

cescontexto

**Atas do Colóquio Internacional
Direito(s) e Desigualdades**

Organização

Patrícia Branco

Paula Casaleiro

Nº 04

Dezembro de 2013

Debates

www.ces.uc.pt/cescontexto



Propriedade e Edição/Property and Edition

Centro de Estudos Sociais/Centre for Social Studies

Laboratório Associado/Associate Laboratory

Universidade de Coimbra/University of Coimbra

www.ces.uc.pt

Colégio de S. Jerónimo, Apartado 3087

3000-995 Coimbra - Portugal

E-mail: cescontexto@ces.uc.pt

Tel: +351 239 855573 Fax: +351 239 855589

Comissão Editorial/Editorial Board

Coordenação Geral/General Coordination: Sílvia Portugal

Coordenação Debates/Debates Coordination: Ana Raquel Matos

ISSN 2192-908X

© Centro de Estudos Sociais, Universidade de Coimbra, 2013

Agradecimentos

O Colóquio Internacional Direito(s) e Desigualdades foi organizado no âmbito de três projetos de investigação do CES, *O Género do Direito e da Justiça de Família em Portugal, Os sem direitos* e *A Organização Internacional do Trabalho no Direito do Trabalho Português*, em colaboração com o programa de doutoramento *Direito, Justiça e Cidadania no séc. XXI*. O nosso especial agradecimento à Comissão Organizadora; aos coordenadores dos projectos de investigação e do doutoramento; aos moderadores das sessões plenárias e paralelas; aos comentadores das sessões plenárias; aos oradores nacionais e internacionais que enquadraram e inspiraram as discussões; e à equipa administrativa do CES que tratou da logística e tornou o evento possível. O Colóquio, tal como os projetos, contou com o apoio da Fundação para a Ciência e Tecnologia.

Comissão Organizadora

António Casimiro Ferreira
João Pedroso
Patrícia Branco
Paula Casaleiro
Valerio Nitrato Izzo

Equipa Administrativa

Alberto Pereira
Alexandra Pereira
Ana Caldeira
Rita Oliveira

Coordenadores

Projectos de Investigação
João Pedroso
António Casimiro Ferreira
Doutoramento
Alexandra Aragão
António Casimiro Ferreira

Oradoras/es

Ann Stewart
António Casimiro Ferreira
Javier de Lucas Martín
João Reis
José Eduardo Faria
Rosário Farmhouse
Teresa Picontó-Novales
Teresa Pizarro Beleza

Comentadoras/es

Elsa Lechner
José Reis
Maria do Céu da Cunha Rêgo

Moderadoras/es

Alfredo Campos
Ana Raquel Matos
António Casimiro Ferreira
Carlos Nolasco
Diana Fernandes
João Pedroso
Kátia Cardoso
Luciana Moreira Silva
Madalena Duarte
Maria João Guia
Patrícia Branco
Paula Casaleiro
Ricardo Marques
Sara Araújo
Valerio Nitrato Izzo

Índice

Patrícia Branco e Paula Casaleiro

Introdução	7
------------------	---

Trabalho e Direito(s)

Manuel Abrantes

Law and decency: Implications of the international domestic workers convention	10
--	----

José Catalão

Perspetivas (outras) do Direito do Trabalho. Desafios da pós-modernidade: da internacionalização à cosmopolitização do trabalho e das empresas	25
--	----

Dora Fonseca

O Código do Trabalho e a Precariedade: A “Lei Contra a Precariedade” como forma de combate à expansão da precariedade laboral	39
---	----

Maurício Hashizume

Sindicato pós-colonial – O ativismo étnico-cultural do movimento katarista da Bolívia.....	52
--	----

Isabella Gonçalves Miranda e Fábio André Diniz Merladet

Os impactos dos megaeventos nos trabalhadores informais e precários: estudo de caso dos barraqueiros do Mineirão	67
--	----

Sandrina Berthault Moreira

Indicadores de Qualidade do Emprego – Uma Aplicação a Portugal no Contexto da União Europeia	76
--	----

Vilso Junior Santi

A mediação do Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem-terra no jornal Zero Hora – RS/Brasil	89
--	----

José Soeiro

Nada será como dantes? Uma semiose do trabalho temporário..... 102

Cidadania e Imigração

Bruno Bernardes

Imigração como política externa: Acolhimento e integração de imigrantes laborais e refugiados na Suécia..... 113

Teresa Denis

Direitos Humanos e Cidadania – que relação? 121

Paula Michele Martins Gomes

Assistência social e garantia de direitos a populações migrantes 129

Pedro Góis e Joana Morais e Castro

A imigração irregular em Portugal: entre o Direito de Acesso e o Acesso ao Direito..... 143

Cristiane de Souza Reis

Pobres x cidadãos: a face visível do crime..... 159

Maria Anáber Melo e Silva

A Cidadania e a publicidade das contratações públicas: realidades portuguesa e brasileira 176

Género e Direito(s)

Cecília Delgado

Limitações de género à participação na esfera pública: o que pode ainda ser feito? 186

Alexandra Guiné

A (des)igualdade do género na indemnização dos danos não patrimoniais 196

Córa Hisae Hagino

Uma etnografia do ensino do Direito da Família na Universidade de Coimbra 209

Helena Machado e Susana Silva

Bio-identificação e regimes de género: os testes genéticos em investigação judicial de paternidade 223

Alexandra Galaz Pimenta

Mulheres fora da lei: o estatuto (i)legal das mulheres com deficiência mental 237

Ana Amélia Ribeiro Sales

A relação entre o Direito de Família e a evolução social 246

Caroline Sátiro de Holanda

Uma análise feminista dos deveres conjugais e das consequências da culpa pelo fim do casamento no Direito brasileiro 253

João Sousa e Ricardo Morais

Visibilidade, participação e género: transformações na hierarquia e organização jornalística regional? 268

Karyna Batista Sposato

Mulheres Presas No Brasil: Um retrato da desigualdade 285

Antónia Martin Barradas

Quotas for men in University: breaking the stereotype in European Union law and Swedish law 298

A imigração irregular em Portugal: entre o Direito de Acesso e o Acesso ao Direito

Pedro Góis,⁵ Doutorado em Sociologia pela Universidade de Coimbra, Professor Auxiliar na Universidade do Porto e Investigador no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Portugal
pedrogois@ces.uc.pt

Joana Morais e Castro,⁶ Doutoranda no Programa de Doutoramento "Direito, Justiça e Cidadania no Séc. XXI" na Universidade de Coimbra, Coordenadora no Instituto Padre António Vieira, ONG, Portugal
moraiscastro@hotmail.com

Resumo: O acesso à justiça enquanto direito fundamental, proclamado na legislação internacional, na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e acolhido na Constituição Portuguesa, enfrenta cada vez mais desafios num país em que a complexidade dos fluxos migratórios se tornou uma realidade. O acesso à justiça é considerado um indicador sensível do nível da cidadania, da inclusão ou exclusão social. Quando relacionado com a imigração irregular, o acesso à justiça torna-se um indicador sensível do nível de cidadania, de inclusão ou de exclusão social. No caso português, os imigrantes em situação irregular deparam-se, com frequência, com obstáculos procedimentais, legais, económicos e sociais no acesso à justiça.

⁵ Pedro Góis é doutorado em Sociologia da Cultura, do Conhecimento e da Comunicação pela Universidade de Coimbra, é investigador do Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra e Prof. Auxiliar na Faculdade de Belas Artes da Universidade do Porto. Docente do Mestrado em Ciências da Comunicação, do Mestrado em Psiquiatria Cultural da Universidade de Coimbra, no Mestrado em Design e Arte no Espaço Público e do Mestrado de Estudos Artísticos da Universidade do Porto.

⁶ Joana Morais e Castro é doutoranda no Programa de Doutoramento "Direito, Justiça e Cidadania no Séc. XXI" na Universidade de Coimbra. É coordenadora norte do Instituto Padre António Vieira (IPAV), organização não-governamental (ONG).

A imigração irregular⁷ em Portugal: entre o Direito de Acesso e o Acesso ao Direito

O acesso à justiça é considerado um indicador sensível do nível de cidadania, de inclusão ou exclusão social. É, igualmente, um exemplo concreto da dificuldade em conjugar a eficácia dos direitos civis e sociais e a eficácia dos direitos políticos. Quando relacionado com a imigração (em especial no caso dos imigrantes irregulares), o acesso à justiça pode tornar-se um indicador ainda mais sensível do nível de cidadania, ou, para usar um conceito de Niklas Luhmann, um exemplo evidente do uso de um meta-código de inclusão ou exclusão numa diferenciação funcional, ou seja, um exemplo de como a inclusão de alguns surge através da exclusão de outros (Luhmann, 2007).

A teoria sociológica reconhece, desde a sua origem, que o progressivo aumento da diferenciação social tem sido acompanhado pela emergência de novas formas de integração e de desintegração, hesitando sobre o modo como esta diferenciação se produz (por via hierárquica ou por via funcional). O sistema do direito de estrangeiros (e dos direitos dos estrangeiros) é disto um interessante exemplo que, no caso português, uma análise da legislação de imigração ou de estrangeiros ou das lógicas e práticas de acesso à justiça por parte de imigrantes irregulares permite desocultar.

Sendo infundável o número de subsistemas numa sociedade funcionalmente diferenciada (e estando constantemente a emergir novos sistemas e subsistemas), em qualquer momento na trajetória da sua vida, um indivíduo estará incluído em alguns sistemas e excluído de outros subsistemas, sem que tenha de estar necessariamente incluído em todos os sistemas ou excluído de todos eles. Na sociedade moderna estes sistemas funcionais são, também eles, complexos e, quando se relacionam com o binómio migração/direito revelam-se de acesso condicionado ou, pelo menos, de acesso não universal, o que implica reconhecer que a “inclusão” na sociedade é regulada por diferentes sistemas sociais (parciais) de que o direito é exemplo.

O acesso ao direito como um direito de acesso (a inclusão no sistema como porta de acesso à integração social)

No âmbito deste artigo, procuramos indagar da inclusão ou exclusão dos imigrantes irregulares no subsistema do direito (ou do direito de acesso à justiça) em Portugal.⁸ Sendo

⁷ Utilizaremos neste texto os termos ‘irregular’, ‘imigrantes em situação irregular’, em lugar dos termos ‘ilegais’, ou ‘imigrantes ilegais’, os quais, a par dos primeiros, são igualmente utilizados com frequência em diversos estudos relativos aos movimentos migratórios internacionais. Seguimos, assim, as indicações da Resolução 1509 (2006) da Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa que considera que o termo ‘irregular’ é mais neutral e não tão estigmatizante como o termo ‘ilegal’, sendo crescentemente preferido pelas organizações internacionais que se dedicam às questões migratórias (ponto 7 da referida Resolução). Cf. Conselho da Europa, Assembleia Parlamentar, resolução 1509 (2006), Human Rights of Irregular Migrants <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta06/eres1509.htm>

⁸ Para além de dinâmicos, os conceitos de exclusão/inclusão são também relacionais, no sentido em que inclusão, marginalização e/ou exclusão podem ser verificados ao longo de um continuum de situações. A vantagem de uma perspetiva analítica que seja relacional é que ela permite dar conta de que, na vida real, os indivíduos estão sempre (comparativamente) mais ou menos incluídos, mais ou menos marginalizados ou mais ou menos excluídos de um dado sistema ou subsistema funcional na sociedade.

uma evidência que o acesso aos direitos de cidadania e a participação social são condição indispensável para a inclusão social dos indivíduos num Estado de direito democrático, como podemos analisar o facto de os imigrantes irregulares se depararem, com frequência, com obstáculos procedimentais, legais, económicos e sociais no acesso à justiça?

A nosso ver, a especial vulnerabilidade social da sua situação coloca os imigrantes irregulares como cidadãos em risco de exclusão de vários sistemas funcionais da sociedade (e.g., sistema do direito, sistema económico ou sistema político), mas a defesa perante estes riscos encontra-se embargada face à primária dificuldade de acesso pleno ao subsistema do direito ou da justiça. A construção de um ciclo vicioso de exclusão parece, neste caso, vincar o que Moller e Hespanha (2002) sublinharam como a concretização do princípio de Mateus segundo o qual: “ao que tem, ser-lhe-á dado, e terá em abundância; mas ao que não tem, até aquilo que tem lhe será tirado” (Mateus, 13:12). Em termos práticos este princípio significa que a uma situação de exclusão ou de marginalização num sistema funcional está associada a uma situação de exclusão ou de marginalização em outros sistemas funcionais (Moller e Hespanha 2002: 58).

Para um acesso à justiça eficaz e uma identificação precisa das barreiras que dificultam o seu acesso por parte dos imigrantes irregulares em Portugal seria necessária a existência de uma tradição de pensamento crítico e de tradição de uso das instituições competentes para as decisões jurídicas sobre situações concretas. Ora, no caso Português, uma das grandes falhas do sistema jurídico, judicial, académico e, conseqüentemente, social é a escassez de existência de doutrina e jurisprudência na matéria de imigração e asilo a que se soma um défice de crítica cívica que ponha em questão opções ou não opções, presenças e ausências de uma política seletiva de inclusão ou exclusão de direitos.

Não obstante a evolução da legislação nacional em termos de políticas de imigração e integração de imigrantes (ver anexo), parece faltar realizar-se uma adequação às pessoas ou aos seus direitos no campo da justiça, no que se refere aos imigrantes irregulares. A extensão dos direitos fundamentais aos imigrantes irregulares é uma etapa que está por cumprir no sistema do direito português, como procuraremos demonstrar. A legislação na área da imigração é, regra geral, orientada para os Estados e para os procedimentos burocráticos e não para as pessoas e os seus direitos. Resulta desta análise a necessidade de uma reflexão aprofundada e ainda não realizada para o caso português, sobre, por um lado, a existência ou não de uma discrepância entre a *law in books* e a *law in action* resultante da mediação das agências de aplicação do direito no que respeita a estrangeiros/imigrantes irregulares em Portugal⁹ e, por outro, de uma análise das ausências na Lei de mecanismos que permitam a afirmação plena de direitos humanos universais para todos os indivíduos presentes em território nacional.¹⁰ Fá-lo-emos através de três exemplos: a apresentação das possibilidades de regularização presentes na atual Lei de Imigração; o direito de acesso ou o acesso ao direito por parte de imigrantes irregulares; e o não acesso dos imigrantes irregulares a advogados oficiosos como um exemplo de uma construção de uma fronteira de exclusão.

⁹ Sendo a doutrina e jurisprudência a consequência desta proximidade, a sua existência permite a melhoria do sistema legal e dos mecanismos de garantia de dignidade humana fundamentais nos estados de direito da união europeia.

¹⁰ A justiça, o acesso à justiça, tanto na vertente de consulta como de representação e informação, permite criar canais de proximidade entre as instâncias nacionais e os indivíduos.

A Lei de Imigração a partir de 2007 / Mecanismos de regularização atuais

O atual regime de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional vigora em Portugal desde 2007 e está definido através da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 29/2012, de 9 de agosto, comumente designada como Lei de Estrangeiros ou Lei de Imigração. Esta lei é aplicável a nacionais de países terceiros e consagra, entre outros aspetos, as regras relativas à admissão de cidadãos estrangeiros em território nacional, tipos de vistos e condições para a sua emissão, reagrupamento familiar, permanência e afastamento de território nacional, disposições criminais e contraordenacionais específicas do domínio da imigração e taxas aplicáveis aos serviços prestados pela Administração nesta área. A Lei n.º 23/2007, de 4 de julho,¹¹ veio simplificar o anterior regime legal, nomeadamente através da adoção de uma tipologia única de títulos para cidadãos estrangeiros que queiram residir e trabalhar em Portugal: a autorização de residência.

Das alterações introduzidas em relação ao Decreto-Lei n.º 34/2003, de 25 de fevereiro, assumem particular significado as disposições transitórias, através das quais os portadores de vistos e prorrogações de longa duração e autorizações de permanência beneficiarão, no termo da validade dos respetivos títulos, de autorizações de residência. Por outras palavras, garantia-se que quem tivesse entrado em Portugal com um visto adequado, ou regularizado a sua permanência no país, veria reconhecido um estatuto de estrangeiro residente. Visando a desburocratização do sistema esta Lei agilizou os procedimentos de concessão de um visto de residência, o qual passou a englobar várias categorias, de acordo com o motivo que justificou a sua concessão (em substituição dos diferentes tipos de visto que vigoravam na legislação anterior).

Embora o governo português declare, à época da elaboração desta legislação e da sua primeira alteração em 2012, que não tenciona lançar uma nova regularização extraordinária, a lei de imigração de 2007 contém mecanismos que permitem a regularização de alguns casos de imigrantes irregulares presentes em território nacional (o que se pode chamar de mecanismos de regularização “soft”).¹² No âmbito desta Lei, o artigo 88º, nº 2, permite a legalização de certos tipos imigrantes irregulares. Para tal, há que preencher um conjunto de condições: ter contrato de trabalho ou provar que mantém uma relação laboral (comprovada por sindicatos, ONGs com assento no Conselho Consultivo para Assuntos de Imigração, ou pela Inspeção do Trabalho); ter entrado e permanecido legalmente em Portugal; e estar inscrito e ter a situação regularizada perante a segurança social. A quem preencher estas condições é dispensada excepcionalmente a titularidade de um visto de residência, que seria normalmente exigido para a emissão de autorização de residência. A decisão segue-se a uma entrevista da responsabilidade do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras.¹³

¹¹ Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 29/2012, de 9 de Agosto.

¹² A inclusão do artigo 88º na Lei suscitou controvérsia o que, em parte, explica que o Decreto-Regulamentar nº 84/ 2007 tenha introduzido disposições mais restritivas para a regularização, incluindo, por exemplo, a realização de uma entrevista com o SEF.

¹³ Note-se que, embora a lei imponha a entrada e a permanência legais em Portugal, muitos imigrantes que podem beneficiar do artigo 88º são irregulares no momento em que requerem o benefício. Entraram com um visto de curto prazo (para turismo, por exemplo) mas permaneceram em Portugal após caducidade do visto. Em caso de recurso ao artigo 88º, deverão pagar uma coima por terem permanecido ilegalmente no país.

Para além do artigo 88º, focado no mercado de trabalho, a lei prevê outras formas específicas de “regularização”, como em caso de vítimas de tráfico e de auxílio a imigração ilegal, na senda de diretivas da UE (União Europeia) neste domínio. Segundo o artigo 109º, pode ser concedida autorização de residência sem prévio visto de residência a estrangeiros, vítimas de tráfico ou de auxílio à imigração ilegal.¹⁴ A lei prevê ainda outras possibilidades de regularização. Nos termos do artigo 122º, não carecem de visto para obtenção de autorização de residência temporária: a) Menores, filhos de cidadãos estrangeiros titulares de autorização de residência, nascidos em território português; b) Menores, nascidos em território nacional, que aqui tenham permanecido e se encontrem a frequentar a educação pré-escolar ou o ensino básico, secundário ou profissional; c) Filhos de titulares de autorização de residência que tenham atingido a maioridade e tenham permanecido habitualmente em território nacional desde os 10 anos de idade; d) Maiores, nascidos em território nacional, que daqui não se tenham ausentado ou que aqui tenham permanecido desde idade inferior a 10 anos; e) Menores, obrigatoriamente sujeitos a tutela nos termos do Código Civil; f) Que tenham deixado de beneficiar do direito de asilo em Portugal em virtude de terem cessado as razões com base nas quais obtiveram a referida proteção; g) Que sofram de uma doença que requeira assistência médica prolongada que obste ao retorno ao país, a fim de evitar risco para a saúde do próprio. Há ainda outras circunstâncias previstas neste artigo. O artigo 123º prevê o caso especial de o Ministro da Administração Interna poder conceder autorização de residência temporária por razões de interesse nacional, por razões humanitárias ou por razões de interesse público.¹⁵

Sublinhe-se ainda uma outra alteração importante a partir de 2007 que se mantém com a recente alteração em 2012, face a legislação anterior que nos conduz ao ponto seguinte. A Lei n.º 23/2007, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 29/2012, de 9 de agosto, passa a prever a possibilidade de recurso contencioso¹⁶ de uma decisão de não concessão ou de não renovação de autorizações de residência, de expulsão ou de abandono do território nacional, revertendo o carácter definitivo presente na anterior legislação. Assim, e perante um indeferimento por parte da administração pública, ao estrangeiro é dada a possibilidade de recorrer aos tribunais para alterar a decisão.

No entanto, esta possibilidade de impugnação judicial revela-se ineficiente na medida em que, com exceção das decisões referentes ao Reagrupamento Familiar e ao Estatuto de Longa Duração, os recursos contenciosos não têm efeito suspensivo. Ou seja, não obstante a possibilidade formal de recurso, na prática o efeito meramente devolutivo desencoraja ou mesmo elimina a possibilidade prática de recurso aos tribunais portugueses.

¹⁴ Um novo diploma (Decreto-lei n.º 368/2007, de 5 de novembro) especifica as disposições do artigo 109º (autorização para vítimas de tráfico e outras) e do artigo 111º (período de reflexão) da Lei n.º 23/2007 de 4 de julho. A autorização de residência pode ser concedida após o período de reflexão independentemente das duas primeiras condições supra (se a presença do cidadão estrangeiro é importante para as investigações ou procedimentos judiciais ou se está disposto a colaborar com as autoridades). Tal ocorrerá em condições especiais, designadamente em atenção à segurança da vítima ou da sua família, ou por razões de saúde ou vulnerabilidade. A autorização de residência pode ser concedida antes do termo do período de reflexão se a vítima está disposta a colaborar com as autoridades.

¹⁵ Assinale-se que nas leis anteriores já havia mecanismos similares e excecionais deste cariz. Ou, por outras palavras, os mecanismos de regularização não são exclusivos da lei de 2007 sobre imigração.

¹⁶ Nos termos do n.º 4 do art. 82.º, da Lei n.º 23/2007, “A decisão de indeferimento é notificada ao interessado, com indicação dos fundamentos, bem como do direito de impugnação judicial e do respetivo prazo, sendo enviada cópia ao Conselho Consultivo”.

A alteração operada em 2012 traduziu-se, sobretudo, numa harmonização ao nível Europeu (ou tentativa) em torno das últimas Diretivas, em especial a Diretiva 2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2008 para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular (Diretiva Retorno) e a Diretiva 2009/52/CE que estabelece normas mínimas sobre sanções e medidas contra os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular. Para efeito de acesso à justiça, a única alteração significativa verifica-se no n.º 2 do art. 40.º da Lei 23/07 que consagra os direitos dos cidadãos estrangeiros não admitidos. Este preceito é completado de forma a que ao cidadão estrangeiro a quem tenha sido recusada a entrada em território nacional seja garantida, a expensas do próprio ou, a pedido, proteção jurídica, aplicando-se a Lei n.º 34/2004. Ou seja, este artigo vem colmatar uma lacuna de aplicação prática do direito existente até ao momento. De certa forma este artigo assume-se como declarativo, funcionando, fundamentalmente, para sensibilização dos intervenientes no processo de recusa sendo estes o próprio imigrante, os funcionários e atores da administração pública, as companhias de transporte, etc.

Entre o Direito de Acesso e o Acesso ao Direito

Em Portugal, a Constituição da República Portuguesa (CRP) de 1976 proclama no seu artigo 1.º, que a República Portuguesa se baseia na dignidade da pessoa humana, que, deste modo, é considerada uma referência unificadora quer dos direitos fundamentais (pessoais e sociais), quer da organização política, social e económica e "um valor autónomo e específico, inerente aos homens em virtude da sua simples pessoalidade" (Canotilho e Moreira, 1993; 59) e não dependente da situação em que se encontre ou do estatuto que possua. A proteção da dignidade da pessoa humana não se pode circunscrever à cidadania portuguesa e postula uma visão universalista, não apenas da atribuição de direitos, mas também das garantias da sua efetivação (Miranda, 1988: 169-170). Sendo precisamente aqui que se projeta a definição do âmbito e do sentido de todos e de cada um dos direitos fundamentais. No entanto, certos direitos fundamentais contemplados na Constituição estão dependentes da cidadania, estando esta, no caso português, ligada à nacionalidade (art.º 4.º, da CRP) ou em extensões contratualizadas a partir desta (e.g. na União Europeia ou Comunidade de Países de Língua Portuguesa). A Constituição da República Portuguesa, apesar de restringir certos direitos à condição de cidadão (entenda-se englobando três vertentes – cidadania portuguesa, cidadania europeia e cidadania lusófona), tem um carácter universalista em relação ao estatuto atribuído ao estrangeiro (nacional de estado terceiro fora da União Europeia) na medida em que no n.º 1 do art. 15.º equipara os estrangeiros e os estrangeiros que se encontrem ou residam em Portugal aos cidadãos portugueses em termos de direitos e deveres.

O acesso ao direito e à justiça constitui um pilar nuclear de um estado de direito, da democracia e de qualquer sistema de proteção de direitos, liberdades e garantias, sendo um direito humano consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem (proclamada em 1948) e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (aprovada em 1950). A sua proclamação em diversos textos internacionais é efetuada de formas diversas a nível universal, europeu e nacional. Para além da dificuldade e obstáculos ao seu exercício, em rigor, o direito de acesso aos tribunais não se encontra autonomamente reconhecido nos instrumentos internacionais, decorrendo das garantias inerentes ao direito a um processo equitativo (Guerra Martins, 2006). Apesar de procurarmos focar a questão do acesso à justiça no território português, não podemos analisar a sua real efetividade se não compreendermos

este direito como parte de um núcleo universalmente salvaguardado e representado nos instrumentos internacionais.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem¹⁷ (DUDH) e o Pacto Internacional para os Direitos Civis e Políticos (PIDCP)¹⁸ constituem-se instrumentos de proteção universal essenciais para o estudo do direito dos estrangeiros na medida em que toda e qualquer norma deve ser interpretada em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos do Homem (Princípio da Interpretação Conforme do n.º 2 do art. 16.º da CRP), no entanto, nos instrumentos de proteção universais poucas são as referências em matéria de acesso à justiça que abarcam plenamente os estrangeiros e, especificamente, os estrangeiros em situação irregular. A razão para tal pode residir na cultura dos direitos humanos que surgiu no pós-Segunda Guerra Mundial altamente marcada pelo genocídio que assentava na referência étnica das pessoas e que veio proclamar a ideia de universalidade e dos direitos iguais para todos. Neste contexto histórico, a ideia de abordar a questão da diversidade cultural, entre ela as migrações e/ou direitos especiais para a proteção de culturas societais (Kymlicka, 2002) foi ignorada, razão pela qual nomeadamente nas questões de justiça pouco se aflora esta questão.

Em relação aos instrumentos de proteção europeia, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e o Tratado de Lisboa também consagram o acesso à justiça. Na Convenção Europeia para os Direitos do Homem (CEDH),¹⁹ o acesso à justiça assume uma dimensão aberta dentro da linha da Declaração Universal dos Direitos Humanos. O Tratado de Lisboa²⁰ sublinha os valores da União Europeia, nomeadamente o respeito pela dignidade humana, a liberdade, a democracia, a igualdade, o Estado de Direito e o respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias. A Carta Social Europeia²¹ no art.21.º proíbe toda a discriminação em razão da nacionalidade e no art. 47.º estipula o acesso à justiça.

¹⁷ Os principais preceitos da DUDH são: art.º 2.º (princípio da universalidade e igualdade), art. 5.º (princípio da humanidade), art. 6.º (princípio da dignidade humana), art. 7.º (princípio da igualdade perante a lei), art.º 8 (acesso aos tribunais nacionais, no sentido de direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela lei ou pela Constituição), art. 9.º, art. 10.º (o Direito a um julgamento justo e equitativo efetuado por um tribunal independente e imparcial), o art. 11.º (presunção de inocência).

¹⁸ O PIDCP prevê a liberdade de circulação no interior de um estado dependente da legalidade do seu estatuto (art. 12.º), impondo limites à expulsão de estrangeiros (art. 13.º) , o direito a determinadas garantias para os acusados de infração penal (nomeadamente a informação numa língua compreensível para o acusado e a fazer-se assistir gratuitamente por um intérprete - art.14.º) e ainda a garantia de igualdade de proteção da lei independentemente da origem nacional (art.26.º).

¹⁹ A CEDH consagra o direito à liberdade e à segurança (art. 5.º), ao direito a um processo equitativo onde se prevê a presunção de inocência, o julgamento num Tribunal independente e imparcial que julgue num prazo razoável e os direitos mínimos do acusado (art.6.º), o princípio da legalidade (art. 7.º), direito a um recurso (art. 13.º) e a proibição de discriminação (art. 14.º).

Para além dos preceitos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem em relação ao acesso à justiça, a Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a prática da Comissão Europeia dos Direitos do Homem têm vindo a densificar este direito, constituindo um *acervo normativo-jurisprudencial ímpar* (Dias Pereira e Canotilho: 2000).

²⁰ O Tratado de Lisboa que alterou o Tratado da União Europeia e o Tratado que institui a Comunidade Europeia, foi assinado em Lisboa em 13 de Dezembro de 2007 e publicado no Jornal Oficial da União Europeia n.º C306. No n.º 4., do art. 61.,º o tratado estipula que a União facilita o acesso à justiça, nomeadamente através do princípio do reconhecimento mútuo das decisões judiciais e extrajudiciais em matéria civil.

²¹ Nos termos do art. 47.º toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal, o direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial e ainda a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo. Por outro lado, no n.º 2 é concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efetividade do acesso à justiça. Nos artigos 48.º, 49.º e 50.º

Em relação ao direito português, o art. 20.º da Constituição garante o acesso ao direito e aos tribunais. Afirma o n.º 1 do art. 20.º da Constituição que “A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para a defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”. A constituição parece assumir o carácter universalista, na linha do princípio da equiparação, não estando a restringir esta garantia aos nacionais ou através de algum critério de cidadania (no sentido de integrar alguma, algumas ou todas as vertentes já referidas – nacional, lusófona e europeia). Assim, e à partida, o texto constitucional não exclui os cidadãos estrangeiros deste princípio constitucional (ou mesmo universal). O direito de acesso ao direito e à justiça como direito fundamental vai para além do seu próprio estatuto, uma vez que funciona como garantia fundamental da proteção dos próprios direitos fundamentais, sendo uma garantia essencial num Estado de direito.

Sendo uma garantia de natureza universal e geral, aplicando-se “a todos” (independentemente do estatuto jurídico) e que vem consagrada, a nível nacional, a nível europeu e a nível internacional, revela-se uma “norma-princípio estruturante do estado de direito democrático e de uma comunidade e estados (união europeia) informada pelo respeito dos direitos do homem, das liberdades fundamentais e do estado de direito ” (Canotilho e Moreira, 1993: 409). Não obstante, este princípio ou direito fundamental necessita de concretização por lei, pelo que se assume aqui uma dimensão prestacional de um direito, liberdade e garantia a cargo do estado e da União Europeia na medida que são estes que devem garantir a aplicação efetiva (Canotilho e Moreira 1993: 408). O n.º 2 do mesmo artigo acrescenta que “Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.” Ou seja, ao direito geral à proteção jurídica surgem vários direitos interligados, como o direito de acesso ao direito e aos tribunais, à informação e consulta jurídica, ao patrocínio judiciário e à assistência efetuada por advogado.

O princípio consagrado nos n.º1 e 2 do art. 20.º constitui uma dimensão do princípio da igualdade em vários sentidos, nomeadamente ao garantir a não discriminação em função dos meios económicos, ou melhor, pela falta deles. Para além do carácter universalista já afluído e relacionado com o elemento subjetivo deste preceito, a Constituição assume uma função inclusiva e integrante do próprio princípio democrático, no sentido em que “este não pode deixar de exigir uma democratização do direito e uma democracia do direito” (Canotilho e Moreira, 1993: 409). Os n.º3, 4 e 5 do art. 20.º garantem outros direitos considerados como suficientemente importantes à efetivação da justiça para que a constituição os contemple. Estes direitos são: a proteção do segredo da justiça, o direito à decisão da causa em prazo razoável, ao direito ao processo equitativo e o direito à tutela jurisdicional efetiva (princípio da efetividade).

O regime jurídico do acesso ao direito e aos tribunais é o consagrado na Lei n.º 34/2004, de 29 de julho e na Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto (primeira alteração à Lei n.º 34/2004, de 29 de julho), compreendendo a informação jurídica e a proteção jurídica, a qual abrange as modalidades da consulta jurídica e do apoio judiciário. A proteção jurídica é concedida para questões ou causas judiciais concretas ou suscetíveis de concretização, em que a pessoa

consagra-se a presunção de inocência, o direito de defesa, o princípio da proporcionalidade entre delito e penas e o direito a não ser julgado ou punido penalmente mais do que uma vez pelo mesmo delito.

demonstre estar em situação de insuficiência económica, tenha um interesse próprio e que versem sobre direitos diretamente lesados ou ameaçados de lesão. Este diploma, logo no seu art. 7.º, na definição do seu âmbito afirma que

Têm direito a proteção jurídica, nos termos da presente lei, os cidadãos nacionais e da União Europeia, bem como os estrangeiros e os apátridas com título de residência válido num Estado membro da União Europeia, que demonstrem estar em situação de insuficiência económica

ou seja, faz depender o patrocínio judiciário da condição de residente legal no território nacional.

Ao contrário do que foi referido até aqui em relação ao âmbito de aplicação do art. 20º da CRP, que não efetua qualquer distinção entre nacionais e estrangeiros, a lei que regula o apoio judiciário (Lei n.º 34/2007) limita o seu âmbito de aplicação a quatro categorias jurídicas de pessoas: a) cidadãos nacionais; b) cidadãos da união europeia; c) estrangeiros com título de residência válido num estado membro da união europeia; d) apátridas com título de residência válido num estado membro da união europeia. Por um lado, a garantia constitucional de acesso ao direito aplica-se a todos, incluindo estrangeiros qualquer que seja a sua situação perante a lei de entrada, permanência, saída e afastamento de cidadãos nacionais de países terceiros (Lei n.º 23/2007), ou seja, nada impede que qualquer pessoa, independentemente do seu estatuto recorra aos tribunais ou ao direito em geral, por outro lado, na situação de insuficiência económica esta garantia de igualdade só se aplica em relação às categorias de pessoas já assinaladas. Isto, desde logo, significa que, apesar de em termos constitucionais a garantia do acesso ao direito e justiça revestir-se de um carácter universal e uma concretização do princípio da igualdade, estas mesmas características não prosseguem no caso de se tratar de um estrangeiro em situação irregular e com carências económicas uma vez que está, desde logo, excluído do acesso ao apoio judiciário. Voltaremos a este assunto.

Assim, apesar da aplicação de *standards mínimos* (Canotilho, 2000) relativos aos direitos humanos (no sentido do alcance dos artigos 13.º, 15.º e 20.º da Constituição), de facto existem situações cujo âmbito de aplicação legal não está previsto e que provoca exclusões em categorias de pessoas, como é o caso de estrangeiros em situação irregular com carência económica, que não podem aceder ao apoio judiciário e como tal em grande medida ao direito e à justiça. Se, por um lado, o estado tem legitimidade para regular as condições de acesso ao território, a abrangência de situações, que surgem no âmbito do não cumprimento ou da não manutenção das condições de acesso dos cidadãos estrangeiros ao território português, fazem questionar se, na prática, os limites constitucionalmente previstos de respeito aos princípios de dignidade humana, igualdade e equiparação estão a ser cumpridos. Ora se, em relação aos estrangeiros que estejam em situação regular nos termos da Lei n.º 23/2007, o acesso à justiça e ao direito está salvaguardado, já em relação à situação dos estrangeiros em situação irregular (entrada e permanência) ou que por algum motivo fiquem em situação irregular (permanência) e possuam carências económicas tal pode não se verificar.

Estes limites ou exclusões de direitos dos estrangeiros não podem inverter o alcance do princípio da equiparação previsto no art. 15.º da Constituição ou seja, esta exceção, prevista pela Lei n.º 34/2007, à equiparação entre nacionais e estrangeiros tem de ter em conta os princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade exigíveis. Por outro lado, se as medidas restritivas de acesso ao direito são consideradas como restrições a um direito, liberdade e garantia (Canotilho e Moreira, 1993: 411), não deve de igual modo, a exclusão de um estrangeiro em situação irregular do acesso ao direito ser considerada uma restrição a um direito fundamental?

O não acesso dos imigrantes irregulares a advogados oficiosos como fronteira de exclusão

O direito e a justiça supõem custos elevados relacionados com os preparos, as custas judiciais, os honorários de advogados (ou de outros profissionais relacionados), os custos relacionados com a demora processual e outros custos de oportunidade com valor económico²². Partindo do acesso à justiça, a partir da ideia de igualdade (Kymlicka, 2002), estes custos são desde logo um fator de desigualdade social, na medida em que excluem à partida quem economicamente não possa abarcar estes custos.

Ao nível europeu, principalmente a partir do Conselho Europeu de Tampere²³ e do Livro Verde da Comissão Europeia sobre a assistência judiciária civil, o acesso à justiça aparece como uma medida prioritária, estabelecendo-se um padrão mínimo de apoio judiciário para que os cidadãos tenham direito a um julgamento justo, propondo a prestação de conselhos jurídicos gratuitos ou a baixo custo, a representação em tribunal por um advogado e a isenção total ou parcial de custas e outras despesas (Pedroso, Trincão e Dias, 2003).

Apesar da preocupação europeia pelo acesso à justiça, em relação aos migrantes, dentro do espaço europeu a salvaguarda destes direitos começa agora, a nosso ver, a dar os primeiros passos, principalmente quando relacionada com o acesso à justiça, no âmbito laboral como luta contra a exploração laboral e o tráfico de pessoas.²⁴ A proposta do Conselho da União Europeia que estabelece um quadro plurianual para a Agência dos Direitos Fundamentais de União Europeia, para o período 2013-2017²⁵, e que abarca as prioridades da União, tendo devidamente em conta as orientações resultantes das resoluções do Parlamento Europeu e das conclusões do Conselho, no domínio dos direitos fundamentais, onde se inclui a luta contra o racismo, a xenofobia, e a intolerância, tem como domínios temáticos, entre outros, o acesso à justiça e imigração e integração de migrantes.

Em Portugal, para eliminar, ou pelo menos atenuar, os obstáculos económicos foi criado o regime jurídico do apoio judiciário, constitucionalmente consagrado no art. 20.º,²⁶ que no seu âmbito de aplicação (Lei n.º 34/2004, de 29 de julho e Lei n.º 47/2007, de 28 de agosto)²⁷

²² Sobre este assunto, cf. Santos (1996).

²³ No Conselho de Tampere (1999) foram determinados diversos pontos, nomeadamente no que concerne ao acesso à justiça e ao tratamento equitativo dos nacionais de países terceiros, que residam legalmente no território dos seus Estados-Membros.

²⁴ Fundamental Rights of migrants in an irregular situation in the European Union, European Union Agency for Fundamental Rights, 2011.

²⁵ Bruxelas, 13.12.2011, COM(2011) 880 final, 2011/0431 (APP)

disponível em <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0880:FIN:PT:PDF>.

²⁶ Com as revisões de 1982, 1992 e 1997 ficou contemplado na Constituição tanto o direito à informação jurídica como o patrocínio jurídico. A partir de 1998, o instituto do acesso ao direito e aos tribunais compreende a informação jurídica, a proteção jurídica, e, dentro desta, a consulta jurídica e o apoio judiciário. O estado assume-se como garante de uma adequada remuneração aos profissionais que intervierem no sistema de acesso ao direito e aos tribunais numa lógica de co-responsabilização com a Ordem dos Advogados e o Instituto de Segurança Social (desde 2000) na implementação e funcionamento. Diz-nos o n.º 1 do art. 20.º da Constituição que “A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para a defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”, assumindo o carácter universalista da linha do princípio da equiparação e uma dimensão do princípio da igualdade.

²⁷ A proteção jurídica é concedida para questões ou causas judiciais concretas ou suscetíveis de concretização em que a pessoa demonstre estar em situação de insuficiência económica, tenha um interesse próprio e que versem sobre direitos diretamente lesados ou ameaçados de lesão.

exclui os estrangeiros em situação irregular, com exceção em relação aos requerentes de asilo e apátridas.

Este diploma, ao definir o seu âmbito pessoal, faz depender o patrocínio judiciário da condição de residente legal no território nacional (art. 7.º da Lei n.º 34/2004, de 29 de julho). Por um lado, a garantia constitucional de acesso ao direito aplica-se a todos, incluindo estrangeiros qualquer que seja a sua situação perante a lei de entrada, permanência, saída e afastamento de cidadãos nacionais de países terceiros (Lei n.º 23/2007), ou seja, nada impede que qualquer pessoa, independentemente do seu estatuto recorra aos tribunais ou ao direito em geral, por outro lado, na situação de insuficiência económica esta garantia de igualdade não se aplica aos imigrantes em situação irregular.

Na sequência de uma decisão de indeferimento, o estrangeiro permanece (ou fica) de imediato em situação irregular em território nacional pelo que e a partir deste momento não tem possibilidade de aceder ao apoio judiciário. Dito de outro modo, independentemente de estar em território nacional há bastante tempo a desenvolver uma atividade laboral regular em Portugal, com as inerentes consequências no plano da segurança social e no plano fiscal, em termos de lei ordinária, não poderá recorrer ao apoio judiciário nos termos do art. 7.º da Lei n.º 34/2007. A nosso ver, porém, esta premissa pode/deve ser contestada encontrando-se as premissas para essa contestação na atuação e postura do próprio Estado face aos imigrantes irregulares ao longo das últimas duas décadas. A administração pública ao permitir que um estrangeiro mesmo em situação irregular se inscreva e contribua para a segurança social, bem como seja tributado em sede de IRS, está a assumir a existência de uma ligação legítima entre o estrangeiro e a administração pública. A existência de uma conexão mínima do estrangeiro com o ordenamento jurídico nacional pode/deve assumir-se como razoável para os estrangeiros beneficiarem do apoio judiciário (Canotilho e Moreira, 1993: 412). Ou seja, não obstante a situação de irregularidade perante o regime jurídico de entrada e permanência, existe uma ligação efetiva entre o Estado português e o residente em território nacional, sendo que tacitamente aquele reconheceu esta ligação através da aceitação de cumprimento de obrigações equiparadas às dos nacionais (a nível fiscal e segurança social).

Apesar de se tratarem de esferas da administração pública com âmbitos de competência distintos (por um lado, os serviços de fiscalização e controlo da entrada, permanência, saída e afastamento e, por outro lado, a segurança social e a liquidação de impostos) consideramos que “seja qual for o domínio da atuação administrativa em presença, é sempre o Estado português, na sua unidade de pessoa jurídica, que atua, sendo a essa pessoa jurídica, objetivamente (e não a um determinado seu serviço), que cabe imputar o sentido de tal atuação e a responsabilidade por ela” (Costa, 2003).²⁸ Acresce salientar a importância nesta matéria do Princípio da boa-fé da atuação administrativa do Estado previsto no art. 266.º n.º 2 da Constituição, na medida em que os particulares devem poder confiar na atuação do Estado e que a este não será legítimo vir a pôr em causa ulteriormente as expectativas (e os direitos) que fundadamente lhes criou com essa sua mesma atuação.

O Tribunal Constitucional, aquando chamado a pronunciar-se nesta matéria, seguiu a linha universalista, tendo declarado a inconstitucionalidade normativa em algumas situações

²⁸ José Manuel Cardoso da Costa, Parecer inédito, agosto/2003.

de recusa de apoio judiciário, nomeadamente: 1) aos requerentes de asilo;²⁹ 2) no caso de um estrangeiro não residente em Portugal, ex-trabalhador da Administração Pública, com o argumento de existir uma “conexão mínima” com o ordenamento jurídico Português;³⁰ 3) no caso de um estrangeiro não residente em Portugal,³¹ economicamente carenciado e arguido em Processo Penal, por considerar que a não concessão de apoio judiciário poria em causa as possibilidades de defesa de um arguido (tutela judicial como direito à garantia dos direitos fundamentais).³²

Sendo recusado o apoio judiciário (incluindo o patrocínio judiciário) ao estrangeiro que pretende recorrer contenciosamente de um indeferimento (concessão ou renovação de Autorização de Residência) por parte da administração poderemos considerar que a garantia de acesso à justiça previsto no art.º 20.º da CRP está a ser ferida, na medida em que não se está a restringir este acesso na lógica de salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, nem tão pouco se está a respeitar o princípio da igualdade projetado no acesso ao direito e à justiça.

Esta ideia vem ao encontro da linha do Tribunal Constitucional em algumas situações onde se pronunciou sobre a constitucionalidade das normas, como é o caso dos Acórdãos n.º 316/95, 338/95, 340/95 e 962/96.

No Acórdão n.º 316/95, o Tribunal Constitucional julgou inconstitucionais as normas que determinam (salvo se as leis do Estado da respetiva nacionalidade atribuírem aos portugueses idêntico direito) que não gozam do direito de apoio judiciário, incluindo o patrocínio judiciário, os estrangeiros ou apátridas que - não sendo detentores de autorização de residência válida em Portugal, ou que, sendo-o, aqui não residam regular e continuamente por um período não inferior a um ano – hajam solicitado, sem êxito, a concessão de estatuto de refugiado político e pretendam impugnar contenciosamente tal decisão.

O Tribunal Constitucional foi do entendimento que aquelas normas ofendem o princípio da igualdade projetado na garantia de acesso aos tribunais e no direito ao patrocínio judiciário previstos no artigo 20º da Constituição, na medida em que, sem visar a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, restringem o direito de acesso à justiça e aos tribunais. Posteriormente, foram as mesmas normas declaradas inconstitucionais com

²⁹ Acórdão TC n.º 316/95; Acórdão TC n.º 338/95; Acórdão TC n.º 339/95; Acórdão TC n.º 340/95; Acórdão STJ de 08/02/94; Acórdão STJ de 05/05/94.

³⁰ Acórdão TC n.º 365/00.

³¹ Apesar das evidentes diferenças das situações, parece-nos aqui existir uma manifestação do princípio da boa-fé ao atender-se ao contributo prestado por uma pessoa ao estado, sob a forma de trabalho na administração pública ultramarina para o acesso à justiça. Procurando não cair numa linha de pensamento paternalista, parece-nos razoável que quando alguém contribui para com a administração pública quer sobre forma de ex-trabalhador ou de contribuinte quer em nome do princípio da boa-fé e quer por respeito pelos princípios da igualdade e equiparação se permita o acesso ao direito através do apoio judiciário. Sobre a existência de conexão mínima, é curiosa a decisão do Acórdão n.º 365/00, onde o Tribunal julgou inconstitucional a norma que nega a possibilidade da concessão de apoio judiciário ao cidadão de nacionalidade angolana que – alegando ter perdido a nacionalidade portuguesa com o processo de descolonização – pretende efetivar jurisdicionalmente em Portugal, onde não reside, o direito à aposentação, com o fundamento de ter sido funcionário da antiga administração pública ultramarina. Entendeu o Tribunal existir, neste caso, uma «conexão mínima» entre o estrangeiro e o ordenamento jurídico nacional e, podendo vir a reconhecer-se o seu direito à pensão de aposentação na qualidade de ex-trabalhador da Administração Pública portuguesa, seria pouco razoável não se lhe reconhecer também o direito ao apoio judiciário enquanto instrumental daquele Oliveira, P. d. (2008) "A Jurisprudência constitucional sobre o cidadão estrangeiro " relatório do Tribunal Constitucional à 10ª Conferência Trilateral Itália-Espanha Portugal, Madrid, 25 a 27 de Setembro de 2008.

³² Acórdão TC n.º 433/04.

força obrigatória e geral em virtude de vários acórdãos no mesmo sentido (entre outros, os Acórdãos n.ºs 338/95, 339/95 e 340/95).

No Acórdão n.º 962/96, o Tribunal Constitucional considerou que o acesso aos tribunais integra o núcleo irreduzível do princípio da equiparação de tratamento entre nacionais, estrangeiros e apátridas, estabelecido no art. 15.º, n.º1 (Oliveira, 2008). Apesar de se tratarem de situações relacionadas com o direito de asilo, e como tal com contornos muito específicos, a fundamentação é muito interessante para exemplificar uma linha de pensamento que o Tribunal Constitucional parece querer adotar e sendo no sentido de alargar o núcleo restrito de direitos fundamentais “intocáveis” ao acesso à justiça.

Ou seja, a possibilidade de apoio judiciário na situação concreta do estrangeiro que se encontre no território português, em situação de irregularidade e que cumpra com as obrigações para com o estado deve ser admitida com base: a) na existência de uma conexão mínima entre o estrangeiro e o ordenamento jurídico nacional; b) no respeito pelo princípio da boa-fé (art. 266.º da Constituição); c) no respeito pelos princípios de acesso à justiça e equiparação, na medida em que, sendo direitos fundamentais, não deverão ser restringidos a este ponto, sob pena de se alterar o conteúdo essencial.

O regime do acesso à saúde é, em alguma medida, um bom exemplo de equilíbrio na aplicação do princípio da equiparação, mas que possui, desde logo, uma grande diferença em relação à exigência constitucionalmente expressa de gratuidade dos serviços de saúde. Apesar de, em relação ao acesso à justiça, a CRP não determinar a gratuidade dos serviços de justiça, como acontece tendencialmente com aos serviços de saúde (art. 64.º-2a) da Constituição), há uma clara proibição no sentido de serem tão onerosos que dificultem o acesso (Canotilho e Moreira, 1993: 411). Apesar de não serem gratuitos, os encargos deverão levar em conta as situações de carência económica, tendo em conta os princípios básicos do Estado de direito, como o princípio da proporcionalidade e da adequação e de modo algum “a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos”. Na esfera do acesso à saúde, como em relação ao acesso ao direito e à justiça, levantam-se questões de conjugação da legitimidade do estado sobre a permanência de estrangeiros em situação irregular e a garantia de um direito fundamental como o acesso à saúde. Atendendo à realidade da existência de estrangeiros a residir no território nacional em situação irregular foi criado um mecanismo que garante o acesso ao sistema nacional de forma gratuita a pessoas que estejam em situação de insuficiência económica.³³ A solução atual determinada pelo Despacho 25.360/2001 parece mais adequada e proporcional do que o atual regime de apoio judiciário e representa uma garantia de acesso à saúde justa e equitativa.

³³ Nos termos do Despacho 25.360/2001, para efeitos de obtenção do cartão de utente do SNS, instituído pelo Decreto-Lei n.º 198/95, de 29 de julho, é assegurado o acesso gratuito ao SNS aos estrangeiros em situação regular que contribuam para a Segurança Social.

Aos cidadãos estrangeiros que se encontrem em situação irregular têm acesso aos serviços e estabelecimentos do SNS, mediante a apresentação junto dos serviços de saúde da sua área de residência de documento comprovativo, emitido pelas juntas de freguesia, nos termos do disposto no art.º 34.º, do Decreto-Lei n.º 135/99, de 22 de abril, de que se encontram em Portugal há mais de noventa dias.

Aos cidadãos estrangeiros referidos, nos termos do disposto na al. c), do n.º 2, da Base XXXIII, da Lei de Bases da Saúde, poderão ser cobradas as despesas dadas pelos Decretos-Lei n.º 468/97, de 27 de fevereiro, e n.º 52/2000, de 7 de efetuadas, excetuando a prestação de cuidados de saúde em situações que ponham em perigo a saúde pública, de acordo com as tabelas em vigor, atentas as circunstâncias do caso concreto, nomeadamente no que concerne à situação económica e social da pessoa, a aferir pelos serviços de segurança social.

Conclusão

Partindo da ideia de uma sociedade moderna funcionalmente diferenciada expressa no início deste texto (Luhmann, 1980: 30), devemos definir um imigrante irregular como um indivíduo excluído ou incluído do sistema do direito e da justiça em Portugal? Partindo de uma posição inicial de exclusão, o direito e a justiça podem incluir parcialmente um indivíduo? Se analisarmos o sistema de acesso à justiça, verificamos que em relação aos imigrantes irregulares esta inclusão parcial se verifica especialmente.

A inclusão num dado sistema funcional (e.g. no sistema do direito) pode ser essencial para um recurso de uma potencial exclusão social mais vasta (e.g. da sociedade portuguesa). Ainda que os imigrantes irregulares possam ser incluídos no sistema do direito português apenas para que este os possa expulsar do país, a simples inclusão (ainda que temporária) contém em si uma garantia de acesso a mecanismos de defesa e refutação da acusação. A não consagração do direito de acesso nos mesmos moldes em que é feito a todos os outros cidadãos é uma violação de um direito fundamental.

Anexo:

Principais medidas de política da imigração

Ano	Actos
1981	Decreto-lei nº264-C/81 de 3 de setembro: primeira lei da imigração em Portugal sobre entrada, permanência e saída de estrangeiros.
1992	Decreto-lei nº212/92 de 12 de outubro: primeiro processo de regularização de imigrantes.
1993	Decreto-lei nº59/93 de 3 de março: novo regime de entrada, permanência e saída de estrangeiros.
1996	Lei nº17/96 de 24 de maio: segunda regularização extraordinária da situação dos imigrantes clandestinos.
1998	Decreto-lei nº244/98 de 8 de agosto: novo regime de entrada, permanência e saída de estrangeiros.
2001	Decreto-lei nº4/2001 de 10 de janeiro: novo regime de entrada, permanência e saída de estrangeiros. Foram introduzidos novos elementos na política de imigração, como a autorização de permanência e o regime de quotas.
	Na prática, este mecanismo de autorização de permanência corresponde a um terceiro processo de regularização extraordinária de imigrantes (baseado no emprego).
2003	Decreto-lei nº34/2003 de 25 de fevereiro: novo regime de entrada, permanência e saída de estrangeiros. Abolidas definitivamente as autorizações de permanência para os imigrantes chegados após entrada em vigor.
	Acordo bilateral assinado em 11 de junho entre Portugal e Brasil para regularização de trabalhadores brasileiros irregulares em Portugal e de trabalhadores irregulares portugueses no Brasil.
2004	Decreto-Regulamentar nº6/2004 de 26 de abril: regulamenta o novo regime de imigração de 2003.
	O artigo 71º permitiu a regularização de imigrantes já ativos no mercado do trabalho que provassem ter feito os descontos obrigatórios para a segurança social e para a administração fiscal durante pelo menos 90 dias antes da
2007	Lei nº23/2007 de 4 de julho: novo regime de entrada, permanência e saída de estrangeiros.
	Decreto-regulamentar nº 84/2007 de 5 de novembro: regulamenta o novo regime de imigração da lei de 2007.
2012	Lei nº29/2012: primeira alteração à Lei n.º 23/2007, de 4 de julho.

Referências Bibliográficas

- Canotilho, G.; Moreira, V. (1993), *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora [3ª edição revista].
- Canotilho, J. J. G. (2000), *Direitos Humanos Estrangeiros, Comunidades Migrantes e Minorias*. Oeiras: Celta.
- Costa, J. M. C. (2003), *Parecer inédito*.
- Guerra Martins, A. M. (2006), *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina.
- Kymlicka, W. (2002), *Contemporary Political Philosophy: an Introduction*. Oxford: Oxford University Press.
- Luhmann, N. (2007), *La sociedad de la sociedad*. [México]: Herder.
- Miranda, J. (1988), *Manual de Direito Constitucional, tomo IV. Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Moeller, I.; Hespanha, P. (2002), "Padrões de exclusão e estratégias pessoais", *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 64: 55-79.
- Oliveira, P. (2008), "A Jurisprudência constitucional sobre o cidadão estrangeiro", in *Relatório do Tribunal Constitucional à 10ª Conferência Trilateral Itália-Espanha Portugal*, Madrid, 25 a 27 de Setembro de 2008.
- Pedroso, J.; Trincão, C.; Dias, J. P. (2003), *Por Caminhos Da(s) Reforma(s) da Justiça*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Santos, Boaventura de Sousa (1996), *Os Tribunais nas sociedades contemporâneas: O Caso Português*. Afrontamento: Porto.