

José de Melo Alexandrino **

INTRODUÇÃO

O tema que me foi distribuído é, segundo me parece, o mais difícil dos temas versados neste curso. Trata-se, desde logo, de uma *difficultade objectiva*: pela aspereza, complexidade e extensão da lei, pela escassez de tratamento doutrinário ou jurisprudencial e, não menos, por aí se manifestar aquilo que, em Janeiro passado (no 1.º Encontro dos Professores Portugueses de Direito Público), o Professor Gomes Canotilho considerou um dos mais distintos problemas do Direito contemporâneo: o problema da “escolha do ordenamento”.

Como veremos mais adiante, o estatuto de um qualquer não-nacional, em tantíssimos casos, é ditado não pela lei portuguesa que hoje vamos apreciar (afinal, ela sim, uma “lei de restos”¹), mas, total ou parcialmente, pelo Direito da União Europeia (originário ou derivado), por convenções promovidas no âmbito da Comunidade Europeia (em especial a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, parcialmente integrada em 1996 nos Tratados), por outras convenções internacionais (multilaterais e bilaterais), por uma série de regimes especiais, por remissão para regulações excepcionais ou ainda – não se deve esquecer! – pela própria Constituição da República Portuguesa.

Na verdade, sem ter percorrido o íngreme percurso da escolha do ordenamento, não é hoje possível responder a perguntas tão simples como estas: quem é imigrante? Quem é estrangeiro? Um cidadão islandês que se encontre em Portugal pode ser tido como

* O texto corresponde à versão provisória do texto da lição proferida em 22 de Fevereiro de 2008, no âmbito do Seminário sobre *Direito da Imigração e dos Refugiados*, organizado pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (de 8 de Fevereiro a 7 de Março de 2008).

** Professor da Faculdade de Direito de Lisboa.

¹ A expressão foi utilizada, pela primeira vez, pelo Professor José Joaquim Gomes Canotilho referida ao Direito Constitucional [cfr. «O Direito constitucional na encruzilhada do milénio. De uma disciplina dirigente a uma disciplina dirigida» (2000), in id., *“Brançosos” e Interconstitucionalidade. Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra, 2006, p. 189 ss. [183-197]].

estrangeiro, como migrante, como imigrante²? Um cidadão de outro Estado membro da União Europeia pode alguma vez ser considerado um estrangeiro à luz do ordenamento português (em especial à luz da Lei da Imigração)?

Mas a dificuldade é ainda *subjectiva*, porque nunca semelhantes problemas estiveram no horizonte das minhas investigações, nem estou à partida particularmente habilitado a trilhar os caminhos conexos do Direito Internacional e do Direito Comunitário – para dizê-lo numa palavra, os caminhos do Direito da Imigração.

Confrontado, além disso, com a dificuldade suplementar da limitação do tempo e para poupar os destinatários desta sessão a um enfadonho exercício de exegese – exercício para o qual tão-pouco haveria tempo –, optei pelo recurso a uma trilogia que me pareceu ter dados bons frutos noutras alturas: contexto, texto e problematização. Eis as três partes da lição.

I – O CONTEXTO

1. A regulação da imigração em Portugal

Para melhor podermos situar e compreender a nova lei sobre o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional (Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, a que nos podemos referir também como Lei da Imigração), julgamos conveniente traçar um breve *perfil histórico* da regulação nacional sobre estrangeiros, apontando em especial os *momentos e as marcas de eventuais mudanças de sistema*, o esboço dos *caracteres gerais* dessa regulação, as *particularidades* que nesse âmbito revele a nova lei e identificando ainda um conjunto de *outras fontes* relevantes.

a) Segundo um critério jurídico-integrativo³, é plausível a divisão da história recente (desde a aprovação da Constituição de 1976) da regulação da imigração em Portugal

² A Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, apenas por uma vez utiliza a expressão imigrante (no artigo 60.º, n.º 2, referido aos “imigrantes empreendedores”).

³ Não deixa de estar presente neste critério a ponderação dos fluxos migratórios no período considerado: os imigrantes legais, em 1986, eram cerca de 80 000, nos inícios dos anos 90 cerca de 100 000, cerca de 200 000 em 1999 e 373 000 em 2003 [cfr. Conselho Económico e Social, *Imigração, Desenvolvimento e Coesão Social em Portugal: parecer face ao anteprojecto de proposta de lei que regula as condições de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional*, Lisboa, 2006, p. 8, acessível em <http://www.ces.pt/file/doc/196> (19.02.2008)], sendo esse número no final de 2007 de 434 000 imigrantes legais (conforme informação prestada pelo Senhor Ministro da Presidência, na sessão de abertura deste Seminário).

(relevando naturalmente nesse conspecto todos os regimes jurídicos internos) em dois grandes períodos: o período anterior e o período posterior à adesão à Comunidade Europeia.

Por seu lado, o segundo período (de 1986 a 2008) é passível de subdivisão nas seguintes três fases: 1.^a) de *tímida adaptação* (atento o período transitório fixado até final de 1992)⁴, promovida em especial pelo Decreto-Lei n.º 267/87, de 2 de Julho (que deixou intocado o regime preexistente – aplicável aos estrangeiros em geral – do Decreto-Lei n.º 264-C [-B]/81, de 3 de Setembro, integrado pelo disposto nos Decretos-Leis n.ºs 333/82, de 19 de Agosto, e 312/86, de 24 de Setembro); 2.^a) de *transição*, promovida pelo Decreto-Lei n.º 59/93, de 3 de Março, e pelo Decreto-Lei n.º 60/93, de 3 de Março (aplicável aos cidadãos da União Europeia); 3.^a) de *esforço de consolidação de um quadro normativo abrangente*, partindo todavia da série de obrigações internacionais e comunitárias (procedendo nomeadamente ao esclarecimento do alcance de directivas precedentes, à transposição de novas directivas e à adaptação a alguns dos passos entretanto dados no sentido da definição de uma política comum de imigração)⁵. Tendo deixado intocado o regime aplicável aos cidadãos da União Europeia (Decreto-Lei n.º 60/93, de 3 de Março) e começando por pretender introduzir apenas algumas alterações ao Decreto-Lei n.º 59/93, de 3 de Março⁶, esta terceira fase acabou por dar lugar à aprovação de um acto legislativo substancialmente autónomo, o Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto. Este novo regime, por seu lado, veio a conhecer sucessivas e extensas alterações (promovidas primeiro pela Lei n.º 97/99, de 26 de Julho, por apreciação parlamentar, e depois pelo Decreto-Lei n.º 4/2001, de 10 de Janeiro, e pelo Decreto-Lei n.º 34/2003, de 25 de Fevereiro)⁷.

É duvidoso saber se a lei de 2007 inaugura uma nova fase ou se, ao invés, se situa numa linha de continuidade relativamente ao diploma de 1998 (através da charneira constituída pelo Decreto-Lei n.º 34/2003, de 25 de Fevereiro). Perante a hesitação e numa fase tão embrionária da nossa apreciação, bem podemos deixar essa questão em aberto.

Para uma informação mais detida, consulte-se o último relatório dos Serviços de Estrangeiros e Fronteiras (SEF), *Relatório Estatístico Anual [2006]*, p. 6 ss., 77 ss., documento acessível em http://www.sef.pt/portal/v10/PT/aspx/estatisticas/relatorios.aspx?id_linha=4265&menu_position=4141#0 (18.02.2008).

⁴ Fixado nos artigos 216.º e seguintes do Tratado de Adesão e, depois, no Regulamento (CEE) n.º 2194/91 do Conselho, de 25 de Junho de 1991 (cfr. Francisco Liberal Fernandes, *Liberdade de circulação de trabalhadores na Comunidade Europeia*, Coimbra, 2002, p. 68 s.).

⁵ Sobre o assunto, ver, por exemplo, a Comunicação da Comissão (COM 669), de 21.12.2005, acessível em http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/pt/com/2005/com2005_0669pt01.pdf (19.12.2008).

⁶ Veja-se o artigo 1.º, n.º 2, da Lei n.º 8/98, de 13 de Fevereiro (que concede ao Governo autorização para *alterar* o regime legal de entrada, permanência, saída e expulsão de estrangeiros do território nacional).

⁷ Todos estes diplomas foram aprovados no seguimento de leis de autorização legislativa (assim e sucessivamente, as Leis n.ºs 13/92, de 23 de Julho, 8/98, de 13 de Fevereiro, 27/2000, de 8 de Setembro, e 22/2002, de 21 de Agosto).

b) Podemos no entanto afirmar que a partir de 1993 se registou uma *mudança de paradigma* na regulação da imigração em Portugal. Porquê?

Porque, até 1993, para efeitos de adopção da lei, o cidadão nacional de um Estado membro da Comunidade Europeia era sempre e de algum modo considerado “estrangeiro”⁸. A partir daí, o mesmo cidadão deixou de poder ser considerado um “estrangeiro” (é um não-nacional, mas que sempre tem a cidadania da União Europeia).

Na verdade, a União Europeia, hoje em dia, assegura não só a ausência de controlos de pessoas nas fronteiras internas e um regime de vistos comum⁹ como «desenvolve uma política comum em matéria de asilo, de imigração e de controlo das fronteiras externas»¹⁰. Essa política comum de imigração deve garantir quatro finalidades: (1) uma gestão eficaz dos fluxos migratórios, (2) um tratamento equitativo dos nacionais de países terceiros que residam legalmente nos Estados membros, (3) a prevenção da imigração ilegal e do tráfico de seres humanos e (4) o reforço do combate a estes dois fenómenos¹¹. Ou seja, sobretudo a partir do Tratado da União Europeia (que introduziu o conceito de cidadania da União Europeia), boa parte da definição de políticas e da edição de medidas legislativas neste domínio foi transferida dos Estados para a União¹², o que justifica quer as mudanças semânticas (as expressões “imigrante”, “migrante” e “estrangeiro” têm agora um significado completamente distinto do que tinham há vinte anos), quer a mudança de

⁸ Em 1993, como resulta do texto, são aprovados na mesma data dois diplomas autónomos: o Decreto-Lei n.º 59/93, de 3 de Março, que estabelece o regime de entrada, permanência, saída e expulsão de estrangeiros do território nacional, e o Decreto-Lei n.º 60/93, de 3 de Março, que estabelece o regime jurídico de entrada, permanência e saída do território português de nacionais de Estados membros da Comunidade Europeia (diploma revogado apenas pela Lei n.º 37/2006, de 9 de Agosto).

⁹ Como decorria, para dar um exemplo marcante, do artigo 9.º da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen.

¹⁰ Veja-se o teor dos artigos 61.º, n.º 2, 63.º-A e 63.º-B do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (naturalmente, após o Tratado de Lisboa).

¹¹ Artigo 63.º-A, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Porém, há a referir que a construção do espaço de liberdade, segurança e justiça, de que essa política constitui elemento, se deve desenvolver no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicas dos Estados membros (artigo 61.º, n.º 1), ou seja, preserva um vasto campo de manobra (além do mais exigido pelo princípio da subsidiariedade) à soberania de cada Estado.

A União Europeia tem uma acção complementar da acção dos Estados membros, designadamente no domínio das condições de emprego dos nacionais de países terceiros que residam legalmente no espaço da União (artigo 137.º, n.º 1, alínea g), do mesmo Tratado), os quais têm direito a condições de trabalho *equivalentes* àquelas de que beneficiam os cidadãos da União (artigo 15.º, n.º 3, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em Estrasburgo, a 12 de Dezembro de 2007).

¹² F. Liberal Fernandes, *Liberdade de circulação...*, p. 25 ss., 47.

perspectiva da lei interna (encontrando-se o regime geral do cidadão europeu agora definido, primariamente¹³, pelas normas do Direito da União Europeia)¹⁴.

c) Fixando-nos, no entanto, na lei interna, podem ser esboçados os seguintes *caracteres gerais* da regulação da imigração ao longo das últimas décadas:

- Generosidade, abertura e universalismo no plano da norma constitucional¹⁵, mas escassa ligação entre a lei e a Constituição¹⁶;
- Ausência quase completa de ligação entre a disciplina legal e a realidade social¹⁷ – resultado inevitável perante a ausência de indicadores de aplicação ou avaliação e perante a completa ausência de estudos justificativos das reformas legislativas sucessivamente empreendidas (afinal essencialmente dependentes da conjuntura e da sensibilidade socio-política dos governantes)¹⁸;
- Salvo por ocasião de regularizações extraordinárias (ou da solução funcionalmente equivalente resultante da reforma da Lei da Nacionalidade em 2006)¹⁹, as leis portuguesas da imigração pouco se têm ocupado do fenómeno mais sério, mais grave e mais persistente: a realidade social da presença e do circuito de dezenas e dezenas de milhares de imigrantes não-regulares²⁰ – realidade social aliás induzida, em larga medida, pela ineficácia da própria legislação²¹;

¹³ Por último, veja-se a Lei n.º 37/2006, de 9 de Agosto, que, transpondo a Directiva n.º 2004/38/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril, regula o exercício do direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União Europeia e dos membros das suas famílias no território nacional.

¹⁴ Sobre o assunto e analisando o problema nos vários momentos referidos no texto, na doutrina portuguesa, Maria Luísa Duarte, *A liberdade de circulação de pessoas e a ordem pública comunitária*, Coimbra, 1992, p. 67 ss., 101 ss., 165 ss.; id., *União Europeia e Direitos Fundamentais – no espaço da internormatividade*, Lisboa, 2006, p. 328 ss.; F. Liberal Fernandes, *Liberdade de circulação...*, p. 53 ss., 68 ss., 141 s.; Paulo Manuel Costa, *Políticas de Imigração e as Novas Dinâmicas da Cidadania em Portugal*, Lisboa, 2004, p. 125 ss.

Com o Tratado de Amesterdão procedeu-se à integração no Tratado de Roma (artigos 61.º e seguintes – mantendo a numeração no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, com aditamentos) dos princípios e objectivos da Convenção de Schengen.

¹⁵ José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, vol. I – *Raízes e contexto*, Coimbra, 2006.

¹⁶ No Decreto-Lei n.º 244/98 (e até à redacção de 2003) não houve nenhuma referência expressa à Constituição; já na Lei n.º 23/2007 vislumbram-se duas referências (artigos 133.º e 171.º, n.º 1). Porém, como veremos, o problema de fundo está no facto de as leis terem sido feitas de *costas voltadas* para a Constituição.

¹⁷ Para uma demonstração, cfr. Conselho Económico e Social, *Imigração, Desenvolvimento...*, p. 15.

¹⁸ É esta a explicação do Conselho Económico e Social (cfr. *Imigração, Desenvolvimento...*, p. 19), à qual não temos dificuldade em aderir.

¹⁹ Lei orgânica n.º 2/2006, de 17 de Abril.

Para uma primeira visão da estatística induzida por essa importante reforma, veja-se a informação acessível em <http://www.nacionalidade.sef.pt/upload/anual07.pdf> (18-02.2008).

²⁰ Na Lei n.º 23/2007, poucas são as disposições expressas sobre esse domínio (entre as quais o artigo 134.º, n.º 1, 138.º, n.º 1, 146.º a 150.º e o artigo 165.º, n.º 1), podendo ainda ser referidos o artigo 109.º, n.º 1 (sobre as vítimas de tráfico de pessoas) e as disposições finais (já caducadas) do artigo 217.º, n.ºs 3 e 4 (cuja previsão foi posteriormente alargada pelo Decreto Regulamentar n.º 84/2007, de 5 de Novembro).

²¹ Conselho Económico e Social, *Imigração, Desenvolvimento...*, p. 15 ss.

- Insensibilidade às indicações da doutrina e da jurisprudência (interna e internacional);
- As leis são em geral “orientadas ao Estado” e aos procedimentos burocráticos, nunca às pessoas ou aos seus direitos (por isso, grandemente bloqueados ou distorcidos).
- Fraca institucionalização (mais ainda no plano local, onde a acção e interacção se mostram mais necessárias);
- Legalismo, excesso de especificação e frenesim regulador²² (de tal modo que a doutrina não chega a ter tempo para se debruçar convenientemente sobre um determinado quadro jurídico)²³.

d) Ainda que revele maior sensibilidade (por exemplo, no domínio do reagrupamento familiar) e franca intenção de flexibilizar e desburocratizar os procedimentos, não nos parece que a Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, se afaste significativamente deste pano de fundo.

e) Além da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, podem identificar-se algumas outras fontes relevantes (para além das de Direito da União Europeia, originário ou derivado, das de Direito Internacional Geral ou dos acordos especiais com os Países de Língua Portuguesa):

- A Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, de 14 de Junho de 1985, assinada em Schengen em 19 de Junho de 1990 (ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 55/93, de 25 de Novembro de 1993)²⁴;
- A Convenção de Varsóvia, de 16 de Maio de 2005, relativa à luta contra o Tráfico de Seres Humanos (aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2008, de 14 de Janeiro)²⁵;

²² Para um problema homólogo no plano da lei constitucional, entre nós, Jorge Miranda, «Acabar com o Frenesim Constitucional», in AAVV, *Nos 25 Anos da Constituição da República Portuguesa de 1976 – Evolução constitucional e perspectivas futuras*, Lisboa, 2001, p. 653-662; para uma revisitação, José de Melo Alexandrino, *Reforma Constitucional – Lições do constitucionalismo português*, in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Martim de Albuquerque*, Coimbra [edição em curso de preparação], acessível em <http://www.fd.ul.pt/ICJ/luscommunedocs/alexandrinojosedemelo2.pdf> (18.02.2008).

²³ Sem contar com os actos legislativos internos relativos aos nacionais de Estados membros da União Europeia, nos últimos 10 anos foram editados, reescritos ou aditados mais de 500 artigos da Lei da Imigração, sendo que, paralelamente, centenas e centenas de normas regulamentares foram identicamente aprovadas (vejam-se, assim, os sucessivos decretos regulamentares n.os 5-A/2000, 9/2001, 6/2004 ou 84/2007).

À luz da teoria dos sistemas aplicada ao Direito, parte do fenómeno descrito dá pelo nome de “legislação simbólica” (em língua portuguesa, por todos, Marcelo Neves, *A constitucionalização simbólica*, 2.ª ed., São Paulo, 2007, p. 29 ss., 31 ss., 42 ss., 148 ss.).

²⁴ *Diário da República*, n.º 276, de 25 de Novembro de 1993, p. 6538-6628.

²⁵ *Diário da República*, 1.ª série, n.º 9, de 14 de Janeiro de 2008, p. 412-441.

- A Lei n.º 34/94, de 14 de Setembro (que regula o acolhimento de estrangeiros e apátridas em centros de instalação temporária); e o Decreto-Lei n.º 85/2000, de 12 de Maio (que equipara os espaços criados nos aeroportos portugueses por força da Resolução de Conselho de Ministros n.º 76/97, de 17 de Abril, a centros de instalação temporária);
- A Lei n.º 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, transpondo para ordem jurídica interna a Directiva n.º 2004/38/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril;
- A Resolução do Conselho de Ministros n.º 63-A/2007, de 3 de Maio, que aprova o Plano para a Integração dos Imigrantes;
- O Decreto-Lei n.º 368/2007, de 5 de Novembro, que define o regime especial de concessão de autorização de residência para as vítimas do crime de tráfico de pessoas;
- O Decreto Regulamentar n.º 84/2007, de 5 de Novembro, que procede à regulamentação da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho;
- A Resolução do Conselho de Ministros n.º 27/2008, de 15 de Fevereiro, que fixa contingente global de oportunidades de emprego no ano de 2008;
- O Decreto legislativo regional n.º 4/2008/M, de 18 de Fevereiro, que define as entidades competentes na Região Autónoma da Madeira para a aplicação do regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional²⁶.

2. As razões que estiveram na base da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho

Segundo os elementos disponíveis (que na realidade se resumem aos constantes da exposição de motivos da proposta de lei n.º 93/X)²⁷, estiveram na base da reforma da

²⁶ Sobre *passaportes* vejam-se: o Decreto-Lei n.º 83/2000, de 11 de Maio (regime legal da concessão e emissão de passaportes), alterado pelo Decreto-Lei n.º 108/2004, de 11 de Maio, e pelo Decreto-Lei n.º 138/2006, de 26 de Julho, bem como o Decreto-Lei n.º 86/2000, de 12 de Maio (regime legal que regulamenta a base de dados de emissão de passaportes), alterado pelo Decreto-Lei n.º 139/2006, de 26 de Julho.

²⁷ *Diário da Assembleia da República*, II.ª série A, 1/X/2, de 16 de Setembro de 2006, p. 103-164, também acessível em http://www3.parlamento.pt/plc/Iniciativa.aspx?ID_Ini=33257 (18.02.2008).

Esses argumentos foram depois abundantemente retomados (sem desenvolvimento): na apresentação da iniciativa feita pelo Ministro de Estado e da Administração Interna (*Diário da Assembleia da República*, I.ª série A, n.º 29, de 20 de Dezembro de 2006), no documento oficial *Aspectos mais relevantes da nova lei da imigração – Lei 23/2007, de 4 de Julho*, acessível em <http://www.mai.gov.pt/data/documentos/%7B115AB1B4-2C21->

legislação da imigração três grupos de razões: (1) razões ditadas pelos defeitos da lei anterior; (2) razões ditadas por imperativos políticos; e (3) razões ditadas pela necessidade de transpor e de consolidar um conjunto de actos comunitários (dez “Directivas”²⁸ e uma Decisão Quadro do Conselho). Ora, se nos fixarmos no primeiro grupo de razões, foram apontados os seguintes *oito defeitos* à anterior Lei da Imigração:

- Má sistematização;
- Inadequação à realidade social portuguesa;
- Disciplina indutora da ilegalidade, forçando designadamente ao expediente das regularizações extraordinárias;
- Pulverização dos títulos de residência (oito, em matéria de imigração económica) e correspondente pluralidade de estatutos dos imigrantes;
- Ineficiência das medidas de luta contra a imigração ilegal;
- Ausência de medidas favorecedoras do retorno voluntário dos imigrantes;
- Rigidez dos mecanismos de admissão e afastamento.

3. A identidade essencial de programa político dos dois principais partidos

Aqui chegados, importa notar que, a nosso ver, os imperativos políticos (ou seja, as exigências resultantes do Programa do XVII Governo Constitucional)²⁹ não se afastam significativamente das linhas traçadas anteriormente pelo XV Governo Constitucional, como se depreende, por exemplo, pela leitura do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 34/2003, de 25 de Fevereiro. Na verdade, salvo no respeitante à matéria do reagrupamento familiar, a Lei da Imigração é neles identicamente concebida como elemento de uma política mais vasta, pretende-se uma política transparente, estruturante e humanista, definem-se três eixos fundamentais, é fixado um limite anual de entradas, introduzem-se novos tipos de vistos (designadamente para o exercício de uma actividade de investigação científica) e pretende manter-se o acesso à protecção social dos imigrantes.

[45FB-A2D5-A996E4A66EF8%7D_aspectosrelevantesdaleiimigracao.htm](http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Governos/Governos_Constitucionais/GC17/Programa/programa_p013.htm) (18.02.2008), e no preâmbulo do Decreto Regulamentar n.º 84/2007, de 5 de Novembro.

²⁸ Ou directrizes, como melhor se deveria dizer em Português.

²⁹ Veja-se o subcapítulo VII do capítulo II do Programa do XVII Governo Constitucional, texto acessível em http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Governos/Governos_Constitucionais/GC17/Programa/programa_p013.htm (18.02.2008).

Por isso mesmo, nada mais lógico do que a adesão política manifestada pelo PSD, tanto na votação na generalidade como na votação final global da iniciativa³⁰ do que veio a ser o decreto n.º 120/2007³¹.

II – A LEI N.º 23/2007, DE 4 DE JULHO: AS SOLUÇÕES

4. Principais inovações introduzidas pela Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho

Numa primeira apreciação na generalidade, a Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, mau grado a sua extensão (220 artigos) representa, em clareza e qualidade, um significativo progresso em relação ao quadro normativo precedente³². De entre as suas principais inovações, permitimo-nos salientar as seguintes:

- (i) Clarificação do *âmbito de aplicação pessoal*, excluindo do mesmo não só os cidadãos da União Europeia, mas também os nacionais do Espaço Económico Europeu, os nacionais de Estados terceiros com os quais a Comunidade Europeia tenha concluído acordo de livre circulação ou que sejam membros da família de cidadão português ou de cidadão estrangeiro que beneficie da liberdade de circulação, além de outras situações (artigo 4.º);
- (ii) Sistematização do quadro de definições (artigo 3.º);
- (iii) Introdução de alterações em matéria de recusa de entrada, quer em sentido restritivo (através da possibilidade de recusa de entrada por razões de saúde pública)³³, quer em sentido ampliativo³⁴;
- (iv) No âmbito da admissão em território nacional, é criado um único tipo de visto para fixação de residência (o *visto para obtenção de autorização de residência*)³⁵, cujo regime de concessão, quando destinado ao exercício de actividade profissional

³⁰ À iniciativa do Governo foram incorporados certos contributos do projecto do PCP (projecto de lei n.º 248/X) e residualmente do Projecto do Bloco de Esquerda (projecto de lei n.º 257/X).

³¹ Ao invés, a proposta de lei n.º 93/X mereceu, na generalidade, o voto contra do Bloco de Esquerda, do CDS-PP e dos Verdes (e ainda do deputado Pedro Quartim Graça); na votação final global, votaram contra o Bloco de Esquerda e o CDS-PP.

³² Empregámos aqui, com a devida vénia, a fórmula de síntese utilizada pelo Conselho Económico e Social no seu parecer sobre o anteprojecto (cfr. *Imigração, Desenvolvimento...*, p. 32).

³³ Artigo 32.º

³⁴ Definindo, nomeadamente, um novo campo de excepções à recusa de entrada (artigo 36.º).

³⁵ Mantendo, no entanto, todas as condições gerais precedentemente definidas para a respectiva concessão, a saber: a inexistência de condenação criminal relevante, a inexistência de indicação de não admissão nos Sistema de Informação Schengen ou no Sistema Integrado do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, a posse de documento de viagem válido e a posse de meios de subsistência (artigo. 52.º).

subordinada, passa a estar condicionado pelo limite do contingente global indicativo das oportunidades de emprego não preenchidas (aqui, o modelo das quotas, vindo de 2001, é essencialmente mantido), bastando no entanto que os candidatos (a empregos não preenchidos pela preferência nacional ou comunitária) *possuam uma manifestação de interesse de entidade patronal interessada* (artigo 59.º, n.º 5); são, além disso, criados um regime jurídico para a imigração meramente temporária, através do visto de estada temporária para o *exercício de actividade sazonal* (artigos 54.º e seguintes), um regime mais simplificado de *admissão de cientistas, docentes universitários e estrangeiros altamente qualificados* (artigos 57.º e 61.º) e um regime de concessão de vistos para *imigrantes empreendedores* (artigo 60.º);

- (v) Já no âmbito da permanência em território nacional, a inovação mais saliente prende-se com a fusão de uma série de títulos habilitantes até então existentes num único, a *autorização de residência* (artigo 74.º); a *validade da primeira autorização de residência é reduzida para um ano* (renovável por períodos de dois anos)³⁶, mas, em contrapartida, o prazo de residência necessário para obtenção de uma autorização de residência permanente ou do estatuto de residente de longa duração passa a ser de cinco anos; prevê-se uma longa lista de *situações especiais de dispensa de visto* para a obtenção de autorização de residência temporária (artigo 122.º), alargando-se ainda o *regime excepcional* (artigo 123.º); por fim, cria-se o *estatuto de residente de longa duração* (artigos 125.º e seguintes).
- (vi) Quanto ao reagrupamento familiar, procede-se à transposição da Directiva n.º 2003/86/CE, *regressando*, por outro lado, ao *regime vigente até 2003* (permitindo o reagrupamento familiar com membros da família que se encontrem em território nacional, sem restrições quanto à legalidade da permanência)³⁷, permitindo-se também ao imigrante o reagrupamento com o *parceiro de facto* (artigo 100.º).
- (vii) No plano da luta contra a imigração ilegal, além da reconfiguração do quadro sancionatório (artigos 181.º e seguintes e 192.º e seguintes), merece destaque o novo regime de concessão de autorização de residência a *vítimas de tráfico seres humanos* (artigos 109.º e seguintes)³⁸.

³⁶ Artigo 75.º

³⁷ Artigo 56.º do Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto, na redacção que lhe foi dada pelo artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 4/2001, de 10 de Janeiro.

³⁸ Disciplina em boa medida induzida pela Convenção de Varsóvia de 2005 (entretanto aprovada pelo Estado português) e complementada pelo Decreto-Lei n.º 368/2007, de 5 de Novembro.

(viii) Por fim, no que diz respeito ao afastamento de estrangeiros, elimina-se a causa de expulsão baseada na ofensa aos bons costumes³⁹ (adicionando, em contrapartida, um novo fundamento: haver razões sérias para crer que cometeu actos criminosos graves)⁴⁰, consagram-se *limites genéricos à expulsão* (artigo 135.º) e *elimina-se* a possibilidade de aplicação da *prisão preventiva* (artigo 142.º, n.º 1).

5. A estrutura, os valores e os princípios

Olhando para a arquitectónica da lei, salta à vista o esforço colocado na sua sistematização: ora pela transformação de anteriores capítulos em meras secções⁴¹, ora pelo aditamento de novos capítulos⁴² e de novas secções⁴³.

Os capítulos novos e muitas das novas secções correspondem a matéria de transposição dos actos comunitários (o que exigiu, decerto, uma atenção cuidada nesse domínio). Ora a estrutura da proposta de lei era de tal modo articulada que não sofreu a mínima perturbação no respectivo *iter* parlamentar. Mais: salvo o aditamento de dois artigos (os artigos 215.º e 219.º), foi escrupulosamente mantida a numeração dos artigos, dos números e das alíneas constantes da proposta governamental.

Se é verdade que «qualquer política de imigração assenta essencialmente numa opção de valores»⁴⁴, a Lei da Imigração, embora tenha procurado a sintonia com as linhas mestras das orientações estratégicas europeias na matéria e embora tenha apostado na eficiência administrativa (limitando a burocratização e procurando facilitar a vida aos imigrantes) e, em geral, na flexibilização do regime aplicável, continua a ser uma lei *centrada no Estado*.

6. Alguns aspectos do regime

Para além da anotação já feita sobre as principais inovações introduzidas pela Lei n.º 23/2007 (*supra*, n.º 4) e do que mais adiante será referido em matéria de procedimento e

³⁹ Artigo 99.º, n.º 1, alínea *b*), do Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto.

⁴⁰ Artigo 134.º, n.º 1, alínea *f*).

⁴¹ Assim, o anterior capítulo VIII (boletim de alojamento) foi transformado na secção III do capítulo II; o anterior capítulo VI (documentos de viagem) foi transformado em secção IV do capítulo II; o anterior capítulo V (agrupamento familiar) foi transformado em secção IV do capítulo VI; o anterior capítulo X (readmissão) foi transformado em secção V do capítulo VIII.

⁴² É esse o caso dos capítulos III (obrigações das transportadoras) e VII (estatuto de residente de longa duração).

⁴³ Entre as novas secções (sendo que o número total de secções passa de 11 para 24) pode dar-se o exemplo das duas últimas (as secções VI e VII do capítulo VIII), sobre reconhecimento mútuo de decisões de expulsão e apoio ao afastamento por via aérea durante o trânsito aeroportuário.

⁴⁴ Conselho Económico e Social, *Imigração, Desenvolvimento...*, p. 19.

recursos (*infra*, n.º 8) e dos direitos dos estrangeiros (*infra*, n.ºs 7, 10, 11 e 12), analisemos telegraficamente cinco núcleos temáticos (*âmbito*, regime de *entrada e saída* do território nacional, regime de *vistos*, regime de *residência* e regime do *afastamento*) do novo quadro legal.

a) Os artigos 4.º e 5.º (preceitos que por seu lado pressupõem o conhecimento do sentido das definições enunciadas no artigo 3.º, em particular: «Convenção de Aplicação», «Estado terceiro», «fronteiras externas», «fronteiras internas», «residente legal» e «título de residência»)⁴⁵ constituem o ponto de partida para a compreensão de todo o diploma.

Segundo o artigo 5.º, o disposto na Lei da Imigração *não prejudica os regimes especiais* previstos numa série de convenções internacionais (tratados e acordos) aí enunciados, o que significa que na parte regulada por essas normas de Direito Internacional a disciplina aplicável e o quadro de obrigações delas decorrentes para Estado português *afastam a aplicação do regime geral* da Lei da Imigração.

Segundo o artigo 4.º, salvo a título subsidiário ou referência expressa em contrário, o disposto na Lei da Imigração *não é aplicável*: (1) aos nacionais de um Estado membro da União Europeia, (2) aos nacionais de um Estado parte no Espaço Económico Europeu⁴⁶ (ou seja, aos nacionais da Islândia, da Noruega e do Liechtenstein), (3) aos nacionais de Estados terceiros com os quais a Comunidade Europeia tenha concluído acordo de livre circulação (como é o caso da Suíça), (4) aos nacionais de Estados terceiros que residam em território nacional na qualidade de refugiado (ou que sejam beneficiários de protecção temporária) e (5) aos nacionais de Estados terceiros membros da família de cidadão português ou da família de cidadão estrangeiro abrangido pelas hipóteses precedentes.

Relativamente à primeira e mais importante das exclusões, segundo nos parece, *apenas em dois casos* a Lei de Imigração é expressa e directamente aplicável aos nacionais de um Estado membro da União Europeia [artigos 15.º, n.º 2, e 212.º, n.º 2, alínea *e*)], sendo ao invés directamente aplicável a essas pessoas o disposto na Lei n.º 37/2006, de 9 de Agosto (aplicando-se a Lei n.º 23/2007, 4 de Julho, apenas subsidiariamente).

⁴⁵ Deve ainda reter-se a presença de outras definições, como é o caso dos conceitos de “entrada ilegal”, “permanência ilegal” e “trânsito ilegal” presentes no artigo 181.º, n.º 2, cuja aplicabilidade está restringida, a nosso ver, ao regime definido no capítulo IX (disposições penais).

⁴⁶ O Espaço Económico Europeu (EEE) resulta de um acordo subscrito em 1992 pelos doze Estados membros da Comunidade Europeia e pelos seis países da EFTA (Áustria, Finlândia, Islândia, Noruega, Suíça e Suécia), tendo o Liechtenstein aderido em 1995. A Suíça acabou por não ratificar a convenção e, como é sabido, três dos restantes países do EEE (a Áustria, a Finlândia e a Suécia) aderiram entretanto à União Europeia.

b) No domínio da *entrada e saída do território nacional* (artigos 6.º a 40.º), sem referir portanto e por agora o detalhado regime dos vistos (que deixamos para o ponto imediato), há um conjunto de aspectos a considerar.

(i) Deve começar por registar-se a presença de três princípios gerais: o primeiro é o da *sujeição a controlo fronteiriço* dos indivíduos que provenham ou se destinem a Estados que não sejam parte na Convenção de Aplicação (artigo 6.º, n.º 2); o segundo é o de que para a entrada ou saída do território português os cidadãos estrangeiros têm de ser portadores de um *documento de viagem*⁴⁷ reconhecido como válido (artigo 9.º, n.º 1); o terceiro é o da não permissão de entrada de estrangeiros que não disponham de *meios de subsistência suficientes* ou que não estejam em condições de adquirir legalmente esses meios (artigo 11.º).

α) Relativamente ao primeiro princípio geral, pode, nas condições do artigo 6.º, n.º 6, ser reposto excepcionalmente, por um período limitado, o controlo documental nas fronteiras internas⁴⁸.

β) Relativamente ao segundo princípio geral, há a registar, antes de mais, o conjunto de desvios (*casos especiais* de entrada ou saída) previstos no artigo 9.º, n.ºs 3, 5 e 6. Por sua vez, o referido princípio geral tem a sua expressão cimeira num outro: o princípio segundo o qual para a entrada em território nacional devem igualmente os cidadãos estrangeiros ser *titulares de visto* válido e adequado à finalidade da deslocação (artigo 10.º, n.º 1). Há no entanto a dizer que este subprincípio da exigência de visto conhece na lei um conjunto muito alargado de excepções (as previstas ou decorrentes da aplicação dos artigos 10.º, n.º 3, 107.º, n.º 4, 109.º, n.º 1, 116.º, n.º 1, 118.º, n.º 1, 122.º, n.ºs 1 e 3, 123.º, 131.º, n.º 9, e 217.º, n.ºs 3 e 5), num total de trinta e duas previsões. O elenco mais significativo é o que resulta do artigo 122.º, onde são arroladas dezassete situações especiais de autorização de residência com dispensa de visto de residência.

γ) Relativamente ao terceiro princípio geral⁴⁹, admite-se a apresentação de um termo de responsabilidade subscrito por um cidadão português ou por

⁴⁷ Conceito a distinguir naturalmente do de “título de transporte” (*v.g.*, artigos 49.º, n.º 2, 52.º, n.º 2).

⁴⁸ Trata-se, como é óbvio, de uma excepção expressamente autorizada pelo Direito da União Europeia, excepção que a lei se limita a assinalar.

⁴⁹ Para efeitos do artigo 11.º, n.º 2, veja-se o disposto na Portaria n.º 1563/2007, de 11 de Dezembro (sobre os *meios de subsistência* de que os cidadãos estrangeiros devem dispor).

estrangeiro que resida regularmente em território português (artigo 12.º), em alternativa à exigência da disponibilidade de meios de subsistência.

(ii) Nos artigos 14.º a 16.º são fixadas diversas obrigações, nomeadamente de declaração de entrada, de preenchimento e envio de boletins de alojamento e de comunicação de saída do alojamento (em termos francamente excessivos, para os padrões de uma sociedade livre devidamente organizada)⁵⁰.

(iii) Em matéria de *entrada e saída de menores*, vigora a regra geral da recusa de entrada no país aos estrangeiros menores quando desacompanhados de quem exerce o poder paternal⁵¹ ou, em alternativa, quando em território português não exista quem se responsabilize pela sua estada (artigo 31.º, n.º 1).

(iv) Sobre a matéria de *recusa de entrada* (artigos 32.º a 40.º)⁵², sendo de saudar a introdução de uma série de excepções ao poder de recusa (artigo 36.º)⁵³, excepções ditadas em boa medida pela jurisprudência (do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e do Tribunal Constitucional), merecem atenção as inovações introduzidas a respeito de um novo fundamento para a recusa (o estrangeiro constituir perigo ou grave ameaça para a *saúde pública*)⁵⁴, por levantar problemas não negligenciáveis.

O primeiro aspecto a considerar prende-se com a deficiente formulação da regra, logo no artigo 32.º, n.º 2 (fazendo inclusivamente perder o sentido da frase). Para as hipóteses até então definidas, a redacção correcta era a que constava, por exemplo, dos artigos 10.º, n.º 1, ou 33.º, n.º 3, alínea *d*), do Decreto-Lei n.º 59/93, de 3 de Março [ameaça para a ordem pública, a segurança nacional ou as relações internacionais] ou do artigo 5.º, n.º 1, alínea *e*), da Convenção de Aplicação [susceptível de comprometer a ordem pública, a segurança nacional ou as relações

⁵⁰ Normas assistidas de um regime sancionatório particularmente severo (artigos 197.º e 203.º).

⁵¹ Idêntica regra é válida para a saída de menores (artigo 31.º, n.º 4).

Ainda que pontifique aí uma garantia jusfundamental material (artigo 31.º, n.º 6), o texto do artigo 31.º, n.º 5, merece cautelas idênticas às relevadas para os artigos 40.º, 83.º e 133.º (*infra*, n.ºs 11 e 12).

⁵² A decisão de recusa de entrada implica um devido procedimento (*due process*), com audição do interessado (artigo 38.º, n.º 1) e comunicação à representação diplomática ou consular, sendo posteriormente notificada ao interessado, bem como à transportadora (cujas obrigações vêm definidas no capítulo II).

A decisão de recusa tem como efeito o reembarque do estrangeiro nas 48 horas seguintes ou, não sendo o mesmo possível, ser dado conhecimento ao juiz a fim de que seja determinada a manutenção daquele em centro de instalação temporária (artigo 38.º, n.º 4).

⁵³ V. *infra*, n.ºs 7 e 12.

⁵⁴ Artigo 32.º, n.º 1, alínea *d*).

internacionais]. Curiosamente, na maior parte dos casos (mas, portanto, nem sempre)⁵⁵, a Lei n.º 23/2007 ainda se serve de formulações desse tipo⁵⁶.

Em segundo lugar, os parâmetros para a avaliação deste novo fundamento de recusa de entrada são definidos de forma excessivamente vaga (artigo 32.º n.º)⁵⁷, ofendendo dessa forma a exigência constitucional da determinabilidade da lei restritiva e o princípio da proibição do excesso⁵⁸ e mostrando, além disso, um notável desprezo pelas rigorosas pautas que, nesse domínio, foram fixadas no Direito da União Europeia (nomeadamente pela Directiva n.º 64/221/CEE), onde são definidas de forma precisa e taxativa⁵⁹ as doenças que podem restringir a liberdade de entrada⁶⁰.

c) Em matéria de *vistos* (artigos 45.º a 70.º), a alteração mais significativa, como já observámos, respeita à criação de um único tipo de visto para fixação de residência, o *visto para obtenção de autorização de residência* ou «visto de residência», havendo ainda outros tópicos a reter.

Os vistos podem ser concedidos no estrangeiro⁶¹ ou nos postos de fronteira⁶² (e podem ainda ser individuais ou colectivos)⁶³. São concedidos no estrangeiro (o que constitui a regra) os vistos “de escala” (artigo 49.º), “de trânsito” (artigo 50.º) e “de curta duração” (artigo 51.º)⁶⁴ e, com um regime autonomizado, ainda os “vistos de estada temporária” (artigos 54.º a 57.º) e “os vistos para obtenção de autorização de residência” ou “visto de residência” (artigos 58.º a 65.º).

Válido por três meses e para múltiplas entradas, o *visto de estada temporária* pode ter uma das sete finalidades indicadas no artigo 54.º. Pode ter no entanto uma duração superior (até um ano), quando concedido para exercício de actividade profissional subordinada (artigo 56.º) ou para actividade de investigação ou altamente qualificada (artigo 57.º).

⁵⁵ Vejam-se, além do artigo 32.º, n.º 2, os artigos 77.º, n.ºs 2 e 3, e 212.º, n.º 2, alínea *d*).

⁵⁶ Artigos 33.º, n.º 1, alínea *d*), 52.º, n.º 4, 106.º, n.º 1, alínea *e*), 119.º, n.º 4, e 175.º, n.º 2, alínea *e*).

⁵⁷ Para o Conselho Económico e Social, «a recusa de entrada por razões de saúde não deverá ser discricionária, mas assegurar garantias de respeito e de sigilo quanto aos direitos à intimidade pessoal» (cfr. *Imigração, Desenvolvimento...*, p. 34).

⁵⁸ Por todos, Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa*, Coimbra, 2004, p. 161 ss., 191 ss.

⁵⁹ Artigo 4.º, n.º 2, da Directiva n.º 64/221/CEE do Conselho de, 25 de Fevereiro de 1964.

⁶⁰ F. Liberal Fernandes, *A liberdade de circulação...*, p. 131.

⁶¹ Artigo 45.º

⁶² Artigo 66.º

⁶³ Artigo 47.º

⁶⁴ Estes três com um regime comum definido nos artigos 52.º e 53.º, estabelecendo o primeiro as *condições gerais* para a respectiva concessão (nas quais se destaca também a posse de um seguro de viagem) e o segundo a exigência de parecer prévio do SEF, em determinados casos.

Válido para duas entradas e habilitando à permanência por um período de quatro meses⁶⁵, o *visto de residência* destina-se a permitir ao seu titular a entrada em território português a fim de solicitar autorização de residência⁶⁶. Este visto pode ter várias finalidades (entre as quais o exercício de actividade profissional independente, de actividade de investigação, do intercâmbio de estudantes, estágio profissional e voluntariado, da mobilidade de estudantes no ensino superior ou para efeitos de reagrupamento familiar)⁶⁷, sendo a mais importante de todas a que vem prevista no artigo 59.º (*visto de residência para exercício de actividade profissional subordinada*).

Esta modalidade de visto de residência está dependente de três condições principais: 1.ª) a prévia definição pelo Governo do contingente global indicativo de oportunidades de emprego não preenchidas (pela preferência nacional e comunitária ou de estrangeiros com residência legal)⁶⁸; 2.ª) não se ter atingido o limite do contingente global⁶⁹; 3.ª) e a posse um contrato de trabalho, promessa de trabalho ou, ainda⁷⁰, uma manifestação de interesse de entidade patronal interessada⁷¹. A título excepcional, podem ser concedidos (pelo director-geral do SEF)⁷² em postos de fronteira “vistos de trânsito e de curta duração” (com duração entre 5 e 15 dias), bem como, por razões humanitárias ou de interesse nacional, “vistos especiais”⁷³.

Os vistos podem em geral ser cancelados nas situações previstas no artigo 70.º; em contrapartida, nas situações referidas no artigo 71.º poderá ser prorrogada a permanência aos cidadãos estrangeiros que desejem permanecer no país por período superior ao inicialmente autorizado (embora com os limites fixados no artigo 72.º).

d) Já no âmbito da *permanência em território nacional*, o extenso capítulo VI (artigos 74.º a 124.º) começa por distinguir dois tipos de autorização de residência: a autorização de

⁶⁵ Artigo 58.º, n.º 2.

⁶⁶ Artigo 58.º, n.º 1.

⁶⁷ Respectivamente, artigos 60.º, 61.º, 62.º, 63.º e 64.º

⁶⁸ Artigo 59.º, n.º 2.

A Resolução do Conselho de Ministros n.º 28/2008, de 15 de Fevereiro, fixou esse contingente em 8 500 lugares – sem estratificação, como sucedia no regime precedente, nem exclusão de sectores de actividades).

⁶⁹ Artigo 59.º, n.º 5.

⁷⁰ Nas condições referidas no artigo 59.º, n.º 5, alínea b).

⁷¹ O Instituto de Emprego e Formação Profissional tem o encargo de elaborar um relatório semestral sobre a execução do contingente global (artigo 59.º, n.º 8).

⁷² Que pode delegar (artigo 69.º).

⁷³ Respectivamente, artigos 67.º e 68.º

residência temporária (com a duração de um ano e renovável por períodos de dois anos)⁷⁴ e a autorização de residência permanente (sem limite de tempo)⁷⁵.

A autorização de residência pode ter diversas *finalidades* (a que correspondem exigências específicas, acrescidas às condições gerais): exercício de actividade profissional (artigos 88.º a 90.º); estudo, estágio profissional não remunerado ou voluntariado (artigos 91.º a 97.º); reagrupamento familiar (artigos 98.º a 108.º); a vítimas de tráfico de pessoas ou de acção de auxílio à imigração ilegal (artigos 109.º a 115.º); a titulares de estatuto de residente de longa duração em outro Estado membro da União Europeia (artigos 116.º a 121.º); e em situações especiais (artigos 122.º a 124.º).

Para a concessão de autorização de residência o requerente tem de satisfazer uma dezena de *condições gerais* (artigo 77.º, n.º 1)⁷⁶, entre as quais há a referir a posse de visto de residência válido (condição que é, posteriormente, objecto de uma importante cláusula de excepção, no artigo 88.º, n.º 2) e a inscrição na segurança social⁷⁷, podendo, além disso, ser recusada a autorização de residência por razões de ordem pública, segurança pública ou saúde pública⁷⁸. Não estão definidas nenhuma regras quanto ao dever de audição dos interessados, nem no indeferimento (artigo 82.º), nem no cancelamento da autorização de residência (artigo 85.º). Sobre os direitos do titular de autorização de residência rege o artigo 83.º, cujas soluções apreciaremos mais adiante (*infra*, n.ºs 11 e 12).

Nos artigos 98.º e seguintes é regulado de forma generosa o *direito ao reagrupamento familiar*⁷⁹, estendido quer ao refugiado (artigo 98.º, n.º 3), quer agora também ao parceiro em união de facto (artigo 100.º)⁸⁰.

Com algumas reservas no que respeita aos direitos da vítima (artigo 112.º) e ao cancelamento da autorização (artigo 115.º), as disposições sobre a autorização de residência a *vítimas de tráfico de pessoas*⁸¹ mostram em geral adequação às obrigações assumidas pelo Estado português com a assinatura da Convenção de Varsóvia.

Por fim, quanto ao estatuto do residente de longa duração (artigos 125.º a 133.º), a concessão do mesmo parece antes de mais dependente do facto de o interessado não beneficiar de formas de protecção temporalmente limitada ou subsidiária (como decorre da

⁷⁴ Artigo 75.º, n.º 1.

⁷⁵ Artigo 76.º, n.º 1.

⁷⁶ Por seu turno, o artigo 80.º define as condições de que depende a concessão de autorização permanente.

⁷⁷ Artigo 77.º, n.º 1, alíneas *a* e *f*), respectivamente.

⁷⁸ Artigo 77.º, n.º 2 (sendo que, quanto à última das razões, valem as reservas acima expostas).

⁷⁹ Sobre o conceito legal de “membros da família do residente”, veja-se o artigo 99.º

⁸⁰ No segundo caso, convirá notar o disposto no artigo 104.º, n.º 2, da Lei da Imigração, no artigo 67.º, n.º 2, do Decreto Regulamentar n.º 84/2007, de 5 de Novembro, e na Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio.

⁸¹ A integrar pelo disposto no Decreto-Lei n.º 368/2007, de 5 de Novembro, e pela Convenção de Varsóvia e, ainda, a enquadrar na Resolução do Conselho de Ministros n.º 81/2007, de 5 de Novembro.

leitura do artigo 125.º, n.º 2), pressupondo depois (no confronto com a autorização de residência permanente)⁸² sobretudo: (1) a disponibilidade de recursos estáveis e regulares, (2) a disponibilidade de um seguro de saúde e (3) a fluência no Português básico. O procedimento de aquisição do estatuto está previsto no artigo 129.º e a respectiva perda no artigo 131.º. Apesar de alguns reparos a fazer, ainda aqui, ao desenho do respectivo estatuto (*infra*, n.º 11), estes são os estrangeiros que beneficiam de uma protecção legal mais reforçada, nomeadamente no plano das garantias processuais⁸³ e de garantias em matéria de expulsão⁸⁴.

e) Quanto ao *afastamento de estrangeiros* (artigos 134.º a 180.º), o mesmo compreende a expulsão (artigos 134.º e seguintes, 145.º e seguintes), o reenvio (artigos 165.º e seguintes) e ainda a execução de decisão alheia de afastamento (artigos 169.º e seguintes).

A expulsão⁸⁵, que conhece diversas excepções (artigo 135.º)⁸⁶, pode ser determinada por autoridade administrativa ou por autoridade judicial (artigo 140.º). Só pode ser determinada por autoridade administrativa com fundamento na entrada ou permanência ilegais em território nacional (artigo 145.º), uma vez que a Constituição (no seu artigo 33.º, n.º 2) impõe uma reserva de decisão judicial nos demais casos⁸⁷. A expulsão judicial pode decorrer da aplicação de uma pena acessória de expulsão (artigo 151.º)⁸⁸ ou de medida autónoma de expulsão (artigos 152.º a 158.º).

Da expulsão distingue-se ainda o *abandono*, que pode ser voluntário e prorrogável dentro de certo prazo (artigos 138.º, n.º 1, e 147.º) ou forçado e imediato (artigo 138.º, n.º 4), pressupondo neste segundo caso a utilização pelo cidadão estrangeiro do primeiro meio de viagem disponível e adequado (artigo 138.º, n.º 5).

⁸² Artigo 80.º

⁸³ Artigo 132.º, n.º 3.

⁸⁴ Artigos 136.º e 137.º

⁸⁵ Sobre a matéria, Paulo Manuel Costa, «A protecção dos estrangeiros pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem perante processos de asilo, expulsão e extradição», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 60 (2001), I, p. 497-541; Ana Luísa Pinto, *A Pena Acessória de Expulsão de Estrangeiros do Território Nacional*, Coimbra, 2005 (com ampla análise da jurisprudência constitucional, comunitária e internacional); Celeste Pinto Ribeiro, *A pena acessória de expulsão* [diss., inédita], Lisboa, 2005.

⁸⁶ Similares às excepções previstas na recusa de entrada (artigo 36.º) e ditadas por idênticas razões (para uma anotação do desenvolvimento jurisprudencial, Luísa Pinto, *A Pena Acessória de Expulsão...*, p. 77 ss.)

⁸⁷ Segundo o artigo 140.º, n.º 2, da Lei da Imigração, *a expulsão é determinada por autoridade judicial quando revista a natureza de pena acessória ou quando o cidadão estrangeiro objecto da decisão tenha entrado ou permanecido regularmente em Portugal*.

⁸⁸ O regime do artigo 151.º faz pressupor uma diferente fisionomia da figura em cada uma das três hipóteses contempladas nos n.ºs 1, 2 e 3; parecem-nos, todavia, pertinentes as observações doutrinárias que postulam a natureza jurídica de “medida de segurança” como a mais adequada aos valores do Estado constitucional e à garantia da dimensão, puramente objectiva, do fim da segurança (cfr. Luísa Pinto, *A Pena Acessória de Expulsão...*, p. 107 ss.).

Perante o quadro de *fundamentos da expulsão* (artigo 134.º, n.º 1)⁸⁹, parece-nos que os referidos na 2.ª parte da alínea *c*) e na alínea *d*) desse preceito já deveriam ter sido suprimidos⁹⁰, uma vez que, além da *vagueza*, são dificilmente conciliáveis com a igual dignidade de todas as pessoas em que repousa o Estado constitucional português e com a própria presunção da equiparação⁹¹.

Relativamente ao primeiro (e mais comum) dos fundamentos da expulsão (*a entrada ou permanência ilegal* no território nacional), a regra geral parece ser a de que o cidadão estrangeiro que se encontre nessa situação deve ser detido por autoridade policial⁹² (artigo 146.º, n.º 1) e, sempre que possível, entregue ao SEF, devendo o mesmo ser presente ao juiz para validação da detenção e eventual aplicação de medidas de coacção.

Sendo ordenada a detenção em centro de instalação, compete ao SEF promover o processo de afastamento, não podendo tal detenção prolongar-se por mais de 60 dias (artigo 146.º, n.ºs 2 e 3). O cidadão estrangeiro detido pode, por sua vez, declarar pretender abandonar o território nacional, aplicando-se então o disposto no artigo 147.º. Em certos casos fundamentados, pode o estrangeiro não ser detido, mas notificado pelo SEF para abandonar voluntariamente o território nacional, num prazo a fixar entre 10 e 20 dias (artigo 138.º, n.º 1).

7. Direitos dos estrangeiros

Lançado um olhar sobre os principais direitos previstos na Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, há uma multiplicidade de figuras a sugerir um primeiro esforço de enquadramento doutrinário. Para o efeito, poderemos considerar as seguintes classes: (i) direitos (ou dimensões de direitos) materialmente fundamentais; (ii) garantias jurídicas fortes⁹³; (iii) direitos débeis⁹⁴; e (iv) deveres do Estado sem atribuição de direitos⁹⁵.

⁸⁹ Todos eles, salvo o último, vindos dos regimes legais precedentes.

⁹⁰ Foi, no entanto, eliminada a causa de expulsão baseada na ofensa aos bons costumes (artigo 99.º, n.º 1, alínea *b*), do Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto).

⁹¹ Para uma reflexão mais vasta, J. J. Gomes Canotilho (coord.), *Direitos humanos, estrangeiros, comunidades migrantes e minorias*, Oeiras, 2000.

⁹² Tais autoridades estão elencadas no artigo 146.º, n.º 7.

⁹³ É esse, por exemplo, o caso (além dos direitos materialmente fundamentais e das demais referências a direitos fundamentais) dos direitos previstos nos artigos 12.º, n.º 1, 31.º, n.ºs 5 e 6, 38.º, n.ºs 1 e 2, ou 87.º

⁹⁴ Como pode ser o caso dos direitos previstos nos artigos 8.º, n.º 5, e 71.º, n.º 1.

⁹⁵ São desse tipo, por exemplo, as figuras enunciadas nos artigos 31.º, n.ºs 1 a 4, 114.º, n.º 4, 137.º, n.º 2, e 215.º

Por neles se manifestarem os traços essenciais da fundamentalidade material⁹⁶, constituem, a nosso ver, direitos (em geral, dimensões de direitos) materialmente fundamentais (artigo 16.º, n.º 1, da Constituição) os seguintes: a *proibição de repatriar menores desacompanhados*, se não existirem garantias de que à chegada lhes sejam assegurados o acolhimento e a assistência adequados (artigo 31.º, n.º 6); a definição das *excepções ao poder de recusa de entrada* (artigo 36.º); as garantias na matéria do *reagrupamento familiar*⁹⁷ (artigos 64.º e 98.º); a *proibição do carácter sistemático dos exames médicos* (artigo 77.º, n.º 5); o *direito a um prazo de reflexão concedido à vítima* de tráfico de seres humanos (artigo 111.º, n.º 1); a definição das *excepções ao poder de expulsão* (artigo 135.º)⁹⁸; a *reserva de juízo na expulsão* (artigo 140.º, n.º 2)⁹⁹; a *proibição de aplicação da prisão preventiva* (artigo 142.º, n.º 1); e a *proibição de expulsão para país onde o cidadão estrangeiro possa ser perseguido ou sofrer tortura, tratamento desumano ou degradante* (artigo 143.º, n.º 1)¹⁰⁰.

Importa seguidamente sistematizar os conjuntos relativamente homogêneos de direitos, que definam o estatuto de determinados grupos de estrangeiros. Para o efeito, parece ser possível identificar quatro distintos estatutos¹⁰¹:

- (i) O das pessoas *não admitidas* (artigo 40.º);
- (ii) O das pessoas *titulares de uma autorização de residência* (artigo 83.º);
- (iii) O das pessoas *titulares de autorização de residência de longa duração* (artigos 133.º, 136.º e 137.º); e
- (iv) O das pessoas *vítimas do crime de tráfico de seres humanos* (artigos 111.º a 114.º).

A estes quatro grupos seria ainda de acrescentar o das pessoas que permaneçam no território português em situação ilegal ou irregular, cujo estatuto é de uma “*essencial sujeição*” (em especial ao regime de afastamento)¹⁰² ou de “*sem-direitos*”¹⁰³.

⁹⁶ Para uma síntese, José de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais – Introdução geral*, Estoril, 2007, p. 54; para um desenvolvimento, id., *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa*, vol. II – *A construção dogmática*, Coimbra, 2006, p. 174-188.

⁹⁷ Já assim, M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 49.

⁹⁸ Casos em que acaba por ter de se reconhecer a essas pessoas um direito à residência em território nacional.

Por outro lado, tem de dizer-se que algumas dessas excepções decorrem não apenas da jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, mas também da jurisprudência do Tribunal Constitucional português [vejam-se, entre outros, os acórdãos n.ºs 181/97 (*Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 36, p. 381ss.), 470/99 (*Diário da República*, 2.ª série, n.º 62, de 14 de Março de 2000, p. 4912 ss.), 232/2004 (*Diário da República*, 1.ª série, de 25 de Maio de 2004, p. 3303 ss.)].

⁹⁹ Trata-se de uma imposição directa do artigo 33.º, n.º 2, da Constituição.

¹⁰⁰ Neste caso, trata-se de uma extensão do disposto no artigo 33.º, n.º 6, da Constituição.

¹⁰¹ Para além de outros grupos apenas parcialmente regulados nesta lei, como é o caso dos refugiados (vejam-se, a propósito, os artigos 19.º a 25.º).

¹⁰² Lembremos, uma vez mais, o disposto nos artigos 134.º, n.º 1, alínea a), 138.º, n.º 1, 146.º a 150.º, 165.º, n.º 1, e 217.º, n.ºs 3 e 4.

Sobre as reservas que nos merece o regime previsto na lei para cada um destes estatutos, remete-se para a terceira parte (*infra*, n.º 11).

8. Procedimentos administrativos e recursos

Na maior parte dos casos, os procedimentos administrativos (e também os processos jurisdicionais)¹⁰⁴ são regulados de forma muito sumária, que na maior parte dos casos não parece envolver sequer a formalidade da audiência do interessado, como se pode deduzir (por omissão e por contraposição) dos enunciados pertinentes, mesmo quando estão aí em causa decisões tão importantes para a vida das pessoas como o cancelamento da autorização de residência (artigo 85.º), a não renovação da autorização de residência (artigo 95.º), o indeferimento do pedido de reagrupamento familiar (artigo 106.º) ou a perda do estatuto de residente de longa duração (artigo 131.º)¹⁰⁵.

Por sua vez, se está teoricamente assegurado o direito de recurso de todas as decisões administrativas desfavoráveis, só em dois domínios (o do reagrupamento familiar e o do estatuto dos residentes de longa duração) se prevê que o recurso tenha efeito suspensivo (artigos 106.º, n.º 8, 108.º, n.º 7, 132.º, n.º 3, e 136.º, n.º 3). Na generalidade das situações¹⁰⁶, por conseguinte e na prática, tendo a impugnação um efeito meramente devolutivo, «parece prever-se uma simples decisão administrativa só aparentemente sujeita a controlo judicial»¹⁰⁷.

¹⁰³ Em todo o caso, em última instância, nunca lhes poderiam ser negados os efeitos de protecção dos princípios de Direito internacional humanitário vinculativos nem do princípio da dignidade da pessoa humana, funcionando como regra (sobre este assunto, por último, José de Melo Alexandrino, «Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções», in AAVV, *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Coimbra [edição em curso de preparação]); em termos muito mais ampliativos, como aliás tem de ser, Mário Torres, «O estatuto constitucional dos estrangeiros», in *Scientia Iuridica*, Maio-Agosto (2001), p. 19 s., 22 [7-27]; José Carlos Vieira de Andrade, «Artigo 15.º», in Jorge Miranda / Rui Medeiros, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I – *Introdução Geral*, Coimbra, 2005, p. 133; J. J. Gomes Canotilho / Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa – Anotada*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra, 2007, p. 357; Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, vol. I, Coimbra, 2007, p. 488 s.

¹⁰⁴ Artigos 140.º, 141.º, 143.º, 153.º a 156.º e 158.º

¹⁰⁵ Diversamente do que ocorre nos procedimentos referidos nos artigos 38.º, n.º 1, 108.º, n.º 4, e 148.º, n.º 1.

¹⁰⁶ Vejam-se os artigos 39.º, 85.º, n.º 7, 96.º, n.º 4, 106.º, n.º 7, 150.º, 158.º, n.º 1, 166.º, 171.º, n.º 3.

¹⁰⁷ Conselho Económico e Social, *Imigração, Desenvolvimento...*, p. 35.

III – A LEI N.º 23/2007, DE 4 DE JULHO: OS PROBLEMAS

9. Extensão e fragmentação

Com mais de 100 artigos do que tinha o precedente diploma de 1993 (e mais de 50 relativamente ao diploma de 1998), o primeiro vício – naturalmente no exclusivo plano (o jurídico) em que a estamos a avaliar – que apontamos à nova Lei da Imigração é o do *excesso de regulação*¹⁰⁸. Mas, sendo o primeiro, não é no entanto o mais grave.

Mantendo-nos ao nível formal, mais grave do que o excesso de especificação é a *fragmentação do regime jurídico* aplicável a um conjunto muito significativo de hipóteses. Da fragmentação (ou *abertura*) decorrem ulteriores perigos: a *deslegalização* do regime dos estrangeiros¹⁰⁹, a *administrativização do estatuto básico da pessoa* e, no final, a *perda de garantias* em face do inusual acréscimo da margem de livre apreciação e de poderes discricionários concedidos à administração.

A fragmentação do regime jurídico assume dois rostos: um é o da *previsão de excepções*, utilizando a lei três fórmulas: a do “excepcionalmente” (em 10 preceitos), a dos “casos excepcionais” (em 7 preceitos) e a das “circunstâncias excepcionais” (em 4 preceitos), num total de 21 hipóteses; o outro é o da *inflação de regimes especiais* (previstos em 9 preceitos).

Para se ter uma ideia da dimensão do problema, comparemos este grau de fragmentação com idêntico fenómeno nas duas leis precedentes (a de 1998 e a de 1993): no diploma de 1998, havia 9 casos de excepcionalidade e dois de regimes especiais; no diploma de 1993, havia 6 de excepcionalidade e 2 de regimes especiais¹¹⁰.

O problema colocado é sério, por afectar, em primeiro lugar, uma das dimensões nucleares do princípio do Estado de Direito, a dimensão da segurança jurídica. Na verdade, através dessas sucessivas escapatórias¹¹¹, a lei (numa fenomenologia onde repassa um evidente *desvio de poder*¹¹², por via de uma utilização excessiva desse tipo de figuras e desses recursos linguísticos) leva o Estado a furtar-se à observância das leis gerais, impede a

¹⁰⁸ O excesso conhece várias manifestações, entre as quais se contam o *sobrepeso* crescente de muitos preceitos e a *fixação* em aspectos claramente desfasados da realidade, como é o caso da regulação do boletim de alojamento (artigos 14.º e seguintes).

¹⁰⁹ Regime que, em ampla medida, reentra na reserva de competência relativa da Assembleia da República (artigo 165.º, n.º 1, alínea *b*), da Constituição) e que, por isso mesmo, nem sequer poderia ser complementado por decretos-leis simples (cfr. J. Miranda, «Artigo 15.º», p. 133).

¹¹⁰ Ou seja: (1) relativamente ao *número de regimes excepcionais*, o aumento é de 230% no confronto com a lei de 1998 e de 350% com a lei de 1993; (2) relativamente ao *número de regimes especiais*, o aumento é de 450%.

¹¹¹ Presumimos ser por aí, nomeadamente pela aplicação de disposições como a do artigo 88.º, n.º 2, que muitas situações individuais sejam apreciadas – nem sempre, como é óbvio, em desfavor dos interessados.

¹¹² Vício que importa inconstitucionalidade material da lei e inconstitucionalidade consequente dos actos emitidos ao seu abrigo (sobre o conceito, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI – *Inconstitucionalidade e garantia da Constituição*, 2.ª ed., Coimbra, 2005, p. 141 ss.; Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional*, tomo I, *Garantia da Constituição e controlo da constitucionalidade*, 2.ª ed., Coimbra, 2006, p. 148 s.).

previsibilidade da actuação pública, põe em crise os imperativos de precisão e determinabilidade desejável das regras jurídicas e, no final, permite a afectação inconstitucional de uma série de direitos, expectativas e interesses dignos de protecção jurídica¹¹³.

É sério, em segundo lugar, por afectar ainda as particulares exigências da reserva de lei neste domínio (artigos 18.º, n.ºs 2 e 3, e 15.º, n.º 2, da Constituição). Como escreve o Professor Jorge Miranda, «as exclusões (ou as reservas de direitos aos portugueses) só podem dar-se por via da Constituição ou da lei. Quando não seja a Constituição a estipulá-las, tem de ser a lei, e lei formal; não pode ser a Administração – donde, uma verdadeira reserva de lei, que é também uma reserva de competência da Assembleia da República quando se trate de direitos, liberdades e garantias»¹¹⁴. No fundo, o quadro antes descrito traduz um regresso – acaso de lá tenhamos saído! – aos velhos princípios da concessão graciosa por vontade soberana do príncipe (agora pela mão do SEF!).

É sério ainda porque põe em crise uma das principais razões invocadas para a reforma da lei: a pulverização de estatutos dos imigrantes. Por um lado, não só se mantém a pluralidade de estatutos (*supra*, n.º 7), como dentro de cada um desses núcleos se consente agora num fenómeno mais nefasto que o primeiro: a fragmentação de estatuto dos imigrantes.

10. Um eixo estruturante em falta

Mesmo à luz do Direito Internacional comum, a Lei da Imigração portuguesa falha rotundamente por não colocar como um (ou o primeiro) dos seus eixos estruturantes os direitos básicos da pessoa humana, a não-discriminação e o Estado de Direito. O mesmo lhe seria, por maioria de razão, exigível perante a própria Constituição portuguesa, cuja essência neste domínio sensível parece justamente poder resumir-se na referência da “igual dignidade” de todas as pessoas¹¹⁵.

Mas além de traduzir exigência moral, política e jurídico-constitucional, *convinha* particularmente à Lei da Imigração portuguesa que se tivesse pautado por esse eixo fundamental. Isso mesmo foi aliás escrito no parecer solicitado pelo Governo ao Conselho Económico e Social, parecer que passamos a citar (na parte sob a epígrafe “pressupostos e princípios para uma política de imigração em Portugal”):

¹¹³ Para uma primeira síntese, M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 79.

¹¹⁴ J. Miranda, «Artigo 15.º», p. 133.

¹¹⁵ Assim, M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, vol. II, p. 717.

«Portugal enquanto país de origem de emigrantes e país de acolhimento de imigrantes, tem a responsabilidade de produzir um pensamento nacional equilibrado que coligue direitos e deveres, que conjugue expectativas e realidades e, finalmente, que promova o desenvolvimento e a solidariedade.

«A existência de mão-de-obra barata, desprotegida e submissa, devido ao seu estatuto, não pode ter acolhimento num Estado de Direito Democrático, menos ainda quando Portugal se define como uma “*República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*”.

«Considerando a actual situação portuguesa, as políticas de imigração deveriam ter como pressupostos:

1. Desenvolver e operacionalizar políticas de imigração e de integração fundadas sobre os princípios dos Direitos Humanos, da Democracia e do Estado de Direito, para assim assegurar uma imigração planeada e uma melhor adequação ao mercado de trabalho, com coesão social e no respeito pela pessoa.
2. [...].
3. Promover os princípios da tolerância e da não-discriminação e eliminar todas as políticas e práticas discriminatórias incompatíveis com os princípios internacionais relativos aos Direitos Humanos»¹¹⁶.

11. Direitos humanos e fundamentais básicos da pessoa humana em xeque?

A Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, não só não ouviu o conselho, como parece ter pretendido contrariá-lo. É isso que parece resultar de uma leitura minimamente atenta dos artigos que se ocupam do estatuto dos vários grupos de estrangeiros acima referidos (*supra*, n.º 7), sejam eles os direitos do cidadão estrangeiro não admitido (artigo 40.º), do titular de uma autorização de residência (artigo 83.º) ou mesmo do beneficiário de uma autorização de residência de longa duração (artigo 133.º).

Começando pelos dois últimos, já o Conselho Económico e Social havia notado que o «disposto no artigo 83.º suscita dúvidas de constitucionalidade, perante o comando imperativo do artigo 15.º da Constituição da República»¹¹⁷ e que também se terá de ponderar na redacção do artigo 133.º, alínea i), na medida em que, com a introdução de tal

¹¹⁶ Conselho Económico e Social, *Imigração, Desenvolvimento...*, p. 24.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 35.

disposição, se poderia concluir «que os restantes imigrantes não teriam tal liberdade»¹¹⁸, o que se afigura «inconstitucional e violador de convenções da OIT»¹¹⁹.

É verdade que no artigo 133.º se dá uma enumeração exemplificativa. Todavia, mesmo aí, a fórmula é capciosa: porque se refere à igualdade de tratamento (e não em geral aos direitos de liberdade e aos direitos a prestações); porque deixa na total obscuridade os mais relevantes direitos que devem ser reconhecidos a estas pessoas; enfim, porque, com previsões como a da alínea j), parece de facto pretender sinalizar que apenas estes cidadãos estrangeiros gozariam do “*livre acesso a todo o território nacional*” (fórmula que, a ser entendida linearmente, não deslustraria a prática de muitos regimes autoritários).

Observe-se agora o artigo 83.º (que, apesar de ressaltar outros regimes, não refere a Constituição): o titular de autorização de residência *tem direito, sem necessidade de autorização especial relativa à sua condição de estrangeiro, designadamente:*

- a) *À educação e ensino;*
- b) *Ao exercício de uma actividade profissional subordinada;*
- c) *Ao exercício de uma actividade profissional independente;*
- d) *À orientação, à formação, ao aperfeiçoamento e à reciclagem profissionais;*
- e) *Ao acesso à saúde;*
- g) *Ao acesso ao direito e aos tribunais.*

Quererá o preceito dizer que o direito de acesso aos tribunais não é [ou: não era] um direito universal? Quererá dizer que se poderia pôr em dúvida a titularidade e a fruição do direito à educação e mesmo do direito ao acesso à saúde? Quanto aos demais direitos, pode ser então exigida uma autorização especial, para o respectivo exercício ou fruição? Poderão ser negados a estas pessoas o direito ao mínimo de existência condigna, o direito de audiência (nos processos sancionatórios) ou o direito de livre deslocação no território nacional?

Desçamos ainda ao artigo 40.º, segundo o qual *durante a permanência na zona internacional do porto ou do aeroporto ou em centro de instalação temporária ou espaço equiparado, o cidadão estrangeiro a quem tenha sido recusada a entrada em território nacional pode comunicar com a representação diplomática ou consular do seu país ou com qualquer pessoa da sua escolha, beneficiando, igualmente, de assistência de intérprete e de cuidados de saúde, incluindo a presença de médico, quando necessário, e todo o apoio material necessário à satisfação das suas necessidades básicas.*

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 36

¹¹⁹ *Ibidem*.

Sem pôr em causa a presença, nesse quadro particular, de uma verdadeira situação de *estatuto especial*¹²⁰ (autorizada pelo artigo 27.º, n.º 3, alínea c), da Constituição), a legitimar a correspondente compressão de direitos, e sem pôr em causa a liberdade de conformação que deve ser reconhecida ao legislador na definição das condições da não-admissão ou da expulsão (artigo 33.º, n.º 2, da Constituição)¹²¹, basta formular uma pergunta: são apenas estes os direitos de que beneficiam estas pessoas?

12. A ajuda da Constituição, da jurisprudência e da Ciência jurídica

Foi intencional a colocação destas interrogações, uma vez que não está excluída a disponibilidade de outros recursos por parte do sistema jurídico no seu conjunto, contando aí com a tríade Constituição, jurisprudência e doutrina.

a) Tenho defendido que na parte I da Constituição da República Portuguesa existe um conjunto de regras de interpretação a cujos sentido e função o intérprete não pode ser insensível. Todas elas se encontram entre os artigos 12.º e 16.º, importando aqui de modo particular as que decorrem dos artigos 12.º, n.º 1, 15.º, n.º 1, e 16.º, n.º 2.

- (i) Do artigo 12.º, n.º 1, que consagra o princípio da equiparação entre portugueses e estrangeiros¹²², decorre a seguinte regra de interpretação: *na dúvida sobre a atribuição ou titularidade de certo direito fundamental, o intérprete deve presumir que o mesmo foi constitucionalmente atribuído a todas as pessoas*; em consequência, a exclusão da titularidade está dependente do cumprimento do ónus de justificação¹²³.
- (ii) Também do artigo 15.º, n.º 1, decorre uma regra de interpretação (agora cingida aos não-portugueses): *na dúvida sobre a atribuição ou titularidade do direito fundamental, o intérprete deve presumir que o direito foi constitucionalmente atribuído a todos os estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal*¹²⁴.

¹²⁰ Sobre este conceito, M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 141-145, com outras indicações.

¹²¹ G. Canotilho / V. Moreira, *Constituição...*, I, p. 482, 536.

¹²² Sobre o sentido da norma da universalidade, por último, J. Miranda, «Artigo 15.º», p. 132 ss.; G. Canotilho / V. Moreira, *Constituição...*, I, p. 356 ss.; M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 65 ss.

¹²³ M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 67.

¹²⁴ M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 68.

Mas como logo acrescentámos, «[a] regra de interpretação tem um carácter mais reduzido, em virtude da existência (no artigo 15.º, n.ºs 2 a 5) de uma série de limites constitucionais directos (funcionando como excepções ou desvios) a essa presunção de equiparação. Em virtude dessas excepções, segundo a proposta do Professor Gomes Canotilho, podem no final ser identificados nas normas de direitos fundamentais quatro “círculos subjectivos”: o círculo da *cidadania portuguesa* (artigo 15.º, n.ºs 2 e 3); o da *cidadania europeia* (artigo 15.º, n.º 5, da CRP e artigo 8.º e seguintes do Tratado da União Europeia); o da *cidadania dos Estados de língua*

- (iii) Por seu lado, também o artigo 16.º, n.º 2, da Constituição encerra uma instrução dirigida ao intérprete: «*perante um problema de interpretação relativo ao objecto, ao conteúdo, ao regime ou à regulação legal de um determinado direito fundamental, o intérprete deve procurar apoio junto dos princípios da Declaração Universal dos Direitos do Homem; o mesmo deve fazer perante uma lacuna relevante que se lhe depare nesse processo de interpretação-aplicação dos preceitos relativos a direitos fundamentais. Por esta via, as normas da DUDH vão permitir esclarecer ou completar alguns aspectos das disposições (constitucionais e legais) de e sobre direitos fundamentais*»¹²⁵.

Tomando então apoio nestas três instruções que lhe são dadas, o intérprete pode talvez partir da presunção de que os estrangeiros beneficiam afinal de todos os direitos fundamentais (e de todos os direitos do homem previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem e na Convenção Europeia de Direitos do Homem¹²⁶) que não tenham sido expressamente excluídos pelo legislador. uma solução contrária exige demonstração de que não deva, no caso, aplicar-se a regra da universalidade ou de que a extensão (da titularidade ou do exercício) do direito não é pressuposta pela Declaração Universal dos Direitos do Homem ou pelas circunstâncias do caso.

b) Em segundo lugar, uma observação, ainda que sumária, do legado da jurisprudência constitucional portuguesa¹²⁷ relativamente ao conjunto de interrogações há pouco formulado, permite extrair as seguintes conclusões¹²⁸:

- O *princípio da equiparação* entre portugueses e estrangeiros constitui uma exigência inerente ao Estado de Direito Democrático (acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 365/2000¹²⁹, 423/2001¹³⁰ ou 433/2003¹³¹);

portuguesa (artigo 15.º, n.º 3); e o círculo, que é o correspondente ao da presumida regra geral, da “*cidadania de todo*” (artigo 15.º, n.º 1)» (*ibidem*).

¹²⁵ M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 56.

¹²⁶ P. Costa, «A protecção dos estrangeiros...», p. 497 ss.; id., *Políticas de Imigração...*, p. 115 ss.

¹²⁷ Para outros apontamentos, Ana Luísa Pinto / Mariana Canotilho, *O tratamento dos estrangeiros e das minorias na jurisprudência constitucional portuguesa*, separata de *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, vol. II, Coimbra, 2005.

¹²⁸ Para uma primeira visita comentada a esse legado, Jorge Miranda / José de Melo Alexandrino, «Grandes decisões do Tribunal Constitucional português», in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 13, 2008 [em preparação], e também disponível em <http://www.fd.ul.pt/ICJ/luscommunedocs/jmjma.pdf> (18.02.2008).

¹²⁹ *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 47, p. 669-678, *maxime* 674.

¹³⁰ *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 51, p. 39-64, *maxime*, p. 55 ss.

¹³¹ *Diário da República*, 2.ª série, n.º 260, de 10 de Novembro de 2003, p. 16 809-16 811, *maxime* p. 16 810.

- Em especial, o princípio da equiparação impõe uma “igual protecção dos direitos” (acórdão n.º 400/91¹³²); impõe também o *direito ao apoio judiciário*, mesmo ao cidadão irregular a quem sido negado o asilo (acórdão n.º 962/96¹³³) ou ao que se encontre, por exemplo, numa situação de prisão preventiva (acórdão n.º 433/2003¹³⁴); por sua vez, o processo criminal [e afinal todo o processo sancionatório] deve ser configurado como um “*due process of law*” (acórdão n.º 433/2003¹³⁵);
- Particularmente em relação ao direito de acesso ao tribunais, as garantias do artigo 20.º, n.º 1, da Constituição gozam de tal centralidade no sistema constitucional que daí decorre um *direito universal à garantia direitos* (acórdão n.º 962/96¹³⁶);
- O mesmo se pode dizer do direito (que também atinge o estrangeiro com residência legal) à *fixação em qualquer parte do território nacional* (acórdão n.º 470/99¹³⁷);
- O mesmo pode ainda ser dito, para não alongar o elenco, do direito ao mínimo de existência condigna, deduzido da norma da dignidade da pessoa humana, em combinação com o princípio do Estado de Direito e com a norma universalizável do artigo 63.º da Constituição (acórdão n.º 509/2002^{138,139}).

c) Por último, também a Ciência do Direito, em particular a do Direito Constitucional, sugeriu pelo menos uma ferramenta muito útil para este nosso caso e para casos como este. Essa ferramenta tem o nome de “interpretação conforme à Constituição”.

A interpretação conforme à Constituição pressupõe basicamente o seguinte: quando o intérprete esteja confrontado como uma disposição dotada de uma pluralidade de significados alternativos possíveis e verosímeis, «lhe confira um sentido normativo que respeite a Constituição ou não lhe atribua, pelo menos, um sentido discrepante com a Lei Fundamental»¹⁴⁰.

¹³² *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 20, p. 148 [137-153].

¹³³ *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 34, p. 155 s. [153-157].

Neste acórdão, foi declarada a inconstitucionalidade das normas do artigo 7.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 387-B/87, de 29 de Dezembro, e do artigo 1.º do Decreto-Lei n.º 391/88, de 26 de Outubro, na parte em que vedavam apoio judiciário, na forma de patrocínio judiciário, aos estrangeiros e apátridas que pretendessem impugnar contenciosamente o acto denegador do asilo.

¹³⁴ *Diário da República*, 2.ª série, n.º 260, de 10 de Novembro de 2003, p. 16 810.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 34, p. 156 s.

¹³⁷ *Diário da República*, 2.ª série, n.º 62, de 14 de Março de 2000, p. 4912 ss.

¹³⁸ *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, vol. 54, p. 19-53.

¹³⁹ Sobre o assunto, M. Alexandrino, *A estruturação do sistema...*, II, p. 626 ss.; J. Miranda / M. Alexandrino, «Grandes decisões...», p. 2-7.

¹⁴⁰ Carlos Blanco de Moraes, *Justiça Constitucional*, tomo II, *O contencioso constitucional português entre o modelo misto e a tentação do sistema de reenvio*, Coimbra, 2005, p. 326.

- (i) Daqui resulta que, confrontado com o artigo 40.º da Lei da Imigração, o intérprete, perante a dúvida sobre o sentido e a extensão do preceito, deve aceitar que, além desses direitos expressamente enunciados, o cidadão estrangeiro não-admitido *goza de múltiplos direitos* decorrentes da Constituição e do Direito Internacional dos direitos do homem, na medida do que seja compatível com a *situação especial* em que se encontra.
- (ii) Daqui resulta que, confrontado com o artigo 83.º da Lei da Imigração, o intérprete deva entender que a função do preceito (como em grande medida decorre do seu n.º 2) é essencialmente heurística e facilitadora: ele visa apenas esclarecer os principais destinatários dessas normas (os diversos serviços públicos, as empresas, os tribunais e os próprios estrangeiros) de que não podem ser levantados obstáculos ao exercício desses direitos. Quanto aos demais direitos, os cidadãos estrangeiros que sejam titulares de uma autorização de residência gozam, *prima facie*, de todos os direitos, liberdades e garantias pessoais (e dos trabalhadores) e de um direito a iguais pretensões sociais fundamentais.
- (iii) Por maioria de razão, o mesmo se deverá concluir junto do artigo 133.º da Lei da Imigração, tratando-se aí de pessoas que gozam de um estatuto já muito próximo (são uma espécie de quase-migrantes) do da cidadania da União Europeia (os migrantes) e por isso muito mais próximo do estatuto do cidadão nacional. Vale aí, portanto, uma presunção plena a favor do princípio da equiparação, ou seja, da *extensão dos direitos conferidos aos portugueses*¹⁴¹ (salvo para os direitos expressamente excluídos por força do disposto no artigo 15.º, n.ºs 2 e 3, da Constituição)¹⁴².

¹⁴¹ J. Miranda, «Artigo 15.º», p. 132.

¹⁴² M. Torres, «O estatuto constitucional dos estrangeiros», p. 15 ss.; Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 135 s.; Jorge Pereira da Silva, *Direitos de cidadania e direito à cidadania: princípio da equiparação, novas cidadanias e direito à cidadania portuguesa como instrumento de uma comunidade constitucional inclusiva*, Lisboa, 2004, p. 25 ss. (acessível em <http://www.oi.acime.gov.pt/docs/pdf/estudo%20OI%20Cidadania.pdf>); Luísa Pinto, *A Pena Acessória...*, p. 64; J. Miranda, «Artigo 15.º», p. 132 ss.; G. Canotilho / V. Moreira, *Constituição...*, I, p. 356 ss.; M. Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, p. 65 ss.

CONCLUSÕES

De tudo o que observámos a respeito da nova lei de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros, podemos no final formular algumas breves conclusões:

1) Induzida em parte pelo Direito Internacional e pelo Direito da União Europeia, a Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, é antes de mais *berdeira de uma determinada tradição jurídico-política*, revelando mesmo traços de “legislação simbólica”.

2) Representando, em clareza, qualidade e sistematização, um *progresso* em relação ao quadro normativo precedente, a Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, *introduz um apreciável conjunto de alterações*, sobretudo nos domínios da autorização de residência, do reagrupamento familiar e da luta contra o tráfico de seres humanos.

3) Todavia, do ponto de vista jurídico, além da desnecessária extensão e da insuficiente capacidade de regulação do fenómeno da imigração ilegal, o vício mais grave da nova Lei da Imigração reside na *fragmentação do regime jurídico* e na conseqüente *administrativização* do estatuto dos cidadãos estrangeiros.

4) Pouco generosa em matéria de garantias procedimentais e jurisdicionais (e, em geral, na definição do estatuto dos vários grupos de imigrantes) e não tendo definido como um dos seus eixos estruturantes os direitos humanos e o Estado de Direito, a Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, claudica ainda ao enveredar por *soluções textuais pouco sensíveis àqueles valores e princípios*.

5) Não obstante, na generalidade dos casos, *essas soluções textuais podem ser salvas*, por força da aplicação das regras e dos princípios constitucionais, tal como estes têm sido trabalhados pela jurisprudência e pela Ciência do Direito.