
ASSUN
TO:

Projeto de Lei n.º 487/XV/1.ª (Livre) – “Introduz o dever de fundamentar o risco de fuga de cidadão estrangeiro; consagra presunções de inexistência de perigo de fuga e a aplicação de medida de detenção administrativa como medida de último recurso”.

Proc. 2023/GAVPM/0269

02-02-2023

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 (i) introduzir o dever de fundamentar o risco de fuga de cidadão estrangeiro; (ii) consagrar presunções de inexistência de perigo de fuga; (iii) consagrar a aplicação de medida de detenção administrativa como medida de último recurso.

Para tanto, propõe no projeto de lei sob análise a alteração do artigo 142.º da 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 e o aditamento de um artigo 142.º-A a esse mesmo diploma legal.

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 as medidas propostas lê-se na Exposição de Motivos o seguinte: «(...) *A detenção administrativa de cidadãos estrangeiros é, infelizmente, uma prática comum e aleatória das autoridades que, com a extinção do SEF e a criação da Agência Portuguesa para as Migrações e o Asilo, urge erradicar, mesmo porque é manifestamente contraditória com o espírito de acolhimento e integração de migrantes, consagrado nas políticas nacionais.*

De acordo com a Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, vulgarmente apelidada de Lei de Estrangeiros, qualquer estrangeiro em situação irregular pode ser alvo de um processo de afastamento do território nacional.

Não obstante, o que a Lei e a prática não têm em conta é a aleatoriedade dessas decisões de afastamento - que quando motivadas pela ausência de visto, por exemplo, não têm em conta razões inteiramente heterónomas ao migrante, como acontece com a inexistência de consulado no seu país de origem - , a sua frequência injustificada e o recurso desnecessário a espaços de detenção para garantia de cumprimento da decisão de afastamento.

Com efeito, e em cumprimento dos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade das medidas de coação, a detenção deve ser aplicada como ultima ratio, razão pela qual o ordenamento jurídico português prevê medidas alternativas como o termo de identidade e residência ou a obrigação de apresentação periódica (respetivamente previstas nos artigos 196.º e 198.º do Código de Processo Penal).

Refere-se mais adiante que «[i]gualmente relevante é a clarificação do perigo de fuga, desde logo da necessidade de fundamentação do mesmo, e a consagração de circunstâncias que permitam presumir a inexistência desse perigo, como acontece quando há familiares a residir em Portugal.»

3. Apreciação

3.1. Dispõe a atual redação do art.º 142.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, introduzida pela Lei n.º 18/2022, de 25/08, que:

«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.

3 - Para efeitos do disposto no n.º 1, o perigo de fuga é aferido em atenção à situação pessoal, familiar, social e económica ou profissional do cidadão estrangeiro, com vista a determinar a probabilidade de se ausentar para parte incerta com o propósito de se eximir à execução da decisão de afastamento ou ao dever de abandono, relevando, nomeadamente, as situações nas quais se desconheça o seu domicílio pessoal ou profissional em território nacional, a ausência de quaisquer laços familiares no País, quando houver dúvidas sobre a sua identidade ou quando forem conhecidos atos preparatórios de fuga».

3.2. Com o enquadramento motivador acima descrito, o referido artigo 142.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, passa a ter a seguinte redação:

«Artigo 142º

Medidas de coacção

1 - [...]

2 - [...]

3 - Para efeitos do disposto no n.º 1, o perigo de fuga, **que tem de ser justificado por escrito e apenso ao processo individual de afastamento do território nacional**, é

aferido em atenção à situação pessoal, familiar, social e económica ou profissional do cidadão estrangeiro, com vista a determinar a probabilidade de se ausentar para parte incerta com o propósito de se eximir à execução da decisão de afastamento ou ao dever de abandono, relevando, nomeadamente, as situações nas quais se desconheça o seu domicílio pessoal ou profissional em território nacional, a ausência de quaisquer laços familiares no País, quando houver dúvidas sobre a sua identidade ou quando forem conhecidos atos preparatórios de fuga.

[NOVO] 4 - Sem prejuízo do disposto no número anterior, presume-se a inexistência de perigo de fuga quando existam elementos de forte ligação a Portugal, como a residência de membros da família do cidadão estrangeiro, nos termos do artigo 99º, ou a intenção clara de fixação de residência permanente em Portugal.»

3.3. É aditado o artigo 142.º-A à Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, com a seguinte redação:

**«Artigo 142.º-A
Prisão preventiva**

1 - Para efeitos do disposto no artigo anterior, da observância das condições de detenção previstas no artigo 146.º-A, e em cumprimento do artigo 193.º do Código de Processo Penal, a prisão preventiva de cidadão estrangeiro só pode ser imposta em última instância e quando outras medidas de coação se revelem manifestamente inadequadas ou insuficiente.

2 - Para cumprimento do previsto no número anterior, deve ser dada preferência à aplicação de medidas alternativas à detenção.»

3.4. 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 das consequências que decorrerão da implementação das soluções projetadas no Sistema de Justiça.

3.5. Em relação à norma que se pretende introduzir na Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, com a epígrafe “*Prisão preventiva*” [art.º 142.º-A], cumpre observar o seguinte.

À luz do regime consagrado pelo Decreto Lei n.º 244/98, de 08 de agosto¹, 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 situação de ilegalidade, independentemente da prática de crime²³.

Tal regime veio 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 [processo de expulsão administrativa (arts 145.º e sgs.) ou processo de expulsão judicial (arts 152.º e sgs.)]⁴, aplicável 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.

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

¹ Revogado na íntegra pela mencionada Lei n.º 23/2007, de 04 de julho.

² 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 coação.

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 - [...]».

³ Ver, com interesse, acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21.06.2007, processo n.º 5373/07-9, *www.dgsi.pt*

⁴ Ao contrário do que sucede no art.º 202.º, n.º 1, al. f), do Código de Processo Penal 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.

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.

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**» (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 aplicadas⁵.

Dito isto fica pouco compreensível o aditamento do art.º 142.º-A nos termos propostos, não se alcançando, na realidade, o sentido da estatuição da subsidiariedade da medida cautelar de prisão preventiva, quando a sua aplicação é *expressamente* excluída pelo art.º 142.º, para o qual remete.

Acresce dizer que a alteração gizada deixa à evidência a falta de concordância entre a medida proposta e o escopo da iniciativa legislativa afirmado na exposição de motivos.

De facto, o objetivo da “aplicação de medida de detenção administrativa como medida de último recurso” não será alcançável pelo aditamento do art.º 142.º-A que regeirá sobre a medida de coação de “prisão preventiva” — cuja aplicação, como se viu, já é afastada pelo artigo 142.º —, não podendo confundir-se o conceito de «detenção» com a medida cautelar de «prisão preventiva», nem o processo administrativo destinado à expulsão do cidadão estrangeiro que tenha penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional com o processo judicial para aplicação de medidas de coação.

3.6. No que respeita à alteração proposta para o n.º 3 do art.º 142.º, teceremos apenas umas breves considerações.

⁵ Cfr. artigo 193.º, epígrafado “Princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade”.

3.6.1. Importa ter presente, ao contrário do que transparece da exposição de motivos, que o nosso ordenamento jurídico já consagra o dever de fundamentar, sob pena de nulidade, o *perigo de fuga*, na medida em que impõe a fundamentação de todos os atos decisórios, em particular do despacho que determina a aplicação das medidas de coação, conforme decorre das disposições conjugadas dos arts. 205.º da Constituição da República Portuguesa⁶, 142.º, n.º 3, da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, 97.º, n.ºs 1 e 5⁷, 194.º, n.º 6⁸, e 204.º, n.º 1⁹, todos do Código de Processo Penal, subsidiariamente aplicáveis¹⁰.

3.6.2. A questão que emerge da alteração *concretamente* proposta para o normativo em análise pode, contudo, ir mais além daquela que é expressa na exposição de motivos e que, no fundo, se fica pela necessidade de fundamentação do perigo de fuga, o que, como se viu, redundaria numa norma tautológica que nada acrescentaria ao ordenamento jurídico.

A questão que pode colocar-se é outra: é a questão de saber se a decisão de aplicação da medida de coação [e não apenas o *perigo de fuga*] deve ser reduzida a escrito ou bastará o seu registo áudio, ficando em súmula no auto de interrogatório.

⁶ Onde se estatui que: «As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei».

⁷ Sob a epígrafe «Actos decisórios», estabelece-se o seguinte:

1 - Os actos decisórios dos juízes tomam a forma de:

a) Sentenças, quando conhecerem a final do objecto do processo;
b) Despachos, quando conhecerem de qualquer questão interlocutória ou quando puserem termo ao processo fora do caso previsto na alínea anterior.

2 - Os actos decisórios previstos no número anterior tomam a forma de acórdãos quando forem proferidos por um tribunal colegial.

3 - [...].

4 - Os actos decisórios referidos nos números anteriores revestem os requisitos formais dos actos escritos ou orais, consoante o caso.

5 - Os actos decisórios são sempre fundamentados, devendo ser especificados os motivos de facto e de direito da decisão.»

⁸ Integrado no LIVRO IV «Das medidas de coacção e de garantia patrimonial», prescreve que:

«[...] A fundamentação do despacho que aplicar qualquer medida de coacção ou de garantia patrimonial, à excepção do termo de identidade e residência, contém, sob pena de nulidade:

a) A descrição dos factos concretamente imputados ao arguido, incluindo, sempre que forem conhecidas, as circunstâncias de tempo, lugar e modo;

b) A enunciação dos elementos do processo que indiciam os factos imputados, sempre que a sua comunicação não puser gravemente em causa a investigação, impossibilitar a descoberta da verdade ou criar perigo para a vida, a integridade física ou psíquica ou a liberdade dos participantes processuais ou das vítimas do crime;

c) A qualificação jurídica dos factos imputados;

d) A referência aos factos concretos que preenchem os pressupostos de aplicação da medida, incluindo os previstos nos artigos 193.º e 204.º».

⁹ Onde se estabelece, para além do mais, que: «1 - Nenhuma medida de coacção, à excepção da prevista no artigo 196.º, pode ser aplicada se em concreto se não verificar, no momento da aplicação da medida:

a) Fuga ou perigo de fuga [...], o qual terá de ser justificado, devendo, conforme vem entendendo a doutrina e a jurisprudência, ser real e não meramente hipotético e resultar de factualidade concreta.

¹⁰ Cfr. art.º 3 do Código de Processo Penal.

Não competindo aqui discutir a questão de fundo, nem tomar qualquer posição sobre a mesma, importa apenas alertar para as correntes jurisprudenciais que se vêm afirmando em sentido divergente: para uns já resulta da lei, nomeadamente dos arts. 141.º, n.º 7, *a contrario*, 147.º, n.º 7, das disposições conjugadas dos arts. 99.º e 96.º, n.º 4, do Código de Processo Penal, que o despacho que determina a aplicação de medidas de coação deve ser, na íntegra, reduzido a escrito¹¹, ao contrário do que sucede com as declarações do arguido que serão gravadas através do sistema integrado de gravação digital disponível na aplicação informática dos tribunais¹²; para outros, bastará que o mesmo seja registado em gravação áudio, ficando no auto uma súmula, prática que faz curso em alguns tribunais de instrução criminal e nalguns tribunais de pequena instância criminal, amparada fundamentalmente nos arts. 96.º, n.º 4, 100.º e 101.º, do Código de Processo Penal, e nos princípios da celeridade e economia processuais.

Nesta perspetiva, a questão assume especial relevância face à unidade do sistema jurídico, na medida em que, caso a presente proposta vingue, consagrando na Lei de Estrangeiros uma norma como a gizada, deverá o legislador, perante práticas judiciais discordantes e estando em causa direitos fundamentais do cidadão, sem esquecer a ponderação dos princípios da economia processual e simplificação dos procedimentos, tomar posição *expressa* na lei processual penal relativamente a esta matéria, sendo certo que não fará qualquer sentido aplicar um regime mais exigente naquela Lei do que nesta, na qual se prevê a aplicação da medida de coação mais gravosa.

3.6.3. Ainda quanto às alterações gizadas para o n.º 3 do art.º 142.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, faz-se notar que a decisão que determina a aplicação de medidas de coação já é comunicada à autoridade administrativa para efeitos de expulsão, nos termos do art.º 146.º, n.ºs 2 e 4, desse diploma, pelo que não se vislumbra qualquer utilidade na pretendida apensação ao processo individual de afastamento do território nacional.

3.7. Visa ainda a presente iniciativa legislativa a consagração de “circunstâncias que permitam presumir a inexistência do perigo de fuga”.

¹¹ O qual ficará consignado no auto, contendo: os factos; a enunciação dos elementos do processo que indiciam os factos imputados; a fundamentação de facto; a qualificação jurídica dos factos imputados; a referência aos factos concretos que preenchem os pressupostos de aplicação da medida, incluindo os previstos nos artigos 193.º e 204.º - cfr. art.º 194.º, n.º 6, do Código de Processo Penal.

¹² Ver neste sentido, acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, proc. 887/21.3SGLSB-A.L1-3, de 16-03-2022, in *www.dgsi.pt*

Nos termos do artigo 349.º do Código Civil “Presunções são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para afirmar um facto desconhecido”.

Acrescentando o artigo 350.º, sob a epígrafe «*Presunções legais*», que:

“1. *Quem tem a seu favor a presunção legal escusa de provar o facto a que ela conduz;*

2. *As presunções legais podem, todavia, ser ilididas mediante prova em contrário, excepto nos casos em que a lei o proibir*”.

3.7.1. Como ensinam Pires de Lima e Antunes Varela¹³, nas presunções “supõe-se a prova de um facto conhecido (base da presunção), do qual, depois, se infere o facto desconhecido”.

Provado o facto conhecido (base das presunções), no caso de presunções legais, «intervém a Lei a concluir dele a existência de outro facto (presumido)»¹⁴.

Existindo presunção legal, provar o facto que serve de base à presunção equivale a provar plenamente o facto presumido.

Conforme se escreveu no Acórdão do STJ, de 03-04-1991, «É consagrada a classificação em presunções legais (*praesumptiones juris*), quando a operação lógica de dedução a faz a própria lei; presunções judiciais (*praesumptiones hominis seu iudices*), quando a dedução se realiza pelo órgão judicial.

As presunções legais são *juris et de jure*, quando não admitem prova em contrário; *juris tantum*, quando podem ser afastadas por prova que se lhes oponha. No primeiro caso, impede-se a prova em contrário; no segundo, inverte-se o ónus de prova.

As presunções funcionam como modo de ultrapassar as dificuldades de prova, por se referirem, por exemplo, a factos que não se objectivam pela sua própria natureza, havendo uma aparência que merece protecção - oponibilidade a terceiro de acção de simulação registada, seja também quando é mais difícil de produzir para quem teria normalmente que suportar o ónus probatório (*relevatio ab onere probandi*). (...). As presunções legais podem, todavia, ser ilididas mediante prova em contrário, excepto nos casos em que a lei o proibir.

Seguindo Vaz Serra, «Provas (direito probatório material)» in Boletim do Ministério da Justiça, n.os 110-112, p. 35, as presunções *juris tantum* constituem a regra, sendo as presunções *juris et de jure* a excepção. Na dúvida, a presunção legal é *juris tantum*, por não se

¹³ *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª Edição revista e atualizada, Coimbra Editora, Limitada, p. 312.

¹⁴ Cfr. Abílio Neto, *Código Civil Anotado*, 9.ª Edição atualizada e ampliada, 1995, Ediforum, edições Jurídicas, L.da, p. 215.

dever considerar, salvo referência da lei, que se pretendeu impedir a produção de provas em contrário, impondo uma verdade formal em detrimento do real provado (...)»¹⁵.

3.7.2. Feito este breve enquadramento teórico, parece-nos que a presente iniciativa legislativa pretende consagrar no n.º 4 do art.º 142.º do diploma legal em referência uma presunção legal *juris tantum*, na medida em que é a própria lei que, verificados certos “factos”, dá como provado um outro “facto”, inferindo-se da formulação adotada que admite prova do contrário.

Na formulação proposta, a base da presunção é a *existência de elementos de forte ligação a Portugal ou a intenção clara de fixação de residência permanente em Portugal*.

Ou seja, provada *a existência de elementos de forte ligação a Portugal ou a intenção clara de fixação de residência permanente em Portugal* fica assente *a inexistência de perigo de fuga* (que será o *facto desconhecido*).

Tal como se encontra construída, a norma proposta encerra em si conceitos conclusivos, abrangentes e subjetivos, do domínio do psiquismo das pessoas, como seja *a intenção clara de fixação da residência*, que dificilmente consubstanciam *factos* “concretos” que possam servir de base à presunção, contemplando-se antes no preceito matérias que, a nosso ver, deverão ser deixadas para a apreciação do aplicador do direito que aferirá, em cada caso concreto, da existência ou não de perigo de fuga nos termos já pormenorizadamente estabelecidos no n.º 3.

Doutra parte, sendo as presunções maioritariamente relativas a *factos*, importa ter presente que *o perigo de fuga* não é propriamente um *facto*, mas um requisito fundante da aplicação de uma medida de coação que tem que ser densificado no caso concreto e com referência a *factos*.

Enfim, a presunção de que, em certos casos, inexistente perigo de fuga corre o risco de legitimar o argumento *a contrario* de que, fora de tais casos, é acrescido o perigo de fuga.

Afigura-se, pois, mais ajustada a opção legislativa atual, a qual, assegurando devidamente os direitos de defesa do cidadão e obrigando a uma ponderação judicial de todas as circunstâncias relevantes, deverá manter-se.

4. Conclusão

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

¹⁵ Acórdão de Uniformização de Jurisprudência, *www.dgsi.pt*

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.



**Graça Maria
Andrade Paula
Pissarra**
Adjunta

Assinado de forma digital por Graça Maria
Andrade Paula Pissarra
98ddea40ea430e063404c0cfe59c3c5904688950
Dados: 2023.02.02 19:55:19