

OBSERVATÓRIO DOS DIREITOS HUMANOS

Relatório

agosto de 2015

Das garantias do Cidadão estrangeiro em caso de afastamento coercivo do território Português

I. Apresentação do caso

O Observatório dos Direitos Humanos recebeu uma denúncia por parte do Dr. J., Advogado, que agiu em representação de I., a qual apresentava os seguintes factos:

1. I., cidadão de nacionalidade cabo-verdiana, esteve em cumprimento de pena no E.P. do Linhó até 20 de Março de 2015;
2. Em 2004, foi-lhe instaurado processo de afastamento coercivo do território nacional pela Delegação Regional do Algarve do SEF, tendo nesse ano prestado declarações no âmbito desse processo;
3. O *supra* referido processo transitou posteriormente para a Delegação Regional de Cascais do SEF;
4. No dia 7 de Fevereiro de 2014, foi elaborada proposta de decisão no sentido de expulsar o cidadão cabo-verdiano do território nacional, a qual foi instruída pelo Sr. Inspetor R. da Delegação Regional de Cascais do SEF;
5. A proposta de decisão mereceu concordância dos superiores hierárquicos no dia 6 de Fevereiro de 2014 (data anterior à proposta de decisão);
6. A sua expulsão foi determinada pelo Sr. Diretor Nacional Adjunto, em data que não consta da decisão;
7. O cidadão cabo-verdiano apenas foi ouvido no âmbito deste processo no ano de 2004;
8. O cidadão expulso do território português é casado com uma cidadã portuguesa e pai de uma filha menor, também de nacionalidade portuguesa, que residiam em território português à data dos factos;
9. O cidadão recebeu ordem para sair em liberdade do E.P. do Linhó no dia 20 de Março de 2015 antes das 07h00m, sensivelmente às 05h20m, ficando sob custódia do SEF, que o aguardava à saída do estabelecimento prisional;
10. Foi requerida providência cautelar, tendo em vista a suspensão da decisão de libertação, conforme decorre da Lei, que deu entrada no T.A.F. de Sintra, às 08h58 da manhã;
11. Foi o seu mandatário, *supra* melhor identificado, contactado pelo cidadão, por volta das 9h30, a informar que já o haviam escoltado até dentro do avião, com destino à Ilha de S. Vicente (o cidadão é natural da ilha de Santiago, para a qual existem voos diretos, todos os dias, às 20h45);
12. Face a esta situação, foi contactada a Delegação Regional de Cascais do SEF, a qual afirmou nada poder fazer;
13. O cidadão foi deportado para Cabo Verde praticamente sem dinheiro e sem roupa;
14. Não foi dada oportunidade aos familiares residentes em Portugal, de lhe entregarem qualquer bagagem e/ou pertences pessoais nem de se despedirem do cidadão.

Recebida a denúncia, foi dada oportunidade ao Ministério da Administração Interna e ao Serviço de Estrangeiros e Fronteiras para se pronunciarem, querendo, no prazo de 15 dias, sobre os factos acima relatados, tendo o ODH recebido resposta extemporânea por parte daquelas entidades, a qual se junta para os devidos efeitos e aqui se elencam alguns dos seus pontos a título sumário:

“(…) é inequívoco que foi assegurado ao cidadão o direito de audiência, nos termos legalmente previstos. É certo que tal direito foi assegurado em 2004, sendo certo que o cidadão não veio ao processo comunicar factos supervenientes com eventual relevância para o processo.

No tocante aos factos alegados no n.º 8, da sentença da 4.ª Vara Criminal de Lisboa, datada de 12/06/2013, com base nas declarações prestadas pelo próprio cidadão estrangeiro, constata-se a existência de uma filha menor que emigrou com a mãe para Inglaterra. A dita sentença menciona, igualmente, uma filha de outra relação (...).

(...) não são da égide deste SEF, mas antes, dos Serviços Prisionais, sendo naturalmente alheio a este Serviço a definição do horário de libertação dos reclusos (...).

(...) chegado à ilha de São Vicente, tinha voo de ligação (...).

O Princípio da não separação dos filhos dos pais não é um princípio absoluto (...). Não é aceitável a asserção de que existindo menores sobre quem o cidadão estrangeiro progenitor detenha responsabilidade parental, se entenda que esse facto inviabiliza, sem mais, o seu afastamento pois tal equivaleria, no limite, a aceitar que a prática de actividade criminosa, sempre que o agente fosse cidadão estrangeiro e tivesse filhos menores nacionais ou residentes, se repercutia, sem mais, na impossibilidade do seu afastamento de território nacional”.

II. Enquadramento jurídico na perspetiva dos Direitos Humanos

a. Tutela constitucional dos estrangeiros

A nossa lei fundamental estabelece no seu art. 15.º um Princípio de Equiparação do cidadão estrangeiro ao cidadão português, ou seja, prevê os mesmos direitos e os mesmos deveres para cidadãos portugueses e não portugueses, sem prejuízo das exceções indicadas no n.º 2 do mesmo artigo (direitos políticos, exercício de funções públicas que não tenham caráter predominantemente técnico e os direitos reservados apenas a cidadãos portugueses) ¹.

Ora, do exposto resulta que todas as pessoas, sem distinção alguma, são protegidas pela panóplia de direitos previstos na Constituição da República Portuguesa, sendo eles direitos, liberdades e garantias ou deveres económicos sociais e culturais.

¹ Acresce que, apesar de o Princípio da Equiparação sofrer algumas limitações no que se refere ao seu conteúdo, a sua extensão vai além do texto constitucional, uma que vez abarca os direitos previstos na Constituição e os demais direitos previstos em legislação ordinária.

No caso em apreço, estamos perante um cidadão não português que se encontrava a residir em território português, ainda que integrado num sistema prisional, pelo que, é-lhe extensível todo o regime de direitos fundamentais previstos na CRP.

De forma sumária, podemos destacar os seguintes planos de análise desta questão: direitos constitucionalmente consagrados do cidadão preso, direitos processuais do cidadão alvo de um processo de afastamento coercivo do território nacional, direito à família do cidadão não português alvo de processo de afastamento de território nacional e, por último, direito ao respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana do cidadão não português residente em Portugal.

b. Afastamento coercivo de cidadão estrangeiro do território nacional por autoridade administrativa

É certo que o art. 44.º da CRP prevê o direito de deslocação e a sua extensibilidade aos estrangeiros, contudo esse direito está necessariamente sujeito a requisitos especiais, desde logo a estada no território tem que ser considerada regular². Os Estados devem ter a prerrogativa de controlar a entrada e saída de território por parte dos estrangeiros. Assim, a nossa CRP prevê no art. 33.º a possibilidade de expulsão de um cidadão não português que resida em Portugal, concretamente o n.º 2 do art. 33.º, *a contrario*, admite a expulsão por autoridade administrativa para os casos em que o cidadão estrangeiro resida irregularmente em território português, não seja titular de autorização de residência e tenha apresentado um pedido de asilo e este tenha sido recusado³.

Não obstante esta prerrogativa constitucionalmente prevista, ao cidadão não português residente em Portugal (que permaneça em Portugal ainda que em situação irregular) não pode ser vedado qualquer direito fundamental, nos termos previstos pelo já mencionado Princípio da Equiparação previsto no art. 15.º da CRP.

i. Direito à família

Decorre do n.º 1 do art. 36.º da CRP que “*Todos têm o direito de constituir família e de contrair casamento em condições de plena igualdade*” e do n.º 6 do mesmo artigo que “*Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando*

² Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, anotação ao artigo 44.º, Coimbra Editora, 4.ª edição, p. 633.

³ De referir que o Processo de expulsão por entidade administrativa está regulado na Lei n.º 23/2007, de 4 de julho e anteriormente pelo DL.244/98 de 08 de agosto.

estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial". Este direito é consagrado a título universal na DUDH no seu artigo 16.º, assumindo-se como um direito do Homem e intrínseco a qualquer pessoa, independentemente do seu país de residência⁴.

Acresce que esse direito fundamental constitui um importante fundamento e limite de atuação das entidades administrativas, uma vez que, segundo o art. 135.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho (diploma em vigor à data da decisão) constitui limite à decisão de afastamento de território nacional o facto de o cidadão estrangeiro ter a seu cargo filhos menores de nacionalidade portuguesa ou estrangeira, a residir em Portugal, desde que este exerça efetivamente as responsabilidades parentais e assegure o sustento e a sua educação. Contudo, no caso em apreço não nos é possível verificar se a situação do cidadão estrangeiro preenchia estes requisitos na totalidade, uma vez que não sabemos se tinha efetivamente sob sua égide o exercício das responsabilidades parentais. Por outro lado, através da resposta recebida das entidades denunciadas, conclui-se que *"(...) sem prejuízo do direito aí consagrado [art. 36.º n.º 6 da CRP – direito a constituir família] não se perspectivar como um direito absoluto, tem de se articular com outros direitos (de igual força constitucional) também protegidos, entre os quais se destacam a segurança e a ordem públicas, manifestamente postas em causa de forma gravosa pela reintegrada conduta criminosa deste cidadão estrangeiro"*, pelo que *"(...) as diversas alienas do art. 135.º não acarretam uma inexpulsabilidade automática, o que só se verifica se o cidadão não tiver praticado qualquer ato susceptível de constituir um atentado à segurança nacional, à ordem pública (...)"*. **Concluindo: o processo era legítimo tendo em conta a argumentação apresentada pelas entidades denunciadas. (art. 134.º e 135.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho).**

ii. **Direito à audiência prévia**

De acordo com o n.º 10 do art. 32.º da CRP *"(...) em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa"*⁵.

⁴ Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa ..., p. 566 *"(...) as restrições a esse direito estão sob reserva de lei (...) e sob reserva de decisão judicial, quando se trate de separação forçada contra a vontade dos pais."*

⁵ A este propósito cfr. Acórdão do STJ, processo n.º 61/11.7YFLSB de 27-09-2011 disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/fa215258dd88d8c880257922002e9ba0?OpenDocument> *"(...) O direito de audiência consubstancia-se no direito do interessado a conhecer, previamente à decisão, o sentido provável desta, e a poder expor sobre ele o seu ponto de vista, direito que tem apoio no art. 267.º, n.º 5, da CRP. II - Para poder exercer o seu direito, o interessado deverá ser notificado dos "elementos de facto e de*

Ora, o processo de afastamento coercivo de território nacional é um processo sancionatório e o direito de audiência é também previsto no art. 148.º do referido diploma e do art. 118.º do diploma em vigor aquando a instauração do processo (DL.244/98 de 08 de agosto). De acordo com o referido, a pessoa tem direito a ser ouvida pelo instrutor do processo. Acontece que no caso em apreço I. foi ouvido pelo instrutor do processo (pertencente ao SEF do Algarve) e posteriormente **o processo transitou para Cascais, onde foi instruído e culminou numa proposta decisão, sem contudo I. ter oportunidade de ser ouvido por aquele instrutor.** Mais: o instrutor do processo tem que proferir uma proposta de decisão e dirigi-la à entidade competente para decidir e no caso em apreço estamos perante um instrutor que ouviu o interessado e um segundo instrutor que proferiu a proposta de decisão sem ouvir o interessado. O direito a ser ouvido é um direito também consagrado no Código de Procedimento Administrativo - art. 100.º - aplicável a este procedimento por se tratar de um procedimento administrativo. **Concluindo: o direito a ser ouvido do cidadão não foi assegurado.**

iii. **Direito à tutela judicial efetiva**

A CRP prevê no art. 20.º que todos têm acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos. Ora, o I. requereu providência cautelar tendo em vista a suspensão da decisão de libertação, conforme decorre da Lei, que deu entrada no T.A.F. de Sintra, às 08h58 da manhã. Contudo, tendo em conta a especificidade da situação a nossa ordem jurídica prevê mecanismos de tutela urgentíssima para tutelar direitos, liberdades e garantias que de outro modo não possam ser exercidos em tempo útil ou quando entenda haver especial urgência, *in casu*, **o decretamento provisório da providência nos termos do art. 131.º do CPTA ou a Intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias prevista no art. 109.º do CPTA, o que não foi requerido pelo cidadão.**

iv. **Violação do Princípio da dignidade da Pessoa Humana**

Ainda que existam fundamentos para afastar coercivamente o cidadão em causa, o mesmo teria direito a ser tratado com respeito por princípios e padrões de atuação por parte das entidades envolvidas, padrões esses que derivam do Princípio da dignidade da Pessoa Humana patente no art. 1.º da CRP 6. Vejamos.

direito relevantes para a decisão”, pois sem esses elementos seria impossível ao interessado apresentar os seus argumentos”.

⁶ Nas sábias palavras de Vieira de Andrade in Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, 3ª ed., p. 102 e 110, “o princípio da dignidade da pessoa humana (...) está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados (...). (...) Pode ser diferente o grau de vinculação dos direitos àquele princípio. Assim, alguns direitos constituem explicitações de primeiro grau da ideia de dignidade,

O cidadão recebeu ordem de saída do E.P. antes das 07h00 da manhã (5h20m), violando-se expressamente o art.º 24.º n.º 1 do CEPMPL, que refere que “*A libertação tem lugar durante a manhã do último dia do cumprimento da pena*”. Devendo o estabelecimento prisional responder por esta atuação.

Apesar do cidadão ter sido enviado para um destino (ilha) que não a sua, os SEF garantiram um voo de ligação à sua ilha assim que chegasse, não existindo assim qualquer irregularidade. Quanto ao facto de não ter sido possibilitado a I. levar consigo roupas ou dinheiro suficientes para criar condições no país de destino que sejam compatíveis com uma vida digna, nem tao pouco, despedir-se da sua família e amigos, o que de alguma forma, coloca o cidadão numa posição ainda mais vulnerável, o mesmo deve ser imputável ao estabelecimento prisional, bem assim ao SEF por ser a entidade competente para o processo de afastamento coercivo. **Em suma, estas práticas não respeitaram os padrões de atuação normais que permitam respeitar a dignidade humana⁷, *in casu*, foi posto em causa o bem-estar físico e psíquico de I.**

III. Conclusões

Chegados a este ponto e baseados nos factos que nos foram apresentados, a instauração do processo de afastamento coercivo instaurado contra o cidadão foi legítima. Contudo, em termos procedimentais foi violado o seu direito a ser ouvido ao abrigo do direito de audiência constitucionalmente previsto e foi alvo de um tratamento que colocou em causa a sua dignidade, uma vez que foi libertado em horário não previsto no art. 24.º do CEPMPL e enviado para o seu país de destino sem o respeito pelas condições mínimas de bem-estar, uma vez que não lhe foi possibilitado levar os seus pertences ou despedir-se da sua família/amigos antes de partir.

que modela todo o conteúdo deles: o direito à vida, à identidade e à integridade pessoal, à liberdade física e de consciência, por exemplo, tal como a generalidade dos direitos pessoais, são atributos jurídicos essenciais da dignidade dos homens concretos. (...) os direitos fundamentais não têm sentido nem valem apenas pela vontade (...) que historicamente os impõe. O conjunto dos direitos fundamentais é significativo e desvendável, porque é referido a um critério de valor; os direitos fundamentais são obrigatórios juridicamente, porque são explicitações do princípio da dignidade da pessoa humana que lhes dá fundamento. É que a unidade dos direitos fundamentais, como a unidade da ordem jurídica em geral, há-de ser uma unidade axiológica, material que funde e legitime o seu conteúdo normativo.”

⁷ A este propósito, cfr. Acórdão n.º 144/2004 do Tribunal Constitucional, “*uma Ordem Jurídica orientada por valores de Justiça e assente na dignidade da pessoa humana não deve ser mobilizada para garantir, enquanto expressão da liberdade de acção, situações e actividades cujo ‘princípio’ seja o de que uma pessoa, numa qualquer dimensão (...), possa ser utilizada como puro instrumento ou meio ao serviço de outrem. A isto nos impele, desde logo, o artigo 1º da Constituição, ao fundamentar o Estado Português na igual dignidade da pessoa humana. (...) tanto quem procure em valores morais a legitimação do Direito, como quem acentue a distinção entre Moral e Direito, reconhecerá, inevitavelmente, que existem bens e valores que participam das duas ordens normativas (...). Mesmo as posições mais favoráveis à autonomia do Direito não negam que possam existir valores morais tutelados também pelo Direito, segundo a lógica deste e, por força dos seus critérios (...).*”

As entidades *supra* referidas devem responder por esta atuação contrária ao Estado de Direito, concretamente, os SEF e o Estabelecimento Prisional do Linhó.