

ORDEM DOS ADVOGADOS

PORTUGAL

BASTONÁRIO

Exmo. Senhor
Dr. Fernando Negrão
Ilustre Presidente da
Comissão de Assuntos Constitucionais,
Direitos, Liberdades e Garantias da
Assembleia da República

V/Ref.Ofício nº626/XII/1ª-CACDLG/2012
N/Ref. Ent. 7398 de 18/04/2012

Assunto: Solicitação de informação sobre a Proposta de Lei nº 50/XII/1ª (GOV)

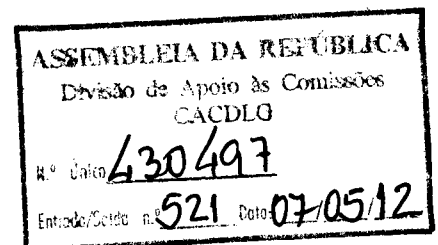
Exmo. Senhor Presidente

Junto envio o parecer da Ordem dos Advogados sobre a Proposta de Lei em assunto, conforme solicitado no ofício de V.Exa. do passado dia 16 de Abril..

Com os melhores cumprimentos *e elevada estima pessoal.*

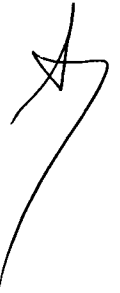
António Marinho e Pinto

António Marinho e Pinto
(Bastonário)



Lx.4/05/12

B154/2012



Parecer da Ordem dos Advogados

(sobre a Proposta de Lei n.º 50/XII que " *Altera a Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, que aprovou o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional* ")

I

Sobre os fundamentos e competência para as decisões de afastamento de cidadãos estrangeiros do território nacional

A Ordem dos Advogados já se pronunciou, na generalidade, sobre o projecto da presente proposta de lei, quando o mesmo lhe foi submetido, pelo Senhor Ministro da Administração Interna. Por isso, o presente parecer incidirá apenas sobre a matéria específica da proposta de lei, relativa ao afastamento de cidadãos estrangeiros do território nacional.

Em matéria de afastamento de cidadãos estrangeiros do território nacional, convém ter presente o que a Constituição dispõe sobre a matéria nos n.ºs 1 e 2 do art. 33º, cujos teores se transcrevem:

- 1. Não é admitida a expulsão de cidadãos portugueses do território nacional.*
- 2. A expulsão de quem tenha entrado ou permaneça regularmente no território nacional, de quem tenha obtido autorização de residência, ou de quem tenha apresentado pedido de asilo não recusado só pode ser determinada por autoridade judicial, assegurando a lei formas expeditas de decisão.*

A referida norma do n.º 2 do art. 33º da Constituição estabelece assim uma reserva de competência jurisdicional para o afastamento de cidadãos estrangeiros do território nacional sejam quais forem os respectivos fundamentos e desde que os mesmos se encontrem numa das seguintes situações:



- tenham entrado ou permaneçam regularmente no território nacional,
- ou tenham obtido autorização de residência;
- ou ainda tenham apresentado pedido de asilo não recusado .

De acordo com o disposto no art. 140º da proposta de lei, o afastamento de cidadãos estrangeiros do território nacional pode resultar ou de **afastamento coercivo** ou de **decisão judicial de expulsão**.

→ O **afastamento coercivo** é determinado por decisão da entidade administrativa competente que, nos termos do n.º 1 do art. 149º da proposta de lei, é o director nacional do SEF.

Esta decisão de "afastamento coercivo" constitui um acto administrativo e pode ser objecto de impugnação judicial perante os tribunais administrativos, conforme se estabelece no art. 150º da proposta de lei, e, nos termos do disposto no art. 145º da proposta de lei, a decisão de **afastamento coercivo** só poderá ter como fundamento a entrada ou a permanência ilegais de cidadão estrangeiro em território nacional.

De acordo com o disposto no n.º 1 do art. 181º da proposta de lei, considera-se ilegal a entrada de cidadãos estrangeiros em território português em violação do disposto nos artigos 6.º, 9.º e 10.º e nos n.ºs 1 e 2 do artigo 32.º e, e em face do estabelecido no n.º 2 do mesmo art. 181º, considera-se ilegal a permanência de cidadãos estrangeiros em território português quando esta não tenha sido autorizada de harmonia com o disposto na presente lei ou na lei reguladora do direito de asilo, bem como quando se tenha verificado a entrada ilegal nos termos do número anterior.

Portanto, o afastamento coercivo é uma decisão da entidade administrativa competente que apenas se pode basear e ter como fundamento as situações de entrada ou permanência ilegais de cidadãos estrangeiros, em território nacional.



→ A **decisão judicial de expulsão**, segundo o estabelecido no n.º 4 do art. 140º da proposta de lei,

- ou reveste a natureza de ***pena acessória de expulsão***;

- ou é adoptada quando o cidadão estrangeiro tenha entrado e/ou permanecido regularmente no território nacional, sendo designada, no art. 152º da proposta de lei, como **medida autónoma de expulsão judicial**.

A **pena acessória de expulsão** pode ser imposta, nos termos do disposto nos n.ºs 1 e 2 do art. 151º da proposta de lei, e é aplicável:

- a cidadão estrangeiro não residente no país condenado por crime doloso em pena superior a 6 meses de prisão efectiva ou em pena de multa em alternativa à pena de prisão superior a 6 meses – cfr. n.º 1 do art. 151º;

- ou ainda a cidadão estrangeiro residente no país condenado por crime doloso em pena superior a 1 ano de prisão, devendo, porém, ter-se em conta, na sua aplicação, a gravidade dos factos praticados pelo arguido, a sua personalidade, eventual reincidência, o grau de inserção na vida social, a prevenção especial e o tempo de residência em Portugal – cfr. n.º 2 do art. 151º ;

Ressalva-se, porém, que, de acordo com o estabelecido no n.º 3 do art. 151º da proposta de lei, a pena acessória de expulsão apenas pode ser aplicada a cidadão estrangeiro com residência permanente no país, quando a sua conduta constitua uma ameaça suficientemente grave para a ordem pública ou segurança nacional, isto é, não basta a sua condenação por crime doloso em pena superior a 1 ano de prisão e a concomitante ponderação dos elementos indicados na parte final do n.º 2 do art. 151º.



A **medida autónoma de expulsão judicial**, conforme resulta do determinado no n.º 4 do art. 140º da proposta de lei, só pode ser decretada, em relação a cidadãos estrangeiros que tenham entrado e/ou permanecido regularmente no território nacional e desde que se verifique algum dos fundamentos indicados nas alíneas **b) a g)** do n.º 1 do art. 134º da proposta de lei, sendo competentes para a aplicar os juízos de pequena instância criminal, nas respectivas áreas de jurisdição, ou os tribunais de comarca, nas restantes áreas do País – cfr. n.º 1 do art. 152º da proposta de lei.

O n.º 1 do art. 134º da proposta de lei, sob a epígrafe "**Fundamentos da decisão de afastamento coercivo ou expulsão**", indica os seguintes:

1- Sem prejuízo das disposições constantes de convenções internacionais de que Portugal seja Parte ou a que se vincule, é afastado coercivamente ou expulso judicialmente do território português, o cidadão estrangeiro:

- a) Que entre ou permaneça ilegalmente no território português;*
- b) Que constitua uma ameaça para a ordem pública, para a segurança nacional, ou para as relações internacionais de Estado membro da União Europeia ou de Estado onde vigore a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen;*
- c) Cuja presença ou atividades no País constituam ameaça aos interesses ou à dignidade do Estado Português ou dos seus nacionais;*
- d) Que interfira de forma abusiva no exercício de direitos de participação política reservados aos cidadãos nacionais;*
- e) Que tenha praticado atos que, se fossem conhecidos pelas autoridades portuguesas, teriam obstado à sua entrada no País;*
- f) Em relação ao qual existam fortes indícios da prática de factos puníveis graves ou de que tenciona praticar tais factos, num Estado membro da União Europeia ou em Estado onde vigore a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen;*



g) Que seja detentor de um título de residência válido, ou de outro título, que lhe confira direito de permanência em outro Estado membro e não cumpra a obrigação de se dirigir, imediatamente, para esse Estado membro.

Esta norma inculca a ideia de que tanto as decisões administrativas de afastamento coercivo, como as decisões judiciais de expulsão se podem basear, indistintamente, em qualquer um dos fundamentos que são indicados, respectivamente, nas alíneas a) a g) do n.º 1 do art. 134º da proposta de lei.

Mas tal não é assim.

Pois, por um lado e por força do disposto no n.º 2 do art. 33º da Constituição, o cidadão estrangeiro que tenha entrado e/ou permanecido regularmente no território nacional só pode ser afastado do território português por decisão judicial, seja através do que que a proposta de lei designa, como **medida autónoma de expulsão judicial**, seja por aplicação da **pena acessória de expulsão**.

E, por outro, porque, nos termos do disposto no art. 145º da proposta de lei, a autoridade administrativa, isto é, o director nacional do SEF só pode determinar o afastamento coercivo com o fundamento na entrada ou permanência ilegais no território nacional, o que quer dizer que a autoridade administrativa não pode decidir o afastamento coercivo de estrangeiros com base nos fundamentos elencados nas alíneas b) a g) do n.º 1 do art. 134º da proposta de lei, desde que em tais situações não se tenha verificado a entrada e a permanência ilegais em território português.

Porém, quando a entrada e/ou permanência do cidadão estrangeiro tiverem sido ilegais, na acepção do disposto nos n.ºs 1 e 2 do art. 181º da proposta de lei, e ainda que também se verifique algum dos fundamentos previstos nas alíneas b) a g) do n.º 1 do art. 134º da proposta de lei, então sim o director do SEF já tem competência para proferir decisão de afastamento coercivo do cidadão estrangeiro, ficando essa decisão sujeita a impugnação judicial perante os tribunais administrativos.



É este o quadro o legal que resulta da proposta de lei em matéria de afastamento de cidadãos estrangeiros do território nacional.

Todavia e salvo melhor opinião, afigura-se que constitui má técnica legislativa a formulação adoptada no n.º 1 do art. 134º da proposta de lei, porque, ao dizer-se aí que o cidadão estrangeiro pode ser **afastado coercivamente** ou **expulso judicialmente** do território português pelos motivos que se indicam nas alíneas **a) a g)**, transmite-se a ideia de que qualquer um desses motivos pode servir de fundamento, seja para a decisão administrativa de **afastamento coercivo**, seja para a **decisão judicial de expulsão**.

Além disso, afigura-se existir erro de escrita no n.º 4 do art. 134º da proposta de lei, quando aí se diz que " **As decisões de afastamento coercivo com fundamento na alínea b) do n.º 1 são da competência do director nacional do SEF** " (isto é, se a presença do cidadão estrangeiro constituir uma ameaça para a ordem pública, para a segurança nacional, ou para as relações internacionais de Estado membro da União Europeia ou de Estado onde vigore a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen), dado que, repete-se, em face do disposto no art. 145º da proposta de lei, o director nacional do SEF só pode determinar o afastamento coercivo de cidadãos estrangeiros com fundamento na sua entrada ou permanência ilegais em território nacional.

O art. 134º da proposta de lei ganharia em clareza e precisão, se nele se dissesse que

- o cidadão estrangeiro é **afastado coercivamente** do território nacional, por decisão do director nacional do SEF, quando entre ou permaneça ilegalmente no território português, nos termos do disposto nos n.ºs 1 e 2 do art. 181º da proposta de lei;
- e é **expulso judicialmente** ou por aplicação de **medida autónoma de expulsão judicial**, quando a sua entrada ou permanência em território nacional tenham sido regulares e legais e se verifique alguma das situações previstas nas alíneas b) a g) do n.º 1 do art. 134º ou por aplicação de **pena acessória de expulsão**, nos termos do disposto nos n.ºs 1 e 2 do art. 151º da proposta de lei.



Um segundo aspecto que merece reparo é o da expressão "**factos puníveis graves**" que é usada na alínea f) do n.º 1 do art. 134º da proposta de lei, dado que tal expressão é vaga e genérica e não permite determinar qual o grau de gravidade dos factos puníveis a que se refere.

Deverá, por isso, ser concretizado o que se entende por "factos puníveis graves".

A terceira observação tem a ver com a execução da pena acessória de expulsão que é regulada nos n.ºs 4 e 5 do art. 151º da proposta de lei, nos termos seguintes:

4 - Sendo decretada a pena acessória de expulsão, o juiz de execução de penas ordena a sua execução logo que cumpridos:

- a) Metade da pena nos casos de condenação em pena igual ou inferior a 5 anos de prisão;*
- b) Dois terços da pena nos casos de condenação em pena superior a 5 anos de prisão.*

5 - O juiz de execução de penas pode, sob proposta fundamentada do diretor do estabelecimento prisional, e sem oposição do condenado, decidir a antecipação da execução da pena acessória de expulsão logo que cumprido um terço da pena, nos casos de condenação em pena igual ou inferior a 5 anos de prisão e desde que esteja assegurado o cumprimento do remanescente da pena no país de destino.

Fica-se com a ideia que o Governo, autor da Proposta de Lei n.º 50/XII, ignorou ou não teve presente que esta matéria já se encontra regulada no art. 182º do **Código da Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade**, cujo teor se passa a transcrever:

Artigo 182.º

Substituição da liberdade condicional pela execução da pena de expulsão

1 - Tendo sido aplicada pena acessória de expulsão, o tribunal de execução das penas ordena a sua execução logo que estejam cumpridos dois terços da pena de prisão.

2 - O tribunal de execução das penas pode decidir a antecipação da execução da pena acessória de expulsão, em substituição da concessão de liberdade condicional, logo que julgue preenchidos os pressupostos desta.

3 - Para efeitos do disposto no número anterior, são seguidos os trâmites previstos na presente subsecção, devendo o consentimento do recluso abranger a substituição da eventual concessão da liberdade condicional pela execução da pena acessória de expulsão.



4 - A decisão que determine a execução da pena de expulsão é notificada às entidades referidas no n.º 3 do artigo 177.º e ainda ao Serviço de Estrangeiros e Fronteiras.

5 - O recurso interposto da decisão que decreta a execução da pena acessória de expulsão tem efeito suspensivo e reveste natureza urgente, nos termos do artigo 151.º.

E que o Governo também não se terá dado conta que o Ministério da Justiça elaborou e submeteu à apreciação um **projecto de proposta de lei para alteração do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade, aditando-lhe os arts 188º-A, 188º-B e 188º-C e revogando o art. 182º**, sobre o qual a Ordem dos Advogados já se pronunciou.

De acordo com o art. 188º-A, que o projecto de proposta de lei do Ministério da Justiça propõe que se adite ao referido Código, passa a permitir-se a antecipação da execução da pena acessória de expulsão, nos termos seguintes:

1- Tendo sido aplicada pena acessória de expulsão, o juiz de execução de penas ordena a sua execução logo que cumpridos:

a) Metade da pena nos casos de condenação em pena igual ou inferior a 5 anos de prisão;

b) Dois terços da pena nos casos de condenação em pena superior a 5 anos de prisão.

2- O juiz de execução de penas pode, sob proposta fundamentada do director do estabelecimento prisional, e obtida a concordância do condenado, decidir a antecipação da execução da pena acessória de expulsão, logo que cumpridos:

a) Um terço da pena nos casos de condenação em pena igual ou inferior a 5 anos de prisão;

b) Metade da pena nos casos de condenação em pena superior a 5 anos de prisão;

3- Para os efeitos do número anterior, oficiosamente, a requerimento do Ministério Público ou do condenado, o juiz solicita parecer fundamentado ao director do estabelecimento prisional.

Em resumo e no momento actual, a antecipação da execução da pena de expulsão só pode ter lugar

- ou logo que estejam cumpridos 2/3 da pena;

- ou então, estando reunidos os requisitos para concessão da liberdade condicional, o recluso condenado concorde com a substituição da eventual concessão da liberdade condicional pela execução da pena de expulsão.



A large, stylized handwritten signature in black ink, appearing to be the initials 'A' followed by a long horizontal stroke.

Na alteração que se propõe no projecto de proposta de lei do Ministério da Justiça, deixa de se exigir a verificação dos pressupostos para concessão de liberdade condicional em relação aos casos em que o recluso condenado ainda não tenha cumprido $\frac{2}{3}$ da pena, passando a poder ser decretada a antecipação da execução da pena acessória de expulsão, nos seguintes casos:

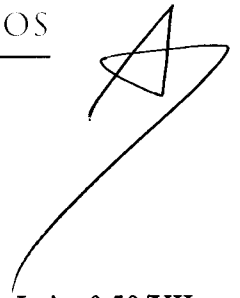
1- se o recluso tiver cumprido ou metade ou $\frac{2}{3}$ da pena, conforme tenha sido condenado, respectivamente, em pena de prisão igual ou inferior a 5 anos ou superior a 5 anos.

Neste ponto, as soluções acolhidas, respectivamente, na Proposta de Lei 50/XII e no projecto de proposta de lei do Ministério da Justiça são coincidentes.

2- E ainda, mediante proposta fundamentada do director do estabelecimento prisional e com a concordância do recluso, se o mesmo tiver cumprido $\frac{1}{3}$ ou metade da pena, conforme tenha sido condenado, respectivamente, em pena de prisão igual ou inferior a 5 anos ou superior a 5 anos.

Neste segundo ponto, a Proposta de Lei n.º 50/XII só, em parte, coincide com o projecto de proposta de lei do Ministério da Justiça, pois naquela só se permite antecipar a execução da pena acessória de expulsão, por proposta fundamentada do director do estabelecimento prisional, nos casos de condenação em pena de prisão com duração igual ou inferior a 5 anos e *desde que esteja assegurado o cumprimento do remanescente da pena no país de destino*, ficando, portanto, excluída a possibilidade de antecipação, nos casos de condenação em pena de prisão superior a 5 anos.

Faz-se notar ainda que, no projecto de proposta de lei do Ministério de Justiça, na antecipação de pena acessória de expulsão, por proposta do director do estabelecimento prisional, não é exigido *que esteja assegurado o cumprimento do remanescente da pena no país de destino*.



Entende-se, por isso, que a matéria dos n.ºs 4 e 5 do art. 151º da proposta de Lei n.º 50/XII deverá ser suprimida e a sua regulação deverá constar apenas no **Código da Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade**.

E, como já se teve oportunidade de salientar no parecer sobre o projecto de proposta de lei do Ministério da Justiça, a execução da pena acessória de expulsão, antes do termo da pena de prisão, suscita, no entanto, algumas reservas, designadamente em situações de condenação por crimes de terrorismo ou que façam parte do catálogo da criminalidade altamente organizada.

Nesses casos, a antecipação da execução da pena acessória de expulsão, através da diminuição do período de cumprimento da pena de prisão, pode permitir e facilitar o retorno à actividade criminosa, tanto mais que, nos prazos agora propostos sobre o cumprimento da pena de prisão e cuja duração ainda não atinja os 2/3 da pena em que o recluso foi condenado, nem sequer se exige a verificação dos pressupostos para a concessão de liberdade condicional, mas apenas a proposta fundamentada do director do estabelecimento prisional.

Esta situação deve merecer ponderação, dado que os pressupostos para a concessão da liberdade condicional permitem aquilatar se o condenado dá ou não mostras e garantias de se querer ressocializar e integrar na vida social, não fazendo sentido antecipar-lhe a execução da pena acessória de expulsão, se tal não se verificar.

Com efeito, nos termos das alíneas a) e b) do n.º 2 do art. 61º do Código Penal, a liberdade condicional só deve ser concedida se:

- a) For fundadamente de esperar, atentas as circunstâncias do caso, a vida anterior do agente, a sua personalidade e a evolução desta durante a execução da pena de prisão, que o condenado, uma vez em liberdade, conduzirá a sua vida de modo socialmente responsável, sem cometer crimes; e
- b) A libertação se revelar compatível com a defesa da ordem e da paz social.



Por isso, a verificação dos pressupostos estabelecidos nas referidas alíneas para concessão da liberdade condicional deve estar presente e ser exigida em todos os casos em que o recluso ainda não tenha cumprido 2/3 da pena de prisão em que foi condenado, sem embargo de, para efeitos de antecipação do cumprimento da pena acessória de expulsão, não se dever exigir o cumprimento dos prazos da pena de prisão estabelecidos no art. 61º do Código Penal, admitindo-se, por isso, que a antecipação da execução da pena acessória de expulsão, por proposta do director do estabelecimento prisional, possa ter lugar, desde que o recluso tenha cumprido 1/3 da pena de prisão em que foi condenado e no mínimo 6 meses, independentemente de a pena em que foi condenado ser ou não superior a 5 anos, mas sempre desde que verificados os pressupostos estabelecidos nas alíneas a) e b) do n.º 2 do art. 61º do Código Penal para a concessão de liberdade condicional.

II Conclusões

A Ordem dos Advogados entende que

- 1- Deverá ser alterada a redacção do art. 134º da proposta de lei, no sentido de nele se explicitar, com clareza e precisão, que
 - o cidadão estrangeiro é **afastado coercivamente** do território nacional, por decisão director nacional do SEF, quando, de acordo com o disposto nos n.ºs 1 e 2 do art. 181º da proposta de lei, entre ou permaneça ilegalmente no território português;
 - e é **expulso judicialmente** ou por aplicação de **medida autónoma de expulsão judicial**, quando a sua entrada ou permanência em território nacional tenham sido regulares e legais e se verifique alguma das situações previstas nas alíneas b) a g) do n.º 1 do art. 134º ou por aplicação de **pena acessória de expulsão**, nos termos do disposto nos n.ºs 1 e 2 do art. 151º da proposta de lei.



- 2- Deverá ser concretizado o que se entende por "**factos puníveis graves**" a que se alude na alínea f) do n.º 1 do art. 134º da proposta de lei, dado que tal expressão é vaga e genérica e não permite determinar qual o grau de gravidade dos factos puníveis a que se refere.
- 3- A matéria dos n.ºs 4 e 5 do art. 151º da proposta de Lei n.º 50/XII, relativa à antecipação da execução da pena acessória de expulsão, deverá ser suprimida e a sua regulação deverá constar apenas no **Código da Execução das Penas e Medidas Privativas de Liberdade**.

Lisboa, 04 de Maio de 2012

O Bastonário da Ordem dos Advogados

A handwritten signature in black ink, which appears to read "António Marinho e Pinto". The signature is stylized and includes a large, sweeping flourish that loops back over the text.

António Marinho e Pinto