

A cidadania e o acesso ao território do Estado¹⁻²

Jorge Miranda*

I - Uma das manifestações mais directas e imediatas da cidadania é o direito dos cidadãos a uma livre relação com o território do seu Estado³.

No caso português, isso comporta:

- a) Direito de livre fixação em qualquer parte do território nacional (art. 44, nº 1, 2ª, parte, da Constituição);
- b) Direito de livre deslocação dentro do território nacional (art. 44, nº 1, 1ª parte) e, conseqüentemente, vedação às regiões autónomas de estabelecerem restrições ao trânsito de pessoas entre elas e o restante território (art. 230, alínea b);
- c) Direito de saída do território nacional, incluindo o direito de emigração (art. 44, nº 2, 1ª parte);
- d) Direito de regresso ao território nacional (art. 44, nº 2, 2ª parte).

A lei pode regulamentar estes direitos, designadamente dispondo sobre o título da entrada e saída do território nacional ou prescrevendo que uma e outra só possam fazer-se pelos postos de fronteira legalmente estabelecidos e depois de cumpridas as formalidades previstas na lei (art. 1 do Decreto-Lei nº 438/88, de 29 de novembro). Pode criar condicionamentos, não restrições:

- e) Impossibilidade de expulsão e de extradição do território nacional (art. 33, nº 1).

II - Os estrangeiros em geral não gozam de direitos idênticos. Não têm a liberdade constitucional de entrada no território português; só, quanto aos cidadãos de alguns Estados, existe, e com restrições, um direito análogo proveniente de normas internacionais. Nem têm uma liberdade plena de deslocação no interior do país (mesmo à face da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, como se viu).

¹ MIRANDA, Jorge. *MANUAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL*, vol. III, 3ª ed., Coimbra, 1994.

² Artigo publicado no site: <http://www.cidadevirtual.pt/cpr/asilo1/jm.html>.

* Doutor Honoris Causa em Direito, pela Universidade de Pau (França, 1996), Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Brasil, 2000), Universidade Católica de Lovaina (Bélgica, 2003) e pela Universidade do Porto (2005). Professor Catedrático da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa. Participou na elaboração das constituições Portuguesa (1976), de São Tomé e Príncipe (1990), de Moçambique (1990), da Guiné-Bissau (1991) e do Timor-Leste (2001).

³ *Cfr.* art. 13. da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

O que a Constituição garante aos estrangeiros em geral é um conjunto vasto de garantias:

- a) Proibição de extradição por motivos políticos (art. 33, nº 2) e por crimes a que corresponda pena de morte segundo o Direito do Estado requisitante (art. 33, nº 3);
- b) Decisão de extradição só por autoridade judicial (art. 33, nº 4);
- c) Decisão também só por autoridade judicial, e segundo formas expeditas, de expulsão de quem tenha entrado ou permaneça regularmente no território nacional, de quem tenha obtido autorização de residência ou de quem tenha apresentado pedido de asilo não recusado (art. 35, nº 5);
- d) Admissibilidade de prisão ou detenção de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em causa processo de extradição ou de expulsão, mas pelo tempo e nas condições que a lei determinar (art. 27, nº 3, alínea b).

O único direito (em sentido próprio) contemplado é o direito de asilo de certos estrangeiros – o direito de asilo de estrangeiros e apátridas perseguidos ou gravemente ameaçados de perseguição em consequência da sua actividade em favor da democracia, da libertação social e nacional, da paz entre os povos, da liberdade e dos direitos da pessoa humana (art. 33, nº 6)⁴⁻⁵. Os seus beneficiários obtêm o estatuto de refugiado nos termos da lei (art. 33, nº 7).

III - O regime de entrada e permanência do território nacional de estrangeiros consta hoje de dois diplomas básicos: um diploma de carácter geral – o Decreto-Lei nº 59/93, de 3 de março⁶ – e um diploma de carácter especial, aplicável aos cidadãos dos Estados-membros da Comunidade Europeia – o Decreto-Lei nº 60/93, da mesma data. O primeiro apresenta-se fortemente restritivo, o segundo, bastante favorável (tendo em conta a “cidadania europeia”, a que atrás nos referimos).

São duas as principais diferenças:

- a) Quanto aos estrangeiros em geral, estatui-se que possuam meios de subsistência suficientes (art. 7, nº 1, do Decreto-Lei nº 59/93) e interdita-se a entrada daqueles que se encontrem em determinadas

⁴ V. também art. 14 da Declaração Universal.

⁵ Cfr. noutras Constituições: preâmbulo da Constituição francesa de 1946; art. 16, nº 2, da Constituição alemã; art. 13, nº 4, da Constituição espanhola; art. 64, nº 2, da Constituição moçambicana; art. 18, nº 2, da Constituição romena; art. 26 da Constituição angolana (de 1992); art. 63, nº 1, da Constituição russa (de 1993).

⁶ Complementado pelo Decreto Regulamentar nº 43/93, de 15 de dezembro.

situações, como haver “fortes indícios de que tencionam praticar um delito grave ou de que constituem uma ameaça para a ordem pública, a segurança nacional ou as relações internacionais de um Estado-membro da Comunidade Europeia” (art. 10, nº 1); não já quanto aos cidadãos de Estados-membros da Comunidade Europeia.

b) Quanto aos estrangeiros em geral, eles carecem de uma autorização de residência a pedir às autoridades administrativas (arts. 54 e ss.); quanto aos cidadãos comunitários, admite-se um direito de permanência a título definitivo e um direito de residência, verificados determinados pressupostos (arts. 5 e ss. e 9 e ss.).

IV - Pode legitimamente perguntar-se se não deveria haver também um regime especial, paralelo, para os cidadãos dos países de língua portuguesa⁷. À face das regras constitucionais sobre laços de amizade e cooperação com esses países (arts. 7, nº 4, e 15, nº 3), dir-se-ia até ocorrer uma inconstitucionalidade por omissão.

Mas, no tocante ao Brasil, pode, porventura, entender-se que continua em vigor o art. 5 do Tratado de Amizade e Consulta de 1953, segundo o qual cada um dos Estados se compromete a permitir o estabelecimento de domicílio no seu território aos nacionais de outra parte, com ressalva apenas das disposições relativas à defesa da segurança nacional e à protecção da saúde pública.

V - A actual lei reguladora do direito de asilo é a Lei nº 70/93, de 29 de setembro, a qual deve ser lida em conjugação com a Convenção de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados e com o Protocolo Adicional de 1967⁸.

De harmonia com o princípio da cláusula aberta de direitos fundamentais, têm direito de asilo, além dos estrangeiros compreendidos no art. 33, nº 6, aqueles que, receando com razão ser perseguidos em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, opinião política ou integração em certo grupo social, não possam ou, em virtude desse receio, não queiram voltar ao Estado da sua nacionalidade ou da sua residência habitual (art. 2, nº 2).

Em contrapartida, não podem beneficiar de asilo os que tenham praticado actos contrários aos interesses fundamentais ou à soberania de Portugal ou que tenham cometido crimes contra a paz, crimes de guerra ou crimes contra a humanidade (art. 4, nº 1).

O asilo pode ser recusado sempre que a segurança interna ou externa o justifique ou quando a protecção da população o exigir, designadamente em razão da situação social ou económica do País (art. 4, nº 2) – o que se afigura dificilmente compatível com a Constituição, pois uma coisa é inexistir asilo por motivos económicos

⁷ Até porque pode continuar a dizer-se que os Estados-membros mantêm intacta a sua tradicional competência para adoptar as regras atinentes ao estatuto de cidadãos de países terceiros.

⁸ A Convenção foi aprovada para adesão pelo Decreto-Lei nº 43210, de 1 de outubro de 1960, e o Protocolo pelo Decreto nº 207/75, de 17 de abril.

(externos), outra coisa inviabilizá-lo por motivos económicos (internos), não acolhidos pela Constituição⁹.

A concessão de asilo obsta a que tenha seguimento qualquer pedido de extradição do asilado fundado nos factos com base nos quais o asilo é concedido (art. 6, nº 1).

Os efeitos do asilo podem ser declarados extensivos ao cônjuge e aos filhos menores solteiros ou incapazes do peticionário ou, sendo este menor de 18 anos, ao pai e à mãe (art. 5).

Com vista à concessão de asilo, distinguem-se um processo administrativo *normal* e um processo *acelerado* (arts. 13 e ss., respectivamente). Diversamente, a perda do direito de asilo é alvo de um processo judicial, que corre no tribunal da Relação da área de residência do asilado (art. 25).

VI - A expulsão de estrangeiros é regulada pelos arts. 67 e ss. do aludido Decreto-Lei nº 59/93, que estabelece os seus fundamentos e o seu processo. E este é de natureza judicial relativamente aos que tenham entrado ou permaneçam regularmente no território nacional (arts. 76 e ss.) e de natureza administrativa quanto aos que tenham entrado ou permaneçam ilegalmente (arts. 84 e ss.).

A expulsão não pode ser efectuada para país onde o estrangeiro possa ser perseguido pelos motivos que, nos termos da lei, justificam a concessão de direito de asilo (art. 72, nº 1).

Todavia, atribui-se efeito meramente devolutivo ao recurso da decisão de expulsão (arts. 83, nº 2, e 87) – o que frustra o princípio da tutela judicial efectiva dos direitos e interesses legalmente protegidos (arts. 20 e 268, nºs 4 e 5, da Constituição); e institui-se a medida de instalação dos expulsados em centros temporários, com base em processo administrativo (art. 751) – o que viola o princípio da tipicidade das medidas privativas da liberdade (art. 27 da Constituição)¹⁰.

⁹ Prevê-se, no entanto, um regime excepcional para estas pessoas, por razões humanitárias (art. 10.)

¹⁰ Cfr. TORRES, Mário. A Lei dos Estrangeiros face à Constituição, in: "O Cidadão", abril/junho, 1993, p. 27 e ss.