

**PEDIDO DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE**

Meritíssimo Conselheiro
Presidente do Tribunal Constitucional

PEDIDO DE FISCALIZAÇÃO DA CONSTITUCIONALIDADE: R-4528/99 (A6)

DATA:

Assunto: Regulação das condições de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território português.

O Provedor de Justiça, no uso da sua competência prevista no art.º 281.º, n.º 2, d), da Constituição da República Portuguesa, vem requerer ao Tribunal Constitucional a fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade das normas contidas

- a) no art.º 25.º, 2, c), do Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto;
- b) no art.º 101.º, n.º 1, a), b) e c), e n.º 2, do mesmo Decreto-Lei;
- c) no art.º 125.º, 2, do mesmo Decreto-Lei;
- d) no art.º 68.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 59/93, de 3 de Março.
- e) no art.º 97.º do Código Penal, na versão actualmente vigente;
- f) no artigo 34.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro.

Entende o Provedor de Justiça violarem essas normas as contidas nos artigos 30.º, n.º 4, 33.º, n.º 1, e 36.º, n.º 6, da Constituição, pelas razões adiante aduzidas.

I - Da inconstitucionalidade da norma identificada em a)**1.º**

O Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto, regula as condições de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território português.

2.º

No seu art.º 25.º estabelece-se os termos em que deve ser negada a entrada a cidadãos estrangeiros em território nacional, elencando-se no n.º 2 várias causas de inscrição na lista nacional de não admissão.

3.º



De entre as várias causas aí especificadas, realço a descrita na alínea c), mandando interditar a entrada em Portugal (e conseqüentemente no chamado Espaço Schengen) a quem tenha sido condenado em pena de prisão não inferior a um ano.

4.º

A inscrição na lista de não admissão e conseqüente interdição de entrada é automática, não prevendo a norma qualquer ponderação.

5.º

Esta conseqüência automática de uma decisão que não procedeu à valoração expressa da sua adequação e proporcionalidade colide frontalmente com a disposição do art.º 30.º, n.º 4, da Constituição, segundo a qual "nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos"

6.º

Em anotação a este normativo constitucional referem os Profs. Gomes Canotilho e Vital Moreira (cfr. Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª edição, pág. 198) "o que se pretende é proibir que à condenação em certas penas se acrescente de forma automática, mecanicamente, independentemente de decisão judicial, por efeito directo da lei, uma outra pena daquela natureza. "

7.º

E fazem notar ainda os mesmos autores que "a teleologia intrínseca da norma consiste em retirar às penas efeitos estigmatizantes, impossibilitadores da readaptação social do delinquente e impedir que, de forma mecânica, sem atender aos princípios de culpa, da necessidade e da jurisdicionalidade, se decrete a morte civil, profissional ou política do cidadão (cfr. acs. TC n.º 16/84, 91/84, 310/85, 75/86, entre outros)".

8.º

E, como muito bem, tem decidido o Tribunal Constitucional em vários acórdãos, os efeitos das penas traduzem-se materialmente numa verdadeira pena, que não pode deixar de estar sujeita, na sua aplicação, às regras próprias do Estado de Direito democrático, designadamente reserva judicial, princípio da culpa, proporcionalidade da pena, etc. (Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 127/84 e 16/84).

9.º

Ora no caso vertente faz-se corresponder à aplicação de uma pena de prisão com um mínimo de certa duração a privação do direito, mesmo observadas que estejam as condições legais, de entrar em Portugal.

10.º

Julga-se clara a contradição entre o efeito jurídico desta norma e a norma prevista no art.º 30.º, n.º 4, da Constituição, redundando numa inconstitucionalidade material.

**11.º**

A respeito de norma que impunha a expulsão automática de cidadão estrangeiro condenado em pena de certa duração, o hoje revogado art.º 43.º do Decreto-Lei nº 264-B/81, de 3 de Setembro, e da sua inconstitucionalidade face ao teor do art.º 30.º, n.º 4, introduzido na revisão constitucional de 1982, veja-se o que escreveu o Professor Douro Figueiredo Dias, no seu *Direito penal português. As consequências jurídicas do crime*, Editorial Notícias, 1993, §§ 225 e 226.

12.º

Algumas dúvidas suscita-me a alínea a) do mesmo art.º 25.º, n.º 2, mas julgo possível interpretar essa norma como apenas aplicável durante o período em que tenha sido decretada judicialmente a interdição de entrada, não podendo ser consequência perpétua ou de duração indefinida da pena de expulsão.

II - Da inconstitucionalidade das normas identificadas em b), c), d), e) e f)**13.º**

O art.º 101.º, n.º 1, a), b) e c), e n.º 2, do citado Decreto-Lei nº 244/98, de 8 de Agosto, prevêem de modo genérico a possibilidade de ser aplicada a pena acessória de expulsão, no primeiro caso quanto a estrangeiros não residentes, no segundo quando possuam residência em Portugal há menos de 4 anos, no terceiro quando essa permanência seja entre 4 e 10 anos e na quarta norma identificada quando a residência ultrapasse esse limite.

14.º

Faço notar que a lei utiliza como definição de residente, segundo o art.º 3.º do mesmo diploma, aquele estrangeiro que esteja habilitado com título válido de residência em Portugal, sendo fácil verificar que esse condicionalismo jurídico pode ser, e geralmente será, desmentido no plano dos factos por uma permanência mais ou menos longa como imigrante dito ilegal.

15.º

O art.º 125.º, 2, do mesmo Decreto-Lei nº 244/98, prescreve como consequência necessária do crime de violação de decisão de expulsão a aplicação de pena acessória de expulsão.

16.º

O art.º 97.º do Código Penal, na versão actualmente vigente, permite a substituição da medida de internamento a imputável de nacionalidade estrangeira pela medida de expulsão.

17.º

O art.º 34.º, n.º 1, do Decreto-Lei nº 15/93, de 22 de Janeiro, estabelece, no tocante aos tipos penais contidos nesse diploma, a possibilidade de ser decretada a expulsão caso se trate de cidadãos estrangeiros.

**18.º**

O acórdão do Tribunal Constitucional 181/97 julgou inconstitucional esta última norma por entender que a mesma, em raciocínio que se acompanha, viola as normas dos art.ºs 33.º, n.º 1, e 36.º, n.º 6, da Constituição, na medida em que seja aplicável a cidadãos estrangeiros que tenham filhos menores de nacionalidade portuguesa com eles residentes em território nacional.

19.º

O art.º 125.º, 2, do mesmo Decreto-Lei nº 244/98, também foi julgado inconstitucional pelo acórdão do Tribunal Constitucional 470/99, em aplicação de raciocínio análogo ao contido no acórdão 181/97.

20.º

Na verdade, aplicar uma pena de expulsão a quem tenha consigo a coabitar filhos menores de nacionalidade portuguesa implica, na provável maioria das situações, a saída forçada de território nacional desses cidadãos portugueses.

21.º

Não me parece lícito praticar aqui a especiosidade de lembrar que não há um acto jurídico de expulsão nem tão pouco ficam esses menores impedidos de reentrar em território português.

22.º

Julgo que aqui como na generalidade da interpretação do Direito há que atentar com mais acuidade na materialidade subjacente ao âmbito de protecção da norma, bastando para se considerar como violado o art.º 33.º, n.º 1, da Constituição, a prática de actos por parte do Estado de que resulte a saída compulsória de cidadãos do país.

23.º

No caso vertente, na esmagadora maioria das situações o progenitor expulso tenderá a levar consigo a sua família, nem sequer se podendo falar, a respeito dos menores, num acto voluntário, ainda que inquinado pela coacção exercida pelas circunstâncias, de exílio.

24.º

O facto de se tratar de filhos menores, dependentes economicamente, reforça a necessidade do seu afastamento do país, em nada se permitindo diferenciar a situação prevista no art.º 97.º do Código Penal, já que os motivos que podem determinar a inimputabilidade penal não são forçosamente causa de inibição de poder paternal ou, o que mais releva, serão necessariamente reconduzíveis à necessidade de afastamento entre pais e filhos.

25.º

Disjuntivamente, caso se entenda que a coacção exercida para a saída do país dos filhos menores de nacionalidade portuguesa não é em grau suficiente para se



considerar violado o teor do art.º 33.º, n.º 1, da Constituição, não é menos verdade que se violará então, impondo-o como alternativa, a norma prevista no art.º 36.º, n.º 6, d Constituição, separando os pais dos filhos por uma decisão judicial que, manifestamente, não é a que está prevista no inciso final da norma constitucional, por nada ter que ver com as condições do exercício do poder paternal e o seu bom desempenho.

26.º

Não creio caberem aqui a contra-argumentação expendida no voto de vencido ao acórdão 181/97, segundo o qual a separação entre pais e filhos é admissível, por ser inerente à pena de prisão, nem os argumentos que tentam levar esta questão para o plano da proporcionalidade das penas em concreto.

27.º

Como bem se escreve no acórdão em causa, infirmando-se o acórdão então recorrido, não há analogia entre a separação entre pais e filhos provocados pela prisão e pela expulsão.

28.º

Neste último caso, a separação entre pais e filhos é imposta pela própria natureza da pena, salvo o caso previsto na lei para filhos menores de três anos em relação às respectivas mães que estiverem detidas, e não implica qualquer expulsão do território nacional, assim nunca estando em causa uma das normas constitucionais cuja violação se invoca.

29.º

No caso que agora me ocupa, trata-se de discutir a admissibilidade de uma pena acessória e a sua conformidade com as normas constitucionais pertinentes.

30.º

Não estamos a discutir os efeitos e admissibilidade de uma pena que a Constituição permite para todos os cidadãos, a de prisão, mas sim a de uma pena acessória, a de expulsão, que a Constituição manifestamente não tem por imperiosa, de tal modo que a proíbe expressamente em certos caso.

31.º

É, além do mais, certo que a constitucionalidade da pena de expulsão não é em abstracto questionável se os filhos menores forem também de nacionalidade estrangeira, assim não se separando a família em alternativa à expatriação.

32.º

Também não posso concordar com a perspetivação desta questão por via da análise dos casos concretos e da medida em que neles ocorrem ou não argumentos de necessidade, proporcionalidade e adequação desta pena acessória.

33.º



Se é certo que perante o caso concreto toda e qualquer pena deve ser sujeita a este crivo, por se tratar de restrição a direitos fundamentais, o que se deve apreciar primeiramente é se a norma em abstracto se conforma com os valores constitucionais, permitindo-se num segundo nível de análise a sua aplicação quando for constitucional e legalmente adequada.

34.º

O que ora se contesta é a própria consagração legislativa da pena de expulsão em termos de poder provocar a consequente expulsão de cidadãos nacionais ou, em alternativa, a separação familiar.

35.º

Entendo que nessa análise não cabem juízos de proporcionalidade, face ao teor das normas constitucionais afectadas e ao que se passa a expor.

36.º

Assim, há que partir do princípio de que a expulsão não pode ser vista como uma discriminação em função da nacionalidade na punição de crimes praticados.

37.º

Em tese, a sanção sofrida por um nacional pela prática de determinado crime deve ser idêntica à de um estrangeiro, *cæteris paribus*.

38.º

Só assim não é, podendo apenas o estrangeiro sofrer a pena acessória de expulsão, porque a Constituição proíbe a expulsão de cidadãos nacionais.

39.º

O juízo de proporcionalidade opera face ao crime praticado e às circunstâncias objectivas e subjectivas que o rodeiam, alcançando-se uma punição que, à partida, tem que ser idêntica qualquer que seja a nacionalidade do agente.

40.º

O contrário seria considerar mais censurável um acto praticado em função da nacionalidade de quem o pratica, discriminação que julgo inaceitável face ao princípio da igualdade e todo o enquadramento constitucional e jus-internacional em matéria de protecção dos direitos do Homem.

41.º

Assumindo que está que, no caso concreto, seria proporcional e adequada a aplicação da pena acessória de expulsão, não sendo ela aplicável no casos de cidadãos portugueses também o não pode ser quando reflexa mas directamente ela conduza à saída forçada dos filhos menores de nacionalidade portuguesa ou à sua separação do progenitor.

42.º



Defendo assim que este crivo da necessidade, proporcionalidade e adequação deve operar ao nível da escolha e determinação da pena, não ao nível da apreciação da sua licitude face a outros parâmetros constitucionais como os que entendo estarem aqui em causa.

43.º

Apesar de já se encontrarem revogadas, o mesmo raciocínio não pode deixar de ser aplicado às normas contidas no art.º 68.º, n.º 1, do Decreto-Lei nº 59/93, de 3 de Março, antecessores das agora previstas no Decreto-Lei nº 244/98.

44.º

Mesmo considerando o entendimento que o Tribunal Constitucional tem sistematicamente mantido a respeito de normas revogadas, neste caso há manifestamente interesse no conhecimento do fundo da questão, tendo em vista os efeitos retroactivos sobre os casos entretanto transitados em julgado, por via da excepção constante da segunda parte do art.º 282.º, n.º 3, da Constituição.

Nestes termos, requer-se ao Tribunal Constitucional que declare com força obrigatória geral a inconstitucionalidade das normas contidas:

1. no art.º 25.º, 2, c), do Decreto-Lei nº nº nº 244/98, de 8 de Agosto, por violação do art.º 30.º, n.º 4, da Constituição;

2. nos arts.º 101.º, n.º 1, a), b) e c), e n.º 2, 125.º, n.º 2, do Decreto-Lei nº nº 244/98, de 8 de Agosto, no art.º 97.º do Código Penal, no artigo 34.º, n.º 1, do Decreto-Lei nº nº 15/93, de 22 de Janeiro, e no art.º 68.º, n.º 1, do Decreto-Lei nº nº 59/93, de 3 de Março, na parte em que permitem a expulsão de cidadãos estrangeiros que tenham a seu cargo filhos menores de nacionalidade portuguesa, por violação conjugada dos art.ºs 33.º, n.º 1, e 36.º, n.º 6, da Constituição.

O Provedor de Justiça

(José Menéres Pimentel)