

NU 676819  
721/11CACDL6/XIV  
20/08/2021



ORDEM DOS ADVOGADOS

CONSELHO GERAL

### Parecer da Ordem dos Advogados

1. Assembleia da República através da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias solicitou à Ordem dos Advogados a emissão de parecer sobre Projeto de Lei n.º 814/XIV/2ª, apresentado pela deputada Joacine Katar Moreira, o qual visa a revogação da alínea f) do artigo 202º do Código de Processo Penal, quanto à possibilidade de aplicação da medida de coação de prisão preventiva de indivíduos que tiverem penetrado ou permaneçam irregularmente em território nacional ou contra a qual estiver em curso processo de extradição ou expulsão.

2. Da exposição de motivos consta o seguinte:

*“O artigo 202º do Código de Processo Penal, de epígrafe “prisão preventiva”, consagra a medida de coação mais gravosa, porque fortemente limitadora da liberdade individual do arguido, que se desdobra em variadas obrigações. (...)*

*A aplicação desta medida de coação depende de um juízo de inadequação ou insuficiência das demais medidas de coação, previstas na lei processual penal. Concretamente, na sua alínea f), o artigo 202º do Código de Processo Penal estatui que o juiz tem competência para, após proceder a este juízo de inadequação e insuficiência das demais medidas de coação, impor ao arguido a prisão preventiva quando “se tratar de pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional, ou contra a qual estiver em curso processo de extradição ou de expulsão”. (...)*

*Segundo o preceito constitucional contido no artigo 27º, “Todos têm direito à liberdade e à segurança” e “Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de ato punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança”, excetuando-se deste princípio, nomeadamente, a “Prisão, detenção ou outra medida coativa sujeita a controlo judicial, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão” (cfr. alínea c) do número 3 do artigo 27º).(...)*



*A opção legislativa no sentido de revogar a alínea f) do artigo 202.º do Código de Processo Penal deve ser ponderada de duas perspectivas.*

*Em primeiro lugar, quanto à possibilidade de decretar a medida de coação de prisão preventiva no âmbito de um processo de expulsão (...) há uma desconformidade entre a disposição contida na alínea f) do artigo 202º do Código de Processo Penal e a Lei nº23/2007, de 4 de julho, na sua redação atual, concretamente no seu artigo 142º. (...)*

*Na supracitada norma verifica-se, portanto, a inequívoca intenção do legislador de vedar a aplicação da medida de coação de prisão preventiva no âmbito de processo de expulsão. Isto porque, nesse contexto, o estrangeiro não é arguido num processo penal, visto não lhe ser imputado qualquer crime - a única infração que cometeu será permanecer irregularmente no nosso país, conduta que não consubstancia infração criminal<sup>1</sup>, - pelo que entendeu o legislador que não se justifica a aplicação desta medida de coação. Assim, e porque esta medida de coação foi pensada para ser aplicada no âmbito do processo penal e subjacente à mesma está a prática de um crime, inexistente neste caso, seria manifestamente desproporcional e inadequado permitir a decretação de prisão preventiva a determinado cidadão, no âmbito de processo de expulsão. Tal sujeição constituiria uma restrição excessiva à liberdade individual do estrangeiro, violando, portanto, os princípios da legalidade, necessidade, adequação, proporcionalidade e subsidiariedade (cfr. artigos 191º e 193º do Código de Processo Penal e 18º, nº 2 e 28º da Constituição da República Portuguesa).*

*A lei permite, todavia, que o indivíduo permaneça detido, por período limitado de tempo, em centro de instalação temporária, enquanto decorrer o processo de expulsão do território nacional. Neste contexto, é imperativo que se promova a salvaguarda dos direitos humanos dos cidadãos e das cidadãs estrangeiras, a sua dignidade e a sua integridade física, psicológica e moral. A detenção de cidadão estrangeiro que se encontre em situação irregular no território nacional é regulada pelo preceito do artigo 146º da Lei n.º23/2007, de 4 de julho. Segundo esta norma, “O cidadão estrangeiro que entre ou permaneça ilegalmente em território nacional é detido por autoridade*



*policial e, sempre que possível, entregue ao SEF acompanhado do respectivo auto, devendo o mesmo ser presente, no prazo máximo de quarenta e oito horas após a detenção, ao juiz do juízo de pequena instância criminal, na respectiva área de jurisdição, ou do tribunal de comarca, nas restantes áreas do País, para a sua validação e eventual aplicação de medidas de coacção”. Esta detenção “não pode prolongar-se por mais tempo do que o necessário para permitir a execução da decisão de expulsão, sem que possa exceder 60 dias” (cfr. n.º3 do artigo 146º da supracitada lei).*

*Igualmente, a Directiva 2008/115/CE<sup>2</sup> do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de Dezembro de 2008 relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular determina que “O recurso à detenção para efeitos de afastamento deverá ser limitado e sujeito ao princípio da proporcionalidade no que respeita aos meios utilizados e aos objectivos perseguidos.*

*A detenção só se justifica para preparar o regresso ou para o processo de afastamento e se não for suficiente a aplicação de medidas coercivas menos severas”. Por outro lado, “Os nacionais de países terceiros detidos deverão ser tratados de forma humana e digna, no respeito pelos seus direitos fundamentais e nos termos do direito internacional e do direito nacional. Sem prejuízo da detenção inicial pelas entidades competentes para a aplicação da lei, que se rege pelo direito nacional, a detenção deverá, por norma, ser executada em centros de detenção especializado”.*

*Em segundo lugar, a alínea f) do artigo 202º do Código de Processo Penal autoriza a aplicação da medida de coacção de prisão preventiva ao arguido que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional, se as demais medidas de coacção previstas na lei processual penal forem consideradas insuficientes ou inadequadas no caso concreto e se esta medida se afigure como necessária e adequada às exigências cautelares que o caso requer e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas. Contudo, cumpre explicitar que a aplicação desta medida de coacção a pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional, com fundamento na alínea f) do preceito em causa, não*



*está dependente do limite máximo da pena aplicável ao crime imputado ao arguido, contrariamente às demais alíneas que exigem uma pena de prisão superior a três ou mesmo a cinco anos. Assim, e “no que concerne a estrangeiro que tenha entrado ou permaneça irregularmente em território nacional, ou contra o qual corra processo de extradição ou de expulsão, não exige a lei que o crime que lhe é imputado seja punível com determinada pena, [podendo] aquela medida de coacção ser decretada para qualquer crime punível com pena de prisão, dependendo apenas do juízo de necessidade, adequação e proporcionalidade a fazer no caso concreto, bem como do juízo de inadequação e insuficiência das demais medidas de coacção, nos termos dos arts. 193.º e 202.º, n.º 1, do CPP, para além, obviamente, de estar indiciado algum dos perigos previstos no art. 204.º, do mesmo Código.<sup>3</sup>”*

*A decisão legislativa de eliminar a cláusula contida na alínea f) não eliminaria a possibilidade de aplicação da medida de coacção de prisão preventiva a pessoa que tiver cometido determinada infração criminal e que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional. Pelo contrário, esta medida de coacção poderá ser decretada caso se verifique qualquer um dos requisitos gerais alternativos constantes do **artigo 204º do Código de Processo Penal**, i.e., fuga ou perigo de fuga; perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; ou perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a actividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas e caso seja possível subsumir o caso concreto a uma das cláusulas autónomas contidas nas alíneas a) a e) do artigo 202º do Código de Processo Penal, se se concluir que serão inadequadas ou insuficientes as demais medidas de coacção, menos gravosas, e observando-se, na situação em apreço, um juízo de necessidade, adequação e proporcionalidade (cfr. artigos 191º e 193º do Código de Processo Penal e 18º, nº 2 e 28º da Constituição da República Portuguesa).*

*Através desta alteração legislativa, visa-se preservar o conteúdo útil do **princípio da igualdade** (cfr. artigo 13º da Constituição da República Portuguesa), garantindo um tratamento de paridade*



*entre cidadãos e cidadãos nacionais e cidadãos e cidadãos estrangeiros, detentores de um direito constitucionalmente consagrado à liberdade e segurança, direito este que apenas pode ser restringido na medida do absolutamente necessário e indispensável para a concretização do interesse público a uma justiça penal efetiva e eficiente.*

3. Nessa sequência o projeto-lei em apreciação pretende a eliminação da atual redação da alínea f) do artigo 202º do Código de Processo Penal, passando a constar da mesma a seguinte redação “revogado”.

4. É nosso entendimento que tal proposta não faz sentido, pois pese embora as considerações tecidas pela Senhora Deputada, invocando a opinião de Ilustres Professores de Direito Processual Penal, quanto aos fundamentos e pressupostos da aplicação da medida de coação de prisão preventiva, com a qual concordamos, embora aplicada de forma descontextualizada.

5. Havendo até alguma contradição nos seus argumentos, não sendo necessária qualquer alteração legislativa nos termos propostos, para preservar o conteúdo útil do princípio da igualdade consagrado no artigo 13º da Constituição da República Portuguesa, o qual não é posto em causa pela alínea f) do artigo 202º do Código de Processo Penal, havendo igualdade de tratamento entre cidadãos nacionais e estrangeiros, no que respeita à aplicação da medida de coação de prisão preventiva.

6. Não se perdendo sequer o espírito do artigo 27º nº 3 alínea c) da Constituição da República Portuguesa, uma vez que nele se prevê expressamente uma exceção ao princípio da não privação da liberdade, pelo tempo e condições que a lei determinar, de pessoa que tenha penetrado ou permaneça irregularmente no território nacional ou contra a qual esteja em curso processo de extradição ou de expulsão.



7. Não somos do entendimento de que existe uma desconformidade entre a Lei nº 23/2007 de 4 de julho, nomeadamente do seu artigo 142º e o artigo 202º alínea f) do Código de Processo Penal.

8. Na verdade, de acordo com o princípio da legalidade e ou da tipicidade das medidas de coação e de garantia patrimonial, previsto no artigo 191º nº 1 do C. Processo Penal, a liberdade das pessoas só pode ser limitada, total ou parcialmente, em função de exigências processuais de natureza cautelar, pelas medidas de coação e de garantia patrimonial previstas na lei ( no C. Processo Penal ou em lei especial) e, de acordo com o artigo 192º do mesmo código a aplicação de tais medidas depende da prévia constituição de arguido nos termos do artigo 58º, da pessoa que delas for objeto.

9. Tornando-se, por isso necessário que se verifiquem os pressupostos gerais de aplicação de tais medidas: existência de processo criminal já instaurado; constituição prévia como arguido da pessoa a ser submetida à medida; inexistência de fundados motivos para crer na verificação de causas de isenção da responsabilidade criminal ou de extinção do procedimento criminal.

10. A estes pressupostos, comuns a todas as medidas de coação, acrescem os requisitos específicos de cada uma dessas medidas, devendo sempre respeitar-se os princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade, nos termos do artigo 193º do C. Processo Penal.

11. Nos termos do nº 2 desse artigo a prisão preventiva apenas pode ser aplicada quando se revelarem inadequadas ou insuficientes as outras medidas de coação, pelo que aplicação desta medida de coação a pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional, ou contra quem estiver em curso processo de extradição ou de expulsão, nos termos da alínea f) do artigo 202º, só pode ser aplicada nessas circunstâncias, como última ratio, e desde que verificados os pressupostos gerais supra enunciados.



12. E, ainda os requisitos previstos no artigo 204º, os quais não são cumulativos, mas antes alternativos, tal como os requisitos especiais enunciados nas diversas alíneas do nº 1 do artigo 202, todos do C. Processo Penal.

13. A regra geral é a da aplicabilidade da prisão preventiva quando se trate de crime doloso punível com pena de prisão superior a 5 anos - alínea a) do nº 1 do artigo 202º, funcionando as restantes alíneas como ampliação desta regra, não bastando a imputação do crime, sendo necessário que existam fortes indícios da prática do mesmo.

14. Significa, em face do exposto, que aplicação da medida de coação da prisão preventiva a pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional, ou contra quem estiver em curso processo de extradição ou de expulsão, terá sempre de ter em conta todos estes critérios, as exigências e os requisitos a que aludem os artigos 198º a 204º, todos do Código de Processo Penal, e os subjacentes princípios, a saber, legalidade, necessidade, adequação, proporcionalidade e subsidiariedade (artigos 191º e 193º, ambos do Código de Processo Penal e 18º, nº 2 e 28º, estes da Constituição da República Portuguesa).

15. O cidadão estrangeiro que permaneça ilegalmente em território nacional está sujeito a expulsão e às consequentes medidas coactivas que no essencial, tal qual as medidas previstas no Código Processo Penal, visam garantir que o cidadão ilegal não se exima ao controlo das autoridades.

16. Basta que o cidadão permaneça ilegalmente no país para que os tribunais comuns tomem as medidas preventivas necessárias à manutenção da sua disponibilidade perante as autoridades administrativas, intervindo os tribunais comuns como garante das liberdades e porque as medidas decretadas podem contender com esse espaço de liberdade. Por isso e dado o seu carácter absolutamente excecional a medida está consagrada no texto constitucional no art.º 27º nº 3, alíneas b) e c).



17. Entendemos, por isso, não haver qualquer conflito da norma da alínea f) do artigo 202º do Código de Processo Penal com a Lei nº 23/2007, de 4 de julho ou com o artigo 13º da Constituição da República Portuguesa.

18. Emitindo, por isso, em face do exposto, a Ordem dos Advogados parecer desfavorável ao Projeto de Lei N.º 814/XIV/2.ª, apresentado pela senhora deputada Joacine Katar Moreira.

É este, s.m.o., o nosso parecer.

Lisboa, 17 de maio de 2021

Margarida Simões

Vogal do Conselho Geral da Ordem dos Advogados