



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

Exmo. Senhor
 Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais,
 Direitos, Liberdades e Garantias
 Dr. Luís Marques Guedes
 Email: 1CACDLG@ar.parlamento.pt

V/ Referência:	V/ Data:	N/ Referência:	Ofício n.º	Data:
406/1.º-CACDLG/2021	05-05-2021	2021/GAVPM/1511	2021/OFC/03233	28-05-2021

ASSUNTO: **Projeto de Lei n.º 814/XIV/2.º (Ninsc JKM) - NU: 675725**

No seguimento do ofício identificado em epigrafe, remete-se a V. Exa., em conformidade com o solicitado, parecer sobre a iniciativa legislativa supra identificada.

Com os melhores cumprimentos,



**Afonso Henrique
 Cabral Ferreira**
 Chefe de Gabinete

Assinado de forma digital por Afonso
 Henrique Cabral Ferreira
 b8ed20c8eabb5d9a1b638ee181cfeed7b598f0
 Dados: 2021.05.28 14.52.43

N.º: 678346
 R4 759/1º CACDLG
 28/05/21



ASSUN
TO:

Projeto de Lei n.º 814/XIV/2ª (Joaquim Katar Moreira - Ninsc) – “Revoga a 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”.

Proc. 2021/GAVPM/1511

24-05-2021

PARECER

**

1. Enquadramento

1.1. A Assembleia da República, através da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias, solicitou ao Conselho Superior da Magistratura a emissão de parecer em relação ao Projeto de Lei acima melhor identificado.

1.2. A iniciativa legislativa em apreciação visa revogar a 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.*

1.3. Nos termos do artigo 155.º, alínea b), da Lei n.º 62/2013, de 26 de agosto, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 40-A/2016, de 22 de dezembro, cabe ao Conselho Superior da Magistratura emitir parecer sobre diplomas legais relativos à organização judiciária e ao Estatuto dos Magistrados Judiciais e, em geral, sobre matérias relativas à administração da justiça.

2. Análise formal

2.1. Para fundamentar a medida proposta lê-se na Exposição de Motivos o seguinte: «(...) *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 e como nota Paulo PINTO DE ALBUQUERQUE, 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 [artigo 142.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho] 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, - 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,

devido 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 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.”

Refere-se mais adiante que “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 coação 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 coação, 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).

Conclui a Autora do projeto que através da alteração legislativa proposta se visa *preservar o conteúdo útil do princípio da igualdade (cfr. artigo 13º da Constituição da República Portuguesa), garantindo um tratamento de paridade entre cidadãs e cidadãos nacionais e cidadãs 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. Apreciação

3.1. Com o enquadramento motivador acima descrito, é proposta a eliminação da alínea f) do n.º 1 do art.º 202.º do Código de Processo Penal¹, epigrafiado “Prisão preventiva”.

3.1.1. Dispõe a atual redação do referido normativo que:

«Artigo 202.º

Prisão preventiva

1 - Se considerar inadequadas ou insuficientes, no caso, as medidas referidas nos artigos anteriores, o juiz pode impor ao **arguido** a prisão preventiva quando:

a) Houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a 5 anos;

b) Houver fortes indícios de prática de crime doloso que corresponda a criminalidade violenta;

¹ Diploma a que doravante se referem todas as normas sem menção de fonte.

c) Houver fortes indícios de prática de crime doloso de terrorismo ou que corresponda a criminalidade altamente organizada punível com pena de prisão de máximo superior a 3 anos;

d) Houver fortes indícios de prática de crime doloso de ofensa à integridade física qualificada, furto qualificado, dano qualificado, burla informática e nas comunicações, receptação, falsificação ou contrafacção de documento, atentado à segurança de transporte rodoviário, puníveis com pena de prisão de máximo superior a 3 anos;

e) Houver fortes indícios da prática de crime doloso de detenção de arma proibida, detenção de armas e outros dispositivos, produtos ou substâncias em locais proibidos ou crime cometido com arma, nos termos do regime jurídico das armas e suas munições, puníveis com pena de prisão de máximo superior a 3 anos;

f) 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.

2 – [...]» (negritos nossos).

Este preceito legal sofreu alterações com a Lei n.º 48/2007, de 29-08, que procedeu à 15.ª alteração e republicou o Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17-02, e com a Lei n.º 26/10, de 29-10, que embora introduzindo algumas modificações substanciais na norma, mantiveram intacta a redação da atual alínea f)².

² Prescrevia o art.º 202.º, sob a epígrafe “prisão preventiva”, na redação conferida pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17-02, o seguinte:

«Artigo 202.º

[...]

1 - Se considerar inadequadas ou insuficientes, no caso, as medidas referidas nos artigos anteriores, o juiz pode impor ao arguido a prisão preventiva quando:

a) Houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a três anos; ou

b) 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.

[...]».

Com as alterações operadas pela Lei n.º 48/2007, de 29-08, retificada pela Declaração de Retificação n.º 105/2007, de 9-11, tal normativo passou a estatuir que:

«Artigo 202.º

[...]

1 - Se considerar inadequadas ou insuficientes, no caso, as medidas referidas nos artigos anteriores, o juiz pode impor ao arguido a prisão preventiva quando:

a) Houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a 5 anos;

b) Houver fortes indícios de prática de crime doloso de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada punível com pena de prisão de máximo superior a 3 anos; ou

c) 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.

[...]»

3.1.2. Por sua vez, estatui a Lei n.º 23/2007, de 04 de julho, que aprovou o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional, no seu art.º 142.º, o seguinte:

«Artigo 142.º

Medidas de coacção

1 - No âmbito de **processos de expulsão**, para além das medidas de coacção enumeradas no Código de Processo Penal, **com exceção da prisão preventiva**, o juiz pode, havendo perigo de fuga, ainda determinar as seguintes:

- a) Apresentação periódica no SEF;
- b) Obrigação de permanência na habitação com utilização de meios de vigilância eletrónica, nos termos da lei;
- c) Colocação do expulsando em centro de instalação temporária ou em espaço equiparado, nos termos da lei.

2 - São competentes para aplicação de medidas de coacção os juízos de pequena instância criminal ou os tribunais de comarca do local onde for encontrado o cidadão estrangeiro».

Faz-se notar que à luz do regime consagrado pelo Decreto Lei n.º 244/98, de 08 de agosto³, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 34/2003, de 25 de fevereiro, era possível a aplicação da medida de prisão preventiva aos estrangeiros que se encontrassem em

Por seu turno, a Lei n.º 26/2010, de 30 de agosto, introduziu as seguintes alterações:
Artigo 202.º

[...]

1 - ...

a) ...

b) Houver fortes indícios de prática de crime doloso que corresponda a criminalidade violenta;

c) Houver fortes indícios de prática de crime doloso de terrorismo ou que corresponda a criminalidade altamente organizada punível com pena de prisão de máximo superior a 3 anos;

d) Houver fortes indícios de prática de crime doloso de ofensa à integridade física qualificada, furto qualificado, dano qualificado, burla informática e nas comunicações, receptação, falsificação ou contrafacção de documento, atentado à segurança de transporte rodoviário, puníveis com pena de prisão de máximo superior a 3 anos;

e) Houver fortes indícios da prática de crime doloso de detenção de arma proibida, detenção de armas e outros dispositivos, produtos ou substâncias em locais proibidos ou crime cometido com arma, nos termos do regime jurídico das armas e suas munições, puníveis com pena de prisão de máximo superior a 3 anos;

f) [Anterior alínea c).]

2 - [...].»

³ Revogado na íntegra pela mencionada Lei n.º 23/2007, de 04 de julho.

situação de ilegalidade, independentemente da prática de crime⁴⁵. Tal regime, como se viu, veio, no entanto, a ser alterado pela Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, que exclui expressamente a aplicação da medida cautelar de prisão preventiva no âmbito de processos de expulsão regulados nesse diploma.

3.2. O Conselho Superior da Magistratura, enquanto órgão de gestão e disciplina da magistratura judicial, e atento o princípio constitucional da separação de poderes, tem vindo a abster-se de tomar posição sobre questões que se prendam com opções de cariz eminentemente político, que extravasam as atribuições do poder judicial e incumbem exclusivamente ao poder legislativo.

Assim, não tomando qualquer posição sobre matérias que constituem uma opção de política legislativa de cariz eminentemente político, apenas se tecem considerações ponderadas à luz do ordenamento jurídico-legal e constitucional em vigor, devendo, pois, ser perçecionadas como tal.

3.3. Apoiando-se numa anotação do Professor Paulo Pinto de Albuquerque⁶, em que este Autor defende a existência de um lapso do legislador a ser corrigido por via de uma *interpretação abrogante* do art.º 202.º, n.º 1, al. c) [atual al. f)], na medida em que este normativo

⁴ Cfr. art.º 117.º, o qual, sob a epígrafe “Detenção de cidadão ilegal”, prescrevia o seguinte:

«[...]»

1 - O estrangeiro que entre ou permaneça ilegalmente em território nacional é detido por autoridade policial e, sempre que possível, entregue ao Serviço de Estrangeiros e Fronteiras acompanhado do respectivo auto, devendo o mesmo ser presente, no prazo máximo de quarenta e oito horas após a detenção, ao juiz competente para a sua validação e a aplicação de medidas de coacção.

2 - Se for determinada a prisão preventiva pelo juiz, este dará conhecimento do facto ao Serviço de Estrangeiros e Fronteiras para que promova o competente processo visando o afastamento do estrangeiro do território nacional.

3 - A prisão preventiva prevista no número anterior não poderá prolongar-se por mais tempo do que o necessário para permitir a execução da decisão de expulsão, sem que possa exceder 60 dias.

4 - Se não for determinada a prisão preventiva, é igualmente feita a comunicação ao Serviço de Estrangeiros e Fronteiras para os fins indicados no n.º 2, notificando-se o estrangeiro de que deve comparecer no respectivo Serviço.

5 - [...]»

6 - [...]»

7 - [...]»

8 - [...]».

⁵ Ver, com interesse, acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21.06.2007, processo n.º 5373/07-9, www.dgsi.pt.

⁶ *Comentário do Código de Processo*, 3.ª edição atualizada, Universidade Católica Editora, p. 573. Escreveu o referido Autor, em anotação ao art.º 202.º, que: «...Não obstante o artigo 202.º, n.º 1, al.ª c), do CPP, na versão da Lei 48/2007, continua a prever a prisão preventiva para a pessoa contra quem estiver em curso “processo de expulsão”, o que se deve a lapso manifesto do legislador, que não pode ter querido em Agosto repor a prisão preventiva de expulsando acabada de revogar em Julho pela Lei n.º 23/2007 (...). O lapso só pode ser corrigido por via de uma interpretação abrogante do art. 202.º, n.º 1, al.ª c), enquanto a lei não for revista».

continua a prever a prisão preventiva para pessoa contra quem estiver em curso “processo de expulsão” ao mesmo tempo que a Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, a proíbe, entende a Autora do presente projeto que existe uma desconformidade entre a disposição contida na al. f) do n.º 1 do art.º 202.º e a inserta no art.º 142.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho.

Numa primeira abordagem, poderíamos, efetivamente, ser tentados a concluir pela existência de uma incongruência entre o preceituado no Código de Processo Penal, que admite a aplicação da prisão preventiva nos casos em que o juiz considere inadequadas ou insuficientes as medidas de coação menos gravosas, a pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional, ou contra a qual estiver em curso processo de expulsão, e o disposto no art.º 142.º, n.º 1, da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, que veda expressamente a aplicação dessa medida cautelar no âmbito do processo de expulsão a pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional.

Todavia, salvo o devido respeito por entendimento diverso, parece-nos não ser essa a melhor interpretação, desde logo porque o âmbito de aplicação das normas, como é reconhecido na própria exposição de motivos, não é o mesmo: a norma prevista no Código de Processo Penal é aplicável aos casos em que o cidadão estrangeiro tenha penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional, ou contra a qual esteja em curso processo de expulsão e tenha sido constituído arguido em processo crime; ao passo que, o preceito contido na Lei n.º 23/2007 aplica-se ao cidadão estrangeiro que tenha penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional, ou contra a qual esteja em curso processo de expulsão, mas que não se encontre comprometido com a prática de qualquer crime.

Ou seja: não basta para aplicar a norma processual penal a que nos referimos a circunstância de o cidadão estar ilegalmente em território nacional ou ter pendente processo de expulsão [ou extradição], necessário é também que se encontre (fortemente) indiciado ou acusado pela prática de um crime.

Tal resulta claro, a nosso ver, não só do facto de a norma estar inserida no Código de Processo Penal, cuja aplicação tem subjacente a prática de crimes, mas também do próprio corpo do n.º 1 do art.º 202.º quando refere “(...) **as medidas referidas nos artigos anteriores**, que, embora menos gravosas, pressupõem, todas elas, indícios da prática de crime⁷, bem como, quando alude à qualidade de «arguido», i. é., aquele contra quem for

⁷ Sendo certo que nos termos do n.º 6 do art.º 192.º “Nenhuma medida de coacção ou de garantia patrimonial é aplicada quando houver fundados motivos para crer na existência de causas de isenção da responsabilidade ou de extinção do procedimento criminal”.

deduzida acusação ou requerida instrução num processo penal ou sobre o qual recaem suspeitas fundadas da prática de crime [cfr. arts 57.º e 58.º, n.º 1, al. a)].

Sobre esta questão, escreveu-se no acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 20-03-2012⁸, que *[e]nquanto a norma do art. 142.º da Lei 23/2007 se aplica apenas “no âmbito de processos de expulsão”, cujo campo de aplicação ela própria delimita [processo de expulsão administrativa (arts 145.º e sgs.) ou processo de expulsão judicial (arts 152.º e sgs.)], o art. 202.º, do CPP tem plena aplicação no âmbito do processo penal. Trata-se, como também aí se referiu, de «processos distintos e autónomos, cada um deles visando um determinado e específico objectivo e regulados autonomamente por diplomas diversos, embora o regime do processo penal possa ser subsidiariamente aplicável (...) em certas matérias».*

Importa fazer notar, como também se assinalou no referido acórdão, que o citado art.º 202.º foi revisto pela Lei n.º 26/10, de 30/08, que, apesar de introduzir alterações no preceito, manteve na íntegra a redacção da atual alínea f), «o que é bem demonstrativo de que o legislador não deixou a referência ao processo de expulsão por lapso, mas sim com plena consciência de que pretendia manter intacta a redacção da mencionada alínea, apesar de já vigorar, há muito tempo, a referida Lei 23/07».

Este entendimento mostra-se, de resto, reforçado pelos esclarecimentos prestados pelo então Ministro da Administração Interna na Reunião Plenária da Assembleia da República, realizada em 02 de outubro de 2008⁹, quando interpelado em relação a uma eventual contradição entre a redacção do artigo 142.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, e a do art.º 202.º, n.º 1, al. c), Código de Processo Penal, defendendo que “a imigração irregular ou a imigração ilegal não é crime (...). [O]s imigrantes irregulares são internados para efeitos de expulsão, mas não são propriamente criminosos. São objecto de medidas cautelares diferentes”. Mais chamou a atenção para o corpo do art.º 202.º que refere que só se pode impor prisão preventiva a um “arguido”. «Ou seja, o artigo 202.º do Código de Processo Penal prevê que só se, pode aplicar a prisão preventiva alguém que tenha entrado irregularmente ou que permaneça irregularmente em território nacional se for arguido pela prática de algum crime».

Vale por dizer que numa situação em que o cidadão estrangeiro tenha entrado ou permaneça irregularmente em território nacional ou que, apesar de ter entrado regularmente, sobrevenham razões ou fundamentos que justifiquem a sua expulsão, mas que não esteja

⁸ www.dgsi.pt, proc. n.º 7876/10.1JFLSB-A.L2-5.

⁹ Cfr. Ata da Reunião Plenária da Assembleia da República, realizada em 02 de outubro de 2008, publicada no Diário da Assembleia da República, I Série, número 8, de 03-10-2008.

indiciado ou acusado pela prática de qualquer crime, o legislador de 2007 entendeu, ao contrário do que sucedia no regime anterior, que não se justificava a aplicação da medida de coação de prisão preventiva.

Efetivamente, conforme se escreveu no aresto acima mencionado, [n]o âmbito [do] processo de expulsão - seja ele administrativo ou judicial - podem ser aplicadas quaisquer medidas de coação de entre as previstas no CPP, excepto a prisão preventiva, tendo esta excepção a ver com o facto de o estrangeiro não ser arguido em processo penal, visto não lhe ser imputado qualquer crime - a única infracção é estar irregularmente no nosso país (...). De facto, na solução adotada, o legislador foi claro na intenção de afastar a aplicação da prisão preventiva a quem, estando nas circunstâncias previstas, não praticou qualquer crime.

Aliás, tal resulta expresso na exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 93/X, que esteve na génese da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, onde se fez constar o seguinte: «No âmbito da expulsão administrativa de imigrantes em situação ilegal e da expulsão judicial de imigrantes em situação legal (sem conexão com procedimentos criminais), elimina-se a possibilidade de aplicação da prisão preventiva, como medida de coação, a pessoas que não praticaram qualquer crime. No entanto, como a efectividade do afastamento de estrangeiros em situação ilegal exige medidas coercivas, privilegia-se a detenção em centros de instalação temporária ou a vigilância electrónica»¹⁰ (negritos nossos).

Já nos casos em que, para além da entrada ou permanência ilegal ou processo de expulsão [ou extradição] em curso, o cidadão estrangeiro está indiciado ou acusado do cometimento de um crime, o legislador consagra, na lei processual penal, a possibilidade de aplicação da medida de coação de prisão preventiva, desde que se verifiquem os requisitos gerais do 204.º e a mesma se revele necessária e adequada às exigências cautelares que o caso requerer e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas¹¹.

Fácil é, portanto, concluir que, sendo o âmbito de aplicação das normas distinto, ambas têm espaço útil de aplicação, o que, em coerência, nos faz discordar da proposta de revogação da mencionada alínea f) do art.º 202.º [a qual, importa notar, também tem

¹⁰ Cfr. Exposição de motivos da Proposta de Lei n.º 93/10, onde se fez constar que: «(...) as medidas de luta contra a imigração ilegal previstas na legislação em vigor são pouco eficientes pois, se a montante é necessário reforçar a componente inspectiva, a jusante é imperioso dotar de eficácia a política de afastamento de estrangeiros em situação ilegal. Quanto a este último aspecto, além da criação de medidas detentivas alternativas à prisão preventiva, é imperioso criar um maior incentivo ao retorno voluntário, que regra geral é mais benéfico para o erário público e para o próprio imigrante em situação ilegal. Por outro lado, é necessário assegurar uma execução eficaz das decisões de expulsão, essencial para a prossecução de uma política de imigração rigorosa, dissuasiva da utilização de canais ilegais de imigração e promotora dos canais legais (...)»

¹¹ Cfr. artigo 193.º, epígrafado “Princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade”.

aplicação aos casos de processos de extradição], quando resulta à evidência a vontade do legislador em não revogar essa norma e de manter a possibilidade de aplicação da prisão preventiva nos casos nelas previstos, independentemente do limite máximo da pena aplicável ao crime imputado ao arguido.

3.4. Questão diversa é a de saber se se impõe a eliminação da citada al. f) do n.º 1 do art.º 202.º para “preservar o conteúdo útil do princípio da igualdade”, na medida em que, como se alerta na exposição de motivos, a prisão preventiva aí contemplada pode ser aplicada aos cidadãos estrangeiros independentemente da verificação de qualquer uma das situações previstas nas alíneas a) a e) do n.º 1, ou seja, para qualquer crime punível com pena de prisão.

Importa, antes de tudo, ter presente que é a própria Constituição da República Portuguesa que, após estatuir que todos têm direito à liberdade e à segurança e que 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 segurança¹², continua a consagrar na alínea c) do n.º 3 do art.º 27.º, como exceção a esse princípio, a possibilidade da aplicação da prisão preventiva a qualquer pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional, ou contra a qual estiver em curso processo de extradição ou de expulsão, normativo este concretizado, como já se viu, através das disposições acima referidas do Código de Processo Penal e da Lei n.º 23/07, de 04-07 [e também, no que respeita ao processo de extradição, na Lei 144/99, de 31-08].

Prescreve o art.º 13.º da Constituição da República Portuguesa, sob a epígrafe “Princípio da igualdade”, que:

“1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”.

Como o Tribunal Constitucional tem afirmado, o princípio da igualdade é um princípio estruturante do Estado de direito democrático e postula que se “dê tratamento igual ao que for essencialmente igual e que se trate diferentemente o que for essencialmente diferente. Na verdade, o princípio da igualdade, entendido como limite objectivo da

¹² Cfr. art.º 27.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição da República Portuguesa.

discrecionariedade legislativa, não veda à lei a adopção de medidas que estabeleçam distinções. Todavia, proíbe a criação de medidas que estabeleçam distinções discriminatórias, isto é, desigualdades de tratamento materialmente não fundadas ou sem qualquer fundamentação razoável, objectiva e racional. O princípio da igualdade, enquanto princípio vinculativo da lei, traduz-se numa ideia geral de proibição do arbítrio (cfr. por todos acórdão n.º 232/2003, publicado no Diário da República, I Série-A, de 17 de Junho de 2003 e nos Acórdãos do Tribunal Constitucional, 56.º Vol., págs. 7 e segs.)¹³».

Ora, tendo presente estas considerações, bem assim, que este dispositivo constitucional deve ser conjugado com os arts 15.º e 33.º da Constituição e com exigências de segurança, fácil é concluir pela conformidade constitucional da norma consagrada na lei processual penal em causa, porquanto o legislador não criou uma diferenciação de situações que são iguais ou idênticas, sem qualquer justificação aceitável ou qualquer razão objetiva.

Na verdade, conforme se refere no aresto do Tribunal da Relação de Lisboa que aqui se seguiu de perto, *«não pode tratar-se de igual forma aquilo que é diferente. O estrangeiro que entrou e permanece irregularmente em Portugal ou aquele que, apesar de ter entrado regularmente, está em vias de ser expulso [o que evidencia um maior perigo de fuga], e que em Portugal cometeu um crime, não está nem pode estar em situação de igualdade relativamente aos cidadãos nacionais, que não podem ser expulsos»*.

Doutra parte, haverá que considerar que não basta a verificação dos requisitos previstos na al. f) do n.º 1 do art.º 202.º para que se legitime a aplicação da prisão preventiva, na medida em que tal medida só pode ser aplicada quando se conforme com os princípios da adequação, da necessidade, da proporcionalidade e da subsidiariedade¹⁴, o que garante que a mesma não é aplicada em situações de diminuta gravidade.

Concluimos, portanto, que a norma vigente respeita o princípio da igualdade tal como ele é definido na Lei Fundamental.

4. Conclusão

O projeto legislativo em causa dá corpo a legítimas opções de política legislativa.

Nas matérias que respeitam à prática judiciária, o Conselho Superior da Magistratura apresenta as observações *supra* exaradas.

De todo o modo, coloca-se à superior consideração de Vossa Excelência a ponderação dos comentários e das sugestões acima expedidos.

¹³ Ac. 437/2006, www.tribunalconstitucional.pt.

¹⁴ Arts. 193.º do Código de Processo Penal, 18.º e 28.º, n.ºs 1 e 2, da Constituição da República Portuguesa.

**Graça Maria
Andrade Paula
Pissarra**
Açurta

Assinado de forma digital por Graça Maria
Andrade Paula Pissarra
8ea7b8c09d0e61a102f5851692d93658a9eb318
Dados: 2021.05.24 16:24:46

