

O reconhecimento dos direitos dos imigrantes

José Leitão

Advogado, Docente do Mestrado de Migrações, Inter-Etnicidades e Transnacionalismo da FCSH/NOVA, Deputado municipal de Lisboa.

[...] O princípio da equiparação (ou do “tratamento nacional” isto é, um tratamento tão favorável como o concedido ao cidadão do país), não se cinge aos clássicos direitos de liberdade, abrangendo também os direitos a prestações, como o revela a não reprodução da exclusão “dos direitos públicos” que se traduzam num encargo para o Estado, que constava da Constituição de 1933 [...] (Mário Torres, Juiz Conselheiro, jubilado, do Tribunal Constitucional).

1. O Partido Socialista foi pioneiro no reconhecimento dos direitos dos imigrantes nos governos de António Guterres, durante os quais se deram grandes passos em frente, quer no plano legislativo, quer na criação de estruturas de gestão da integração dos imigrantes, desde logo com a criação do Alto-Comissário para a Imigração e Minorias Étnicas (ACIME), hoje Alto Comissariado para as Migrações (ACM). Os imigrantes não tinham, até aí, sido considerados como destinatários de políticas públicas, embora, sem o dizer expressamente, o Plano Especial de Realojamento (PER) já os abrangesse.

O reconhecimento dos direitos dos imigrantes nesse período obedeceu a uma preocupação fundamental, que tem de ser de novo a nossa: definir os direitos dos imigrantes no respeito do estatuto constitucional dos es-

Portugal Socialista, n.º 1 (nova série), 2019, pp. 29-36.

trangeiros, consagrado no n.º 1 do artigo 15.º da Constituição da República. O estatuto constitucional dos estrangeiros (e dos apátridas) obedece ao princípio da equiparação, também designado por princípio do tratamento nacional, o que significa que gozam dos direitos e deveres do cidadão português.

É verdade que a Constituição da República prevê exceções ao princípio da equiparação, nos seguintes termos: “2. Excetuam-se do disposto no número anterior os direitos políticos, o exercício das funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico e os direitos e deveres reservados pela Constituição e pela lei exclusivamente aos cidadãos portugueses”. Contudo, a regra é a equiparação, pelo que tem de haver fundamento material válido para as exceções. A reserva de direitos exclusivamente a cidadãos portugueses não pode ser feita de forma arbitrária, desnecessária ou desproporcionada, sob pena de inutilização do próprio princípio da equiparação dos estrangeiros e apátridas aos cidadãos portugueses. Quando tal aconteceu teve como consequência a declaração de inconstitucionalidade de várias disposições.

Se os imigrantes em situação irregular não tiverem oportunidade legal de se regularizar, não terão direito de permanecer no país, mas nem por isso deixam de gozar de direitos inerentes à sua condição de seres humanos, de liberdades e garantias. Em certos casos, são-lhes mesmo aplicáveis direitos sociais previstos na Constituição enquanto estão em Portugal, de acordo com o princípio da igualdade de tratamento, como defendia Luís Nunes de Almeida (e eu com ele, vide José Leitão e Luís Nunes de Almeida, “Les droits et libertés des étrangers en situation irrégulière”, em *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 14-1998, 1999, pp. 297-309). Como referiu o Acórdão n.º 962/96, o estatuto do estrangeiro “(...) assenta na dignidade do homem, como sujeito moral e sujeito de direitos, como ‘cidadão do mundo’”. Por isso, escrevemos que esta conceção tem como consequência que o princípio da igualdade de tratamento deve ser aplicado, enquanto regra geral, mesmo aos estrangeiros em situação irregular.

2. Merecem referência as exceções constitucionalmente previstas ao princípio da equiparação de direitos. Refiro-me aos direitos políticos, ao exercício de funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico, bem como outros direitos reservados pela Constituição e pela lei a cidadãos portugueses, neste último caso com fundamento material válido que o legitime.

Em matéria de direitos políticos, a lei pode atribuir a estrangeiros residentes no território nacional, em condições de reciprocidade, capacidade eleitoral ativa e passiva para a eleição dos titulares de órgãos de autarquias locais. Defendemos, há muito, que se devia prescindir da exigência de reciprocidade, mas, mesmo sem rever a Constituição, nesta matéria é possível fazer muito mais do que tem sido feito para criar condições para que cidadãos de mais países possam vir a votar e a poder ser eleitos, nomeadamente cidadãos de Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP), através da celebração de acordos bilaterais. Há ainda direitos políticos que devem ser considerados como de menor intensidade, podendo, e bem, ser exercidos por estrangeiros, como o direito de petição, o direito de reunião e de manifestação, o direito de participação em procedimentos administrativos e de ação popular, o direito de participar em referendos nacionais ou locais. No que se refere à exceção ao princípio da equiparação de direitos relativo ao exercício de funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico existe um certo consenso doutrinal e jurisprudencial de que o que está em causa é vedar o exercício de funções que tenham uma “dimensão de autoridade pública”.

3. Em coerência com estes princípios, o reconhecimento de direitos aos imigrantes começou por assentar na afirmação da sua cidadania social, em não constituir os imigrantes como realidade separada dos restantes cidadãos. Utilizou-se, para isso, o conceito de residente legal, o qual deveria estar presente na generalidade dos diplomas, que ganhariam em clareza e evitariam discricionariedade na sua aplicação prática.

Tudo começou com a Lei n.º 19-A/96, de 29 de junho, que criou o rendimento mínimo garantido, o qual previa expressamente, como condição de atribuição, a residência legal em Portugal. Os titulares do direito a esta prestação eram os indivíduos com residência legal em Portugal que satisfizessem as restantes condições estabelecidas na lei, e não apenas os cidadãos portugueses. Atualmente, são titulares do direito ao rendimento social de inserção as pessoas com idade igual ou superior a 18 anos que possuam residência legal em Portugal e em relação aos quais se verificarem as demais condições estabelecidas na lei. Pelo meio, ficou uma infeliz alteração legislativa, posteriormente revogada, que condicionou o acesso aquela prestação a um período de residência legal, variável em função da nacionalidade, exigindo-se três anos para quem fosse cidadão de um Estado terceiro que não tivesse um acordo para o efeito, e um ano para os

cidadãos nacionais da União Europeia, do Espaço Económico Europeu ou de um Estado terceiro que tivesse celebrado um acordo de circulação de pessoas com a União Europeia.

No que se refere ao trabalho de estrangeiros, a Lei n.º 20/98, de 12 de maio, veio a consagrar, no artigo 2.º, a equiparação de direitos, nos seguintes termos: “Os cidadãos estrangeiros, com residência ou permanência legal em território português, beneficiam, no exercício da sua atividade profissional, de condições de trabalho nos mesmos termos que os trabalhadores com nacionalidade portuguesa”, pondo-se assim termo às discriminações quantitativas previstas na legislação anterior. O Código de Trabalho atual mantém-se em linha, no essencial, com essa legislação, como se pode ver no artigo 4.º (Igualdade de tratamento de trabalhador estrangeiro ou apátrida), que determina: “Sem prejuízo do estabelecido quanto à lei aplicável ao destacamento de trabalhadores e do disposto no artigo seguinte (relativo à forma e conteúdo do contrato com trabalhador estrangeiro ou apátrida), o trabalhador estrangeiro ou apátrida que esteja autorizado a exercer uma atividade profissional subordinada em território português goza dos mesmos direitos e está sujeito aos mesmos deveres do trabalhador com nacionalidade portuguesa”.

O acesso à saúde dos estrangeiros, no quadro do Serviço Nacional de Saúde reveste-se de particular importância, dado que na saúde e na doença estamos, queiramos ou não, todos ligados. O Despacho n.º 25.360/2001 (DR 2.ª série), do então Ministro da Saúde, António Correia de Campos, determinou: “1 – É facultado aos cidadãos estrangeiros que residam legalmente em Portugal o acesso, em igualdade de tratamento ao dos beneficiários do Serviço Nacional de Saúde, adiante SNS, aos cuidados de saúde e de assistência medicamentosa prestados pelas instituições e serviços que constituem o SNS”. Previu, ainda, as condições e o modo em que os cidadãos estrangeiros que não estavam em situação regular tinham acesso ao Serviço Nacional de Saúde.

Este despacho tornou-se necessário porque havia quem recusasse o acesso de estrangeiros, inclusive legalmente residentes, ao SNS. A Lei de Bases da Saúde, designadamente no n.º 2 da base I, estabelece: “O Estado promove e garante o acesso de todos os cidadãos aos cuidados da saúde (...)”. A Base XXV, n.º 3 prevê, contudo, que o acesso de cidadãos estrangeiros residentes em Portugal, incluindo os apátridas [que não sejam nacionais de Estados-membros da UE] se faça em “em termos de reciprocidade”, o que os afasta, na prática, do acesso ao SNS, gerando situações intoleráveis

no que se refere à generalidade dos estrangeiros residentes, sujeitos ao pagamento de IRS e a descontos para a Segurança Social, e particularmente grave no caso das grávidas e das crianças recém-nascidas. O despacho referido no parágrafo anterior concretizou os princípios constitucionais de igualdade e de não-discriminação, de equiparação de direitos entre nacionais e estrangeiros, “salvo as exceções constitucionalmente legitimadas”, como nele se diz, bem como o direito de todos à proteção da saúde, que se exerce através do acesso ao SNS, como está consagrado na Constituição da República.

O despacho veio interpretar o “disposto nos n.ºs 1 e 2 da base I e no n.º 2 da base II da Lei de Bases da Saúde, à luz do disposto no artigo 12.º do Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais, de 16 de Dezembro de 1966, e das Convenções da Organização Internacional do Trabalho e do Conselho da Europa (...)”, sem esquecer que, nos termos do n.º 2 do artigo 16.º da Constituição da República Portuguesa, os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. Na prática, este despacho manda desaplicar, sem o dizer expressamente, o disposto na já referida Base XXV da Lei de Bases da Saúde, em nome do respeito pela Constituição da República e por convenções internacionais ratificadas por Portugal. Devemos-lhe ter salvado milhares de vidas, a começar pela de parturientes e seus filhos.

Posteriormente, foram publicados outros despachos que procuraram densificar o que neste se previa, designadamente, no respeitante à situação dos imigrantes em situação irregular, na linha de facilitar o acesso à saúde no quadro do SNS. A nova Lei de Bases da Saúde terá, no respeito do estatuto constitucional dos estrangeiros, de ter em conta toda a evolução verificada, afastando-se do se prevê na Base XXV da atual lei, a qual, aliás, tem sido desaplicada. A nova Lei deve prever, como se prevê no despacho mencionado, “que os meios de saúde existentes sejam disponibilizados a todos os que deles necessitam, na exata medida das suas necessidades subjetivamente concretizadas, independentemente das suas condições económicas, sociais e culturais.”

No debate sobre o direito à habitação e na aprovação de novos diplomas legais, incluindo uma Lei de Bases da Habitação, seria conforme ao disposto no artigo 64.º da Constituição da República considerar que nesta matéria não poderá haver discriminação em razão da nacionalidade e, para o efeito, considerar que a este direito têm acesso todos os residentes legais.

Não faria sentido, nesta matéria, ficar alguém do que foi feito, aquando da criação do rendimento mínimo garantido, de que puderam beneficiar todos os residentes legais que reunissem os requisitos exigidos. Nem do que, em matéria de habitação, estabeleceu o Decreto-Lei n.º 163/93, de 7 de maio, que criou o Programa Especial de Realojamento nas Áreas Metropolitanas de Lisboa e do Porto (PER) e teve o mérito de não discriminar em razão da nacionalidade. Só assim, aliás, foi eficaz na erradicação das barracas, o seu principal objetivo.

4. Tendo em conta o já anteriormente dito sobre o princípio da equiparação de direitos e suas exceções, considero, que como tem sido defendido por outros constitucionalistas, que, quando a Constituição da República utiliza a expressão “todos”, “todas as pessoas” ou “ninguém tem direito” pretende, em princípio, acentuar a universalidade do direito ou dever em causa e portanto a sua extensão a estrangeiros (Mário Torres, 2001, “O estatuto constitucional dos estrangeiros”, *Scientia Juridica*, separata, maio-agosto de 2001, Tomo L, n.º 290). Isto, sem prejuízo de haver direitos em que se usa a expressão “cidadão” ou “cidadãos” e em que se verifica que, apesar disso, não há qualquer razão relevante do ponto de vista material para deles excluir os cidadãos estrangeiros.

A Constituição da República refere-se a “todos”, sem exclusões no caso, nomeadamente, a propósito do direito de acesso aos direitos e aos tribunais, incluindo o direito a um processo equitativo e a decisão em prazo razoável (artigo 20.º), do direito de resistência (artigo 21.º), do direito de reunião e de manifestação (artigo 24.º), do direito à integridade pessoal (artigo 25.º), do direito à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da vida privada e familiar e à proteção legal contra qualquer forma de discriminação (artigo 26.º, n.º1), do direito à liberdade e segurança (artigo 27.º), da proibição da retroatividade da lei criminal, e do non bis in idem (artigo 29.º), do livre acesso às redes informáticas de uso público (artigo 35.º, n.º6), da liberdade de expressão e de informação e do direito de resposta (artigo 37.º, n.ºs 1 e 4), da proibição da discriminação com base nas convicções ou prática religiosa (artigo 41.º, n.º2), do direito à segurança social (artigo 63.º, n.º 1), do direito à educação e à cultura (artigo 73.º, n.º1), do direito à fruição e criação cultural (artigo 78.º n.º 1), de direitos como o da proteção da saúde (artigo 64, n.º 1) e do acesso à habitação (artigo 65., n.º 1), a que já nos referimos, ou do direito a constituir família e de contrair casamento (artigo 36.º, n.º 1).

5. Não podemos ficar tranquilos com a mera afirmação dos princípios constitucionais, porque tem vindo a proliferar um direito feito de circulares e de orientações práticas que os contraria. É necessária uma vigilância permanente, uma autêntica provedoria para assegurar o respeito pelo estatuto constitucional dos estrangeiros.

Um exemplo: atualmente, se um cidadão português de origem se dirigir a uma conservatória para marcar o seu casamento civil, e se a noiva for estrangeira, pelo menos não-comunitária, deverá aguardar um parecer do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF) para decidir se e quando pode casar, parecer que não tem sequer prazo para ser emitido. Esta pática, que tem a ver com o exercício de um direito fundamental, não foi sujeita à apreciação da Assembleia da República e viola a Constituição da República. Ou seja, entre a Constituição da República e a prática administrativa há orientações, circulares, despachos, onde deveria haver leis da República claras e acessíveis à generalidade dos cidadãos, sendo que, naturalmente, os cidadãos estrangeiros de menores rendimentos terão maior dificuldade em saber quais são os seus direitos e como podem ser exercidos.

O princípio da equiparação, que é a base para o reconhecimento dos direitos dos migrantes, tem sofrido avanços e recuos de tal forma que, salvo melhor opinião, não se densificou uma cidadania coerente do cidadão estrangeiro. Toda a incerteza em matéria de direitos tem como consequência que os imigrantes, mesmo que o não pretendessem fazer, procurem rapidamente adquirir a nacionalidade portuguesa, matéria em que tem havido avanços significativos. É bom que muitos se tornem novos portugueses, mas seria desejável que tal acontecesse sem a pressão da incerteza de direitos de que gozam, na prática, os cidadãos estrangeiros.

Recordo uma iniciativa, que não teve sequência adequada, mas que quiçá poderia ser inspiradora e ponto de partida para se densificarem, com coerência, os direitos dos cidadãos estrangeiros, em geral. O Plano Nacional de Ação Para a Inclusão (2001-2006), na lógica de reconhecer os direitos aos residentes legais, e não apenas aos cidadãos estrangeiros, afirmava como fundamental: “A consagração do conceito de cidadania social extensível a todas as pessoas legalmente residentes em Portugal, que postula o direito ao trabalho e a um rendimento mínimo, mas também ao exercício de direitos cívicos, à cultura, à educação, à habitação condigna e à participação na vida social e cultural, em suma a uma plena inserção na vida social”.

Não me referi ao que já é atualmente o estatuto de cidadão europeu, nem do que poderá ser o conteúdo de um estatuto de cidadão lusófono, nem a

alguns direitos de que já gozam cidadãos brasileiros com base no Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta entre Portugal e o Brasil, e que poderão ser uma base, sem esquecer a largueza permitida pelo n.º 3 do artigo 15.º da Constituição, para o reconhecimento de direitos aos cidadãos de Estados de Língua Portuguesa. São estatutos com direitos políticos reforçados, legitimados por corresponderem à pertença a organizações políticas com diferente, mas forte, identidade.

Sem a pretensão de abarcar todas as áreas, sinalizo desde já algumas a ter em conta na elaboração de um futuro Programa de Governo, que respeite o que se afirma na moção política de orientação nacional aprovada no 22.º Congresso do Partido Socialista, quando diz: “É sobretudo necessário retomar a afirmação e concretização do princípio geral da igualdade de direitos entre nacionais e estrangeiros imigrados em Portugal”.

Portugal deverá assumir-se não apenas como país de emigração, que nunca deixou de ser, mas cada vez mais como país de imigração. Assim sendo, e para que não sejam criadas graves fraturas sociais futuras, é necessário que a integração se faça através do reconhecimento de uma alargada cidadania social, assente no princípio do tratamento nacional dos estrangeiros. É necessário que os imigrantes não sejam considerados como realidade social separada, mas como cidadãos cuja participação social, cultural e, inclusive, política deve ser incentivada, sem esquecer que o grau máximo de cidadania se atinge com a aquisição da nacionalidade portuguesa.