

ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO

EFEITO SUSPENSIVO RECURSAL

RECUSA DE ENTRADA E EXPULSÃO

REGIME JURÍDICO DOS ESTRANGEIROS

Relatório de conclusão
apresentado à Universidade
Católica para obtenção do
diploma do curso de pós-
graduação em Direito e
Imigração.

Coordenação Científica:
Prof. Doutor Rui Medeiros
Mestre Jorge Pereira da
Silva.

Módulo VIII

Tema: O imigrante *persona
non grata* - O regime de
expulsão e de extradição de
estrangeiros.

Palestra: Prof. Doutor José
Lobo Moutinho

Lisboa

2005

À minha esposa PATRÍCIA

Aos meus filhos BRENNO e MARINA

Agradecimentos:

À minha querida mãe *in*
memorian.

Ao meu irmão José Paulo.

Ao casal Anídio e Célia.

À minha amiga Marília.

À Universidade Católica
Portuguesa.

Ao Prof. Doutor José Lobo
Moutinho.

À Prof. Doutora Maria João
Valente Rosa.

Aos colegas auditores.

Aos funcionários da
Universidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
I-IMIGRAÇÃO.....	11
1- Conceito.....	11
2 - Natureza Jurídica.....	12
II - O REGIME LEGAL ESPECÍFICO DE AFASTAMENTO.....	14
1 - Considerações Gerais.....	14
2 - Recusa de Entrada.....	17
3 - Expulsão Administrativa.....	23
4 - Expulsão Judicial.....	24
III - TUTELA JUDICIAL EFETIVA.....	25
IV - TUTELA JUDICIAL CAUTELAR EFETIVA.....	32
V - MEDIDAS JUDICIAIS.....	35
1 - Breves considerações sobre a tutela judicial nos Tribunais Administrativos.....	35
2 - Ação Administrativa Especial.....	37
3 - Ação de Intimação.....	40
CONCLUSÃO.....	43

INTRODUÇÃO

"Amarás o estrangeiro, porque foste estrangeiro na terra do Egito"
(Deuteronômio 10,19)

O presente trabalho não foi elaborado de acordo com os idealistas que vislumbram na imigração um direito absoluto do estrangeiro baseado na livre circulação de pessoas em um mundo despido de fronteiras. Um dia quem sabe?

Em bases bem mais concretas, o ponto de referência utilizado para o necessário enfrentamento jurídico das questões suscitadas no presente trabalho circunscreve o problema do controle da imigração como uma questão ligada intrinsecamente à soberania política dos Estados mediante o exercício do poder discricionário, logicamente, com o devido respeito aos textos constitucionais.

Com efeito, é preciso que se diga logo: alguns aspectos do Regime Jurídico da Entrada, Permanência, Saída e Afastamento de Estrangeiros do Território Nacional, podem causar, se é que já não estão impingindo, verdadeiros estragos nos direitos e garantias fundamentais dos estrangeiros.

Uma breve leitura daquele diploma legal já mostra, à evidência, que os responsáveis pela sua elaboração não estavam suficientemente iluminados, portanto, em face dessas disposições que vão surgindo sem as devidas reflexões, deve o Poder Judicial, com base na Constituição, corrigir as infelicidades do legislador.

Sobressai, especificamente, os efeitos meramente devolutivos decorrentes da interposição dos recursos previstos nos artigos 23º (decisão de recusa de entrada ou deportação), 116º (decisão judicial de expulsão) e 121º (decisão administrativa de expulsão), todos do Decreto-Lei nº 244/98.

Lamentavelmente, pretendem tais disposições legais, sem qualquer exceção, que a interposição de recursos em face das decisões administrativas ou judiciais ainda não definitivas que determinam a saída compulsória do estrangeiro do território nacional não tenha efeito suspensivo.

Trata-se de odioso *solve et repete* da seara fiscal emprestado ao direito administrativo, ou seja, a prevalência da lógica absoluta, sem contemplação, do retirem-se antes e discutam depois, portanto, uma lastimável expulsão preventiva por força de lei elaborada em desacordo com a Constituição.

O legislador ordinário precisa entender que, não raro, mesmo diante do grito pelo jargão do "interesse público" ainda podem subsistir questões que carecem de reflexão profunda, mormente quando envolvem a dignidade do ser humano. É fácil brandir com efeito no mundo dos aflitos.

De triste lembrança os tempos em que Trasímaco afirmava, sem rodeios, que "a justiça não é outra coisa senão a conveniência do mais forte"¹ ou, ainda que, "cada governo estabelece leis de acordo com a sua conveniência."²

O controle sobre os atos administrativos decorre da própria natureza da função jurisdicional. Aliás, é sempre bom lembrar que o Poder Judicial controla com toda a força da Constituição até mesmo o ato legislativo por excelência, sendo a lei uma das expressões máximas da soberania de um povo.

Dentro dessa mesma lógica do sistema de freios e contrapesos entre os poderes constitucionais é que no Brasil o denominado Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/80, de 19 de agosto, artigo 69º e seu parágrafo único) admite expressamente a suspensão da efetivação do ato de expulsão, para não falar acerca das formas mais brandas de retirada, em caso de medida interposta junto ao Poder Judiciário com tais efeitos, inclusive com repercussão no tempo de duração da prisão administrativa, tudo ocorrendo até a decisão definitiva do tribunal a que estiver submetido o feito.

Os argumentos favoráveis à saída imediata do estrangeiro que ainda busca na Justiça o seu legítimo direito de permanecer no território nacional só encontra respaldo naqueles que querem uma solução menos onerosa, em termos financeiros, para o Estado português.

¹ PLATÃO, *A República*, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, pág. 13, Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira.

² - *Idem*, *Ibidem*, p. 24.

No entanto, diante do texto constitucional, embora mais custoso para os cofres públicos, o correto seria garantir a permanência provisória do estrangeiro, inclusive, mediante a "efetiva" instalação (o uso do termo é propositual) dos Centros de Acolhimento Temporário de Estrangeiros e Apátridas previstos na Lei nº 34/94.

Note-se, ainda, que é a própria Lei nº 34/94, em seu artigo 4º, nº 1, que prevê o acolhimento em centro de instalação temporária de estrangeiro que tente penetrar em território nacional sem para tal estar legalmente habilitado, assim que a sua permanência na zona internacional do porto ou aeroporto perfaça quarenta e oito horas ou quando razões de segurança o justifiquem.

Vale ainda ressaltar que, no Brasil, de acordo com a Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), em seu artigo 73º, encontra-se expressamente previsto que o estrangeiro em processo de expulsão, cuja prisão não se torne necessária, ou que tenha o prazo desta vencido, permanecerá em liberdade vigiada, em lugar determinado pelo Ministro da Justiça, e guardará as normas de comportamento que lhe forem estabelecidas.

Nesse compasso, a rigidez de postura do legislador português no trato da questão sob análise provoca sérios abalos na estrutura do direito processual cautelar e ainda vulnera princípios constitucionais consagrados na maioria dos ordenamentos jurídicos dos países democráticos do mundo, inclusive o de que toda restrição legal está sujeita ao princípio da proibição do excesso.

Portanto, um exame de compatibilidade dos dispositivos legais acima mencionados com o texto da Constituição da República Portuguesa, mais especificamente os artigos 20º, nº 5 e 268, nº4, revela que o legislador infraconstitucional, além de extrapolar os limites da razoabilidade, transversalmente vulnerou o direito de acesso à jurisdição cautelar efetiva por parte do estrangeiro.

É que a Lei Maior assegura às pessoas, indistintamente, procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade de modo a obter tutela judicial efetiva e em tempo hábil contra ameaças ou violações desses direitos.

A expressão "ameaça" consagrada expressamente no referido artigo 20º, nº 5º, da Constituição da República Portuguesa, evidencia e reforça a posição da tutela jurisdicional como verdadeira garantidora da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos e liberdades fundamentais.

A intervenção judicial, em qualquer país civilizado do mundo, não se limita ao campo corretivo. A jurisdição preventiva, exercitada através do poder geral de cautela do magistrado judicial, constitui a pedra angular do direito processual cautelar.

Desprovido do ambiente cautelar, à luz do princípio primazia de um dos interesses em conflito, o juiz não teria como impedir o dano irreparável ou de difícil reparação.

Em breve conclusão, busca-se demonstrar serenamente com o presente trabalho que as desproporcionais normas insertas nos artigos 23º, 116º e 121º, do Decreto-Lei nº 2.044/98, se distanciam das regras estampadas nos artigos 20º, nº 5 e 268º, nº 4, ambos da Constituição da República Portuguesa, se não a contrariam frontalmente, pois é garantido a todos em solo lusitano, sem qualquer distinção, inclusive no âmbito dos tribunais administrativos, com clareza solar, o direito à tutela judicial cautelar efetiva.

I - IMIGRAÇÃO

1 - Conceito

A mesma globalização econômica que estimula os fluxos de capitais, de mercadorias, de produtos e de serviços entre os países, inclusive no continente europeu, também exerce forte influência sobre o fenômeno da imigração. Constata-se, ainda, que os diferentes níveis de desenvolvimento entre as nações ricas e pobres, marcados por gritantes assimetrias econômicas, bem como o contraste etário da população dos países mais desenvolvidos em relação aos países mais pobres, estes últimos geralmente com uma população jovem, formada por pessoas em busca de melhores condições de trabalho, são fatores que aumentaram ainda mais esses fluxos de pessoas. Com efeito, a imigração, sob uma perspectiva econômica, constitui efeito da desigualdade profunda verificada entre os países do mundo.

Sabe-se, ainda, que a imigração vem sendo acentuadamente estimulada pelo avanço tecnológico, pela melhoria dos meios de transporte e, ainda, pelo aumento da difusão da informação, inclusive através da *internet*. Nota-se agora, com muito mais nitidez, que o mesmo deslocamento de considerável contingente populacional que ocorre no âmbito interno dos países em desenvolvimento, vem sendo também observado maciçamente no âmbito internacional.

Com isso, embora pareça tranquilizador em termos percentuais, sabe-se que no ano de 1910, a totalidade da população imigrante girava em torno de 33 milhões de habitantes, situação que correspondia a 2,1% da população mundial.

Atualmente, segundo o *World Economic and Social Survey 2004*³, cerca de 175 milhões de pessoas estão vivendo fora do seu país de nascimento, ou seja, um contingente de 2,9% da população no planeta. Em Portugal, conforme descrito na Exposição de Motivos do Decreto-Lei n° 34/2003, de 50.000 estrangeiros residentes legalmente em 1980, uma década depois, passou para as 107.767 pessoas.

Após a entrada em vigor da Convenção de Aplicação do Acordo *Schengen*, em 1995, os números da imigração sofreram um crescimento em todos os países, inclusive o afluxo de cidadãos do Leste Europeu. Em consequência, no ano de 2000 já residiam no país 220.000 pessoas.

A verdade é que a imigração, nos dias atuais, evidentemente, não decorre só da natureza humana, mas sim deve ser encarada como uma via de mão dupla, como um fenômeno bem mais complexo, fruto das necessidades dos países ricos por mão-de-obra barata para o exercício de certas atividades menos valorizadas no mercado de trabalho e, por outro lado, motivada pelas carências econômicas vivenciadas pelos imigrantes nos seus países de origem.

2 - Natureza jurídica

Na introdução do presente trabalho foi dito e agora se impõe novamente afirmar que não se reconhece a imigração como um direito, pelo menos se o termo for tomado na sua verdadeira acepção jurídica, mas sim como uma mera expectativa de direito do estrangeiro.

³ Disponível em. <http://www.un.org/esa/analysis/wess/22/05/2005>

No mesmo diapasão, defere-se aos Estados a faculdade legítima de, em nome da soberania política baseada na Constituição e nas leis vigentes, aceitar ou recusar a presença do estrangeiro em seu território. A expectativa de direito de imigrar depende sempre de um ato discricionário positivo do Estado que recebe o estrangeiro, ou seja, é preciso aquiescência prévia de outrem, normalmente fundada em motivos de conveniência e oportunidade, sendo tudo estabelecido, repise-se, nos termos da Constituição e das leis do país de destino.

De um modo geral, os países do mundo proporcionam aos estrangeiros uma certa margem de liberdade para ingressar, permanecer ou sair dos seus territórios, desde que respeitadas os interesses e preenchidos os requisitos estabelecidos pelos ordenamentos jurídicos respectivos.

Note-se que o direito de migrar, com o alcance restrito antes mencionado relativamente ao país de destino, encontra-se consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem, conforme se verifica no seu artigo 13, nº 2, nos seguintes termos: "Todo homem tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar."

Por seu turno, a Carta das Nações Unidas, no seu artigo 2º, alínea 7ª, reconhece claramente a soberania, o direito de independência e o princípio da autoridade dos Estados, sendo que tais poderes devem ser exercitados com a finalidade de assegurar, dentro dos limites de seus territórios, o bem comum do povo, incluindo-se a formulação de leis, a administração da coisa pública, bem como a aplicação do direito aos casos ocorrentes através de tribunais independentes e imparciais.

Contudo, os poderes discricionários incidentes sobre o fenômeno imigratório não se parecem e nem se confundem com os poderes arbitrários. A discricionariedade resulta da Constituição e das leis e por elas é delimitada. O ato administrativo que extrapola os limites da Constituição ou das leis é nulo de pleno direito e, como tal, se transmuda em abuso de direito.

II - O REGIME LEGAL ESPECÍFICO DE AFASTAMENTO

1 - Considerações gerais

De início, vale mencionar que em Portugal, pelo menos de acordo com as restritivas disposições em foco, o estrangeiro pode ter sua entrada recusada (deportado) ou ser expulso pelas vias administrativas sem merecer qualquer resposta efetiva por parte do Poder Judicial.

Nesse ponto, vale mencionar que tal situação constitui evidente negação de direitos e garantias fundamentais ao estrangeiro que tenta ingressar ou permanecer em território nacional. E o direito de acesso à Justiça efetiva expressamente prevista no texto constitucional? De que adiantará o tribunal reconhecer posteriormente os direitos do estrangeiro se o mesmo já foi retirado sumariamente de Portugal?

No mesmo diapasão, assalta o mais elementar senso jurídico que as leis ordinárias portuguesas não podem tornar letra morta disposições elaboradas pelo poder constituinte.

É que, uma vez decidido pela recusa de entrada ou pela expulsão administrativa, nos casos da competência do diretor-geral do SEF, mesmo que o estrangeiro impugne a decisão administrativa através do uso das vias judiciais próprias, diante da ausência do efeito suspensivo recursal pertinente, conforme previsto nos dispositivos legais sob análise, a primeira decorrência lógica, antes de qualquer julgamento, será a imediata retirada do interessado do território nacional.

A título exemplificativo, verificamos que a Constituição afirma, em seu artigo 4º, que: "São cidadãos portugueses todos aqueles que como tal sejam considerados pela lei ou por convenção internacional", portanto, são estrangeiros todos os que não são considerados portugueses.

No entanto, o artigo 2º, do Decreto-Lei nº 244/98, no nosso modesto entender, foi mais além do que fazer uma simples opção legislativa ao afirmar, categoricamente, que: "Para os efeitos do presente diploma, considera-se estrangeiro todo aquele que não prove possuir a nacionalidade portuguesa." (grifei)

De plano, constata-se que o legislador, mais uma vez, insensível suficientemente às realidades sociais, preferiu inverter o ônus probatório em questão de tamanha relevância pública, fazendo recair totalmente sobre a pessoa interessada, sem qualquer ressalva ou exceção, o dever de provar perante o Estado a sua própria nacionalidade, sob pena de não ser considerado cidadão português.

A situação ganha relevância jurídica maior quando verificamos que a própria Constituição da República Portuguesa, em seu art. 33º, nº1, como prevê a quase totalidade dos países do mundo, também não admite a expulsão de cidadãos portugueses do território nacional, senão vejamos: "Não é admitida a expulsão de cidadãos portugueses do território nacional."

Nesse contexto, mesmo correndo o risco da crítica, vale mencionar que até mesmo uma pessoa de nacionalidade portuguesa pode sofrer recusa administrativa, por motivos meramente probatórios, no ato de ingresso em seu país, pelo Serviço de Estrangeiros e de Fronteiras/SEF.

Com efeito, ainda que essa pessoa interponha recurso impugnando a decisão perante os tribunais administrativos terá de aguardar fora de Portugal o resultado definitivo da demanda, eis que o recurso respectivo, nos termos do artigo 23, do Decreto-Lei nº 244/98, não admite efeito suspensivo em hipótese alguma. É sempre bom lembrar que as exceções existem justamente para dar equilíbrio às regras. As regras, por sua vez, mesmo desacompanhadas de exceções, devem conviver com outras regras que, embora lhe pareçam contrárias, existem justamente para dar-lhes o equilíbrio, o formato que tem o todo. Isso tudo é o que se poder chamar sistema, coerência, simetria ou conformidade. A regra só sobrevive dentro de um sistema, ela não paira no ar como um corpo isolado dos demais existentes no mundo jurídico. A regra não se justifica por si só, não é um fim em si mesma. A regra pode e deve conviver também com exceções compatíveis com a natureza do sistema.

Por isso, as formas expeditas referidas no texto constitucional, relativamente ao cumprimento das decisões administrativas e judiciais de recusa e de expulsão, nos termos do artigo n° 33, n° 2, nada têm diretamente com a proibição do efeito suspensivo recursal, até porque essa orientação genérica não outorga ao legislador ordinário poderes de supressão de direitos e garantias fundamentais previstos na própria Constituição.

2 - Recusa de entrada

A recusa de entrada ou deportação se encontra prevista no artigo 11°, do Decreto-Lei n° 244/98, incidindo sobre os estrangeiros que não reúnam cumulativamente os requisitos previstos na própria lei ou que constituam perigo ou grave ameaça para a ordem pública, segurança nacional ou relações internacionais de Estados membros da União Européia ou de Estados onde vigore a Convenção de Aplicação.

O conceito de ordem pública é igualmente fungível, sendo que alguns preferem compreendê-lo o mais abrangente possível, enquanto outros tentam restringi-lo, conforme a posição que ocupem no âmbito do processo.

Os tribunais, por seu turno, normalmente, ante a ausência de definição legal, quando ingressam nessa celeuma, ora firmam posição mais rigorosa, ora mais branda, tudo conforme o momento da decisão, a formação e entendimento pessoal de cada julgador. No entanto, os conceitos normalmente apresentados não acrescentam nada de novo e tornam-se repetitivos, eis que não há dificuldade em conceituar o que seja ordem pública.

Segundo Tourinho Filho⁴, "ordem pública, enfim, é a paz, a tranqüilidade no meio social." O conceito de ordem pública não se limita ao campo da correção de atos nocivos, mas também acautelar o meio social e, em alguns casos, o próprio Estado em face da gravidade do evento ou de sua repercussão.

Já o conceito de segurança nacional vem ganhando novos contornos a cada dia na doutrina internacional, sendo hoje até mais adequado falar-se em "defesa nacional" no lugar da vetusta "segurança nacional".

No Brasil, a Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, conhecida como "Lei de Segurança Nacional", ainda em pleno vigor, em seu art. 2º, define a expressão nos seguintes termos: "Segurança Nacional é o estado de garantia proporcionado à Nação, para a consecução dos seus objetivos nacionais, dentro da ordem vigente."

Através de análise histórico-evolutiva, desde o período imperial até os dias atuais, as Constituições do Brasil sempre consagraram dispositivos relativos à estabilidade, defesa, garantia ou sobrevivência do Estado, nos quais encontramos expressões do tipo: "salvação do Estado", "segurança interna e externa do Estado", segurança e defesa do Império" ou "segurança e defesa do Império (Constituição de 1824); "segurança interna do país", "defesa interna e externa da União" ou "segurança da República (Constituição de 1891); e, ainda, a consagrada "segurança nacional", que passou a ser adotada a partir da Constituição de 1934, bem como nas seguintes de 1937, 1946, 1967 (69) e 1988, sendo que nesta última no artigo 173.

⁴TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, **Direito Processual Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. vol. III, pág. 162.

Sobre o tema, vale ainda colacionar as considerações genéricas feitas pelo eminente jurista brasileiro, M. Seabra Fagundes⁵, em conferência proferida na Escola Superior de Guerra, no início dos anos sessenta, cujo teor pode ser também de grande valia para o direito português, *in verbis*:

"A segurança nacional é tanto condição da sobrevivência da comunidade organizada em Estado, como de atuação deste no sentido de realizar as aspirações da nação. Pelo que se pode dizer, os problemas a ela atinentes precedem todos os demais, pois da satisfatória solução deles dependem a existência do próprio Estado e sua capacidade de preencher os fins a que se destina."

Em memorável julgado, o Supremo Tribunal Federal do Brasil⁶, no exame do art. 58, da Constituição de 1967, estabeleceu os seguintes contornos jurídicos sobre a questão da segurança nacional:

⁵ CONFERÊNCIA NA ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA DO BRASIL, Palestra: FAGUNDES, M. Seabra, 26 de abril de 1961, Rio de Janeiro (RJ)

⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DO BRASIL. Recurso Extraordinário 62730/SP, rel. Min. Aliomar Baleeiro, D.J. 20/12/67.

"A apreciação dos casos de urgência ou interesse público relevante, a que se refere o artigo 58, da Constituição, assume caráter político e está entregue ao discricionarismo dos juizes, de oportunidade ou de valor do presidente da República, ressalvada a apreciação contrária e também discricionária do Congresso. Mas o conceito de segurança nacional não é indefinido ou vago, nem aberto àquele discricionarismo do presidente da República ou do Congresso Nacional. Segurança Nacional envolve toda a matéria pertinente à defesa da integridade do território, independência, sobrevivência e paz do país, suas instituições e valores materiais ou morais contra ameaças externas e internas, sejam elas atuais e imediatas ou ainda em estado potencial próximo ou remoto. Repugna a Constituição que, nesse conceito de segurança nacional seja incluído assunto miúdo de direito privado, que apenas joga com interesses também miúdos e privados de particulares, como a purgação da mora em locações contratadas com negociantes como locatários."

Sob a ótica das relações internacionais, o que se observa, ainda, a partir da leitura da Exposição de Motivos do Estatuto do Estrangeiro atualmente em vigor, é que Portugal, no compreensível afã do combate à imigração ilegal, de harmonizar a legislação nacional com as diretivas comunitárias, em especial no que respeita ao controle dos fluxos migratórios e à agilização dos processos de afastamento do espaço comunitário de pessoas em situação ilegal, bem como para conferir meios expeditos ao Serviço de Estrangeiros e Fronteiras/SEF e às forças de segurança para o cumprimento efetivo e célere das decisões dos tribunais, resolveu simplesmente eliminar o saudável efeito suspensivo decorrente da interposição de recursos que impugnam as decisões administrativas ou judiciais ainda não definitivas que importem em afastamento do estrangeiro do território nacional, sendo tudo isso estabelecido em lei, ao que parece, sem maiores reflexões, não se admitindo expressamente a cautela mesmo como providência eventual, devidamente fundamentada e plenamente justificada pelas circunstâncias.

No entanto, o poder discricionário que é incidente e instrumental da Administração Pública, como todo instrumento do direito, deve estar sujeito aos parâmetros imanentes e estruturais do Estado que são estabelecidos pela Constituição.

Com isso, a prática da discricionariedade constitui faculdade de escolha da Administração baseada na conveniência e na oportunidade para a prática do ato, mas o seu exercício só pode ser considerado lícito segundo os ditames da Constituição e das leis.

Em relação ao tema "discricionariedade", João Caupers⁷, observa que: "O termo *discricionariedade* remete-nos pra idéia de *escolha*, de fazer uma coisa quando se poderia ter feito outra. Melhor, quando a lei permitiria que se tivesse feito outra. Mas evoca também a idéia de *escolha parametrizada*, isto é, *escolha dentro de certos limites*. A decisão discricionária tem de assentar numa racionalidade própria, susceptível de algum tipo de controlo; não pode radicar num capricho (isso seria uma *escolha arbitrária*, perfeitamente razoável quando feita por um cidadão, mas inaceitável se feita por um órgão da Administração Pública).

Com efeito, pode-se dizer até, mesmo diante desse arcabouço jurídico, que o poder estatal discricionário que impede o ingresso do estrangeiro em território lusitano não é de natureza absoluta, ao contrário, o mesmo encontra claros limites no respeito aos ditames constitucionais e legais que protegem todos os que buscam legitimamente novos horizontes de vida na superfície do planeta.

Nesse contexto, a competência para a prática do ato de recusa da entrada em território nacional é do diretor-geral do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, com possibilidade de delegação ao diretor central de Fronteiras nos diretores regionais, os quais, por sua vez, a podem delegar, nos termos do artigo 18º, do diploma legislativo antes referido.

⁷ CAUPERS, João. *Introdução ao Direito Administrativo*. 7 ed. Lisboa: Âncora, 2003, p. 64.

A mesma lei, estabelece, nos termos do artigo 23º, que a decisão que recusa a entrada pode ser judicialmente impugnada, no entanto, lamentavelmente, o recurso respectivo, interposto perante os tribunais administrativos, só tem efeito meramente devolutivo, nos seguintes termos: "A decisão de recusa de entrada pode ser judicialmente impugnada, com efeito meramente devolutivo, perante os tribunais administrativos, nos termos da lei." Em outras palavras, o legislador não atribuiu efeito suspensivo ao recurso judicial que impugna a decisão de recusa ou de expulsão proferida pelo diretor-geral do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, portanto, mesmo em decisão de natureza administrativa o recurso judicial encontra-se desaparelhado, sob o ponto de vista legislativo, do efeito suspensivo.

3 - Expulsão administrativa

O estrangeiro, nos exatos termos do artigo 117º, do estatuto próprio de Portugal, 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 das medidas de coação.

A competência para decidir a expulsão, conforme previsto no artigo 119º, do mesmo diploma legal, a exemplo da recusa de entrada, também é do diretor-geral do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras e, diferentemente da decisão de recusa de entrada, inexistente previsão legal para a delegação de competência aos demais diretores dos órgãos subordinados da estrutura do SEF. Na seqüência, a impugnação judicial dessa decisão de expulsão administrativa é expressamente admitida no artigo 121º do acima mencionado estatuto do estrangeiro, sendo a validade da decisão apreciada pelos tribunais administrativos, porém o remédio recursal encontra-se igualmente desaparelhado do efeito suspensivo, senão vejamos: "A decisão de expulsão proferida pelo director-geral do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras pode ser judicialmente impugnada com efeito meramente devolutivo, sendo a validade da decisão apreciada pelos tribunais administrativos."

Interessante observar que o legislador português criou, na hipótese, uma curiosa figura jurídica ao equiparar, suprimindo-se uma instância política, a decisão meramente administrativa ao patamar de uma decisão judicial.

4 - Expulsão judicial

A expulsão é determinada por autoridade judicial, nos termos do artigo 109º, do Decreto-Lei nº 244/98, quando revista a natureza de pena acessória ou quando o estrangeiro objeto da decisão: a) Tenha entrado ou permaneça regularmente no território nacional; b) Seja titular de autorização de residência válida; c) Tenha apresentado pedido de asilo não recusado.

Na seqüência, o artigo 110º, do mesmo diploma, estabelece que a competência para aplicar a medida autônoma de expulsão: a) Nas respectivas áreas de jurisdição, os tribunais de pequena instância criminal; b) Nas restantes áreas do País, os tribunais de comarca.

No entanto, em se tratando de expulsão determinada por autoridade judicial, nas situações previstas nas alíneas do artigo 109, do Decreto-Lei nº 244/98, vale dizer, limitada apenas às hipóteses em que a pessoa que tenha entrado ou permanecido regularmente no território nacional, de quem tenha obtido autorização de residência, ou de quem tenha apresentado pedido de asilo não recusado, o mesmo efeito legislativo deletério se verifica, pois, embora caiba recurso para o tribunal da relação, o remédio processual respectivo, por expresse mandamento legal inserto no artigo 116º, nº 2, absolutamente só tem o efeito devolutivo, *in verbis*: "O recurso tem efeito meramente devolutivo."

III - TUTELA JUDICIAL EFETIVA

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, em seu artigo 8º, preconiza que: "Toda pessoa tem direito a recurso para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei."

Por seu turno, a Constituição da República Portuguesa, em perfeita consonância com a regra universal acima mencionada, em seu artigo 20, nº5, estabelece como uma verdadeira cláusula pétrea, que :

"Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos." (grifei)

Em carácter de reforço argumentativo, vale mencionar que Constituição da República Federativa do Brasil, no capítulo concernente aos direitos e garantias fundamentais, mais especificamente em seu artigo 5º, inciso XXXV, que consagra o princípio da jurisdição única, reza o seguinte: "Nenhuma lei excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. (grifei)

No mesmo sentido, confira-se o que estabelece o artigo 24º, nº 1, inscrito no capítulo segundo relativo aos "Derechos y Libertades", da Constituição Espanhola: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de seus derechos e intereses legítimos, sin que, em ningún caso, pueda producirse indefensión." (grifei)

A Constituição Italiana, com a mesma sintonia, em seu artigo 24, reza o seguinte: "Todos podem agir em juízo para tutela dos seus direitos e interesses legítimos. A defesa é direito inviolável em qualquer situação e grau do processo. São assegurados aos indigentes, através de institutos adequados, os meios para agirem e se defenderem perante qualquer jurisdição." (grifei)

Sobre o tema em foco, Jorge Miranda e Rui Medeiros⁸, afirmam que: "Da conjugação do artigo 20º, com outras disposições constitucionais e, mais concretamente, com os artigos 204º, 268º e 280º, decorre que a plenitude do acesso à jurisdição se aplica inclusivamente aos casos em que particulares pretendem defender jurisdicionalmente os seus direitos ou interesses legalmente protegidos perante os poderes públicos."

Por seu turno, J.J. Gomes Canotilho⁹ preconiza que: "Uma das mais importantes inovações introduzidas pela LC 1/97 (4ª Revisão) consistiu na criação de procedimentos judiciais céleres e prioritários (CRP, art. 20º/4) de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações de direitos, liberdades e garantias. Não é fácil delimitar o sentido do direito a um processo célere e prioritário. Devem reter-se, numa primeira aproximação, alguns tópicos: a) o preceito constitucional (art. 20º/4) constitui, desde logo, uma *imposição constitucional* no sentido de o legislador ordinário conformar os vários processos (penal, civil e administrativo) no sentido de assegurar por via preferente e sumária a protecção de direitos, liberdades e garantias; b) a consagração de procedimentos judiciais céleres e prioritários não significa a introdução de uma *acção ou recurso de amparo especificamente dirigida à tutela de direitos, liberdades e garantias*, mas de um direito constitucional de amparo de direitos a efectivar através das vias judiciais normais;

⁸ MIRANDA, Jorge; Rui Medeiros. **Constituição Portuguesa Anotada**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005, Tomo I, págs.186/187.

⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, pág. 506.

c) a efectivação deste direito pressupõe uma nova *formatação processual* tendente a responder às exigências de celeridade e prioridade (assim, por exemplo, redução de prazos, eliminação de eventuais recursos hierárquicos necessários no contencioso administrativo). A concretização legislativa deste direito encontra, hoje, uma consagração relevante no Código de Processo dos Tribunais Administrativos e Fiscais que prevê um processo de intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias (art. 109º e ss., e 142º/3/a) quando 'a célere emissão de uma decisão de mérito que imponha à Administração a adopção de uma conduta positiva ou negativa se revele indispensável para assegurar o exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade e garantia."

A Lei nº 30-E/2000, de 20 de dezembro, que regulamenta o acesso ao direito e aos tribunais, em seu artigo 7º/3, estabelece que: "Aos estrangeiros não residentes em Portugal é reconhecido o direito à protecção jurídica, na medida em que ele seja atribuído aos portugueses pelas leis dos respectivos Estados."

Ora, a Constituição assegura expressamente o direito à tutela judicial cautelar efetiva (art. 20º, nº 5 c/c art. 268º, nº 4, da CRP), sendo certo que as leis decorrentes desse comando supremo em Portugal proporcionam os meios de acesso ao direito e aos tribunais (art. 7º, nº 3, da Lei nº 30-E/2000), bem como estabelecem o acolhimento do estrangeiro em centros de instalação temporária (art. 4º/1, da Lei nº 34/94).

No entanto, a despeito desse arsenal jurídico pertinente aos direitos fundamentais do estrangeiro, são elaboradas disposições através do Decreto-Lei nº 244/98, sem qualquer ressalva, que subtraem completamente os efeitos desse reconhecimento, tornando-o inócuo, eis que determina uma reflexa e imediata saída do território português por parte do estrangeiro ainda que o mesmo discuta validamente o seu direito de permanência.

Sobre o tema relativo à indevida restrição ao direito fundamental de acesso do estrangeiro aos tribunais, o Tribunal Constitucional¹⁰ decidiu a questão com os seguintes fundamentos: "As normas que aqui se constituem em objecto do pedido são, pois, as do artigo 7º, nº 2, do Decreto-Lei nº 387-B/87, de 29 de Dezembro, sobre o acesso ao direito e aos tribunais, e do artigo 1º, nºs 1 e 2, do Decreto-Lei nº 391/88, de 26 de outubro, que regulamenta o sistema de apoio judiciário e o seu regime financeiro. A norma do artigo 7º, nº 2, do Decreto-Lei nº 387-B/87, dispõe assim: Artigo 7º, 1.../ 2 - Os estrangeiros e os apátridas que residam habitualmente em Portugal gozam do direito a protecção jurídica. Art. 1º ... - I - Para efeito de protecção jurídica, a residência habitual de estrangeiro ou apátridas titulares de autorização de residência válida, a que se refere o nº 2 do artigo 7º do Decreto-Lei nº 387-B/87, de 29 de Dezembro, implica a sua permanência regular e continuada em Portugal, por período inferior a um ano, salvo regime especial decorrente de tratado ou convenção internacional que Portugal deva observar. 2 - O estrangeiro

¹⁰ **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL**, proc. nº 361/95. Acórdão de 11/07/96, Relator: Assunção Esteves. Declaração de inconstitucionalidade das normas dos artigos 7º, do Decreto-Lei nº 387-B/87, de 29 de Dezembro, e do artigo 1º, nºs 1 e 2, do Decreto-Lei nº 391, de 26 de Outubro, na parte em que vedam o apoio judiciário, na forma de patrocínio judiciário, aos estrangeiros e apátridas que pretendem impugnar contenciosamente o ato administrativo que lhes denegou asilo, por violação das normas conjugadas dos artigos 33º, nº 6, 20º, nº 1, 268º, nº 4 e 15º, nº 1, da Constituição da República.

a quem for concedido asilo ou que goze de estatuto de refugiado poder usufruir de protecção jurídica a partir da data da concessão do direito de asilo ou do reconhecimento do estatuto de refugiado. Destas normas e da sua relação de sentido resulta que a protecção jurídica, na forma de apoio judiciário, aos estrangeiros e apátridas que havendo pedido de asilo em Portugal pretendem impugnar contenciosamente o acto da Administração que o denegou, não está universalmente garantida. E não está, porque ali se estabelecem duas condições de acesso - a de detenção de autorização de residência válida e a de permanência regular e continuada em Portugal por período não inferior a um ano *'salvo regime especial decorrente de tratado ou convenção internacional que Portugal deva observar'*, que, em si mesmas, consubstanciam uma restrição da incidência subjectiva daquela garantia. Os estrangeiros e apátridas que não preenchem aquelas condições, não têm acesso ao apoio judiciário na impugnação contenciosa do acto que lhes denegou asilo político. Esta solução é inconstitucional, desde logo, porque por ela se desconstrói a efectividade do direito de asilo, garantido aos estrangeiros e apátridas, nos termos do artigo 33º, nº 6, da Constituição. A desejabilidade constitucional de realização do direito de asilo, que se radica nos valores da dignidade do homem, na idéia de uma República de *'indivíduos'* e não apenas de *'cidadãos'* e na protecção reflexa da democracia e da liberdade, seria claramente inconseguida aí onde à proclamação do direito apenas correspondesse o poder de impetrar o asilo junto da Administração sem garantia do controlo judicial. A efectividade do direito de asilo exige, assim, decisivamente, o acesso ao apoio judiciário: exige-o em todos os casos de insuficiência económica, em ordem de concretização do direito ao tribunal. Para mais, este direito é garantido a *'todos'* pela Constituição. Os

mandados da norma do artigo 20º, de asseguramento do acesso ao direito aos tribunais, constituem mesmo a estrutura central da ordem constitucional democrática, que é ordem aberta à dimensão internacional dos direitos do homem. Da centralidade no sistema constitucional da norma do artigo 20º, enquanto momento de defesa e enquanto momento de pretensão a uma actuação positiva do Estado, ou seja, do significado da tutela judicial como *direito à garantia dos direitos*, resulta que o acesso ao tribunal integra núcleo irredutível do princípio da equiparação de tratamento entre nacionais e estrangeiros e apátridas, estabelecido no artigo 15º, nº 1, da Constituição. Esse princípio da equiparação, se bem que susceptível de excepções a ditar pelo legislador (art. 15º, nº 2), não pode ser limitado ao ponto de desvirtuar estatuto dos estrangeiros constitucionalmente fixado (artigo 15º). Esse estatuto assenta na dignidade do homem, como sujeito moral e sujeito de direitos, como "cidadão do mundo". Daí que seja a própria semântica do artigo 15º da Constituição a ditar os limites heterónomos da actuação legislativa (cf., neste sentido, J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3ª edição, Coimbra, 1993, pág. 135). O direito à tutela judicial fixa, indubitavelmente, um desses limites. Na situação em apreço, fixa-o tanto mais quanto se sabe que por detrás dessa tutela é verdadeiramente o direito de asilo que está em causa. E justamente a propósito deste direito, lembra Jorge Miranda que a sua garantia é um dos momentos inelimináveis do princípio da equiparação: 'Como cláusula geral, o nº 1 do artigo 15º aplica-se aí onde não sejam decretadas expressamente exclusões de direitos dos estrangeiros e estas não podem ser tais (ou tantas) que invertam o princípio (...). Designadamente no que concerne aos refugiados, não poderia a lei recusar-lhes tal soma de

direitos que vulnerasse o próprio sentido da concessão do asilo' (Manual de Direito Constitucional, tomo III, 3ª edição revista e actualizada, Coimbra, 1994, pág. 142). As normas do artigo 7º, nº 2, do Decreto-Lei nº 387-B/87, e do artigo 1º, nºs 1 e 2, d, do Decreto-Lei nº 391/88, contrariam, assim, a dimensão universalista dos direitos do homem que está na ordem constitucional portuguesa. Afrontam as normas conjugadas dos artigos 33º, nº 6, 20º, nº 1, 268º, nº 4 e 15º, nº 1, da Constituição da República. Foi também assim que concluíram os acórdãos nºs. 338/95, 339/95 (D.R., II Série, de 1-8-1995) e 340/95 (D.R., II Série, de 2-11-1995)."

IV - TUTELA JUDICIAL CAUTELAR EFETIVA

As expressões "ameaça" ou "ameaças" previstas nas Constituições do Brasil e de Portugal, conforme os grifos em passagens anteriores, tal como consagradas em termos de conteúdo e alcance na maioria dos ordenamentos jurídicos das nações civilizadas, evidencia a posição da Justiça como garantidora da ordem jurídica e do regime democrático, incluindo-se aí também o carácter preventivo.

Com efeito, a intervenção judicial não se limita ao campo corretivo. Desprovido do ambiente próprio o Poder Judicial não teria como impedir o dano irreparável ou de difícil reparação enquanto se discute o verdadeiro direito, ou seja, não teria como fazer valer o princípio da primazia de um dos interesses em conflito diante de uma situação juridicamente provisória.

Veja-se, a propósito, o que dispõe expressamente o artigo 49º, da Constituição da República da Venezuela: "Os tribunais protegerão todo o habitante da República no gozo e exercício dos direitos e garantias que a Constituição estabelece, em conformidade com a lei. O processo será breve e sumário e o juiz competente terá poder para restabelecer imediatamente a situação jurídica infringida." (grifei)

Mais uma vez, J.J. Gomes Canotilho¹¹, afirma o seguinte: "A idéia do *due process* jurisdicional que, como se viu, esteve na origem da sedimentação da *justiça processual e procedimental*, é hoje agitada a propósito da conformação justa e adequada do *direito à tutela jurisdicional*. Como prescreve agora (depois da revisão de 1977) o art. 20º/4 da CRP, 'todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante *processo equitativo*.'. Uma definição abrangente de tutela jurisdicional efectiva encontra-se agora no *Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais* (Lei 15/2002 de 15/2, alterada pela Lei 4-A/2003, de 19/2): 'direito de obter, em prazo razoável, uma decisão judicial que aprecie, com força de caso julgado, cada pretensão regularmente deduzida em juízo, bem como a possibilidade de a fazer executar e de obter as providências cautelares antecipatórias ou conservatórias destinadas a assegurar o efeito útil da decisão.' Esta definição completa a que estava já legalmente consagrada no art. 2º, do Código de Processo Civil."

¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, pág. 495.

Como se verifica, a jurisdição cautelar é admitida pela Constituição portuguesa, bem como consagrada expressa ou implicitamente na maioria das Constituições dos países do mundo, evidentemente quando concorrerem os pressupostos da relevância dos fundamentos e da provável ineficácia da ordem judicial, com ênfase para este último, se reconhecido o direito apenas a final.

A medida cautelar não é deferida como antecipação do julgamento do mérito da causa principal, não constitui prejulgamento, mas funciona apenas como reconhecimento provisório do possível direito da parte.

As medidas cautelares, ou medidas preventivas, são todas as que atendem à pretensão de segurança do direito, da pretensão, ou da prova, ou da ação.

Da mesma forma, importante mencionar que o que deve caracterizar a tutela cautelar é a circunstância de ser ela uma forma especial de proteção jurisdicional de simples segurança, equivalente a uma forma de tutela preventiva e não-satisfativa do pressuposto e provável direito material ou processual a que se presta auxílio judicial. Assim, a tutela cautelar consiste num instrumento de garantia a uma pretensão juridicamente amparada pela ação nociva do decurso temporal. Assegurar é o verbo que melhor define a natureza jurídica de uma tutela cautelar.

Na mesma esteira, estando presentes a plausibilidade das alegações e o fundado receio de que o direito invocado venha a sofrer com o tempo dano irreparável ou de difícil reparação, inexoravelmente, a medida cautelar se impõe.

A cautela não é uma medida de liberalidade do Poder Judicial, pelo contrário, ela não pode ser negada quando presentes os seus pressupostos. Como providência que visa preservar o eventual direito do interessado pode ser concedida inclusive por fundamentos diversos daqueles que serão apreciados por ocasião do julgamento do mérito. Pelo só fato do indeferimento da pretensão na seara administrativa ou da improcedência no julgamento da causa em âmbito judicial, não se pode dizer necessariamente que estarão ausentes os pressupostos da jurisdição cautelar. A jurisdição cautelar visa precipuamente a preservação de eventuais direitos diante dos danos iminentes irreversíveis ou ainda de difícil reparação, sendo que essa necessidade de preservação pode existir até o julgamento final da causa, incluindo-se aí a fase recursal.

V - MEDIDAS JUDICIAIS

1 - Breves considerações sobre a tutela judicial efetiva nos Tribunais Administrativos

A Constituição Portuguesa, no artigo 268º, nº 4, em termos mais específicos, reafirma o direito do acesso à tutela judicial efetiva, já previsto como um direito fundamental no artigo 20º/5, do mesmo corpo constitucional, senão vejamos:

"É garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas."

Na dicção de Maria Isabel Costa¹², "...com a entrada em vigor, em 1 de janeiro de 2004, da Lei n° 13/2004, de 19/2, que aprovou o novo Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais e da Lei n° 15/2002, de 22/2, que aprovou a Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), para além do significativo alargamento do âmbito da jurisdição administrativa, o juiz administrativo passou a dispor de todos os poderes inerentes à função jurisdicional, como os poderes de reconhecer direitos e de condenar a Administração em comportamentos e prestações, inclusive na prática de atos administrativos devidos, adoptar medidas cautelares, executar as suas decisões e impor à Administração sanções pecuniárias compulsórias. Tais poderes foram acompanhados, no plano do direito processual, da introdução de novos mecanismos em matéria de tutela declarativa, tutelar e executiva.

¹² **CONFERÊNCIA NO CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DE PORTUGAL**, Palestra: COSTA, Maria Isabel, Procuradora da República no Tribunal Administrativo e Fiscal de Lisboa, 15 de setembro de 2005, Lisboa (Portugal).

Com esta reforma deu-se, pois, um 'passo de gigante' na concretização do princípio da tutela jurisdicional efectiva, afastando-se a justiça administrativa do modelo francês que inspirou o contencioso administrativo do Estado Novo (centrado no recurso contencioso de anulação e no dogma da limitação dos poderes de decisão do juiz administrativo), para assumir claramente a dimensão subjectivista reclamada pela Constituição de tutela jurisdicional efectiva dos direitos e interesses legítimos dos cidadãos. Além disso, reconfiguraram-se os meios processuais e adoptou-se um modelo de contencioso próximo do processo civil, sem, contudo, se ter abandonado as características objectivistas tradicionais do nosso sistema indispensáveis a uma efectiva fiscalização pelos tribunais da legalidade administrativa e em cujo âmbito se inscrevem múltiplos poderes de iniciativa e de intervenção processuais do Ministério Público. Assim, para além da defesa da legalidade administrativa, esta magistratura tem agora abertas todas as novas vias de tutela jurisdicional administrativa para defesa de valores e bens constitucionalmente protegidos como a saúde pública, o ambiente, o urbanismo, o ordenamento do território, a qualidade de vida, o património cultural e os bens do Estado, das Regiões Autónomas e das autarquias locais."

2 - Ação administrativa especial

Por seu turno, o Código de Processo nos Tribunais Administrativos, no artigo 66º, em atenção aos ditames constitucionais, disciplina o manejo de um dos instrumentos necessários à condenação da entidade competente à prática do ato devido, nos seguintes termos:

"1 - A acção administrativa especial pode ser utilizada para obter a condenação da entidade competente à prática, dentro de determinado prazo, de um acto administrativo ilegalmente omitido ou recusado. 2 - Ainda que a prática do acto devido tenha sido expressamente recusada, o objecto do processo é a pretensão do interessado e não o acto de indeferimento, cuja eliminação da ordem jurídica resulta directamente da pronúncia condenatória. 3 - Quando o considere justificado, pode o tribunal impor, logo na sentença de condenação, sanção pecuniária compulsória destinada a prevenir o incumprimento, sendo, neste caso, aplicável o disposto no artigo 169º."

Em suas esclarecedoras observações acerca do artigo 66º, do CPTA, Mário Aroso de Almeida e Carlos Alberto Fernandes Cadilha¹³, doutrinam o seguinte: "A presente secção dá concretização prática, no plano do direito ordinário, ao tipo de pretensões dirigidas à determinação da prática de acto legalmente devido que havia sido especialmente previsto, como integrando a garantia da tutela jurisdicional efectiva dos administrados, na revisão constitucional de 1997 (artigo 268º, nº 4, da CRP).

Como informa Barbosa Melo, o legislador constitucional não quis tomar uma posição explícita sobre a natureza da providência jurisdicional, tendo pretendido deixar alguma margem de conformação à lei ordinária, através da utilização da expressão *determinação*, que poderia ser interpretada como podendo significar uma pronúncia declarativa, um pronúncia condenatória ou uma pronúncia substitutiva.

¹³ ALMEIDA, Mário Aroso de; CARLOS ALBERTO FERNANDES CADILHA. *Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, 1. ed. Lisboa: Almedina, 2005, pág. 335.

O CPTA, na esteira do anteprojeto que serviu de base à discussão pública da reforma (artigo 83°), optou declaradamente pela segunda solução, ao enunciar no artigo 66°, n° 1, que 'a acção administrativa especial pode ser utilizada para obter a condenação da entidade competente à prática (...) de um acto administrativo ilegalmente omitido ou recusado.' Tratando-se de uma pretensão condenatória, o objecto do processo traduz-se na imposição à Administração do dever de realizar uma prestação de facto: a prática de um acto cujo conteúdo esteja legalmente pré-determinado, resultando estritamente vinculado do quadro normativo aplicável. Também é possível a condenação da Administração à prática de actos administrativos de conteúdo discricionário, desde que a emissão desses actos seja devida. Tal como sucede, no direito alemão, no âmbito do *Verpflichtungsklage*, a 'condenação à prática do acto devido' não intervém k pois, apenas quando esteja em causa a adopção de actos de conteúdo estritamente vinculado. Também quando a prática do acto administrativo ilegalmente recusado ou omitido envolva o exercício de poderes discricionários, o tribunal pode condenar a Administração a praticá-lo, traçando, em maior ou menor medida, o quadro, de facto e de direito, dentro do qual esses poderes discricionários deverão ser exercidos. A condenação tanto se poderá, pois, concretizar na imposição do dever de emanar um acto com um determinado conteúdo (um acto de conteúdo vinculado ou um acto que não reincida nas ilegalidades que um acto de indeferimento anterior tenha cometido), como na mera imposição do dever de praticar um acto que decida a questão colocada pelo interessado, independentemente de se tratar de um acto favorável ou desfavorável à sua pretensão (o que corresponde à mera condenação no dever de decidir. O grau de concretização do dever de actuação da Administração depende dos poderes de

pronúncia que o tribunal puder utilizar nas circunstâncias de cada caso, cujos parâmetros se encontram definidos no artigo 71°.

3 - Ação de intimação

No mesmo sentido, confira-se o que reza o art. 109°, do CPTA, permite a "intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias pode ser requerida quando a célere emissão de uma decisão de mérito que imponha à Administração a adopção de uma conduta positiva ou negativa se revele indispensável para assegurar o exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade ou garantia, por não ser possível ou suficiente, nas circunstâncias do caso, o decretamento provisório de um providência cautelar, segundo o disposto no artigo 131°."

Tal medida judicial, prevista no ordenamento jurídico português, em muito se assemelha à figura do Mandado de Segurança, que é um valoroso instrumento de defesa dos direitos e garantias fundamentais no Brasil. A Constituição desse país consagra, no capítulo dos direitos e garantias fundamentais, mais precisamente no artigo 5°, inciso LXIX, que: "conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por 'habeas-corpus' ou 'habeas-data', quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público."

Na mesma esteira, merecem transcrição as excelentes considerações de Mário Aroso de Almeida e de Carlos Alberto Fernandes Cadilha¹⁴, acerca do artigo 109º, do CPTA: "Esta é uma das novidades absolutas deste Código: a previsão de um processo urgente (que, em certas circunstâncias, pode ser mesmo urgentíssimo: cfr. artigo 111º) que serve para obter, dentro de um prazo curto, uma intimação que tanto pode ser dirigida contra uma entidade pública, como contra um particular, e se destina a salvaguardar o exercício de direitos, liberdades e garantias. Estamos, antes de mais, perante um *processo principal* e não perante um *processo cautelar*. Como simples leitura do nº 1 permite perceber, este aspecto é decisivo para a configuração d instituto (cfr. *Infra*, notas 2 e 3).

Tal como sucede com os demais processos regulados neste Título IV, este é um processo principal, da mesma natureza dos processos que seguem a forma da acção administrativa comum ou da acção administrativa especial - processos, portanto, em que o tribunal é chamado a apreciar e decidir litígios através de decisões cuja função é a de resolver definitivamente esses litígios mediante sentença transitada em julgado. Estamos, pois, perante um *processo de intimação*. Isto significa que se trata de um processo dirigido à emissão de uma sentença de condenação, mediante a qual o tribunal impõe a adopção de uma conduta, que tanto poderá consistir num *facere*, como num *non facere*, numa conduta positiva (uma acção), como numa conduta negativa (uma abstenção). Note-se, porém, que o nº 3, prevê um caso em que a sentença pode não ser de condenação (e, portanto, não há, na verdade, lugar à emissão de uma intimação de uma intimação...), mas uma sentença constitutiva."

¹⁴ALMEIDA, Mário Aroso de; Carlos Alberto Fernandes Cadilha. **Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos**, 1. ed. Lisboa: Almedina, 2005, pág. 536.

Do mesmo modo, embora seja cabível apenas como providência relativa a procedimentos de formação de contratos, portanto, inaplicável ao casos que envolvam estrangeiro em situação irregular, vale ressaltar que, dentro da idéia da necessidade da existência de uma jurisdição cautelar diante de atos da administração que possa acarretar lesão irreparável ou de difícil reparação, veja-se que o artigo 131, do CPTA, prevê que: "quando a providência cautelar se destine a tutelar direitos, liberdades e garantias que de outro modo não possam ser exercitados em tempo útil ou quando entenda haver especial urgência, pode o interessado pedir o decretamento provisório da providência."

CONCLUSÃO

A análise de toda essa problemática, sob o ponto de vista processual, revela que, realmente, a vontade do legislador ao redigir os artigos 23º, 116º e 121º, todos do Decreto-Lei nº 244/98, era a de estabelecer uma presunção absoluta, *iuris et de iure*, ou seja, a de criar uma situação jurídica que não admite prova em contrário, muito menos em sede recursal, de que os estrangeiros que forem considerados em situação irregular no país pela autoridade administrativa ou judicial de 1ª instância devem deixar o território nacional, tudo isso porque os mesmos, em princípio, constituem uma inconveniência ao Estado português.

No entanto, a jurisprudência das cortes administrativas portuguesas, nem que seja por motivo de política judicial, não vai aceitar o convívio com essa inconstitucional proibição absoluta à permanência do estrangeiro que deseja legitimamente aguardar em solo lusitano o resultado final do julgamento do recurso pertinente nas esferas judiciais.

Com efeito, se é correto afirmar que tal medida de amparo ao imigrante não pode ser prodigalizada pelo Poder Judicial para não atravancar a atividade normal do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras/SEF, por outro lado, a mesma não deverá ser negada quando forem constatadas, em concreto, situações passíveis de entendimentos controvertidos ou de caráter probatório relativo, sob pena de se tornar inócuo o eventual pronunciamento final da Justiça em favor do estrangeiro.

O estrangeiro que é injustamente deportado ou expulso, do mesmo modo como alguém que é posto de forma deselegante para fora de uma residência amistosa, provavelmente, nunca mais retornará em Portugal, em muitos casos, sequer para postular reparação de danos a nível moral sofridos com a decisão equivocada. Parece evidente que, ao resolver expurgar o estrangeiro do território nacional, o legislador imaginou apenas a situação daquela pessoa que tem contra si fortes elementos probatórios ou que apresente um quadro jurídico incompatível com qualquer possibilidade de reversão.

Todavia, sendo a medida cautelar o verdadeiro instrumento que viabiliza ao Poder Judicial, com fundamento de validade no texto constitucional, estabelecer o que se pode chamar de ponto de equilíbrio entre o poder-dever do Estado de deportar ou expulsar todos os estrangeiros inconvenientes aos interesses nacionais, diante do confronto de tais valores com legítimo direito subjetivo público do estrangeiro, de natureza cautelar, de permanecer em solo português, independentemente de sua nacionalidade, pode ser deferida judicial efetiva.

Com isso, na busca de compatibilidade do texto legal com a Constituição da República Portuguesa admite-se então que a vontade da lei pode ser outra, bastando para tanto interpreta-la de acordo com o princípio geral da jurisdição cautelar efetiva, concretizando-se assim a verdadeira *ratio* da restrição legal, no sentido de que a presunção criada nos artigos 23º, 116º e 121º, do Decreto-Lei nº 244/98, é de natureza relativa, *iuris tantum*, ou seja, admite prova em contrário.

Em remate, sem perder de vista o texto constitucional, a atribuição de efeitos recursais decorre de uma visão eminentemente cautelar, portanto, de natureza puramente processual. Com isso, produzidas provas ou sendo viável o entendimento no sentido de que a ordem pública, a segurança nacional ou as relações internacionais estão sendo preservadas, bem como presentes os demais pressupostos, deve-se emprestar efeito suspensivo aos recursos interpostos em face das decisões administrativas ou judiciais que determinem *incontinenti* o afastamento ou a expulsão do estrangeiro do território nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Mário Aroso de; Carlos Alberto Fernandes Cadilha. Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, 1. ed. Lisboa: Almedina, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAUPERS, João. Introdução ao Direito Administrativo. 7 ed. Lisboa: Âncora, 2003.

FAGUNDES, M. Seabra. Escola Superior De Guerra Do Brasil. Palestra: Rio de Janeiro/RJ, 26 de abril de 1961.

COSTA, Maria Isabel. Centro de Estudos Judiciários de Portugal. Palestra: Lisboa, 15 de setembro de 2005.

MIRANDA, Jorge; Rui Medeiros. Constituição Portuguesa Anotada. Coimbra: Ed. Coimbra, 2005, Tomo I.

PLATÃO, A República, 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996 - Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Direito Processual Penal. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. vol. III, pág. 162.