ACÓRDÃO Nº 577/94

Proc. nº 10/94
1ª Secção
Rel. Cons. Ribeiro Mendes

Acordam na 1ª Secção do Tribunal Constitucional:

I

1. **A.**, de nacionalidade ----------, ----------, ----------, residente na Rua ----------, nº ----------, na ----------, ----------, foi julgado pela prática de um crime de homicídio voluntário na pessoa de uma sua irmã, no 2º Juízo do Tribunal Criminal de Lisboa, tendo sido condenado na pena de 12 anos de prisão e na pena acessória de expulsão do território nacional por um período de 10 anos, esta última ao abrigo do disposto nos arts. 43º, alínea b), e 69º do Decreto-Lei nº 264-B/81 de 3 de Setembro (sentença proferida em 8 de Março de 1993, a fls. 83 a 88 dos autos).

Inconformado, interpôs o arguido recurso do acórdão condenatório para o Supremo Tribunal de Justiça.

Através de acórdão proferido em 3 de Novembro de 1993, a Secção Criminal do Supremo Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso interposto pelo arguido. Oficiosamente e quanto à aplicação da pena acessória de expulsão, aquele Tribunal revogou tal medida, por ter considerado inconstitucional a norma que a previa. Pode ler-se nesse aresto:

> "Uma outra questão deve ser apreciada apesar de o arguido a não ter suscitado, como lhe competia: é a da pena acessória de expulsão que lhe foi aplicada.
>
> A tanto não obsta o disposto no artigo 409º do C.P.P. porque está em causa um benefício para o arguido.
>
> Preceitua o artigo 65º do Código Penal que «Nenhuma pena envolve, como efeito necessário, a perda de direitos civis, profissionais ou políticos».
>
> É a consagração do princípio constitucional contido no artigo 30º nº 4 da Constituição.
>
> A condenação numa pena principal é condição necessária mas nunca suficiente, de aplicação de uma pena acessória, tornando-se necessário que o juiz comprove ser facto um particular conteúdo de ilícito que justifique materialmente a aplicação em espécie da pena acessória de expulsão; não é, portanto, de aplicação automática, como tem sido salientado pelo Tribunal Constitucional [...].
>
> O próprio legislador, na nova lei que estabelece o regime de entrada, permanência, saída e expulsão de estrangeiros do território nacional (Decreto-Lei nº 59/93, de 3 de Março) deixou

expresso, no artigo 69º, que a expulsão não é automática: «A expulsão pode ser determinada...».

O acórdão recorrido, porém, aplicou a expulsão automaticamente nos seguintes termos: «Atento o disposto nos arts. 43º b) e 69º do Dec-Lei nº 264-B/81, de 3/9, será aplicada ao arguido a pena acessória de expulsão, uma vez que não possui a nacionalidade portuguesa».

Nenhuma razão particular foi apontada para justificar a expulsão.

E essa justificação merece especial cuidado quando se trata de estrangeiros oriundos das antigas colónias portuguesas dado que em muitos casos estão radicados em Portugal há longos anos ou vieram juntar-se à família aqui radicada há muito tempo, estando já totalmente desligados do país de origem." (a fls. 121 vº a 122 vº)

Notificado deste acórdão, veio o representante do Ministério Público interpor recurso de constitucionalidade, ao abrigo da alínea a) do nº 1 do art. 70º da Lei do Tribunal Constitucional.

O recurso foi admitido, tendo os autos subido ao Tribunal Constitucional.

2. Neste último Tribunal, apresentaram alegações o Ministério Público e o recorrido.

Nas alegações da entidade recorrente formulam-se as seguintes conclusões:

"1º Deve julgar-se inconstitucional a norma da alínea b) do artigo 43º do Decreto-Lei nº 264-B/81, de 3 de Setembro, enquanto aí se prevê a aplicação imediata da pena acessória de expulsão ao estrangeiro residente no País há menos de cinco anos condenado por crime doloso em pena superior a um ano de prisão, por violação do disposto no nº 4 do artigo 30º da Constituição, se se confirmar, pelas instâncias, que o arguido era titular de um direito de permanência em território português;

2º A apurar-se que o arguido não era titular de tal direito, deverá considerar-se que a citada norma não viola aquele princípio da lei fundamental, não sendo, consequentemente, inconstitucional" (a fls. 143 dos autos)

O arguido, por seu turno, sustentou que as normas desaplicadas se mostravam afectadas de inconstitucionalidade, nos termos acolhidos no acórdão recorrido, considerando ser desnecessário averiguar se ele próprio estava ou não autorizado a residir em Portugal, uma vez que a ordem jurídica portuguesa reconhece aos estrangeiros determinados direitos independentemente da sua permanência em Portugal estar ou não autorizada e que, por outro lado, a declaração de inconstitucionalidade de uma norma não pode estar dependente da verificação, em cada caso, de um determinado elemento, afigurando-se "uma autêntica negação da generalidade e abstracção imanentes à Lei cair no engodo da determinabilidade de certos factos, e permitir, dessa forma, situações de desigualdade e de injustiça"(a fls. 149 vº).

3. Foram corridos os vistos legais.

Cumpre apreciar o objecto do recurso, por não haver razões que a tal obstem.

II

4. Embora no acórdão recorrido não haja uma afirmação expressa de desaplicação por inconstitucionalidade das normas dos arts. 43º, alínea b), e 69º do Decreto-Lei nº 264-B/81, de 3 de Setembro, não restam dúvidas de que a desaplicação da primeira delas teve como fundamento a sua inconstitucionalidade. Como refere o Exmo. Procurador-Geral Adjunto nas suas alegações, tal resulta indiscutivelmente "da doutrina do acórdão, da jurisprudência em que se baseou, e do requerimento de interposição do recurso (...)" (a fls. 134).

Por outro lado, a circunstância de, como resulta do texto transcrito do acórdão recorrido, as normas desaplicadas já não estarem em vigor, por terem sido revogadas pelo Decreto-Lei nº 59/93, de 3 de Março (vejam-se os seus arts. 116º, alínea a), e 117º e o Decreto Regulamentar nº 49/93, de 15 de Dezembro) não elimina o interesse processual no conhecimento desta questão de inconstitucionalidade, visto que esta se reporta a um momento de tempo em que aquelas disposições estavam em vigor e eram susceptíveis de ter sido aplicadas, se não fosse o vício de inconstitucionalidade detectado: a sentença de primeira instância foi proferida já após a publicação do Decreto-Lei nº 59/93, mas numa altura em que se achava ressalvada a vigência do diploma de 1981, até à entrada em vigor do regulamento do diploma revogatório (art.117º citado).

5. Dispõe o art. 43º do Decreto-Lei nº 264-B/81, de 3 de Setembro (diploma que estabelece disposições relativas à entrada, permanência, saída e expulsão de estrangeiros do território nacional):

"Sem prejuízo do disposto na legislação penal, será aplicada a pena acessória de expulsão:

a) Ao estrangeiro não residente no País condenado por crime doloso em pena superior a seis meses de prisão;

b) Ao estrangeiro residente no País há menos de cinco anos condenado por crime doloso em pena superior a um ano de prisão;

c) Ao estrangeiro residente no País há mais de cinco anos e menos de vinte condenado a pena maior."

Por seu turno, o art. 69º deste decreto-lei estatui que se considera "estrangeiro, para efeitos do presente diploma, todo aquele que não prove possuir a nacionalidade portuguesa."

Nos termos do art. 30º do Decreto-Lei nº 264-B/81, considera-se residente o estrangeiro "a quem tenha sido concedida autorização para residir em Portugal".

O objecto do recurso é constituído pela norma verdadeiramente desaplicada pela decisão recorrida, a alínea b) do art. 43º do Decreto-Lei nº 264-B/81, visto que o art. 69º se limita a estabelecer um critério de determinação de

quem é estrangeiro para efeitos de aplicação do diploma, sendo certo que o arguido desde sempre assumiu a sua qualidade de estrangeiro.

5. Como põe em evidência a entidade recorrente nas suas alegações, os regimes de 1981 e de 1993 quanto à expulsão de estrangeiros, na sequência de uma decisão penal condenatória, mantêm grandes semelhanças, ao menos no que toca à letra das respectivas normas.

No diploma de 1981, a formulação verbal do corpo do seu art. 43º aponta para uma aplicação automática da pena de expulsão ao estrangeiro condenado em processo penal ("...será aplicada a pena acessória de expulsão"). Manteve-se assim a solução que já aparecia no anterior diploma na matéria, embora agora com distinção dos três regimes diversificados constantes das três alíneas do art. 43º do Decreto-Lei nº 264-B/81.

> "Sempre que um estrangeiro seja condenado por crime doloso em pena superior a um ano de prisão, a sentença que o condenar determinará acessoriamente a sua expulsão" (art. 2º do Decreto-Lei nº 582/76, de 22 de Julho).

No diploma de 1993, o art. 68º mantém a formulação da norma de 1981 ("[s]em prejuízo do disposto na legislação penal, será aplicada a pena acessória de expulsão") e continua a distinguir as três situações que constavam das três alíneas do art. 43º daquele diploma. O art. 69º, porém, parece afastar a automaticidade da aplicação da pena de expulsão, atendendo à formulação verbal utilizada ("pode"), embora a norma seja aplicável a situações algo diversas (expulsão por decisão judicial ou por decisão administrativa):

> "A expulsão pode ser determinada, nos termos da presente lei, por autoridade judicial ou autoridade administrativa competente".

6. Seja como for - e como se põe em evidência no acórdão recorrido - o tribunal de primeira instância acolheu uma interpretação arrimada à letra da lei, considerando que o tribunal estava vinculado a determinar a pena de expulsão, directamente ex vi legis, e sem ter de apreciar se se justificava no caso concreto a efectiva aplicação daquela pena acessória, limitando-se a determinar a duração do período de eficácia da sanção (duração de dez anos).

Foi quanto a esta norma assim interpretada que o Supremo Tribunal de Justiça se pronunciou no sentido da sua inconstitucionalidade.

7. É altura de inquirir se as normas que constituem o objecto deste recurso ofendem, ou não, qualquer princípio ou norma constitucionais.

Não se põe em causa, em termos de constitucionalidade, que os tribunais portugueses possam decretar a expulsão de um estrangeiro, como sanção acessória, na sequência da aplicação de uma sanção penal de certa gravidade.

A Constituição em vigor apenas proíbe a extradição e a expulsão de cidadãos portugueses do território nacional (art. 33º, nº 1). Mas a expulsão de estrangeiros do território nacional acha-se expressamente prevista no texto constitucional, nos seguintes termos:

> "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" (art. 33º, nº 5)

Os estrangeiros em situação regular no território nacional ou durante a pendência de um pedido de asilo têm o direito de não serem arbitrariamente expulsos. Como escrevem Gomes Canotilho e Vital Moreira, "sendo certo que a expulsão não pode ser arbitrária, ela não está todavia sempre pendente de decisão judicial - como sucede com a extradição -, podendo ser determinada por via administrativa sempre que o visado não se encontre regularmente no território nacional" (Constituição da República Portuguesa Anotada, 3ª ed., Coimbra, 1993, p. 211).

Embora o princípio geral seja o de que os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal "gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português" (art. 15º, nº 1, da Constituição), as matérias de extradição e de expulsão mostram que há diferenças de estatutos entre nacionais e não nacionais quanto a certas regulamentações jurídicas, em determinados domínios não obstante a tendencial equiparação em matéria de direitos e de deveres.

8. O disposto no art. 15º, nº 1, da Constituição aponta para que os estrangeiros e apátridas gozam da garantia prevista no nº 4 do art. 30º da Constituição, segundo a qual "nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos".

É óbvio que a expulsão pode afectar direitos subjectivos do estrangeiro de diferente natureza, nomeadamente direitos profissionais, como era, no caso concreto, o direito de trabalhar em Portugal exercido pelo recorrido.

A garantia do nº 4 do art. 30º da Constituição abrange seguramente as expulsões de estrangeiros decretadas pelo juiz penal, como sanção acessória.

Isso mesmo foi reconhecido pelo Tribunal Constitucional, no seu Acórdão nº 359/93 ainda inédito, o qual incidiu sobre a questão de constitucionalidade do art. 34º, nºs 1 e 2, do Decreto-Lei nº 430/83, de 13 de Dezembro (anterior lei sobre consumo e tráfico ilícito de drogas):

> "... o direito à fixação em qualquer parte do território nacional é um direito civil (cf. os artigos 82º e seguintes do Código Civil), aliás consagrado constitucionalmente (artigo 44º, nº 1, da Constituição), mesmo para os estrangeiros autorizados a residir em Portugal e nos termos de tal autorização (artigo 15º), como é o caso dos autos.
>
> Logo, toda a norma que imponha como «efeito necessário» de uma pena imposta a um estrangeiro a expulsão do País - como é o caso do nº 2 do artigo 34º do Decreto-Lei nº 430/83 - é

inconstitucional por violação do preceito transcrito" (no mesmo sentido, veja-se o Acórdão nº 434/93, in *Diário da República*, II Série, nº 15, de 19 de Janeiro de 1994, onde se acha transcrito este passo).

Ao decidir deste modo, o Tribunal Constitucional manteve-se fiel à jurisprudência que veio a fixar sobre a interpretação do nº 4 do art. 30º da Constituição. Como se escreveu no Acórdão nº 224/90 deste Tribunal:

"O sentido do preceito constitucional é, pois, o de que a perda de tais direitos [civis, profissionais ou políticos], como efeito de pena, não pode produzir-se ope legis ou, por outras palavras, não pode provir directamente da lei (...) (in *Acórdãos do Tribunal Constitucional*, 16º volume, p. 130; veja-se a jurisprudência aí citada, bem como a mais recente referida no Acórdão nº 442/93, abaixo citado).

Este entendimento é também sufragado na doutrina pelo Prof. Figueiredo Dias, sendo a sua opinião expressamente invocada em apoio do juízo formulado pelo Supremo Tribunal de Justiça no acórdão recorrido. Este autor nota que o art. 48º, nº 1, alínea a), do Decreto-Lei nº 264-B/81 "dispõe, com uma dose dificilmente ultrapassável de naïveté que «a decisão conterá obrigatoriamente os fundamentos, salvo quando a expulsão tenha a natureza de pena acessória»: o efeito opera-se pois exclusivamente ope legis e não ope judicis, só por isso se podendo compreender (e mesmo assim mal) que a «decisão» não necessite de ser fundamentada" (Direito Penal Português - As Consequências Jurídicas do Crime, Lisboa, 1993, p. 176).

9. A entidade recorrente, baseando-se no Acórdão nº 442/93 do Tribunal Constitucional, sugere que o presente acórdão subdistinga duas situações diversas, relativamente às quais não deveria ser idêntico o juízo de constitucionalidade: a hipótese de o arguido e ora recorrido ser titular de um direito de entrada e permanência no território português e a hipótese de o arguido se encontrar no País numa situação irregular, no que toca à legislação de estrangeiros editada em Portugal.

De facto, no Acórdão nº 442/93 - que versava um recurso interposto pelo Ministério Público relativo a um estrangeiro residente habitualmente num terceiro país e detido em prisão portuguesa, sendo acusado em processo penal pela prática de um crime de tráfico ilícito de drogas - a 2ª Secção do Tribunal Constitucional considerou que:

"... A expulsão, que o acórdão recorrido impôs ao arguido, para ser cumprida após o cumprimento da pena de prisão (...), não o privou do direito de permanecer em Portugal, para o efeito, designadamente, de aqui estabelecer residência, nem do direito de entrar em território nacional, pela singela razão de que ele não tem tais direitos. E não se vê que possa ter sido privado de quaisquer outros direitos em consequência da expulsão decretada.

Mas então, muito embora o acórdão recorrido, para o efeito de ordenar a expulsão do arguido, tenha aplicado o artigo 34º, nº 2, do Decreto-Lei nº 430/83, de 13 de Dezembro (interpretando-o no sentido de que, condenando-se um arguido estrangeiro pelo crime do artigo 23º daquele decreto-lei, se impõe a decretação automática da sua expulsão do País) - interpretação que, como se viu, viola o artigo 30º, nº 4, da Constituição -, essa aplicação não violou, no caso, um tal preceito constitucional, em virtude de, na condenação, não ir envolvida, como efeito necessário, «a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos».

Consequentemente, impõe-se concluir que a aplicação no caso do referido artigo 34º, nº 2, do Decreto-Lei nº 430/83, de 13 de Dezembro, *sub specie constitutionis*, não merece censura" (in *Diário da R\1república*, II Série, nº 15, de 19 de Janeiro de 1994, p. 518).

No caso *sub judicio*, a situação do arguido é diversa. O mesmo é natural de Cabo Verde, residindo em Portugal desde 1991, onde trabalhava como carpinteiro da construção civil (veja-se o auto do primeiro interrogatório do arguido a fls. 7 e o relatório social a fls. 68 e seguintes dos autos). Durante o julgamento não foi posto em causa, no plano dos factos, que se tratava de estrangeiro residente em Portugal há menos de cinco anos, exercendo funções como trabalhador migrante.

Não cabe, de todo o modo, ao Tribunal Constitucional exercer qualquer controlo sobre a maneira como foi apurada no processo crime a situação de residente no País do arguido ora recorrido e como foi aplicada no Supremo Tribunal de Justiça a norma objecto do recurso.

Há-de, por isso, este Tribunal julgar - como o fez o Supremo Tribunal de Justiça no acórdão recorrido - que a a norma que impõe a expulsão como efeito automático da condenação viola o nº 4 do art. 30 da Constituição.

Não se justifica, assim, a realização de quaisquer diligências instrutórias pelos tribunais judiciais, a pedido do Tribunal Constitucional, prévias à decisão deste, tanto mais que a não inconstitucionalidade a que chegou o Tribunal no Acórdão nº 442/93 se referiu à aplicação da norma no caso concreto e não ao plano normativo da sua interpretação.

III

10. Nestes termos e pelas razões expostas, decide o Tribunal Constitucional negar provimento ao recurso, confirmando integralmente o acórdão recorrido quanto ao julgamento em matéria de constitucionalidade e julgando, por isso, inconstitucional a norma da alínea b) do artigo 43º do Decreto-Lei nº 264-B/81, de 3 de Setembro, por violação do artigo 30º, nº 4, da Constituição.

Lisboa, 26 de Outubro de 1994

Armindo Ribeiro Mendes
Antero Alves Monteiro Dinis
Maria Fernanda Palma
Maria da Assunção Esteves
Alberto Tavares da Costa
Luís Nunes de Almeida