao longo do tempo.
- É absolutamente falso que nestes artigos se opere uma criminalização da conduta do imigrante. O que é criminalizado é a conduta daquele que utiliza de forma habitual o trabalho por ele desenvolvido.

Posteriormente, a SOS Racismo veio acrescentar alguns esclarecimentos aos pontos enunciados, dos quais foi dado conhecimento ao MAI, que sobre eles se pronunciou. Por razões de ordem prática, não os reproduziremos aqui na íntegra, mas adiantamos desde já que as considerações neles contidas foram tidas em conta e serão mencionadas, quando se nos afigure necessário para melhor compreensão do texto.

II. Enquadramento jurídico no plano dos Direitos Humanos

Como foi referido, a Lei n.º 23/2007 regula a entrada, permanência e afastamento de cidadãos estrangeiros do território nacional. Temos, pois, três momentos distintos, sendo essencial garantir uma tutela efectiva dos direitos fundamentais em qualquer um deles. Mas que direitos estão aqui em causa, afinal?

A Lei 23/2007, pela sua abrangência, tem conexão com direitos tão diferentes quanto o direito a uma tutela jurisdicional efectiva ou o direito à família. No entanto, sem prejuízo do que venha a ser dito na análise específica de cada alínea, neste inítrito far-se-á somente referência ao direito que, de forma directa ou indirecta, é sempre afectado pela regulação de qualquer tipo de migração – o direito à livre circulação.

É um direito fundamental que assiste a todos os cidadãos. É importante não apenas enquanto expressão da liberdade de auto-determinação de cada indivíduo mas também na medida em que o exercício de outros direitos fundamentais do ser humano pode estar dependente da possibilidade de circular entre (e dentro de) diferentes territórios – o exemplo dos refugiados será, porventura, o mais flagrante.

Assim, o artigo 13.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem dispõe que “1. *Toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado.* 2. *Toda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país.*”. Referências semelhantes podem ser encontradas em vários instrumentos de direito internacional – por exemplo, no artigo 5.º da Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, no artigo 12.º do Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos ou no artigo 45.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. E bem se compreende que assim seja – de outra forma, direitos tão fundamentais quanto o direito à família ou o direito a pedir asilo ver-se-iam irremediavelmente comprometidos. No mesmo sentido, a CRP consagra, no seu artigo 27.º, o direito fundamental à liberdade e, no artigo 44.º, o direito de deslocação e de emigração.

Dir-se-á que, aparentemente, estas disposições se limitam a reconhecer um direito a *emigrar* – ou seja, a abandonar um território – e não um direito a *imigrar*. Porém, em última linha, este

entendimento levaria a um esvaziamento de sentido do próprio direito de emigração. É que, num mundo cada vez mais interligado e em que já não há, praticamente, *terra nullius* – aquilo a que, na gíria, se chama terra de ninguém – abandonar um território de um Estado soberano implica sempre entrar no território de outro Estado soberano. Reconhecer um direito à emigração sem reconhecer o correspondente direito à imigração é restringir o primeiro de forma insuportável. O que não significa que ambos tenham de ser reconhecidos nos mesmos termos e com a mesma amplitude – não o são.

É verdade que, tradicionalmente, a regulação jurídica destas matérias era escassa. Porém, com o advento do Estado-Nação, o paradigma alterou-se. Assim, actualmente, a liberdade de circulação conhece variadas restrições, nomeadamente no que toca às migrações transnacionais. *Grosso modo*, estas têm por objectivo assegurar a sustentabilidade da situação socioeconómica do Estado que as impõe, visando evitar fenómenos de imigração em massa. Nesta medida, não surpreende que as regras que determinam a admissão de imigrantes sejam fixadas com base em critérios socioeconómicos: em regra, nas sociedades ocidentais, mais do que as diferenças culturais, são as desigualdades económicas que provocam alarmismos entre a população do Estado de destino. O diploma que ora se analisa é prova disso mesmo: um cidadão paquistanês disposto a investir uma determinada quantia na economia portuguesa terá mais facilidade em obter uma autorização de residência do que um cidadão brasileiro que não tenha a possibilidade de fazer o mesmo. A maior ou menor proximidade cultural não é, evidentemente, o critério predominante.

Uma vez em território nacional, o estrangeiro goza dos mesmos direitos e está sujeito aos mesmos deveres do cidadão português (15.º CRP). É o chamado princípio da equiparação. Em especial, isto significa que todos os estrangeiros – residentes ou não – estão abrangidos pelo regime dos direitos, liberdades e garantias, beneficiando sempre de tutela em matéria de direitos fundamentais. O mesmo decorreria, em todo o caso, do disposto em várias convenções internacionais que vinculam o Estado português – veja-se os artigos 2.º do PIDCP, 2.º e 3.º do PIDESC, 1.º, 14.º e 16.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e 39.º e 40.º da CDFUE.

Porém, esta permanência pode ser interrompida. É que, mesmo quando obtida de forma regular, a conduta posterior do cidadão estrangeiro em causa pode vir a revelar-se de tal maneira grave que quebre a confiança demonstrada pelo Estado português quando decidiu admiti-lo em território nacional e conferir-lhe a protecção correspondente. Nestes casos, é possível expulsar o indivíduo em causa (cfr. art. 33.º, n.º 2 da CRP). A expulsão tem que resultar, porém, de uma ordem judicial. Já nos casos em que a entrada ou permanência em território nacional seja irregular, a expulsão tem um carácter administrativo, não sendo necessariamente fruto de uma decisão judicial. Deve observar-se, contudo, a garantia de contraditório conferida pelo artigo 32.º, n.º 10 da CRP.

Em todo o caso, diga-se que este poder também é alvo de restrições, presentes em numerosos instrumentos de direito internacional e que constituem, em regra, garantias de tipo procedimental. De facto, a nível substantivo, as restrições existentes resumem-se essencialmente à proibição da expulsão quando esta coloque em risco os direitos fundamentais da pessoa alvo do procedimento². Por exemplo, não é possível expulsar um cidadão homossexual para um determinado país se for previsível que, aí chegado, esse mesmo cidadão venha a ser detido, agredido ou de alguma forma coagido precisamente em função da sua

² Ou, em casos excepcionais, os direitos fundamentais de terceiro. Ver, *infra*, a análise da alínea e).

orientação sexual. Já a nível procedimental, as disposições existentes não se destinam a proibir a expulsão de cidadãos estrangeiros, mas a garantir que ela não resulta de uma decisão arbitrária. Veja-se, por exemplo, o artigo 13.º do PIDCP, ou o artigo 1.º do Protocolo n.º 7 à CEDH.

É uma matéria sensível, que se presta a casos de discriminação encapotada – importa, pois, que as regras sejam claras, os procedimentos transparentes e as decisões sindicáveis.

Passemos, então, à análise dos diferentes pontos elencados na denúncia.

III. Análise da denúncia

- a) O artigo 144.º da Lei 23/2007 dispõe que *“Ao cidadão estrangeiro sujeito a decisão de afastamento é vedada a entrada em território nacional por período até cinco anos, podendo tal período ser superior quando se verifique existir ameaça grave para a ordem pública, a segurança pública ou a segurança nacional.”*

Relativamente a este artigo, veio a SOS Racismo denunciar que os conceitos utilizados são vagos e não suficientemente concretizados, e também que o procedimento que levará a esta decisão não se encontra regulado – o que abre a porta à possibilidade de aplicação de medidas arbitrárias.

Face à primeira parte da denúncia, há a dizer que o legislador tem, de facto, um “ónus de densificação” das normas que elabora³. Porém, há limites a esta obrigação. O legislador deve ter a preocupação de formular normas precisas, usando conceitos claros, por forma a evitar dúvidas quanto ao sentido em que a norma deve ser interpretada – quando tal acontece, devemos considerar que o referido ónus foi cumprido.

No caso concreto, deve salientar-se que os conceitos de “ordem pública” e “segurança pública” são sempre indeterminados porque o seu preenchimento não obedece a critérios que possam ser avaliados de forma objectiva – caberá ao órgão ou agente que os aplique aferir, no caso concreto, se se encontram preenchidos. À Lei, que é geral e abstracta, cabe somente circunscrever, na medida do possível, e em função do significado que está associado às expressões que utiliza, a margem de discricionabilidade que é conferida àqueles que a aplicam. Ora, discricionabilidade não é o mesmo que arbitrariedade e, como referido na resposta do MAI, existe neste âmbito “uma construção jurisprudencial [e doutrinária] já muito sedimentada na Ordem Jurídica portuguesa” que tem vindo a concretizar os referidos conceitos⁴. De resto, são inúmeras as referências a “ordem pública” e “segurança pública”, tanto nesta lei (cfr. art. 134.º) como noutras – veja-se, por exemplo, o art. 22.º, n.º 1 da Lei 37/2006, de 9 de Agosto (que regula o exercício do direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União Europeia e dos membros das suas famílias no território nacional). O mesmo se diga, em menor escala, relativamente aos conceitos de “segurança nacional” e de “ameaça grave”. Em todo o caso, é de notar que o artigo 149.º (como o artigo 157.º) impõe ao órgão ou agente em causa uma obrigação de fundamentar

³ Neste sentido, consulte-se, no caso da Assembleia da República, as "Regras de Legística a Observar na Elaboração de Atos Normativos da Assembleia da República", disponíveis em http://www.parlamento.pt/ArquivoDocumentacao/Documents/AR_Regras_Legistica.pdf.

⁴ Cfr. as anotações 13 e ss. ao artigo 6.º da Lei 23/2007 constantes da Legispédia SEF, disponível em <https://sites.google.com/site/leximigratoria/artigo-6-o-controlo-fronteirico>.

concretamente a sua decisão. Entendemos, por isso, que neste ponto a denunciante não tem razão.

Quanto à segunda parte da denúncia, salvo melhor opinião, parece-nos que o que o legislador aqui previu não é, em bom rigor, uma prorrogação – no sentido de a extensão do prazo de interdição ser resultado de uma decisão autónoma posterior – mas sim a possibilidade de a decisão inicial de afastamento dispor, desde logo, que os factos que motivam o afastamento daquele indivíduo justificam também que o período de interdição seja superior a cinco anos. De facto, seria supérfluo prever um mecanismo específico para a prorrogação do prazo de interdição. Se, ao fim dos cinco anos, ainda se verificar uma “*ameaça grave para a ordem pública, a segurança pública ou a segurança nacional*”, a entrada do cidadão pode ser sempre recusada com base no artigo 32.º, n.º 1, al. d) do mesmo diploma. É por esta razão que a lei não regula especificamente o procedimento para a “prorrogação do prazo” – não existe um procedimento autónomo.

Assim, parece que a decisão de alargar o prazo de interdição deve ser incluída na decisão de afastamento, cabendo ao órgão que emite esta última: em princípio, o director nacional do SEF (140.º). É claro, terá sempre que ser acompanhada da devida fundamentação, que deverá justificar não só o alargamento, como a sua concreta medida – pois que terá de ter uma concreta medida, não podendo ser indeterminado ou perpétuo⁵. Mais uma vez, não vemos razões para censurar as normas em causa.

Em todo o caso, por forma a reduzir o risco de decisões abusivas, consideramos importante que venha a ser introduzido um limite máximo a este alargamento.

- b) O artigo 150.º da Lei 23/2007 dispõe que “1 - *A decisão de afastamento coercivo, proferida pelo director nacional do SEF, é suscetível de impugnação judicial com efeito devolutivo perante os tribunais administrativos.*”.

No entender da SOS Racismo, esta disposição lesa o direito a uma tutela jurisdicional efectiva. É também denunciado o não reconhecimento ao cidadão estrangeiro do direito a ser sempre assistido por um defensor.

Quanto à primeira parte da denúncia, adianta-se desde já que ela merece a nossa concordância. De facto, compreende-se mal a opção do legislador, tanto mais que, em face de uma decisão de afastamento, não havendo efeito suspensivo, é possível e até provável que o recurso não venha a ter um efeito útil. Ou seja, que o recorrente já tenha sido afastado do território nacional quando o recurso for decidido. É que, nos termos do artigo 160.º, o cidadão em causa terá entre 10 a 20 dias para abandonar Portugal, sob pena de ser detido e posteriormente deportado.

A defesa apresentada pelo MAI é frágil, neste ponto. É verdade que, nos termos do artigo 112.º, n.º 1 e n.º 2, al. a) do CPTA⁶, pode ser proposta uma providência cautelar, que até tem carácter urgente (36.º, n.º 1, al. e) e 113.º, n.º 2 do CPTA), no sentido de suspender os efeitos daquela decisão. Porém esta obedece a determinados critérios, previstos no artigo

⁵ Em primeiro lugar, por maioria de razão, dado que em todo o nosso sistema jurídico se nota a rejeição de sanções perpétuas (penais ou não). Em todo o caso, e se dúvidas houvesse, veja-se o artigo 3.º, n.º 6 da Directiva 2008/115 CE, transposta neste diploma, no qual se diz que “proibição de entrada” é “*uma decisão ou acto administrativo ou judicial que proíbe a entrada e a permanência no território dos Estados-Membros durante um período determinado*” (sublinhado nosso).

⁶ Código de Processo nos Tribunais Administrativos, aprovado pela Lei n.º 15/2002, de 22 de Fevereiro.

120.º do CPTA. E se o *periculum in mora* não será difícil de provar (arriscamos dizer que nestes casos é notório), o mesmo não se poderá dizer do *fumus boni juris* – como prova um estrangeiro alvo de uma decisão de afastamento que não é manifesta a falta de fundamento da sua pretensão a ficar em Portugal? E como propor a providência em tempo útil nos casos de recusa de entrada em território nacional, nos quais, como se sabe, é prática corrente “enfiar” o imigrante no primeiro voo que houver para o país de onde veio? Devemos, por isso, afirmá-lo: no âmbito de um processo de afastamento do território nacional, em que na melhor das hipóteses é dado ao cidadão em causa um prazo de 20 dias para abandonar o nosso país, prever a hipótese de recurso e simultaneamente determinar que a interposição do mesmo não suspende a decisão de afastamento é prever um remédio meramente formal. E um remédio formal é um remédio inútil. Ou seja, expressão de uma tutela jurisdicional que não é efectiva (20.º CRP).

Por outro lado, a segunda parte da denúncia enuncia um problema igualmente subtil. É verdade que o n.º 3 do artigo 150.º é claro: “O cidadão estrangeiro goza, a pedido, de protecção jurídica, aplicando-se com as devidas adaptações a Lei n.º 34/2004, de 29 de Julho, no regime previsto para a nomeação de defensor do arguido para diligências urgentes.”. De onde se retira que o direito a ser assistido por advogado está assegurado – mas só a pedido do visado. O que parece ser uma previsão razoável.

Porém – e aqui foram determinantes as conversas que este Relator manteve com advogados que contactam ou contactaram directamente com matérias de imigração – a experiência ensina-nos que, em muitos casos, devido à situação de especial vulnerabilidade em que se encontra, o imigrante prescindirá deste direito. Faria, por isso, sentido – em especial porque se remete expressamente para o regime de arguido detido – consagrar a obrigatoriedade de assistência por um defensor na impugnação judicial da decisão de afastamento. Mas também antes, durante a audição do imigrante, na qual “goza de todas as garantias de defesa” e que “vale, para todos os efeitos, como audiência do interessado” (art. 148.º). Aqui, discordamos da opção do legislador – atenta a natureza da sanção em causa (expulsão precedida, se necessário, de detenção), a audição que é referida no artigo 148.º deveria ter sido equiparada não à audiência do interessado (100.º CPA), mas ao interrogatório feito por autoridade judiciária, na qual é obrigatória a assistência por defensor (64.º, n.º 1, al. b) do CPP). Assim, consideramos que a não consagração de obrigatoriedade de representação legal em processos de afastamento coercivo do território nacional constitui uma violação do direito a um processo justo e equitativo.

- c) O artigo 160.º dispõe que “1 - Ao cidadão estrangeiro contra quem é proferida uma decisão de afastamento coercivo ou de expulsão judicial é concedido um prazo de saída de território nacional, entre 10 e 20 dias. 2 - Em situações devidamente fundamentadas [...] o cidadão fica entregue à custódia do SEF, com vista à execução da decisão de afastamento coercivo ou de expulsão judicial. 3 - Pode ser requerido ao juiz competente, enquanto não for executada a decisão de afastamento coercivo ou de expulsão judicial e não expirar o prazo referido no n.º 1, que o cidadão estrangeiro fique sujeito ao regime: a) De colocação em centro de instalação temporária ou espaço equiparado, por período não superior a 30 dias [...]”.

Em face do disposto, a denúncia identifica dois problemas: o primeiro reside na possibilidade de detenção⁷ no âmbito de um processo de afastamento ou de expulsão; o segundo refere-se, mais uma vez, à imprecisão dos conceitos utilizados. De facto, no

⁷ Em especial, das pessoas referidas no n.º 4 deste artigo.

entender da denunciante, a detenção é uma medida exagerada quando esteja em causa somente o não cumprimento de medidas administrativas, só devendo ser admitida em processo penal. Por outro lado, a imprecisão dos conceitos abre a porta a decisões arbitrárias.

Antes de mais, sublinhe-se que este artigo regula a execução da decisão de afastamento; não a decisão em si. Quer isto dizer que, naquele momento, a expulsão do cidadão imigrante já foi decidida. Trata-se, apenas, de regular a forma de levar a cabo essa expulsão.

Quanto ao primeiro problema: a chamada “detenção administrativa” é permitida no ordenamento jurídico português e está prevista pela própria CRP precisamente para efeitos de controlo da imigração – cfr. 27.º, n.º 3, al. c). Refira-se que esta disposição não viola qualquer convenção internacional que vincule o Estado português. Aliás, de acordo com o Comentário Geral n.º 8 do Comité dos Direitos do Homem⁸, o artigo 9.º, n.º 1 do PIDCP “aplica-se a todas as privações de liberdade, no âmbito de processos penais ou em outros casos tais como [...] controlo de imigração” – o que significa que a detenção administrativa é admitida, desde que salvaguardadas as garantias de legalidade previstas. Da mesma forma, o artigo 5.º, n.º 1 da CEDH prevê que “*Toda a pessoa tem direito à liberdade e segurança. Ninguém pode ser privado da sua liberdade, salvo nos casos seguintes e de acordo com o procedimento legal: [...] f) Se se tratar de prisão ou detenção legal de uma pessoa para lhe impedir a entrada ilegal no território ou contra a qual está em curso um processo de expulsão ou de extradição.*”. Ora, no caso português, o procedimento legal tanto pode ser judicial como administrativo. Assim, deve concluir-se que a detenção é permitida para efeitos de execução de uma decisão de afastamento, ainda que ordenada por uma entidade administrativa. A isto acresce que, como foi apontado, a detenção durante o prazo de abandono voluntário só é possível mediante intervenção do juiz competente.

Quanto às pessoas referidas no n.º 4 (grávidas, idosos, vítimas de violência...), é evidente que o estado de fragilidade em que se encontram justifica um tratamento especial – e é esse tratamento que os n.ºs 4 e 5 garantem. Mais não se pode pedir ao legislador: a gravidez ou a idade avançada de uma pessoa (por exemplo) não podem, *per se*, obstar à sua detenção.

Relativamente ao segundo problema – a imprecisão dos conceitos – a Denunciante veio posteriormente esclarecer que a sua queixa se prendia essencialmente com o que se deva entender por “*atos criminosos graves*”. Aqui, o entendimento corrente parece ser o de considerar que acto criminoso grave será, para estes efeitos, aquele que for punível com pena de prisão não inferior a um ano⁹. Entendemos, por isso, que também aqui foi cumprido o ónus de densificação dos conceitos utilizados. Assim sendo, remetemos para o que foi dito na análise da primeira parte da alínea a) da denúncia, sublinhando que o n.º 2 deste artigo requer que a entrega do cidadão ao SEF seja concretamente fundamentada.

Protesta ainda a Denunciante (em aditamento posterior à denúncia) contra o reconhecimento às entidades administrativas de uma “capacidade de “adivinhação” do futuro, para determinar se alguém deve ser detido”, por um lado; e contra a criminalização

⁸ *Apud Manual de Direitos Humanos e Administração da Justiça* do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, capítulo 5, ponto 4.7 (Detenção Administrativa), página 141, disponível em <http://direitoshumanos.gddc.pt/pdf/Volume1/05.CAP%C3%8DTULO%205.pdf>.

⁹ Cfr. a anotação 4 ao artigo 33.º da Lei 23/2007 constante da Legispédia SEF, disponível em <https://sites.google.com/site/leximigratoria/artigo-33-o-indicacao-para-efeitos-de-nao-admissao>.

da figura do imigrante, que se consubstanciaria no facto de meras intenções e tentativas serem consideradas suficientes para a aplicação de uma medida restritiva da liberdade.

Em primeiro lugar, é nosso entender que o n.º 2 deste artigo deve ser lido em conjugação com o número anterior. Ou seja, é a própria decisão que, em “*situações devidamente fundamentadas*” determina a entrega do cidadão à custódia do SEF. Quando estejamos perante uma expulsão judicial, será um tribunal a decidi-lo. O problema põe-se com mais acuidade quando estejamos perante um afastamento coercivo, uma vez que aí tudo se passa no domínio do procedimento administrativo. Como sabemos, esta decisão é passível de impugnação judicial. Porém, como também já foi referido, esta tem um efeito meramente devolutivo. É aqui que reside, mais uma vez, o busílis da questão. É esta solução que urge mudar. Reiteramos, pois, a importância de se conferir à impugnação judicial de uma decisão de afastamento coercivo um efeito suspensivo: se assim se fizer, se estiver assegurada a efectividade da tutela jurisdicional, a possibilidade de a detenção ser determinada por uma entidade administrativa não se nos afigura violadora de qualquer direito.

Em segundo lugar, é verdade que em Direito Penal as meras intenções não são puníveis, e mesmo as tentativas só o são quando a Lei o preveja. Porém, como já foi sublinhado, estamos aqui perante uma detenção temporária, determinada por um tribunal ou por ele sindicável, com o exposto objectivo de assegurar o cumprimento da decisão de afastamento. A aplicação de uma medida restritiva da liberdade não desempenha aqui, portanto, o seu normal papel de concretização da repressão de uma actividade criminosa, antes assumindo uma função instrumental face à decisão de afastamento do território nacional. Assim, não consideramos que as exigências próprias do Direito Penal possam ser transpostas para este caso específico.

Em todo o caso, muito embora a denúncia não verse sobre o n.º 6 deste mesmo artigo, acrescentamos que consideramos claramente excessiva, e portanto violadora do princípio constitucional da proporcionalidade, a possibilidade de a detenção em centros de instalação temporária ser prorrogada até um prazo máximo de três meses. Recorde-se que este artigo regula a execução de uma decisão de afastamento *já tomada* – não há justificação para que os serviços do Estado demorem três meses a dar-lhe cumprimento.

- d) O artigo 121.º-A, n.º 2 dispõe que “*Os beneficiários do «cartão azul UE» têm direito ao reagrupamento familiar nos termos da secção IV.*”, enquanto o artigo 121.º-H, n.º 1 prevê que “*Os titulares de «cartão azul UE» beneficiam de tratamento igual ao dos nacionais, no que diz respeito: a) Às condições de trabalho, incluindo a remuneração e o despedimento, bem como os requisitos de saúde e de segurança no trabalho; b) À liberdade de associação, filiação e adesão a uma organização representativa de trabalhadores ou empregadores, ou a qualquer organização cujos membros se dediquem a determinada ocupação, incluindo as vantagens proporcionadas por esse tipo de organizações, sem prejuízo das disposições nacionais em matéria de ordem e segurança pública; c) Ao ensino e à formação profissional, nos termos dos requisitos definidos na legislação aplicável; d) Ao reconhecimento de diplomas, certificados e outras qualificações profissionais, em conformidade com a legislação aplicável; e) Às disposições aplicáveis relativas à segurança social; f) Ao pagamento dos direitos à pensão legal por velhice, adquiridos com base nos rendimentos e à taxa aplicável; g) Ao acesso a bens e serviços e ao fornecimento de bens e serviços ao público, incluindo as formalidades de obtenção de alojamento, bem como a informação e o aconselhamento prestados pelos serviços de emprego; h) Ao livre acesso a todo o território nacional.*”.

Entende a denunciante que estas disposições reconhecem expressamente aos titulares do “cartão azul UE” uma série de direitos, o que significa que os mesmos não são reconhecidos aos demais cidadãos estrangeiros que residam em Portugal. Assim, estar-se-á a violar o princípio da igualdade, o que assume contornos especialmente graves tendo em conta que muitos dos direitos elencados são direitos básicos de qualquer cidadão.

Aqui, deve reconhecer-se, antes de mais, que a técnica legislativa escolhida foi infeliz. Tal como se deve reconhecer que os direitos em causa são direitos fundamentais, que assistem a todos os cidadãos, portugueses ou estrangeiros, nos termos dos artigos 12.º e 15.º da CRP.

Significa isto que as disposições em causa são inconstitucionais? Não. Significa somente que a natureza dos direitos em causa impõe uma interpretação conforme à CRP. Não podem estas normas, por isso, ser interpretadas no sentido de negar aos outros cidadãos estrangeiros os direitos elencados nos artigos 121.º-A e H. Contra, dir-se-á que, a ser assim, todos os problemas de constitucionalidade se resolveriam com interpretações conformes à Constituição. É verdade. Mas também é verdade que, quando procede à fiscalização de uma norma que admite duas interpretações – que é o que aqui está em causa – o que o Tribunal Constitucional acaba por fazer é precisamente proibir aquela que conduz a uma violação da CRP. Ou seja, impor uma interpretação conforme à Constituição. Não vemos razão para não nos regermos pelo mesmo princípio. Além do mais, resulta evidente que o reconhecimento específico aos titulares de cartão azul dos direitos elencados no art. 121.º-H se deveu a uma transposição integral e literal do artigo 14.º da Directiva 2009/50 EC, e não a um qualquer desígnio discriminatório. O mesmo se diga em relação ao reagrupamento familiar – aqui, o artigo da Directiva que releva é o 15.º. Ou seja, estamos perante um caso de discriminação positiva, e não de discriminação negativa, na medida em que o legislador não quis dificultar a entrada a um determinado grupo de indivíduos, mas sim facilitá-la a outro grupo.

Conclui-se, pois, que não é aceitável a interpretação feita pela denunciante: do reconhecimento expresso de direitos fundamentais a um determinado grupo de cidadãos não se pode retirar, *a contrario*, que os mesmos não são reconhecidos à restante população.

Em aditamento posterior à queixa, a denunciante veio alegar que a própria noção de “cartão azul” viola o disposto no artigo 13.º da Constituição.

Quanto a isto, é bom lembrar que a proibição de discriminação não é absoluta. Se o fosse, em matéria de imigração, só teríamos duas hipóteses: fechar completamente as fronteiras, ou pura e simplesmente deixar de as controlar. Ora, se a primeira é indesejável, a segunda é impraticável. Assim sendo, um certo grau de discriminação no controlo dos fluxos migratórios é inevitável. Cabe então ao legislador encontrar o critério pelo qual essa discriminação se orientará. O nosso optou pelo critério económico – é uma opção discutível, talvez até criticável. Mas somente no plano político.

- e) O artigo 36.º dispõe que “*Com exceção dos casos a que se referem as alíneas a), c) e d) do n.º 1 e o n.º 3 do artigo 33.º, não pode ser recusada a entrada a cidadãos estrangeiros que: [...] b) Tenham a seu cargo filhos menores de nacionalidade portuguesa ou estrangeira, neste caso com residência legal em Portugal, sobre os quais exerçam efetivamente as responsabilidades parentais e a quem assegurem o sustento e a educação.*”. Da mesma forma, o artigo 135.º dispõe que “*Com exceção dos casos de atentado à segurança*”

nacional ou à ordem pública e das situações previstas nas alíneas c) e f) do n.º 1 do artigo 134.º, não podem ser afastados ou expulsos do território nacional os cidadãos estrangeiros que: [...] b) Tenham a seu cargo filhos menores de nacionalidade portuguesa ou estrangeira, a residir em Portugal, sobre os quais exerçam efetivamente as responsabilidades parentais e a quem assegurem o sustento e a educação [...]”.

Entende a denunciante que a possibilidade de recusar a entrada ou de expulsar um cidadão estrangeiro que tenha a seu cargo um menor residente em Portugal é uma sanção que se estende também a esse menor, colocando-o numa situação de vulnerabilidade e de iminente exclusão social.

Este será, porventura, o mais sensível dos problemas apontados pela denúncia, na medida em que nos obriga a alargar a perspectiva com base na qual vínhamos a trabalhar. De facto, até aqui, as questões levantadas relacionavam-se com a figura do imigrante, individualmente considerado. Mesmo perante problemas que tinham conexão com o direito ao reagrupamento familiar, a análise foi feita a partir do ponto de vista do migrante a quem ele era concedido. Porém, as disposições que agora se analisam afectam direitos do cidadão a que se reportam mas também daqueles que dele dependem. É que a recusa de entrada ou a expulsão de um estrangeiro que tenha a seu cargo um filho menor residente em Portugal coloca (ou pode colocar) em causa, não só a unidade familiar, como o livre desenvolvimento da personalidade do filho, que se vê privado daquele que assume perante si as responsabilidades parentais. Não surpreende, por isso, que, até às alterações introduzidas pela Lei 29/2012, esta hipótese não fosse admitida. Actualmente, passou a sê-lo, ainda que somente em face de circunstâncias excepcionalmente graves – aquelas que vêm referidas no corpo dos artigos citados.

A verdade é que a constitucionalidade das normas em causa afigura-se-nos muito dúbia. Desde logo, porque, em sede de fiscalização de outras normas de conteúdo semelhante, o Tribunal Constitucional tem vindo a julgá-las inconstitucionais na medida em que sejam aplicáveis a cidadãos estrangeiros com filhos portugueses que com eles residam em território nacional – neste sentido, cfr. os Acórdãos n.º 232/2004, de 31 de Março, e n.º 181/97, de 5 de Março. No entender do Tribunal, em face do disposto no artigo 36.º, n.º 6 da CRP (“*Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.*”), a separação de pais e filhos só pode ser determinada quando os primeiros negligenciem as responsabilidades que assumem perante os segundos. Não é o caso. Dir-se-á que tal não obsta à expulsão, pois que o cidadão em causa pode levar consigo o menor sobre o qual exerce os poderes parentais. Ora, citando os Acórdãos referidos, “Efectivamente assim acontece, só que tal implica que os filhos abandonem o território nacional, para poderem acompanhar a mãe [ou o pai]. O que, na medida em que esses filhos tenham nacionalidade portuguesa, acaba por colidir com o disposto no n.º 1 do artigo 33º da Constituição.”, no qual se dispõe que “*Não é admitida a expulsão de cidadãos portugueses do território nacional.*”. Em suma, nestes casos, a expulsão do cidadão em causa “implica a expatriação dos respectivos filhos menores - ainda que cidadãos portugueses - para que se possa evitar a separação do agregado familiar. O que, de forma indirecta, equivale à respectiva expulsão.”. Concordamos em toda a linha, e acrescentamos que o mesmo raciocínio vale para os casos de recusa de entrada em território nacional. Assim, a inconstitucionalidade das normas em causa, quando aplicadas a cidadãos estrangeiros que exerçam efectivamente o poder parental sobre menores de nacionalidade portuguesa residentes em território nacional e aos quais assegurem o sustento e educação, afigura-se-nos indiscutível.

Mais complicada é a situação em que os menores, apesar de residirem em Portugal, não têm nacionalidade portuguesa. É que, neste caso, o artigo 33.º, n.º 1 da CRP não é aplicável. Assim sendo, a nacionalidade não funciona como entrave ao seu afastamento do território nacional juntamente com o progenitor, por forma a assegurar a unidade familiar. Importa notar, ainda assim, que o n.º 2 do mesmo artigo exige que a expulsão de menor residente em Portugal seja “*determinada por autoridade judicial*”. Ora, como foi notado nos acórdãos supra citados, o afastamento do menor, nestes casos, acaba por equivaler a uma expulsão, sim, mas “de forma indirecta”, pois que não é ordenado pelo tribunal – é como que um efeito colateral da decisão de expulsão daquele que sobre ele exerce as responsabilidades parentais. Ou seja, é bastante discutível que o requisito da determinação por autoridade judicial esteja preenchido. A isto acresce que parece ter sido intenção do legislador equiparar as duas situações: de outra forma, teria previsto soluções diferentes consoante o menor tivesse, ou não, nacionalidade portuguesa. Assim, tendo-se concluído pela impossibilidade de expulsar um cidadão estrangeiro cujo filho seja português, faz sentido, no espírito da lei, considerar que essa impossibilidade se mantém mesmo que o filho seja estrangeiro, visto que o legislador não pretendeu criar regimes distintos com base na nacionalidade do menor, mas sim com base no facto de este residir, ou não, em Portugal.

Note-se, aliás, que a jurisprudência do TEDH milita fortemente a favor desta solução. De facto, o Tribunal tem vindo a considerar como violadoras do artigo 8.º, n.º 1 da CEDH¹⁰ medidas de expulsão de estrangeiros com vínculos familiares no país em que residem, independentemente de existir uma relação de dependência económica. Por exemplo, no caso *Beldjoudi v. France*, o TEDH considerou que a deportação de um cidadão estrangeiro, maior de idade e sem um agregado familiar que dele dependesse financeiramente (a mulher estava empregada, o casal não tinha filhos), seria desproporcional face ao fim que se propunha atingir com essa medida, violando-se deste modo o artigo 8.º da CEDH. No mesmo sentido, veja-se a decisão do caso *Moustaquim v. Belgium*. É importante notar que, em ambas as decisões, o Tribunal deu como provado que os procedimentos em causa eram legais e que o fim que com eles se pretendia atingir era legítimo. Porém, em ambos os casos considerou a expulsão desproporcional, porque desnecessária para atingir esses mesmos fins e intensamente restritiva do direito a ver respeitada a vida familiar. Em face desta jurisprudência, não temos dúvidas de que, se a expulsão de um cidadão estrangeiro com filhos menores também estrangeiros mas residentes em Portugal chegasse ao Tribunal Europeu, o resultado seria a condenação do Estado português.

Assim, salvo melhor opinião, deve considerar-se inconstitucional a expulsão de cidadão estrangeiro que assegure o sustento e educação a um filho menor a residir em Portugal, ainda que esse filho não tenha nacionalidade portuguesa.

- f) O artigo 185.º-A, n.º 1, dispõe que “*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.*”. De forma semelhante, o artigo 198.º-A, n.º 1 dispõe que “*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 coima.

¹⁰ “*Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.*”. A CEDH vigora no nosso ordenamento jurídico por via do artigo 8.º, n.º 2 da CRP.

A denunciante identifica nestas disposições dois problemas: sustenta não ser claro o que se deva entender por “*utilizador habitual de trabalho de estrangeiro irregular*” e reputa “intolerável” a criminalização que, no seu entender, é feita da figura do cidadão imigrante.

A primeira questão prende-se, mais uma vez, com a maior ou menor precisão dos conceitos utilizados. Remetemos, por isso, mais uma vez, para o que foi acima referido a propósito do ónus de densificação dos conceitos que é imposto ao legislador. Em todo o caso, consideramos que a norma se refere em termos claros ao emprego reiterado de imigrantes que tenham entrado ou permaneçam no nosso país de forma irregular. É este o sentido que deve ser dado a “*quem, de forma habitual, utilizar o trabalho*” de imigrantes ilegais. Salvo melhor entendimento, parece-nos que a intenção do legislador foi complementar o quadro de repressão penal da imigração ilegal, que já contemplava os crimes de auxílio à imigração ilegal, quer a título individual quer em associação (arts. 183.º e 184.º da Lei 23/2007), e de angariação de mão-de-obra ilegal (185.º), mas não previa a punição de quem a usava em benefício dos seus empreendimentos. Alguns casos configurariam certamente situações de verdadeira escravatura, punida pelo art. 159.º do Código Penal, mas não seriam todos. Assim, entendeu o legislador que todo o emprego de imigrantes ilegais, em situação de escravatura ou não, merecia punição penal – é um desígnio legítimo, destinado a dissuadir e enfraquecer as redes de imigração ilegal, e que merece o aplauso deste Relator.

Quanto à segunda questão: não há nestas normas o mais pequeno vestígio de criminalização da figura do imigrante. O que é criminalizado, sim, como bem referiu o MAI, é a conduta daquele que utiliza de forma habitual o trabalho por ele desenvolvido. Neste ponto, a denúncia não tem fundamento.

Veio ainda a Denunciante, em momento posterior, apontar uma alegada esquizofrenia no diploma, o qual, por um lado (artigo 88.º, n.º 2), poria à disposição do imigrante ilegal a possibilidade de requerer a concessão de autorização de residência desde que regularmente inscrito na Segurança Social e, por outro (artigos 185.º-A e 198.º-A), criminalizaria a conduta daqueles que utilizam o seu trabalho.

Também aqui não podemos concordar com o SOS Racismo, pois que nos parece ter havido alguma precipitação na análise dos preceitos em causa. É que o artigo 88.º, n.º 2, por um lado, e os artigos 185.º-A e 198.º-A, por outro, referem-se a dois grupos de casos que não se confundem. Senão, vejamos: a autorização de residência prevista no artigo 88.º, n.º 2, pode ser requerida por aqueles que, não estando na posse de visto de residência válido, possuam um contrato de trabalho ou tenha uma relação laboral *comprovada*¹¹, tenham entrado e permanecido *legalmente* em território nacional (al. b)) e que estejam inscritos e tenham a sua situação *regularizada* perante a segurança social (al. c)). Será o caso, por exemplo, de um imigrante que entre em território português com um visto de estada temporária (que autoriza, nos termos do art. 54.º, n.º 1, al. c), o exercício de uma actividade profissional). Já os crimes e contra-ordenações previstos nos artigos 185.º-A e 198.º-A fazem referências expressas a cidadãos estrangeiros que *não* sejam titulares de autorização de residência ou visto que habilite a que permaneçam *legalmente* em Portugal (185.º-A) ou que autorize o *exercício de uma actividade profissional subordinada* (198.º-A). Ora, se o imigrante não possui um título habilitador da sua permanência em território nacional, não preenche o

¹¹ “*por sindicato, por associação com assento no Conselho Consultivo ou pela Autoridade para as Condições de Trabalho*” (cfr. al. a) do preceito).

critério previsto na alínea b) do artigo 88.º. De forma semelhante, se o imigrante não detém um título que o habilite a desenvolver uma actividade profissional subordinada, dificilmente preencherá os critérios contidos nas alíneas a) e c) daquele artigo.

Em suma: o artigo 88.º é posto à disposição de imigrantes que não possuam uma autorização de residência, mas que se encontrem numa situação laboral regular; os artigos 185.º-A e 198.º-A punem a exploração do trabalho de imigrantes que não possuam qualquer título habilitador da sua permanência ou do exercício de uma profissão em território português. A solução preconizada não é, pois, esquizofrénica – é até bastante lógica.

IV. Conclusões

Pelo exposto, conclui-se que a denúncia procede, mas não totalmente.

Reconhecendo que existe um direito a imigrar, sublinhamos que o mesmo não é absoluto: se fechar as fronteiras do nosso país é indesejável, abri-las completamente é impraticável. Nesta medida, um certo grau de discriminação no controlo dos fluxos migratórios será sempre inevitável. O que aqui se procurou aferir foi se as modificações operadas à Lei 23/2007 pela Lei 29/2012 constituem restrições razoáveis, ou não, à liberdade de imigração.

De um modo geral, a resposta foi positiva, muito embora se tenha lavrado protesto contra a possibilidade de recusar a entrada ou de expulsar do território nacional um cidadão estrangeiro que tenha a seu cargo um filho menor residente em Portugal – a qual se reputa inconstitucional.

Preocupações maiores foram-nos suscitadas pelos procedimentos que acompanham todo o processo de recusa de entrada ou de expulsão coerciva do território nacional: em particular, observámos que o efeito meramente devolutivo do recurso de uma decisão de afastamento, assim como a não consagração da obrigatoriedade de representação legal neste tipo de processos, restringe de forma inaceitável o direito a uma tutela jurisdicional efectiva e a um processo justo e equitativo. É aqui que verdadeiramente reside a fonte do problema, e é aqui que ele tem de ser atacado. A concretização dos conceitos de pouco servirá se não houver um advogado para verificar o preenchimento dos mesmos ou se o recurso interposto não tiver qualquer efeito útil. Em contrapartida, a presença de um defensor e a efectividade da tutela judicial das decisões de afastamento obrigarão necessariamente a maiores cuidados na fundamentação e razoabilidade das mesmas.

Já a criação de novos tipos de ilícito criminal e contra-ordenacional constitui, a nosso ver, uma evolução positiva na luta contra a imigração ilegal e contra as violações de direitos humanos que frequentemente a acompanham.

Assim, conclui-se que as recentes alterações à Lei de Estrangeiros são, em grande medida, razoáveis. Porém, tal não deverá ofuscar o facto de no diploma haver outras disposições que constituem restrições inaceitáveis de Direitos Humanos. Assim, esperando ter dado um contributo relevante para este debate, exortamos a Assembleia da República a rever o diploma, por forma a assegurar que também em matéria de imigração o processo justo e equitativo seja a regra e não a exceção.

O Relator,

Miguel Gomes Ferreira

DECLARAÇÃO DE VOTO:

A Comissão Executiva do Observatório dos Direitos Humanos subscreve, no essencial, o teor do presente relatório, mas sublinha que as afirmações - “se fechar as fronteiras do nosso país é indesejável, abri-las completamente é impraticável. Nesta medida, um certo grau de discriminação no controlo dos fluxos migratórios será sempre inevitável” - correspondem à opinião pessoal do relator, mas não vinculam todas as associações que a integram. Na verdade, a política de imigração pode variar consideravelmente consoante o quadrante ideológico a partir do qual se delinea a mesma, com maior ou menor abertura de fronteiras. Assim, se bem que aceite a conformidade constitucional da opção do legislador em discriminar positivamente os imigrantes com fortuna pessoal, atribuindo-lhes o cartão azul UE - independentemente de concordar ou não com essa solução legal -, a Comissão Executiva do ODH não se revê no entendimento de que abrir as fronteiras seja impraticável e que um certo grau de discriminação no controlo dos fluxos migratórios seja sempre inevitável (sublinhado nosso), quer porque constata que estes se tendem a autorregular segundo a conjuntura económica nos países de partida e de destino, quer porque a experiência da liberdade de circulação no interior da União Europeia tem vindo a demonstrar, por exemplo, que o “fantasma” da invasão de imigrantes provindos dos países do leste europeu após o último alargamento, não se concretizou, entre outros fatores por efeito das políticas de coesão seguidas no seio da mesma, certamente inspiradoras para lidar com outros fenómenos migratórios de diferentes continentes. De resto, a Comissão Executiva do ODH recorda que os imigrantes são normalmente contribuintes líquidos nos países de acolhimento, pagando mais em impostos e contribuições do que aquilo que recebem em prestações sociais. Aliás, reconhecendo-se um direito de emigrar e de imigrar, as limitações legais ao mesmo têm de ser adequadas, necessárias e proporcionais, designadamente para salvaguardar os demais direitos fundamentais, mas sem pôr em causa o seu conteúdo essencial (cfr. artigo 18º, n.os 2 e 3 da CRP), tal como acontece no caso dos outros direitos, liberdades e garantias. Assim, se bem que a proibição de discriminação não seja absoluta - já que o princípio da igualdade tolera que se trate de forma desigual o que é desigual - não pode a mesma ser arbitrária, injustificada ou excessiva, nomeadamente no caso do controlo da imigração. É, portanto, com este enquadramento que as referidas afirmações do relator devem ser lidas e interpretadas, de modo a inscreverem-se no plano jurídico a que este relatório se pretende cingir.

Por outro lado, a Comissão Executiva do ODH, ainda que compreenda e acompanhe a linha de raciocínio seguida pelo relator, defendendo a necessidade do recurso contencioso da decisão de afastamento coercivo ter efeito suspensivo, não pode deixar de criticar o facto de a lei (artigo 160º, nº 2 da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 29/2012, de 9 de Agosto) permitir a detenção temporária de imigrantes, sem prévia validação judicial, com base em critérios diferentes e menos exigentes do que aqueles aplicáveis a cidadãos nacionais, nomeadamente quando sujeitos à detenção para interrogatório judicial ou a prisão preventiva no âmbito do processo penal. Nesse sentido, o direito à liberdade sofre aqui uma restrição que se afigura desproporcionada e discriminatória, ainda que a medida seja instrumental em relação à decisão de afastamento coercivo e que a atribuição de efeito suspensivo ao recurso permitisse evitar essa detenção.

Finalmente, a Comissão Executiva do ODH demarca-se parcialmente da conclusão a que o relator chegou quanto à compatibilidade das normas do artigo 88º, nº 2 e do artigo 198º-A da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 29/2012, de 9 de Agosto. De facto, a realidade tem demonstrado que os estrangeiros que tenham entrado legalmente em território nacional, mas sem visto de residência, podem conseguir trabalho na vigência do seu título de permanência e demonstrar que o têm. Além disso, estes estrangeiros podem também ter a sua situação fiscal e contributiva regularizada, quer por terem já trabalhado anteriormente em Portugal quer por terem feito a sua inscrição respetiva aquando da sua contratação pelo seu empregador. Nesses casos, esses estrangeiros poderão fazer a sua manifestação de interesse para efeitos de requerer a autorização de residência. Porém, ao fazerem-no, estarão igualmente a denunciar a sua entidade patronal, que ficará sujeita a uma coima. Obviamente, a possibilidade de serem sancionados inibe os empregadores de darem trabalho a estrangeiros sem autorização de residência, mas em situação legal em Portugal. Deste modo, o Estado tira com uma mão o que dá com a outra, esvaziando o sentido e o alcance do artigo 88º, nº 2 do citado diploma legal. Esta solução legal coloca, portanto, em causa, ainda que reflexamente, o direito ao trabalho destes imigrantes. Já no que respeita à articulação do artigo 88º, nº 2 com o artigo 185º-A do mesmo diploma legal, não existe a mesma contradição, como bem aponta o relator, mas a solução legal poderia igualmente ser questionada do ponto de vista da proporcionalidade da restrição do direito ao trabalho, embora a denúncia não tivesse apontado nesse sentido. Nessa medida, não é líquido que a criação destes novos tipos de ilícito criminal e contra-ordenacional constitua uma evolução positiva na luta contra as violações dos direitos humanos e que não traduza antes, sobremaneira, um estrangulamento das possibilidades de transformar a imigração ilegal em imigração legal.

A COMISSÃO EXECUTIVA DO OBSERVATÓRIO DOS DIREITOS HUMANOS