

Universidades Lusíada

Dias, José Ferreira

Pode a migração ser um direito fundamental?

<http://hdl.handle.net/11067/7754>

<https://doi.org/10.34628/VYM7-DQ95>

Metadata

Issue Date 2024

Abstract O presente artigo pretende realizar uma reflexão sobre o direito de livre circulação de pessoas e as suas implicações no quadro de fluxos migratórios, à luz de textos normativos internacionais. Pretende-se enquadrar a questão no cenário de polarização política, examinando a tensão entre uma democracia maioritarista, expressa na ascensão da direita radical nativista, e uma democracia minoritarista, manifesta na cidadania global promovida pela esquerda progressista....

This article aims to reflect on the right to free circulation of people and its implications within the context of migratory flows in light of international normative texts. It seeks to frame the issue within the political polarization scenario, examining the tension between a majoritarian democracy, expressed in the rise of radical nativist right-wing movements, and a minoritarian democracy, manifested in global citizenship promoted by the progressive left....

Publisher Universidade Lusíada Editora

Keywords Emigração e imigração, Imigrantes - Direitos fundamentais

Type article

Peer Reviewed No

Collections [ULL-FD] LD, s. 2, n. 32 (2024)

This page was automatically generated in 2025-04-19T11:15:08Z with information provided by the Repository

PODE A MIGRAÇÃO SER UM DIREITO FUNDAMENTAL?¹

CAN MIGRATION BE A FUNDAMENTAL RIGHT?

João Ferreira Dias²

DOI: <https://doi.org/10.34628/VYM7-DQ95>

Resumo: o presente artigo pretende realizar uma reflexão sobre o direito de livre circulação de pessoas e as suas implicações no quadro de fluxos migratórios, à luz de textos normativos internacionais. Pretende-se enquadrar a questão no cenário de polarização política, examinando a tensão entre uma democracia maioritarista, expressa na ascensão da direita radical nativista, e uma democracia minoritarista, manifesta na cidadania global promovida pela esquerda progressista.

Palavras-chave: Circulação de pessoas; Imigração; Direito internacional público; Democracia maioritarista; Democracia minoritarista.

Abstract: This article aims to reflect on the right to free circulation of people and its implications within the context of migratory flows in light of international normative texts. It seeks to frame the issue within the political polarization scenario, examining the tension between a majoritarian democracy, expressed in the rise of radical nativist right-wing movements, and a minoritarian democracy, manifested in global citizenship promoted by the progressive left.

Keywords: Free circulation of people; Immigration; Public international law; Majoritarian democracy; Minoritarian democracy.

Sumário: Introdução. A livre circulação de pessoas. Imigração e polarização política. Um olhar às Fontes de Direito. Um olhar teórico (doutrina). Pode, então, a migração ser um direito fundamental? Conclusões.

¹ Texto realizado com o apoio da Fundação para a Ciência e Tecnologia (UI/BD/151564/2021)

² Investigador Integrado do Centro de Estudos Internacionais do ISCTE. <https://orcid.org/0000-0001-9056-8510>.

Introdução

A livre circulação de pessoas é um direito que se inscreve num fenómeno maior que é o da constituição do Estado, fixação de fronteiras, e consagração do sujeito “outro”³. Observamos, v.g., que as cartas de foral, enquanto dispositivos normativos medievais, determinam o pagamento e os procedimentos punitivos nos casos de forasteiros, cujo âmbito tende para o agravamento de medidas em razão da sua natureza alienígena. A constituição de sociedades humanas é, pois, permeada pela determinação de sujeitos pertencentes ao grupo (*ingroup*) e sujeitos externos ao mesmo (*outgroup*)⁴, cuja distinção tem por cerne a mais elementar necessidade de sobrevivência. Dessa etapa fundacional da natureza humana, emerge o Estado como entidade política e a Nação como entidade cultural, onde fatores de pertença e exclusão são imaginados a partir de padrões sociais e memórias sociais. Há, portanto, uma “comunidade imaginada”⁵ produzida a partir de práticas culturais, símbolos e mitos⁶ que formam tradições (geralmente inventadas⁷), que permitem o artifício de um sentimento de pertença num território específico.

O presente artigo pretende realizar uma reflexão sobre o direito de livre circulação de pessoas e as suas implicações no quadro de fluxos migratórios, à luz de textos normativos internacionais. Pretende-se enquadrar a questão no cenário de polarização política, examinando a tensão entre uma democracia majoritarista, expressa na ascensão da direita radical nativista, e uma democracia minoritarista, manifesta na cidadania global promovida pela esquerda progressista.

A livre circulação de pessoas

A reflexão sobre a liberdade de circulação inaugura-se com a questão fundacional da liberdade e da autonomia individual. John Locke, na sua obra *Dois Tratados sobre o Governo* (1689), fundamenta a sua teoria política no conceito de direitos naturais, entre os quais se destacam a vida, a liberdade e a propriedade. Locke argumenta que os indivíduos possuem direitos naturais inalienáveis que precedem a formação da sociedade civil e do governo. Embora Locke não trate

³ Anderson, B. (1983). *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. London: Verso. Elias, N. (1939). *The Civilizing Process: Sociogenetic and Psychogenetic Investigations*. Oxford: Blackwell Publishers.

⁴ Tajfel, H., & Turner, J. C. (2004). *The social identity theory of intergroup behavior*. In *Political psychology* (pp. 276-293). Psychology Press. Brewer, M. B. (1999). The psychology of prejudice: Ingroup love and outgroup hate?. *Journal of social issues*, 55(3), 429-444.

⁵ Anderson, B. (1983). *Imagined Communities*.

⁶ Smith, A. D. (2004). *Nacionalismo: teoría, ideología, historia* (Vol. 254). Anaya-Spain.

⁷ Hobsbawm, E., & Ranger, T. (Eds.). (1983). *The Invention of Tradition*. Cambridge University Press.

diretamente do direito à liberdade de movimento de forma explícita e detalhada como parte do direito à propriedade sobre si mesmo, uma interpretação extensiva da sua filosofia permite supor a liberdade de procurar melhores condições de vida noutros lugares. Desse modo, a liberdade de movimento pode, portanto, ser inferida como um aspeto dessa liberdade mais ampla.

Quase um século depois, Kant dá-nos material para pensar esta matéria, através da sua reflexão *À Paz Perpétua* (1795), introduzindo a noção de *direito à hospitalidade*. Kant define o direito cosmopolita como um direito que pertence a todos os seres humanos, derivado da ideia de uma cidadania global. No entanto, ele estabelece limites claros para esse direito, determinando que o direito de hospitalidade significa que um estrangeiro tem o direito de visitar outro país e não ser tratado com hostilidade, desde que a sua presença não cause prejuízos ao país de visita. O filósofo argumenta que o planeta é um espaço comum a todos, e que, portanto, as pessoas devem ter o direito de se deslocar sem serem tratadas como inimigas. No entanto, embora Kant reconheça o direito de hospitalidade, ele não propõe um direito irrestrito à imigração. Kant distingue claramente entre o direito de visita e o direito de se estabelecer permanentemente num novo território. Ele acredita que a imigração irrestrita poderia comprometer a paz e a segurança internas de um país. Portanto, as nações têm o direito de regular a entrada e permanência de estrangeiros para proteger os seus interesses legítimos e a ordem pública. Kant enfatiza que os estrangeiros devem respeitar as leis e os costumes do país anfitrião. Ele argumenta que a hospitalidade é um direito provisório, que permite aos estrangeiros visitar e interagir, mas não exige que o país visitado aceite a permanência indefinida dos visitantes.

A compreensão do direito à circulação e as suas implicações jurídico-políticas vai ganhando forma ao longo do tempo, através de um processo de reconhecimento do “outro” como participante da humanidade e menos como figura hostil.

Seria, todavia, o século XX a trazer a reflexão mais robusta sobre a circulação de pessoas, no âmbito alargado do *ius cogens* e do princípio axial da dignidade humana⁸, em especial em decorrência do holocausto nazi. Nesse contexto, o pensamento de Hannah Arendt⁹ marca uma etapa fundamental na consolidação filosófica sobre a condição humana e os direitos humanos. Em consequência do cenário referido, Arendt introduz o conceito de “direito de ter direitos”, o que equivale ao direito primeiro de pertencer a uma comunidade política – através do vínculo de cidadania – que possa garantir e proteger os direitos humanos fundamentais. Para a autora, a livre circulação é essencial não apenas para a liberda-

⁸ v.g. Botelho, C. S. (2017). *A dignidade da pessoa humana–Direito subjetivo ou princípio axial?*. *Revista Jurídica Portucalense*, 256-282.

⁹ Arendt, H. (1951). *The Origins of Totalitarianism*. New York: Harcourt, Brace & Co.

de individual, mas também para a sobrevivência e a dignidade humana. Ela vê a mobilidade como uma forma de escapar de regimes opressivos e de procurar refúgio e segurança noutras comunidades. No entanto, ela reconhece que o mundo moderno, com as suas fronteiras rígidas e políticas restritivas de imigração, frequentemente impede essa mobilidade, exacerbando a crise dos apátridas e refugiados, a que a noção de Estado-Nação dá contributo, ao basear a sua legitimidade na soberania e na homogeneidade nacional, excluindo aqueles que não se encaixam na definição de “nacional”.

Mais tarde, Rawls acrescentaria densidade ao problema ao abordar a justiça numa ótica global tendo por primado a equidade. Este primado assenta sobre dois pressupostos: (i) cada pessoa tem o direito igual a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas compatíveis com um esquema semelhante de liberdades para todos; (ii) as desigualdades sociais e económicas devem ser organizadas de modo que sejam tanto a) razoavelmente esperadas para serem vantajosas para todos e b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos em condições de justa igualdade de oportunidades¹⁰.

No que tange à imigração, Rawls sugere que esta deve ser vista à luz de princípios de justiça que regulam as relações entre povos e Estados¹¹. Apesar da adoção de um quadro teórico-jurídico que privilegia a justiça em âmbito global, Rawls afasta-se de uma posição de cidadania global progressista, a qual defende a liberdade irrestrita de circulação de pessoas. Tal proposta político-ideológica, encontra na literatura sustento. Assim, Benhabib¹² adota uma posição moral sobre a matéria, ao defender que as democracias liberais têm a responsabilidade de incluir estrangeiros e migrantes nos processos políticos e sociais. Ela propõe uma abordagem deliberativa da democracia, onde os direitos de todos, incluindo os de migrantes e residentes não-cidadãos, são respeitados e promovidos. Por sua vez, Abizadeh¹³ desafia a legitimidade moral das fronteiras fechadas, argumentando que a coerção de fronteiras é incompatível com os princípios democráticos. O autor defende que as fronteiras devem ser abertas e que a decisão de as controlar unilateralmente não pode ser justificada democraticamente. Na mesma linha, encontra-se Carens¹⁴, que figura como um dos principais defensores da abertura de fronteiras. O autor apresenta uma análise abrangente sobre as questões éticas da imigração, onde argumenta que as restrições à imigração são moralmente indefensáveis e que a liberdade de movimento deve ser vista como um direito hu-

¹⁰ Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*. New York: Columbia University Press.

¹¹ Rawls, J. (1999). *The Law of Peoples*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

¹² Benhabib, S. (2004). *The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizens*. Cambridge: Cambridge University Press.

¹³ Abizadeh, A. (2008). *Democratic Theory and Border Coercion: No Right to Unilaterally Control Your Own Borders*. *Political Theory*, 36(1), 37-65.

¹⁴ Carens, J. H. (2013). *The Ethics of Immigration*. New York: Oxford University Press.

mano fundamental, donde a justiça exige a abertura das fronteiras para permitir que as pessoas procurem melhores oportunidades de vida.

Numa ótica realista, Rawls reconhece que a imigração ilimitada pode apresentar desafios para a estabilidade e a justiça interna das sociedades. Ele propõe que para manter uma ordem social justa, os Estados têm o direito de regular a imigração de maneira a proteger as suas instituições básicas e a capacidade de prover justiça social para seus cidadãos.

Não obstante, Rawls vê a imigração como um sintoma de desigualdades globais que devem ser abordadas através de cooperação internacional e assistência ao desenvolvimento. Ele defende que uma distribuição mais justa dos recursos globais pode reduzir as pressões migratórias e promover uma ordem mundial mais equitativa e estável. Essa formulação é retomada por Pogge¹⁵, que aborda a desigualdade global e os direitos humanos, argumentando que as fronteiras nacionais não devem impedir a realização de justiça global. Ele critica as instituições globais que perpetuam a pobreza e a desigualdade, propondo reformas para promover uma distribuição mais justa dos recursos. Pogge defende, ainda, que os cidadãos dos países ricos têm responsabilidades cosmopolitas de ajudar a melhorar as condições nos países mais pobres, reduzindo assim a necessidade de migração forçada e promovendo os direitos humanos.

Imigração e polarização política

A livre circulação de pessoas não é um fenómeno independente de implicações no plano político das sociedades. Diversamente, os fluxos migratórios estão ligados à constituição do “outro” dentro das fronteiras da comunidade imaginada que é o Estado-Nação, onde a visibilidade da diferença ganha dimensões políticas. A presença do judeu e a sua constituição como corpo social estranho à “nação” germânica foi determinante para a produção de um quadro político-ideológico racista de feição antisemita que esteve na base da emergência da Alemanha nazi¹⁶.

No contexto coevo, os fluxos migratórios influenciam de forma determinante os ciclos políticos. A ansiedade migratória está na base do crescimento de uma onda populista no Ocidente, com narrativas anti-imigratórias em torno da ideia de segurança (*law and order*). A crise das dívidas soberanas de 2008 deu origem a

¹⁵ Pogge, T. (2002). *World Poverty and Human Rights: Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*. Cambridge: Polity Press.

¹⁶ Friedländer, S. (2014). *Nazi Germany and the Jews: The Years of Persecution: 1933-1939*. Hachette UK. Longerich, P. (2010). *Holocaust: The Nazi persecution and murder of the Jews*. Oxford University Press. Friedländer, S., & Kenan, O. (2009). *Nazi Germany and the Jews, 1933-1945*. Harper Perennial. Bergen, D. L. (1994). *The Nazi concept of Volksdeutsche and the exacerbation of anti-Semitism in Eastern Europe, 1939-45*. *Journal of Contemporary History*, 29(4), 569-582.

um novo ciclo anti-imigratório, em que a quebra de rendimentos reais e a insegurança laboral geraram uma ansiedade generalizada entre diferentes eleitorados, em especial entre as populações operárias brancas face ao sustento da família e uma consequente desconfiança perante o poder político¹⁷, cujos processos burocráticos se multiplicaram, em particular na Europa, através do aprofundamento da união política¹⁸, gerando um distanciamento entre eleitores e eleitos.

Em 2015, a Alemanha adotou uma política de portas abertas sob a liderança da chanceler Angela Merkel, acolhendo mais de um milhão de refugiados, principalmente da Síria. Essa política foi baseada em princípios humanitários e de solidariedade, refletindo a posição da Alemanha em relação aos direitos dos migrantes. A política teve impactos positivos, como a contribuição dos refugiados para a força de trabalho e a diversidade cultural. No entanto, também gerou desafios, como a necessidade de integração e o aumento de sentimentos anti-imigração entre alguns segmentos da população. O mesmo sentimento foi responsável pela vitória do Partido da Liberdade (PVV), liderado por Geert Wilders, nas eleições legislativas nos Países Baixos, de 2023.

Não se verifica, todavia, um carácter de novidade nos dados. Com base em dados do começo do século XXI, Rydgren¹⁹ apresenta a teoria da “competição étnica”, a qual sugere que o aumento da diversidade étnica leva a um maior apoio aos partidos de direita radical devido à competição por recursos escassos. Esta proposta vai encontrar respaldo em várias abordagens, como a citada de Mondon e Winter, bem como as análises de Stanley²⁰ a propósito da nostalgia pelo período da América fabril, canalizada por Donald Trump. Rydgren mostra que o ceticismo quanto aos benefícios da imigração e preocupações com a integração dos imigrantes são fortes indicadores de apoio à direita radical, superando indicadores que tendem a ser vistos, do ponto de vista do discurso político como mais determinantes, como o racismo e a xenofobia.

A consequência mais imediata da combinação entre crescimento de fluxos migratórios e desconfiança, e assim do aumento da *competição étnica* proposta por Rydgren, é a polarização política²¹, com a emergência de uma onda nacionalista-

¹⁷ Mondon, A., & Winter, A. (2020). *Whiteness, populism and the racialisation of the working class in the United Kingdom and the United States*. In *Whiteness and Nationalism* (pp. 10-28). Routledge. Begum N., Mondon A., Winter A. (2021). *Between the 'left behind' and 'the people': Racism, populism and the construction of the 'white working class'; in the context of Brexit*. In Hunter S., van der Westerhuize C. (Eds.), *Routledge handbook of critical studies in whiteness* (pp. 220–231). Routledge.

¹⁸ Mounk, Y. (2019). *Povo vs. Democracia*. Leya.

¹⁹ Rydgren, J. (2008). *Immigration Sceptics, Xenophobes or Racists? Radical Right-Wing Voting in Six West European Countries*. *European Journal of Political Research*, 47, 737-765.

²⁰ Stanley, J. (2020). *How fascism works: The politics of us and them*. Random House Trade Paperbacks.

²¹ Hawkins, K., S. Riding and C. Mudde (2012). *Measuring Populist Attitudes. The Committee on Concepts and Methods Working Paper Series*, 55, 1-35. Iyengar, S., Lelkes, Y., Levendusky, M., Malhotra,

-nativista, de forte expressão identitária²², e a contrarresposta pós-material da esquerda identitária, focada nos grupos sociais minoritários²³. Essa tensão produz efeitos na determinação de um conteúdo material para o conceito de democracia, entre uma noção maioritarista e uma minoritarista. *Ad summam*, o maioritarismo corresponde a uma conceção de democracia baseada na vontade absoluta da maioria, o que significando maior eficiência tende para a desconsideração dos interesses da minoria, conduzindo potencialmente a resultados injustos, polarização política e impasses²⁴. *A contrario sensu*, a democracia minoritarista compreende uma tipologia de democracia assente numa lógica de *social clusters*, em que se atende máxime aos interesses das minorias e a sociedade é compreendida não sobre os alicerces do *contrato social*, mas antes sobre a observância das características e necessidades dos grupos que a compõe. Ora, enquanto a democracia maioritarista corresponde ao primado da maioria, podendo privar as minorias (através da compressão ou derrogação) do gozo de direitos de proteção específicos, a democracia minoritarista compreende a subjugação ou menorização da vontade da maioria às necessidades e especificidades dos diferentes grupos identitários.

Et quid polis? Ou seja, de que modo estas tipologias se traduzem em políticas migratórias? A democracia maioritarista, compreende-se, encontra-se associada à ideologia nativista, assente nos pressupostos da defesa da identidade biocultural do Ocidente perante a (entendida como) ameaça dos fluxos migratórios, em especial de tradição islâmica²⁵. Por sua vez, a democracia minoritarista corresponde a um entendimento supramencionado de cidadania global e abertura de fronteiras, em que limites à imigração podem ser considerados como violadores dos direitos humanos.

Um olhar às Fontes de Direito

Para responder a esta questão releva começar por analisar as fontes de direito de hierarquia superior. A Declaração Universal dos Direitos Humanos

N., & Westwood, S. J. (2019). *The origins and consequences of affective polarization in the United States*. *Annual review of political science*, 22, 129-146. Boxell, L., Gentzkow, M., & Shapiro, J. M. (2024). Cross-country trends in affective polarization. *Review of Economics and Statistics*, 106(2), 557-565.

²² Zúquete, J. P. (2018). *The identitarians: The movement against globalism and Islam in Europe*. University of Notre Dame Press. Zúquete, J. P., & Marchi, R. (Eds.). (2023). *Global Identitarianism*. Taylor & Francis.

²³ Fukuyama, F. (2018). *Identity: Contemporary identity politics and the struggle for recognition*. Profile books.

²⁴ Lijphart, A. et. al. (1999). *Patterns of democracy: Government forms and performance in thirty-six countries*. Yale University Press.

²⁵ Marchi, R., & Bruno, G. (2016). *A extrema-direita europeia perante a crise dos refugiados. Relações Internacionais*, (50), 39-56.

(DUDH) estabelece no art.º 13.º que toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar. Este direito de movimento é complementado pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), cujo art.º 12.º garante a liberdade de circulação e residência dentro dos territórios dos Estados. No contexto europeu, a Convenção Europeia dos Direitos Humanos (1950) e o seu Protocolo nº 4, art.º 2.º reforçam que qualquer pessoa legalmente no território de um Estado tem o direito de circular livremente e escolher a sua residência. A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000), no art.º 45.º, estende este direito aos cidadãos da União e, em certos casos, aos nacionais de países terceiros legalmente presentes.

A jurisprudência internacional também reflete a importância dos direitos de movimento. No caso *Hirsi Jamaa e Outros v. Itália* (2012), o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) decidiu que a Itália violou os direitos dos migrantes ao intercedê-los no mar e devolvê-los à Líbia sem considerar as suas solicitações de asilo. Este caso sublinha a obrigação dos Estados de respeitar os direitos dos migrantes em situações de emergência humanitária. Ainda no contexto da União Europeia, o caso *Zambrano* (2011) do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) estabeleceu que os Estados-Membros não podem recusar a residência a pais de cidadãos da UE menores, pois isso privaria os cidadãos da UE do gozo efetivo dos seus direitos. O recente Pacto sobre Migração e Asilo da União Europeia, adotado em 2020, representa um esforço para reformar e coordenar as políticas migratórias na Europa, pretendendo equilibrar a responsabilidade e a solidariedade entre os Estados-Membros, fortalecendo as fronteiras externas e promovendo a integração dos migrantes. Este pacto reconhece implicitamente a importância da imigração controlada e dos direitos dos migrantes, embora não estabeleça a imigração como um direito fundamental irrestrito.

Além das normas internacionais, é crucial considerar as constituições e legislações nacionais. Por exemplo, a Constituição Portuguesa, no artigo 44.º, reconhece a liberdade de circulação, incluindo o direito de sair e regressar ao território nacional. Esta disposição reflete os compromissos internacionais assumidos por Portugal e a sua tradição de respeito pelos direitos humanos.

Um olhar teórico (doutrina)

Há que se reconhecer que a questão da imigração como direito fundamental representa um salto de reflexão que ultrapassa a jurisprudência e os textos normativos. Aqui não se pretende assumir natureza *contra jus*, mas antes adotar um primado *ex facto jus oritur ex aequo et bono*. De outro modo: a imigração é um *facto social* (para usar uma terminologia durkheimiana) que se independentiza de disposições legais, podendo deste surgir o direito como mecanismo de controlo e salvaguarda das partes.

Todavia, a questão aqui tratada não é se a migração é um facto, sendo-o *prima facie*, nem se a mesma deve carrear disposições legais ou, diversamente, ser objeto de irrestrições. A interrogação ultrapassa essa determinação jurídico-política para se colocar *a radice*, procurando saber se pode figurar como um direito fundamental, donde adquiriria uma natureza *ius cogens*. Ou seja, se a migração for um direito fundamental, a sua natureza jurídica altera-se e passa a revestir-se de valor reforçado, pelo que o seu controlo, restrição ou derrogação se tornaria mais difícil, e ao mesmo tempo adquiriria uma natureza mais garantística como direito cogente.

Sabemos que existem direitos pessoalíssimos, como o direito à vida e à integridade física, que não sendo absolutos têm uma materialidade especial que se impõe contra o poder político, integrando o núcleo vital da noção de dignidade da pessoa humana como super-princípio da ordem jurídica. Esta ideia vai encontrar resistência na constituição da sociedade política e do Estado, com o seu estabelecimento de fronteiras e adoção do vínculo político-jurídico de cidadão. Trata-se de um dispositivo artificial que estabelece o “outro” como sujeito juridicamente distinto. Sabemos, de igual modo, que os direitos de movimento são amplamente reconhecidos e protegidos, mas a imigração em si não é universalmente consagrada como um direito fundamental irrestrito. Os Estados mantêm a prerrogativa de regular a imigração de acordo com as suas políticas e necessidades nacionais, desde que o façam em conformidade com os princípios de direitos humanos e respeitando as obrigações internacionais.

Evidencia-se que, muito embora os direitos de movimento e residência estejam reconhecidos em diversos instrumentos internacionais, a imigração como um direito fundamental ainda carece de uma consagração inequívoca nas constituições nacionais. Ruth Rubio-Marín²⁶ argumenta que a soberania dos Estados em controlar as suas fronteiras muitas vezes entra em conflito com os princípios de direitos humanos, sugerindo que uma reinterpretação das constituições nacionais e dos tratados internacionais poderia ampliar a proteção dos direitos dos migrantes, integrando a imigração como um direito mais robusto. O pensamento da constitucionalista é importante para a presente reflexão. Na base do seu quadro teórico está a defesa da imigração e da integração dos imigrantes como fator determinante para a legitimação das democracias modernas. Rubio-Marín destaca que as democracias modernas enfrentam o desafio de garantir que todos os residentes, incluindo os imigrantes, tenham direitos plenos e oportunidades de participação. Ela defende que a cidadania deve ser vista como um meio de inclusão social e política, e não apenas como um status legal, donde, os sistemas jurídicos devem facilitar o acesso dos imigrantes à cidadania, reconhecendo sua

²⁶ Rubio-Marín, R. (2000). *Immigration as a Democratic Challenge: Citizenship and Inclusion in Germany and the United States*. Cambridge University Press.

contribuição para a sociedade e garantindo-lhes direitos equivalentes aos dos cidadãos nativos. Trata-se de uma interpretação progressista que pavimenta o caminho para a consagração do direito à migração como um direito fundamental. Para fundamentar o seu argumento, a autora consagra dois pilares essenciais: o princípio da igualdade e o princípio da não-discriminação; de resto, dois princípios estruturantes do direito internacional que encontramos vertidos no constitucionalismo português (art.º 13.º, CRP). Rubio-Marín critica políticas de imigração que criam hierarquias de direitos com base na nacionalidade e defende a necessidade de um tratamento igualitário e não-discriminatório para todos os residentes, garantindo que os imigrantes tenham acesso igual a serviços públicos, emprego, educação e outras áreas essenciais para a integração social. De modo sistemático, pode-se afirmar que Rubio-Marín argumenta que a imigração coloca um desafio democrático significativo, que só pode ser respondido através de uma abordagem inclusiva que veja a cidadania não como um privilégio exclusivo, mas como um meio de integração e participação plena. A autora sugere que as democracias contemporâneas devem reformar suas leis e políticas para garantir a igualdade e a não discriminação, facilitando a inclusão dos imigrantes e fortalecendo a democracia.

Obra igualmente importante para a reflexão é a de Castles e Miller²⁷, os quais argumentam que a migração internacional é uma característica definidora do mundo moderno, influenciada por fatores económicos, sociais, políticos e ambientais, e que se viu intensificada pela globalização, criando redes complexas de migração que afetam praticamente todas as regiões do mundo. A reflexão é feita a partir de fatores: fatores “push”, i.e., que impele as pessoas a saírem de seus países de origem, como conflitos, perseguições, pobreza, falta de oportunidades e desastres ambientais, e fatores “pull”, ou seja, que atraem as pessoas para os países de destino, como sejam oportunidades económicas, estabilidade política, segurança e redes sociais já estabelecidas nos países de destino. Reconhecendo que as dinâmicas migratórias podem conduzir a políticas restritivas como resposta a preocupações laborais, económicas e de segurança, Castles e Miller defendem, no entanto, que políticas mais inclusivas e baseadas em direitos podem levar a melhores resultados tanto para os migrantes quanto para as sociedades de acolhimento. Eles sugerem que políticas que promovam a integração e os direitos dos migrantes são essenciais para aproveitar os benefícios da migração.

Peter H. Schuck²⁸, explora a interseção entre imigração, justiça racial e políticas públicas, argumentando que as políticas de imigração devem promover a inclusão social e a igualdade racial, abordando a discriminação enfrentada pe-

²⁷ Castles, S., & Miller, M. J. (2009). *The Age of Migration: International Population Movements in the Modern World*. Palgrave Macmillan.

²⁸ Schuck, P. H. (2008). *Law and the Struggle for Racial Justice*. Harvard University Press.

los imigrantes nos países de acolhimento. Ele defende que as leis de imigração devem ser desenhadas para evitar a perpetuação de desigualdades e para criar oportunidades iguais para todos os residentes, independentemente da sua origem. Para Schuck, um equilíbrio deve ser alcançado entre os direitos dos imigrantes e as necessidades de segurança nacional, evitando políticas restritivas e discriminatórias que possam minar a coesão social. Michael Walzer²⁹, não segue um caminho distinto, destacando que as comunidades políticas têm o direito de controlar a composição dos seus membros para proteger a coesão social e cultural, enfatizando, contudo, que essa regulação deve ser realizada de maneira justa e ética, respeitando os direitos dos indivíduos que desejam se tornar membros da comunidade, através de políticas inclusivas que respeitem os direitos humanos e promovam a igualdade.

Ambos os autores concordam que a imigração deve ser gerida de forma que respeite os direitos humanos dos imigrantes. Enquanto Schuck enfatiza a necessidade de combater a discriminação racial e promover a inclusão social através de políticas que proporcionem oportunidades iguais, alertando contra as políticas restritivas que podem exacerbar as desigualdades e prejudicar a justiça racial, Walzer, por outro lado, oferece uma perspetiva pluralista, defendendo que a imigração deve ser regulada de maneira que equilibre a proteção da comunidade política com a promoção da justiça e da igualdade. Ele acredita que uma sociedade justa deve encontrar maneiras de integrar os imigrantes sem sacrificar os seus próprios valores fundamentais.

Pode, então, a migração ser um direito fundamental?

Seria inviável terminar o artigo sem extrair conclusões concretas, dada a natureza jurídica da publicação que o mesmo integra. A legislação, tanto externa quanto interna, parece privilegiar uma orientação maximalista no sentido de garantir a maior proteção dos direitos migratórios à luz do primado axial da dignidade humana. A jurisprudência e a doutrina parecem orientar-se nesse sentido, considerando o fundamento de que cabe ao direito a proteção dos sujeitos mais vulneráveis perante o poder político. O realismo político, diversamente, responde aos factos sociais e políticos, de que a polarização em torno da imigração adquire especial relevo. Como mostra Mounk³⁰, em 2016 setenta e um por cento dos dinamarqueses, sessenta e sete por cento dos húngaros e cinquenta e sete por cento dos alemães escolheram a imigração como a questão política mais premente.

²⁹ Walzer, M. (1983). *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*. Basic Books.

³⁰ Mounk, *povo vs democracia*, p. 169-170.

O tema dos migrantes não pode, portanto, ser abordado de uma ótica estritamente jurídico-filosófica. Tal facto levanta questões de natureza prática, como a de saber se a adoção do direito de migração como direito fundamental pode colocar em causa a segurança interna dos Estados. *A contrario sensu* convoca a dúvida de saber se, perante crises humanitárias crescentes, este direito não responde de forma positiva à garantia da dignidade humana que pretende orientar o direito internacional. Há, portanto, uma dimensão de *proporcionalidade* própria dos direitos fundamentais que precisa ser observada. No caso da migração, isso significa equilibrar o direito dos indivíduos à livre circulação e procura de asilo com os interesses legítimos dos Estados em manter a segurança e a ordem pública. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) frequentemente aborda esse equilíbrio. No caso *Hirsi Jamaa e Outros v. Itália*, o TEDH sublinhou a obrigação dos Estados de respeitar os direitos dos migrantes, mesmo ao exercerem controlo sobre suas fronteiras.

Há, entende-se, uma colisão entre o direito do Estado às suas fronteiras, bem como o dever do Estado a salvaguardar a integridade e a paz social, face ao direito humanitário de deslocação. Evidentemente que os casos de crises humanitárias já detêm uma natural excepcionalidade. Mas sabemos que mesmo essa excepcionalidade não é irrestrita. A convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951) e o Protocolo de 1967 estipulam que os Estados Contratantes concederão aos refugiados o direito de escolher o seu lugar de residência e de circular livremente, sob reserva de quaisquer regulamentos aplicáveis à movimentação de estrangeiros em geral nas mesmas circunstâncias. A jurisprudência internacional fornece diretrizes importantes. Além do caso *Hirsi Jamaa*, a decisão do TJUE no caso *Zambrano* reconhece que os Estados-Membros da UE não podem adotar medidas que privem os cidadãos da UE do gozo efetivo dos seus direitos. Estas decisões refletem uma tendência na jurisprudência de reconhecer a importância dos direitos de movimento, mesmo em face de considerações de soberania nacional. O direito internacional tem avançado na proteção dos direitos dos migrantes, especialmente em contextos de crises humanitárias. O Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular, adotado pela ONU em 2018, visa fortalecer a cooperação internacional para gerir a migração de forma segura e respeitosa aos direitos humanos. Este pacto, embora não vinculativo, representa um compromisso internacional significativo para melhorar a política migratória e garantir a proteção dos migrantes.

Assim, a elevação do direito à migração ao *status* de direito fundamental carece (i) do reconhecimento de que dignidade humana é um princípio axial no direito internacional e constitucional. A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e outros instrumentos internacionais reconhecem que a dignidade é inerente a todos os seres humanos. Onde, o direito de migrar, entendido como a liberdade de deixar qualquer país e procurar melhores condições de vida, é uma extensão lógica do

direito à dignidade; (ii) de distar direito à migração de direito de asilo, já previsto no direito internacional, através de instrumentos como a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951) e do seu Protocolo de 1967; (iii) de reconhecer a centralidade do princípio da proporcionalidade, o qual exige que qualquer restrição aos direitos fundamentais seja necessária, adequada e proporcional ao objetivo legítimo perseguido. Na questão da migração, isso significa equilibrar o direito dos indivíduos à liberdade de movimento com os interesses legítimos dos Estados em manter a segurança e a ordem pública. Portanto, a elevação da migração ao *status* de direito fundamental é sustentada por uma robusta base jurídica e filosófica. A dignidade humana, a proteção dos vulneráveis, o princípio de proporcionalidade, os compromissos internacionais e a justiça global são argumentos poderosos que apoiam essa elevação. Embora a implementação desse princípio enfrente desafios significativos, a tendência global de fortalecer os direitos dos migrantes e promover políticas mais inclusivas indica um reconhecimento crescente da importância da migração no contexto dos direitos humanos.

Conclusões

O enquadramento jurídico e filosófico da migração como um direito fundamental enfrenta desafios significativos, tanto em termos de implementação prática quanto de aceitação política. No entanto, a crescente codificação dos direitos dos migrantes em tratados internacionais, jurisprudência e doutrina indica uma tendência global em direção ao reconhecimento da migração como um direito fundamental. Essa tendência é apoiada no princípio axial da dignidade humana e na necessidade de proteção dos mais vulneráveis. A adoção de tais medidas em contexto de polarização julga-se de maior dificuldade. Se a partir de uma ótica minoritarista é possível enquadrar o direito à migração como fundamental, haja visto o enfoque contrahegemónico que essa tipologia de democracia representa, a verdade é que num quadro maioritarista, fortemente crescente no Ocidente, o enfoque nativista é contrário à ideia de cidadania global e supressão de fronteiras.

A dignidade humana, a proteção dos vulneráveis, o princípio de proporcionalidade, os compromissos internacionais e a justiça global são argumentos poderosos que apoiam essa elevação.

No entanto, embora os compromissos internacionais sejam promissores, não possuem força vinculativa suficiente para garantir a implementação uniforme dos princípios propostos. A gestão dos fluxos migratórios ainda é vista predominantemente sob a ótica da soberania nacional, e as políticas restritivas refletem as ansiedades sociais e económicas prevalentes.

Portanto, enquanto a migração possui características que poderiam elevá-la ao *status* de direito fundamental, a sua implementação como tal é politicamente e socialmente inviável no cenário atual. O desafio reside em encontrar um equi-

líbrio entre a necessidade de segurança dos Estados e a proteção dos direitos humanos dos migrantes, promovendo políticas inclusivas e justas que possam, gradualmente, aproximar-nos desse ideal.