



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA

GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM



ASSUNTO:

Parecer – Projecto de Lei n.º240/XIII/1.^a (PCP) – alteração à Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, que aprova o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional.

13.07.2016

PARECER

1. Objeto

Pelo Exmo. Senhor Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias da Assembleia da República foi remetida ao Conselho Superior da Magistratura, Projecto de Lei n.º240/XIII/1.^a (PCP) – alteração à Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, que aprova o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional.

Foi determinada a elaboração de parecer.

2. Apreciação

Conforme resulta expressamente da exposição de motivos o objecto do presente projecto de lei é o de reverter a redacção do art.135.º, da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, à sua versão anterior à Lei n.º 29/2012, de 9 de Agosto.

O referido art.135.º, da Lei n.º23/2007, de 4 de Julho, prevê as circunstâncias que obstam ao afastamento coercivo ou expulsão de um cidadão estrangeiro que se encontre em situação ilegal em território nacional.

Na sua redacção actual dispõe o artigo:

“Com exceção dos casos de atentado à segurança nacional ou à ordem pública e das situações previstas nas alíneas c) e f) do n.º 1 do artigo 134.º, não podem ser afastados ou expulsos do território nacional os cidadãos estrangeiros que:

a) Tenham nascido em território português e aqui residam habitualmente;

b) Tenham a seu cargo filhos menores de nacionalidade portuguesa ou estrangeira, a residir em Portugal, sobre os quais exerçam efetivamente as responsabilidades parentais e a quem assegurem o sustento e a educação;

c) Se encontrem em Portugal desde idade inferior a 10 anos e aqui residam habitualmente.”

Assim, e ainda que se verifique uma das situações previstas no art.134.º, da Lei n.º23/2007, de 4 de Julho, não serão afastados coercivamente ou expulsos do território nacional, os cidadãos que:



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

a) Tenham nascido em território português e aqui residam habitualmente;

b) Tenham a seu cargo filhos menores de nacionalidade portuguesa ou estrangeira, a residir em Portugal, sobre os quais exerçam efetivamente as responsabilidades parentais e a quem assegurem o sustento e a educação;

c) Se encontrem em Portugal desde idade inferior a 10 anos e aqui residam habitualmente.

Com a Lei n.º29/2012, de 9 de Agosto, foram introduzidas exceções a estes limites. Acrescentando-se no corpo do artigo a menção “*Com exceção dos casos de atentado à segurança nacional ou à ordem pública e das situações previstas nas alíneas c) e f) do n.º 1 do artigo 134.º*”.

Com a esta redação, a actualmente em vigor, ainda que tenham nascido em território nacional, tenham filhos menores de nacionalidade portuguesa a cargo, ou se encontrem em Portugal desde idade inferior a 10 anos, poderão ser afastados coercivamente ou expulsos do território nacional, os cidadãos estrangeiros que: *i) atente contra a segurança nacional ou a ordem pública; ii) cuja presença ou atividades no País constituam ameaça aos interesses ou à dignidade do Estado Português ou dos seus nacionais; iii) Em relação ao qual existam sérias razões para crer que cometeu atos criminosos graves ou que tenciona cometer atos dessa natureza, designadamente no território da União Europeia.*

Por outro lado, passou-se a exigir que a residência em território nacional seja habitual.

*

A Lei n.º 29/2012, de 29 de Agosto, publicada no Diário da República, 1.ª série – N.º 154 – 9 de agosto de 2012, de acordo com o seu art.1.º,

pretendeu transpor, entre outras, a Diretiva n.º 2008/115/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular.

Sendo que de acordo com o texto da proposta de Lei, do Conselho de Ministros, donde resultou a aprovação do diploma em causa: *“Nestes termos, a presente alteração à Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, incide, fundamentalmente, sobre sete aspetos: a harmonização das normas e procedimentos relativos ao regresso de nacionais de Estados terceiros em situação irregular”* sendo expressamente previsto *“O primeiro refere-se às normas e procedimentos a aplicar pelos Estados membros para o regresso de nacionais de Estados terceiros que se encontrem em situação irregular no território nacional (Diretiva n.º 2008/115/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2008, «Diretiva Retorno») importando, no respeito pelos direitos fundamentais, harmonizar as normas que já existem nesta matéria.”*

Conforme referido no douto parecer da Ordem dos Advogados, emitido no âmbito deste processo legislativo, a Directiva em causa, no seu art.4.º, n.º3, dispunha *“A presente directiva não prejudica o direito dos Estados-Membros de aprovarem ou manterem disposições mais favoráveis relativamente às pessoas abrangidas pelo seu âmbito de aplicação, desde que essas disposições sejam compatíveis com o disposto na presente directiva.”*

Nestes termos, e face ao quadro normativo comunitário, inexistente qualquer obstáculo à repristinação da redacção originária do art.135.º, da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho.

*



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

Por outro lado, é de considerar a jurisprudência constitucional existente sobre matéria de afastamento coercivo e de expulsão, ilustrada no Acórdão n.º 232/2004¹, publicado no Diário da República n.º 122/2004, Série I-A de 2004-05-25, que declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, das normas constantes dos artigos 101.º, n.os 1, alíneas a), b) e c), e 2, e 125.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto, na sua versão originária, da norma do artigo 68.º, n.º 1, alíneas a), b) e c), do Decreto-Lei n.º 59/93, de 3 de Março, e da norma do artigo 34.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, enquanto aplicáveis a cidadãos estrangeiros que tenham a seu cargo filhos menores de nacionalidade portuguesa residentes em território nacional.

Versando sobre norma semelhante na legislação pretérita entendeu o Tribunal Constitucional declarar inconstitucional com força obrigatória geral tal redacção na medida em que colidia expressamente com o art.33.º, e 36.º da CRP.

Considerou-se nesse aresto que:

“Esta garantia, que consiste em os filhos não poderem, em princípio, ser separados dos pais, não constitui apenas um direito subjectivo dos próprios pais a não serem separados dos seus filhos, mas também um direito subjectivo dos filhos a não serem separados dos respectivos pais. Eventuais restrições aos mesmos direitos apenas serão possíveis mediante decisão judicial, nos casos especialmente previstos por lei e verificados os pressupostos expressamente previstos na Constituição: quando se torne necessário salvaguardar os direitos dos menores por os pais não cumprirem os seus

¹ Outros arestos que convém mencionar serão os acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 181/97, e n.º 470/99



deveres para com eles. Assim se pretende proteger a família, como o impõe o artigo 67.º, n.º 1, do texto constitucional.

Esta protecção constitucional dada à família, bem como a concedida à paternidade e à maternidade, nos termos dos artigos 67.º e 68.º da lei fundamental, permite compreender a importância de que se reveste, na nossa ordem constitucional, a específica norma de garantia estabelecida pelo artigo 36.º, n.º 6, que reflecte, afinal, em sede de direitos, liberdades e garantias, aquela protecção.

(...)

2 - Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão tanto quanto esta ingerência estiver prevista pela lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades dos outros.'

Embora reconhecendo aos Estados a legítima preocupação em assegurar a respectiva ordem pública e o consequente direito de controlarem a entrada, a permanência e o afastamento de não nacionais, o Tribunal Europeu considera que as medidas que possam conflitar com o direito à vida familiar têm de ser justificadas por necessidades sociais imperiosas e, além de mais, proporcionadas aos fins legítimos prosseguidos. E, como tal, tem-se pronunciado no sentido de considerar como violadoras do artigo 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem medidas de expulsão de estrangeiros com vínculos familiares no país de residência: assim aconteceu no caso 'Moustaquim c. Bélgica' (Revue universelle des droits de l'homme, 3.º



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA
GABINETE DE APOIO AO VICE-PRESIDENTE E MEMBROS DO CSM

vol., n.º 3, 1991, pp. 90 e segs.), bem como no caso 'Beldjoudi c. França' (Revue universelle des droits de l'homme, 5.º vol., n.º 1-2, 1993, pp. 40 e segs.).

16 - Poderia dizer-se, aqui chegados, que a medida de expulsão da mãe não implica, necessariamente, a separação entre os filhos e ela, pois pode levá-los consigo.

Efectivamente assim acontece, só que tal implica que os filhos abandonem o território nacional, para poderem acompanhar a mãe. O que, na medida em que esses filhos tenham nacionalidade portuguesa, acaba por colidir com o disposto no n.º 1 do artigo 33.º da Constituição.

(...)

17 - Ou seja, como está concebida, a norma em questão envolve uma de duas consequências: ou a separação entre pais e filhos ou a expulsão - embora indirecta ou consequencial - dos filhos, a fim de poderem acompanhar o progenitor alvo da expulsão.

*

De referir que umas das normas expressamente visadas na decisão constitucional foi o n.º2, do art.101.º, do Decreto-Lei n.º244/98, de 8 de Agosto, segundo a qual “*A pena acessória de expulsão pode igualmente ser aplicada ao estrangeiro residente no País há mais de 10 anos sempre que a sua conduta constitua uma ameaça suficientemente grave para a ordem pública ou segurança nacional.*”

A esta luz a versão originária do art.135.º, da Lei n.º23/2007, de 4 de Julho, desprovidas de excepções aos limites à expulsão é a que mais assegura a conformidade com a Lei Fundamental.

*

3. Conclusão



O Projecto de Lei em apreço, que procede à alteração ao art.135.º, da Lei n.º23/2007, de 4 de Julho, respeita as obrigações do Estado português decorrentes da legislação comunitária e assegura o cumprimento da jurisprudência constitucional, não sendo merecedor de críticas ou reparos.

Lisboa, 13 de Julho de 2016

Ruben Oliveira Juvandes

Juiz de Direito/Adjunto do Gabinete de Apoio ao Vice-Presidente e aos Membros do CSM



**Ruben Jorge
Marques Morais
de Oliveira
Juvandes**

Adjunto

Assinado de forma digital por Ruben
Jorge Marques Morais de Oliveira
Juvandes
eb3b2c70e29d0939797ea274fac99ec9ef0bccab
Dados: 2016.07.18 09:01:53