As medidas administrativas de afastamento de estrangeiros

Texto elaborado pela autora expressamente para este e-book.

A. Sofia Pinto Oliveira [1]

1. Introdução. 2. Clarificação do objeto de estudo. 3 Limitações constitucionais. 4. Limitações que decorrem do direito internacional. 4.1. Devolução para o país de origem (refoulement). 5. Regime jurídico atual.

1. Introdução

Uma das funções que o Estado, através da Administração, é chamado a desempenhar consiste no controlo das entradas e saídas das pessoas nas fronteiras.

Tradicionalmente, as fronteiras eram vistas como linhas territoriais onde se cruzavam pessoas com direitos e deveres e era ao poder estadual legítimo exercido do lado de dentro da fronteira que competia decidir da admissão e da exclusão de pessoas. Compreendido como atributo da soberania do Estado, este poder de decidir permitir a entrada ou ordenar a saída era visto como ilimitado – em particular quando se exercia sobre quem não detinha vínculo de nacionalidade, sobre estrangeiros ou apátridas.

O desenvolvimento de uma conceção universal dos direitos fundamentais, nos termos da qual a titularidade de direitos não depende da nacionalidade tem vindo a limitar substancialmente este poder dos Estados, que hoje não é livre nem incondicionado.

2. Clarificação do objeto de estudo

A Lei de Estrangeiros dedica, entre nós, um capítulo, à figura do "afastamento do território nacional". Como esclarecem Júlio Pereira e José Cândido de Pinho, "não existe propriamente uma medida de afastamento 'stricto sensu'. O afastamento é o resultado

[1] Professora auxiliar na Escola de Direito da Universidade do Minho.

material da ação; é, por assim dizer, a execução da medida que desloca o estrangeiro para fora do país"[2].

A expulsão consiste numa ordem ditada por autoridades públicas - administrativas ou judiciais - de afastamento do território nacional, determinada por razões de interesse público.

A expulsão administrativa só pode ter como fundamento a entrada ou permanência ilegal no território português. O poder mais agressivo que o Estado detém para reagir à entrada e permanência irregular no seu território consiste na aplicação de medidas de afastamento coercivo do território nacional a pessoas que se encontrem em situação irregular.

É sobre este poder que centraremos a nossa atenção neste texto.

Desde já esclarecemos, pois, que de fora ficarão as situações de recusa de entrada em território nacional ou as situações em que a saída do território nacional se relaciona com questões de índole criminal – mandato de detenção europeu, extradição ou aplicação de pena acessória de expulsão.

Excluímos também do âmbito do nosso estudo a situação particular dos cidadãos da União Europeia e seus familiares – que gozam de garantias previstas em lei especial (entre nós, rege esta matéria a Lei n.º 37/2006, de 9 de agosto, que transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva 2004/38/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril).

Também não vamos dedicar-nos a dois estatutos especiais atribuíveis a nacionais de Estados terceiros em relação à União Europeia – o estatuto dos residentes de longa duração, criado pela Diretiva 2003/109/CE, de 25 de novembro e alterada pela Diretiva 2011/51/EU, de 11 de maio, e o estatuto dos titulares de autorização de residência "cartão azul UE", criado pela Diretiva 2009/50/CE, de 25 de maio[3]. Tendencialmente, os estrangeiros que beneficiam destes estatutos privilegiados têm os mesmos direitos e deveres dos nacionais dos Estados-membros. No entanto, há que sublinhar que só *tendencialmente* assim é – desde logo por não existir um reconhecimento mútuo destes títulos no interior da União Europeia.

[2] Júlio A. C. Pereira e José Cândido de Pinho, *Direitos de estrangeiros – Entrada, Permanência, Saída e Afastamento*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 460.

[3] Sobre estes, ver Maria José Rangel Mesquita, *Os Direitos Fundamentais dos Estrangeiros na Ordem Jurídica Portuguesa*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 228 a 235.

3. Limitações constitucionais

Os poderes de expulsão dos Estados estão constitucionalmente limitados. Estas limitações afirmam-se, em primeira linha, relativamente aos próprios nacionais que o Estado não pode, em caso algum, expulsar[4].

A proteção contra a expulsão aplicada a estrangeiros encontra-se prevista na Constituição portuguesa, no artigo 33.º, número 2.

O conteúdo da proteção prevista na norma constitucional portuguesa é muito limitado. Apenas se estabelece a necessidade de a decisão de expulsão de estrangeiros "*ser determinada por autoridade judicial*" e se cria para o legislador o dever de criar "*formas expeditas de decisão*" para estes processos. Mais limitado é ainda o âmbito pessoal de aplicação desta garantia procedimental: não se aplica a todos os estrangeiros que se encontram em Portugal, mas só a "*quem tenha entrado ou permaneça regularmente no território nacional*", a quem tenha obtido autorização de residência ou a quem tenha apresentado pedido de asilo não recusado.

A contrario a Constituição admite a possibilidade de haver medidas coercivas de expulsão determinadas por autoridades administrativas, executadas sem necessário controlo judicial prévio, para quem se encontre em situação irregular, tendo entrado ou permanecendo ilegalmente no território português.

4. Limitações que decorrem do direito internacional

No Direito internacional aplicável em Portugal, nos termos do artigo 8.º, da Constituição, encontramos também disposições limitadoras do poder dos Estados de expulsarem estrangeiros.

Ao nível do sistema universal de proteção das Nações Unidas, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos reconhece aos estrangeiros que permaneçam regularmente no território dos Estados-parte o direito de apresentarem as suas razões face a uma decisão de expulsão pendente contra si, de recorrerem a uma entidade competente para a revisão da decisão e de serem representados para esse fim perante a autoridade competente. Ao mesmo tempo, obriga a que as medidas de expulsão sejam aplicadas em respeito pela lei. Estas

[4] Como referem Gomes Canotilho e Vital Moreira, o "**direito a não ser expulso** é, hoje (depois da Revisão de 1997, que passou a admitir a extradição de cidadãos portugueses), um dos direitos que marca a diferença de estatuto entre cidadãos portugueses e cidadãos estrangeiros". Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 531.

garantias podem, no entanto, ser afastadas quando haja razões de segurança nacional que o justifiquem[5].

Ao nível do Conselho da Europa existem também disposições aplicáveis nesta matéria. Estas encontram-se nos Protocolos números 4 e 7 da CEDH, ambos ratificados por Portugal.

O Protocolo número 4 proíbe as expulsões coletivas. Estas definem-se como medidas que determinam o abandono do país por um grupo de estrangeiros, sem uma análise particular da situação de cada membro do grupo[6].

Apesar de este direito a não ser objeto de uma medida de expulsão coletiva *qua tale* não se encontrar expressamente consagrado na Constituição portuguesa, cremos que decorre das garantias procedimentais consagradas no artigo 33.º, número 2, o carácter necessariamente individual da medida de expulsão[7].

O que o Protocolo número 4 tem de novo relativamente à Constituição portuguesa é o facto de aquele se aplicar aos estrangeiros, independentemente de estes se encontrarem ou não regularmente em território português. O que significa que o Estado português está vinculado a não aplicar medidas de expulsão coletiva, mesmo relativamente a pessoas que se encontrem em situação irregular. Mesmo nestes casos, está obrigado a uma análise da situação individual e concreta de cada uma das pessoas que pretende afastar do seu território.

O Protocolo número 7 não proíbe a expulsão, esclarece apenas quais as garantias procedimentais que devem ser reconhecidas aos estrangeiros que residam regularmente no território dos Estados-membros, antes de lhes ser aplicada uma medida de expulsão. Estas traduzem-se, fundamentalmente, em três direitos: o direito à apresentação de razões contra a medida de expulsão, o direito ao recurso da decisão e o direito a ter um representante perante as autoridades competentes para a apreciação do caso[8]. No entanto, de acordo com outra

[5] Artigo 13.º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Sobre esta matéria, ver, para mais desenvolvimentos, Hailbronner, *Immigration and Asylum Law and policy of the European Union*, Hague, Kluwer Law International, 2000, p. 487 e seguintes.

[6] Ver sobre este Hailbronner, *Immigration and Asylum Law and policy of the European Union*, Hague, Kluwer Law International, 2000, p. 489 e seguintes e Frédéric Sudre, "Le contrôle des mesures d'expulsion et d'extradition par les organes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme", em Dominique Turpin, *Immigrés et Réfugiés dans les démocraties occidentales - défis et solutions*, Paris, Economica, 1989, p. 253. Ver ainda decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso *Hirsi Jamaa e outros contra Itália*, de 23 de Fevereiro de 2012, em que o Tribunal considerou haver violação deste Protocolo por parte da Itália por esta ter interceptado em alto mar uma embarcação carregada de imigrantes e refugiados e de não lhes ter permitido aceder a território italiano acompanhando-a até à costa líbia onde esta veio a desembarcar todas aa pessoas que tentavam aceder a território italiano.

[7] No mesmo sentido, Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 531-532.

[8] Ver artigo 1.º (1) do Protocolo número 7 à CEDH.

disposição do mesmo protocolo, o estrangeiro pode ser expulso, antes de ter exercido estes direitos, se tal expulsão for exigida por razões de ordem pública ou de segurança nacional[9].

A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem também desenvolvido importantes limitações ao poder de expulsão dos Estados a partir das normas que consagram a proibição de sujeição a penas ou tratamentos cruéis degradantes ou desumanos (artigo 3.º, da Convenção Europeia dos Direito dos Homem[10]) e o direito ao respeito pela vida familiar (artigo 8.º, da mesma Convenção[11]). Os juízes têm entendido, em diversos casos submetidos à sua apreciação, que a aplicação de medidas de expulsão pode constituir violação destes direitos.

A jurisprudência do Tribunal de Estrasburgo teve uma influência importante na evolução legislativa portuguesa, ao considerar que a expulsão de imigrantes de segunda geração ou profundamente integrados e com fortes ligações familiares no Estado parte da Convenção pode constituir uma ingerência ilegítima face ao artigo 8.º, da Convenção Europeia, no direito ao respeito da vida privada e familiar.

4.1. Devolução para o país de origem (*refoulement*)

A proteção face à devolução para o país de origem (*refoulement*) relaciona-se diretamente com a proteção face à expulsão de que vimos falando. A proibição de *refoulement*

[9] Artigo 1.º (2) do Protocolo número 7 à CEDH.

[10] Nos termos que referimos supra, no ponto 2.1., onde identificamos a jurisprudência, a nosso ver, mais marcante nesta sede no domínio específico do asilo.

[11] Ver o estudo de Paulo Manuel Abreu da Silva Costa, "A Protecção dos Estrangeiros pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem perante Processos de Asilo, Expulsão e Extradição - a Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem", em *Separata da Revista da Ordem dos Advogados*, 2000 e de Abel Campos, "A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o direito dos estrangeiros ou do último recurso", em *O Asilo em Portugal*, volume II, Lisboa, Conselho Português para os Refugiados, 1994. Ver ainda Kay Hailbronner, *Immigration and Asylum Law and policy of the European Union*, Hague, Kluwer Law International, 2000, p. 496-499. O Tribunal pronunciou-se , a este propósito, no caso *Moustaquim*, em que a um marroquino, imigrante na Bélgica desde os dois anos de idade, na sequência de numerosos crimes de pequena importância, foi condenado à expulsão daquele país. O Tribunal entendeu que, atentas as particularidades do caso, não se justificava a expulsão do jovem para Marrocos por todos os seus familiares viverem e estarem integrados na Bélgica - ver decisão do caso *Moustaquim* contra Bélgica, de 18 de fevereiro de 1991, em www.echr.coe.int. Não havendo nenhuma proteção absoluta face à expulsão quando esta possa pôr em causa a manutenção de uma vida familiar normal, neste e noutros casos, tem entendido aquele Tribunal haver um condicionamento do poder de expulsão dos Estados relativamente a estrangeiros residentes com as suas despectivas famílias no Estado-parte. A jurisprudência do TC já se debateu com questões semelhantes em que estava em causa a opção pelo exercício do poder de expulsão ou a garantia da vida familiar e optou pelo respeito pela vida familiar. Ver Acórdão 181/97, de 5 de Março, relatado pelo Conselheiro Nunes de Almeida, publicado no *DR*, II Série, de 22 de Abril de 1997 e 470/99, relatado pelo Conselheiro Tavares da Costa, e Acórdão 232/2004, relatado pelo Conselheiro Benjamim Rodrigues, , em www.tribunalconstitucional.pt. Ver também comentário em Anabela Leão, "Expulsão de estrangeiros com filhos menores a cargo", em *Jurisprudência Constitucional*, n.º 3, p. 25.

consiste na proibição de expulsar estrangeiros especificamente para o país relativamente ao qual estes manifestam, por alguma razão, receio de voltar[12].

É uma proteção ainda mais limitada no seu escopo do que a proteção face à expulsão, nos termos em que desenvolvemos no ponto anterior, na medida em que esta proíbe o afastamento do território nacional, enquanto a proteção face à devolução o permite, mas apenas para outros Estados que não o autor da violação de direitos humanos essenciais da pessoa em causa.

A não devolução (*non-refoulement*) cria apenas nos Estados uma obrigação de carácter negativo, um dever de não devolver a pessoa exatamente para o país onde este alega sofrer tratamento violador da sua dignidade humana.

A proteção face à devolução tem sido desenvolvida, fundamentalmente, ao nível do direito internacional, em diversos tratados internacionais. Há quem entenda mesmo que o *non-refoulement* deve ser visto como um direito humano[13].

O princípio do *non-refoulement* pode ser entendido em sentido restrito e em sentido amplo[14].

---

[12] Na Diretiva 2004/38/CE, do Conselho, de 29 de abril de 2004, que estabelece normas mínimas relativas às condições a preencher por nacionais de países terceiros ou apátridas para poderem beneficiar do estatuto de refugiado ou de pessoa que, por outros motivos, necessite de proteção internacional, bem como relativas ao respetivo estatuto, e relativas ao conteúdo da proteção concedida, "*refoulement*" aparece traduzido por repulsão (considerandos 2 e 36 e artigo 2.1º). A lei portuguesa atualmente em vigor usa a mesma expressão Esta parece-nos uma forma muito imperfeita de traduzir "*refoulement*".

[13] Defendendo ter força de direito consuetudinário internacional, Goodwin-Gill, "*Nonrefoulement* and the new asylum seekers", em David A. Martin (ed.), *The New Asylum Seekers: Refugee Law in the 1980s - The Ninth Sokol Colloquium on International Law*; Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 104 e Gilbert Gornig, "Das 'non-refoulement'-Prinzip, ein Menschenrecht 'in statu nascendi' - Auch ein Beitrag zu Art. 3 Folterkonvention -" em *EuGRZ*, 1986, p. 521- 529. Considerando tratar-se de uma caso de "wishful legal thinking", Kay Hailbronner, "*Nonrefoulement* and 'humanitarian' refugees: customary international law or wishful legal thinking?", em David A. Martin (ed.), *The New Asylum Seekers: Refugee Law in the 1980s - The Ninth Sokol Colloquium on International Law*; Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988, p. 123-144. Os últimos anos têm aumentado as incertezas quanto ao valor e ao alcance deste princípio, já que os Estados se manifestam cada vez menos dispostos ao cumprimento desta regra, quando sentem existir razões de segurança pública que obriguem à expulsão para o país de origem. Estas situações ocorrem, sobretudo, quando há suspeitas de que os estrangeiros em causa, apesar de correrem sérios riscos em caso de devolução, estão ligados a organizações terroristas. Sobre estas mudanças, ver comentário a uma decisão do Tribunal Supremo canadiano, Stephane Bourgon, "The Impact of Terrorism on the Principle of *'Non-Refoulement'* of Refugees: The *Suresh* Case before the Supreme Court of Canada", em *Journal of International Criminal Justice*, 2003, p. 169-185 (www3.oup.co.uk/jijjus), Rene Bruin e Kees Wouter, "Terrorism and the Non-derogability of *Non-refoulement*", em *IJRL*, 2003, p. 24 -26.

[14] Neste sentido, Frowein e Kühner, "Drohende Folterung als Asylgrund und Grenze für Auslieferung und Ausweisung", em *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Stuttgart, Kohlhammer, 1983, p. 551-558. Sobre este princípio, ver também o trabalho de Ana Luísa Riquito, "The Public/Private Dichotomy in International Refugee Law", em *Boletim da Faculdade de Direito,* 2001, p. 403 e seguintes.

Em sentido estrito, o *"non-refoulement"* é um instituto de direito internacional dos refugiados e está consagrado no artigo 33.º, número 1, da Convenção de Genebra sobre o Estatuto do Refugiado de 1951.

Em sentido amplo, o princípio aplica-se às situações em que a extradição ou a expulsão para o país de origem possa significar uma violação insuportável da dignidade da pessoa humana e decorre de normas contidas em diversas convenções internacionais proibindo a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes. Referimo-nos, concretamente, à Convenção para a Eliminação da Tortura (artigo 3.º) e ao Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (artigo 7.º).

Também a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia contém uma norma de conteúdo semelhante, consagrando uma obrigação absoluta de não expulsão para um Estado onde haja risco sério de aplicação da pena de morte, tortura ou outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (artigo 19.º, número 2).

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem aplicado o artigo 3.º, da Convenção, a casos de afastamento de estrangeiros do território de um Estado-parte na Convenção Europeia dos Direitos do Homem para países onde estes correm o risco de sofrer tortura ou tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos[15].

Os juízes de Estrasburgo têm entendido que a aplicação de medidas de expulsão para o país de origem, nestas situações, viola a proibição de sujeição da pessoa humana a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, que é uma proibição de carácter absoluto[16]. Para que aquele risco possa ser estabelecido, não basta provar a existência de uma situação de anarquia ou de violência generalizada, de conflito armado ou de desrespeito pelos direitos humanos, impõe-se que esse risco se afigure particularmente intenso para a pessoa que pode ser obrigada a regressar ao país de origem[17].

---

[15] A primeira vez que o fez foi num caso de extradição. Caso *Soering* contra Reino Unido, de 7 de julho de 1989, envolvendo requerentes de asilo, seguiram-se os casos *Cruz Varas* contra Suécia, de 20 de março de 1991, e de *Vilvarajah* contra o Reino Unido, de 30 de novembro de 1991, ver em www.echr.coe.int.

[16] Sobre o impacto desta jurisprudência nos sistemas nacionais de asilo, ver Elspeth Guild, "Jurisprudence of the European Court of Human Rights: lessons for the EU Asylum Policy", em *The Emergence of a European Asylum Policy / L'Emergence d'une Politique Européenne d'Asile*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 329.

[17] Assim o entendeu o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no caso *Chahal contra Reino Unido*, de 15 de novembro de 1996, em que o queixoso, de nacionalidade indiana, era considerado, pelas autoridades britânicas, um terrorista, mas o Tribunal entendeu que, mesmo nestas circunstâncias, os Estados-parte estavam obrigados a não expulsar estrangeiros se estes pudessem ser sujeitos a tratamentos contrários ao artigo 3.º, da Convenção, e também nos casos *Vilvarajah* e outros contra Reino Unido, de 30 de outubro de 1991 e *H.L.R.* contra França, de 29 de abril de 1997, tendo nestes dois últimos recusado a aplicação do artigo 3.º, da Convenção, por não terem os queixosos provado correrem um risco acrescido de sofrerem tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos, por

5. Regime jurídico atual

A expulsão administrativa está regulada, em termos gerais, no capítulo VIII da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho (a que nos referiremos como Lei de Estrangeiros), com as alterações que lhe foram posteriormente feitas[18]. Foram particularmente relevantes, nesta matéria, as alterações introduzidas pelo Lei n.º 29/2012, de 9 de agosto, que transpôs para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2008/115/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro, relativa a normas e procedimentos comuns nos Estados-membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular (a chamada Diretiva Retorno).

A decisão de expulsão, de afastamento coercivo, é sempre acompanhada da determinação de um prazo de interdição de entrada em território nacional – que, nos termos da lei atual, não pode ser superior a 5 anos, salvo em caso de ameaça grave para a ordem pública, a segurança pública ou a segurança nacional – que têm de ser devidamente fundamentadas (artigo 144.º)

Nos termos da lei (artigo 135.º), há três tipos de estrangeiros que, mesmo que se encontrem em situação irregular, não podem ser expulsos, salvo em caso de ameaça à segurança nacional e à ordem pública: os imigrantes de segunda geração, que "tenham nascido em território português e aqui residam habitualmente"; os que tenham a seu cargo filhos menores de nacionalidade portuguesa ou estrangeira, a residir em Portugal, sobre os quais exerçam efetivamente as responsabilidades parentais e a quem assegurem o sustento e a educação; e, finalmente, os que se encontrem em Portugal desde idade inferior a 10 anos e aqui residam habitualmente.

Estes estrangeiros gozam de uma proteção forte face à expulsão.

A lei regula o procedimento de expulsão, que é de iniciativa oficiosa, sendo de salientar a nota de celeridade que se pretende que marque este procedimento[19], sem prejuízo das garantias de audição e defesa da pessoa, expressamente previstas no artigo 148.º, da Lei.

O Tribunal de Justiça da União Europeia tem sido chamado também a esclarecer em que circunstâncias e com que extensão se deve entender este direito a ser ouvido, tendo esclarecido, numa decisão de 11 de dezembro de 2014, no caso *Boudjlida*, Processo C-249/13,

---

comparação com a generalidade da população. Ver Hailbronner, *Immigration and Asylum Law and policy of the European Union*, Hague, Kluwer Law International, 2000, p. 492-494. Cremos que, no entanto, no caso *D.* contra o Reino Unido, de 2 de maio de 1997, em que *D.* alegava que, sendo seropositivo, caso fosse expulso, a sua morte ia ser acelerada e ocorreria provavelmente em condições desumanas e degradantes, o TEDH não foi totalmente coerente com este raciocínio e entendeu que a expulsão não podia ter lugar.

[18] E que foram introduzidas pelas Leis ns.º 29/2012, de 9 de agosto, 56/2015, de 23 de junho, e 63/2015, de 30 de junho.

[19] Ver, neste sentido, Carla Amado Gomes e Anabela Leão, *A Condição de Imigrante – Uma Análise de Direito Constitucional e de Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 77.

que o direito de exprimir, antes da adoção de uma decisão de expulsão, o seu ponto de vista quanto à legalidade da sua residência e que não obriga a autoridade nacional competente a prevenir o referido nacional, antes da audição organizada com vista à referida adoção, de que tenciona adotar uma decisão de regresso a seu respeito, nem a comunicar-lhe os elementos com base nos quais tenciona justificar a mesma[20].

Há determinadas circunstâncias que impedem que se dê início, *naquele momento*, ao procedimento de expulsão: a apresentação de um pedido de asilo a qualquer autoridade policial e o facto de ser detentor de um título de residência válido ou de outro título, que lhe confira direito de permanência em outro Estado-membro e cumpra a sua obrigação de se dirigir imediatamente para esse Estado-membro (artigo 146.º, número 5).

A Lei refere no artigo 146.º, número 5, alínea a) que a apresentação de um pedido de asilo só impede a expulsão se o pedido for apresentado 48 horas após a entrada irregular. Nada na Lei do Asilo (Lei n.º 27/2008, com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei n.º 19/2014) dispõe no mesmo sentido e não pode impor-se um prazo (ainda por cima, um prazo curto e irrazoável) para a apresentação do pedido de proteção internacional. Esta norma é, em nosso entender, face ao artigo 33.º, número 8, da Constituição, inconstitucional.

Os estrangeiros nestas circunstâncias gozam de uma proteção fraca face à expulsão – já que a lei apenas impede que o procedimento avance naquele momento. Porém, uma vez recusado o pedido de asilo ou não cumprida a obrigação de deslocação para o outro Estado-membro, podem ser expulsos.

A proibição do *refoulement* supra referida também encontra eco no artigo 143.º, da Lei de Estrangeiros. Os estrangeiros nestas circunstâncias gozam de uma proteção *relativa* face à expulsão – já que esta não está excluída, mas está condicionado o respetivo país de destino.

A entidade competente para decidir o "afastamento coercivo" é o Diretor Nacional do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, nos termos do artigo 149.º.

A decisão tem de ser obrigatoriamente comunicada não só à pessoa visada, como também ao Alto Comissariado para as Migrações e ao Conselho Consultivo e tem de conter a fundamentação da decisão, o conjunto de obrigações que impendem sobre o estrangeiro e o prazo dentro do qual este fica interdito de entrar em território nacional.

Esta decisão pode, naturalmente, ser impugnada nos Tribunais Administrativos. A lei não prevê, no entanto, um efeito suspensivo automático associado a esta impugnação – o que significa que, no quadro legal atual, a decisão de expulsão pode ser executada antes de haver apreciação judicial da decisão administrativa.

[20] Ver também sobre a matéria a decisão no caso *Mukarubega*, de 5 de novembro de 2014, no processo C- 166/13.

A impugnação pode ser acompanhada (ou precedida) de um pedido de adoção de uma medida cautelar de suspensão da eficácia do ato de expulsão, nos termos da lei processual administrativa[21].

Em 18 de dezembro de 2014, o Tribunal de Justiça da União Europeia, no caso *Abdida*, processo C-562/13, considerou que os artigos 5.° e 13.°, da Diretiva Retorno, lidos à luz dos artigos 19.°, n.º 2, e 47.°, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e o artigo 14.°, n.° 1, alínea b), desta Diretiva, devem ser interpretados no sentido de que se opõem a uma legislação nacional que não confere efeito suspensivo a um recurso interposto da decisão que ordena a um nacional de país terceiro, que padece de uma doença grave, que abandone o território de um Estado-membro, quando a execução dessa decisão for suscetível de expor esse nacional de país terceiro a um risco sério de deterioração grave e irreversível do seu estado de saúde.

Será este o primeiro passo para que, por força da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, venha a ser reconhecido um efeito suspensivo automático à impugnação de decisões administrativas de expulsão, à semelhança da evolução legislativa verificada em matéria de asilo?

[21] Ver sobre esta, Carla Amado Gomes e Anabela Leão, *A Condição de Imigrante – Uma Análise de Direito Constitucional e de Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 79 a 81. Se nenhum interesse público relevante for invocado para a execução imediata da decisão de expulsão, atendendo a que, para o estrangeiro, a execução imediata da decisão de expulsão constitui um "facto consumado", haverá boas probabilidades de a suspensão ser decretada. Ver, neste sentido, a argumentação do Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, de 1 de junho de 2011, no Processo 07608/11. A circunstância de o novo Código de Processo dos Tribunais Administrativo, na sequência das modificações introduzidas em 2015, ter alterado o artigo 120.º, elevando as exigências no que diz respeito ao "fumus boni iuris" para as providências de carácter conservatório pode, no entanto, dificultar a obtenção de sentença cautelar favorável.

Direito ao reagrupamento familiar, permissão e ingerência do Estado (no regime de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros no território nacional da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho) e na jurisprudência[1]

Texto elaborado pela autora em fevereiro de 2016 expressamente para este e-book.

Ana Cristina Lameira[2]

*"Em nenhuma ordem jurídica basta apenas haver **direitos;** estes **devem** também **ser exequíveis.** A exequibilidade não é, no entanto, uma característica peculiar do direito. Uma ordem jurídica que renuncie, em princípio à exequibilidade, renuncia a si própria, põe a sua observância ao dispor do interessado. Daí que é característica de toda a ordem jurídica que os direitos do indivíduo sejam em princípio, também exequíveis. A questão é apenas como pode ou tem de ser"*

Othmar Jauernig, Direito Processual Civil, Almedina, Edição Fev. 2002, p. 35

I – Evolução e Enquadramento do Reagrupamento Familiar. 1.1. Introdução. 1.2. Contexto Jurídico Internacional/Comunitário. 2. A natureza do instituto do reagrupamento familiar. 3. Quem é o titular do direito ao reagrupamento familiar? 3.1. Quem pode beneficiar do reagrupamento familiar. 3.1.1. Membro de família. 4. Condições para o exercício do direito. 4.1. Alojamento. 4.2. Meios de subsistência. 5. Casos não abrangidos pelo reagrupamento familiar. 6. Após o deferimento. 7. Caducidade do direito ao reagrupamento.

II – Outros casos de apelo às relações familiares do cidadão estrangeiro.

III – Ingerências na vida familiar. 1. Relações fraudulentas. 2. Expulsão ou afastamento coercivo.

IV – Conclusões.

[1] Versão, por opção da autora, pré-Acordo Ortográfico.
[2] Juíza de Direito no TAF de Sintra

I – Evolução e Enquadramento do Reagrupamento Familiar

1.1. Introdução

O presente trabalho tem como objectivo ser uma base de estudo para aqueles que recorrem à Lei n.º 23/2007[3], de 4 de Julho, que regula o regime de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros no território nacional, na vertente relativa aos problemas dos imigrantes e dos refugiados. Mais concretamente, procura-se aqui averiguar quais são as pessoas que integram o conceito de "família" para efeitos do pedido de reagrupamento familiar e de que forma a unidade familiar pode ser posta em causa.

Debatemo-nos, desde logo, com uma *escassa intervenção dos tribunais*[4] nestas matérias de problemas ligados aos imigrantes. Sendo ainda muito mais diminuta a jurisprudência nacional em torno dos litígios emergentes do direito ao reagrupamento familiar, sobretudo no tocante aos sujeitos que se devem considerar como familiares ou qual o conceito de "família".

Daí que a metodologia seguida tenha sido a de tentar sistematizar o regime legal do direito ao reagrupamento familiar e destacar os pontos que têm sido ou possam vir a ser objecto de apreciação pela jurisprudência nacional e comunitária.

1.2. Contexto Jurídico Internacional / Comunitário

No Direito Internacional o direito à protecção da família está previsto de forma expressa desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) nos seus artigos 12º e 16º, n.º 3[5], tendo vindo posteriormente a ser reconhecido noutros instrumentos internacionais[6] e comunitários[7].

[3] Alterada pelas Leis nºs 29/2012, de 09.08, e 56/2015, de 23.06.

[4] Como foi destacado por Andreia Sofia Pinto Oliveira, *in* "Legitimidade processual na intimação para protecção do direito ao reagrupamento familiar", Cadernos de Justiça Administrativa (CJA) nº 86, pp. 27 a 38 [31].

[5] Idêntica garantia está consagrada no art.º 67º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP).

[6] V.g. na Convenção para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (1950), art.º 8º; Convenção sobre os Direitos da Criança (1989) (art.º 9º, nº 1), Pacto Internacional dos Direitos do Civis e Políticos (arts.º 17º e 23º).

[7] Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art.º 7º), e ainda em particular a Directiva nº 2003/86/CE, do Conselho, de 22.09.2003, JO L 251, de 03.10.2003, relativa ao direito ao reagrupamento familiar, e a Directiva nº 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 29.04.2004, JO L 158, de 30.04.2004, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União Europeia e dos membros das suas famílias no território dos Estados Membros.

No tema que ora nos ocupa a evolução tem sido em grande parte dada pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH)[8] face às novas realidades sócio globais de movimentos migratórios[9].

Até à assinatura do Acordo Schengen, em 14 de Junho de 1985, destinado à supressão progressiva dos controlos das fronteiras comuns na União Europeia (UE), cabia a cada Estado-membro a regulação da entrada e saída de nacionais de países terceiros à UE.

Após aquela data foi sentida a necessidade de reforço de políticas e medidas comuns quanto à matéria de admissão e vistos de estrangeiros. De entre essas medidas, nos anos mais recentes, a UE e os governos dos Estados-membros têm dado maior atenção à regulamentação e à procura de convergência das políticas de reunificação familiar (Directiva n.º 2003/86/CE). Caminho esse justificado no Considerando 4º da Directiva n.º 2003/86/CE, porquanto "*O reagrupamento familiar é um meio necessário para permitir a vida em família. Contribui para a criação de uma estabilidade sociocultural favorável à integração dos nacionais de países terceiros nos Estados-Membros, o que permite, por outro lado, promover a coesão económica e social, que é um dos objectivos fundamentais da Comunidade consagrado no Tratado"*.

Com o objectivo de poderem ser ultrapassadas as dificuldades inerentes ao processo de reagrupamento familiar (que tipo de relações familiares justificam a sua inclusão naquele processo, nomeadamente no que diz respeito ao graus de parentesco e aos níveis de dependência)[10].

[8] Sobre os contributos da Jurisprudência do TEDH para a afirmação de um Direito Fundamental ao Reagrupamento Familiar, nomeadamente sobre a aplicação do art.º 8º, da CEDH, ao reagrupamento familiar, vide Ana Rita Gil, *in* "Um Caso de Europeização do Direito Constitucional Português – A Afirmação de um Direito Fundamental ao Reagrupamento Familiar", *in Revista de Direito Público*, 1, nº 2, (2009) pp. 9-61 [14-23].

[9] André Gonçalo Dias Pereira, "A protecção Jurídica da Família Migrante", *in* "Direitos Humanos, estrangeiros, comunidades migrantes e minorias", Celta Editora, Oeiras, 2000, pp. 81-100, quanto às necessidades específicas das famílias migrantes, a necessidade de tutela do direito fundamental ao reagrupamento familiar, expressão do princípio da unidade familiar identifica como causas da moderna imigração com base na "Collier´s Encyclopedia", vol. 12, os aventureiros em busca de fortuna e de liberdade para o seu talento; Refugiados religiosos e políticos e à procura de um melhor nível de vida [83-84].

[10] De acordo com o Relatório da Comissão Europeia, em Outubro de 2008, sobre a aplicação da Directiva nº 2003/86, o reagrupamento familiar, nos últimos 20 anos tinha constituído um dos principais motivos de imigração legal para a EU. No mesmo Relatório eram apontadas algumas deficiências e incorrectas transposições da mesma Directiva por parte de alguns Estados Membros, designadamente ao nível da facilitação de obtenção de vistos, concessão de autorizações de residências autónomas, direito de recorrer das decisões.

2. A natureza do instituto reagrupamento familiar

O direito ao reagrupamento familiar emerge do estatuto jurídico internacional e constitucional do estrangeiro ou cidadão migrante e das obrigações que daí decorrem para os Estados e para os poderes públicos que impõe a estes que não tratem os estrangeiros de forma arbitrária e injustificada (obrigação de facto negativo), assim como a obrigação para que adopte as medidas necessárias de protecção dos mesmos de modo a não causar danos (obrigação de facto positivo)[11].

O princípio da equiparação consagrado no artigo 15º, da CRP, aos estrangeiros deve ser entendido à luz de uma concepção universal dos direitos fundamentais consagrados na Constituição da República Portuguesa (CRP), válidos para todos independentemente da nacionalidade ou apátridas.[12]

Por via da equiparação e igualdade de direitos entre os cidadãos nacionais e os estrangeiros e apátridas que se encontrem a residir em Portugal, salvo nas restrições constitucionalmente permitidas, em conformidade com o art. 15º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, resulta já a *constituição um estatuto jurídico-fundamental do estrangeiro e da cidadania migrante*[13].

Havendo, pois, que assegurar aos cidadãos estrangeiros, de igual forma, a convivência e unidade familiar, consagrados no artigo 36º, da CRP, compreendendo os direitos à família, ao casamento e à filiação.

O direito ao reagrupamento familiar tem vindo, pois, a assumir a natureza de direito fundamental[14].

---

[11] Sobre os estrangeiros na jurisprudência constitucional portuguesa, consultar Ana Luísa Pinto e Mariana Canotilho, "O Tratamento dos Estrangeiros e das Minorias na Jurisprudência Constitucional Portuguesa", Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa, Vol. II, Coimbra, 2005.

[12] No Acórdão do TC nº 365/00, Proc. 91/00, refere-se que o estatuto dos estrangeiros constitucionalmente reconhecido assenta na *dignidade do homem, como sujeito moral e sujeito de direitos, como cidadão do mundo".*

[13] A que alude Anabela Costa Leão, "*Expulsão de estrageiros com filhos menores a cargo, Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional nº 232/04*", Jurisprudência Constitucional nº 3, Jul/Set. 2004, pp. 25 a 35 [p. 28].

[14] Ver Ana Rita Gil, *in* obra citada "Um Caso ….", pela forma desenvolvida e aprofundada sobre direito comparado e jurisprudência comunitária, onde destaca que "*O reagrupamento familiar deverá ser considerado um direito fundamental, corolário do direito à unidade familiar protegido pela CRP. De acordo com uma das classificações adoptadas por Jorge Miranda, será uma garantia, uma vez que não representa em si o bem carecido de protecção – a unidade familiar – destinando-se sim a assegurar a fruição desse bem. É pois como garantia fundamental, como instrumento necessário para permitir ao estrangeiro o direito á convivência familiar, que o reagrupamento deverá ser encarado. Entendemos ainda que o mesmo deverá beneficiar do regime dos direitos, liberdades e garantias por encontrar o direito que visa desenvolver no art. 36º da CRP"* [p. 50].

Tem sido essa a natureza reconhecida pelos Tribunais superiores, designadamente nos Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo (STA), de 02.096.2011, rec. 442/11 e de 20.10.2011, rec. 783/11, e ainda no Acórdão de 24.02.2011, rec. 113/11[15]. Sendo que, em todos eles, foi entendido que a emissão de visto para os familiares, após ter sido deferido o pedido de reagrupamento com a respectiva entrada imediata em território nacional do familiar (ambos os casos esposa e filhos), tem relevância social por respeitar a direitos *das pessoas dignos de protecção reforçada, no quadro legal em que convergem princípios gerais, de direito internacional convencional geral do direito da União Europeia e de normas internas de diferentes hierarquias.* Daí o terem sido admitidos pelos citados Acórdãos os respectivos recursos de revista nos termos do artigo 150º[16], n.º 1, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA).

Justificada a protecção desse direito pelo meio processual principal e mais urgente do Código de Processo nos Tribunais Administrativos, no artigo 109º, por ter considerado "(…) *que estava em causa o direito ao reagrupamento familiar, direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias, consagrado no Título II da Constituição e corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, em que se funda o Estado de Direito Democrático, enquanto princípio fundamental do Estado português [cfr. artigo 2º da CRP].*

A par relevam ainda outros direitos pessoais com relevo constitucional, como sejam os direitos a constituir família, ao casamento e à filiação, à família e à paternidade, direitos que são extensíveis aos estrangeiros residentes em Portugal, decorrentes da aplicação do aludido princípio da equiparação dos cidadãos estrangeiros e apátridas aos cidadãos portugueses [cfr. artigos 12º, 13º, 15º a 18º, 26º, 67º e 68° da CRP, 8º da Convenção Europeia para Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, e 7º, 15º e 33º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia]."[17]

[15] No Acórdão do STA, de 22.09.2011 rec. 730 /11, a questão da legitimidade activa em termos de reagrupamento foi marginal, uma vez estava em causa os actos processuais praticados por advogado condenado por litigância de má-fé (omissão de alusão a uma outra acção).

[16] "*Das decisões proferidas em segunda instância pelo Tribunal Central Administrativo pode haver, excepcionalmente, revista para o Supremo Tribunal Administrativo quando esteja em causa a apreciação de uma questão que pela sua relevância jurídica ou social,* (…)".

[17] Vide Acórdão do TCA Sul, de 22.03.2012, rec. 07694/11 , a propósito da emissão de visto de residência para o familiar do requerente, daí a justificação do meio processual urgente de Intimação judicial para protecção de Direitos, Liberdades e Garantias, nos termos do art. 109º e seguintes do CPTA. Em sentido contrário e minoritário quanto ao meio processual vide o Ac. do TCA Sul, de 06.02.2014, rec. 10704/13, que entendeu que não estavam verificados os pressupostos para o recurso à referida Intimação, porque sempre poderia pedir a condenação na emissão de visto em sede de acção administrativa especial e pedir uma providência cautelar (art.º 131º do CPTA), ou não imediata (artsº 112º a 120º, do CPTA).

Cabendo ao Estado a protecção da família, como elemento fundamental e estruturante da sociedade, proporcionando-lhe as condições necessárias à realização pessoal dos seus membros, como decorre do artigo 67º, da CRP.

3. Quem é o titular do direito ao reagrupamento familiar?

Nos termos da Lei n.º 23/2007, de 4 de Julho, o titular do direito ao reagrupamento é o cidadão estrangeiro ou apátrida com título de residência válido (que não seja cidadão da União Europeia) (cf. artigos 4º, n.º 1 e 98º, n.º 1).

Não se aplicando a nacionais de um Estado membro da União Europeia, de um Estado parte no Espaço Económico Europeu ou de um Estado terceiro com o qual a Comunidade Europeia tenha concluído um acordo de livre circulação de pessoas[18]; a nacionais de Estados terceiros que residam em território nacional na qualidade de refugiados, beneficiários de protecção subsidiária ao abrigo das disposições reguladoras do asilo ou beneficiários de protecção temporária; ou a nacionais de Estados terceiros membros da família de cidadão português ou de cidadão estrangeiro abrangido pelas situações anteriores (artigo 4º, n.º 2).

O cidadão estrangeiro dispõe de residência legal para efeitos da Lei n.º 23/2007, quando habilitado com título de residência em Portugal, de validade igual ou superior a um ano[19], representando de certa forma uma limitação de direitos dos imigrantes que não têm autorização de residência (*conceito restritivo de residente).*

Por seu turno o " Título de residência» é o documento emitido, de acordo com as regras e segundo o modelo uniforme em vigor na União Europeia, para o nacional de Estado terceiro com autorização de residência (cf. artigo 3º, n.º 1, al. x.)). O requerente do reagrupamento já não carece de um prazo mínimo de residência legal em Portugal[20] [21], para além do estabelecido para obter o título válido de autorização de residência.

[18] A matéria de reagrupamento familiar de cidadãos da União Europeia e membros da sua família, encontra-se regulada na Lei n.º 37/2006, de 09.08, sobre o exercício do direito de livre circulação e residência daqueles cidadãos e membros da sua família, transpôs para a ordem interna a Directiva n.º 2004/38/CE. Por isso, se encontram excluídos do âmbito pessoal de aplicação da Lei n.º 23/2007, conforme artigo 4º, n.º 2, alínea a), parte inicial.

[19] Cf. art.º 3º, n.º 1, alínea v).

[20] Embora admitido pela Directiva n.º 2003/86/CE que o EM (Estado Membro) possa estabelecer um prazo de residência legal no respectivo território, até dois anos (art.º 8º), em Portugal o mesmo já não se verifica, desde a Lei n.º 22/2002, que concedeu autorização legislativa ao Governo para alterar o regime do Decreto-Lei n.º 244/98, na alínea "h) Rever o regime do reagrupamento familiar, no sentido de estabelecer um período mínimo de um ano de residência para a sua concessão e definir adequadamente os respectivos beneficiários"; concretizado no Decreto-Lei nº 34/2003, de 25.02, (nova versão do DL 244/98, de 08.08, republicando-o), definindo no art.º 3º que "*Considera-se residente o estrangeiro com título válido de autorização de residência em Portugal*".

[21] O Acórdão do TC nº 141/2015 (Proc. 136/14), de 25.02.2015, admitiu em todo o caso a diferenciação de cidadãos de outros países relativamente a cidadãos nacionais, com fundamento no

Aquando do pedido de autorização de residência o cidadão estrangeiro pode formular em simultâneo o pedido de reagrupamento familiar (artigo 81º, n.º 4, da Lei n.º 23 /2007).

3.1. Quem pode beneficiar do reagrupamento familiar

Das pesquisas por nós efectuadas não foi possível identificar um "conceito" ou definição jurídica de *família*, ao nível da jurisprudência, nomeadamente do Tribunal Constitucional (TC)[22], sendo antes abordada enquanto instituto jurídico adaptado em função do contexto e da área específica em que é chamado à colação.

De igual modo o TC jamais foi solicitado a analisar na perspectiva do reagrupamento familiar a questão da vida familiar protegida pelo artigo 36º, da CRP, em conjugação com o artigo 15º, da CRP, por via do princípio da equiparação de estrangeiro, pelo não podemos saber qual a posição daquele Tribunal relativamente ao reagrupamento familiar (condições ou limites). Também a jurisprudência nacional dos Tribunais superiores (da que foi possível consultar) não se tem pronunciado sobre quem o requerente do pedido de reagrupamento familiar pode vir a solicitar para vir viver consigo.

3.1.1. Membro de família

A Lei n.º 23/2007, não define igualmente o conceito de família mas sim quais os membros que podem integrar o reagrupamento familiar. Assim, nos artigos 99º e seguintes,

---

princípio da igualdade, consagrado no art.º 13.º, n.º 1, da CRP, ao declarar a inconstitucionalidade da norma constante da alínea a), do n.º 1, do art.º 6.º, da Lei n.º 13/2003, de 21.05, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 133/2012, de 27.06, na parte em que exige a cidadãos portugueses um período mínimo de um ano de residência legal em Portugal para poder aceder ao rendimento social de inserção, por violação do princípio da igualdade, consagrado no art.º 13.º, n.º 1, da CRP; b) Declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma constante do n.º 4, do artº 6.º, da Lei n.º 13/2003, de 21.05, na redacção dada pelo Decreto-Lei n.º 133/2012, de 27.06, na parte em que estende o requisito de um período mínimo de um ano de residência legal em Portugal, previsto na alínea a), do n.º 1, desse preceito legal, aos membros do agregado familiar do requerente de rendimento social de inserção, por violação do princípio da igualdade, consagrado no art.º 13.º, n.º 1, da CRP.

[22] Embora tenha abordado o conceito para compreensão de outros institutos, como no Acórdão do TC nº 690/98 (Proc. 692/96), de 15.12.1998, em que decidiu julgar inconstitucional, por violação do disposto no art.º 20º, nº 1, conjugado com o art.º 67º, nº 1, da Constituição, a norma constante do art.º 68º, nº 1, alínea c), do CPP, quando interpretada no sentido de não admitir a constituição como assistentes, em processo penal, aos ascendentes do ofendido falecido, quando lhe haja sobrevivido cônjuge separado de facto, embora não separado judicialmente de pessoas e bens, e não tenha descendentes, justificando que Lei Fundamental, protegia a família alargada nela compreendendo os ascendentes e irmãos, pois que *"(…) as sim como se reconhece constitucionalmente a importância dessa família nuclear ou conjugal, dessa célula essencial, não se está com isso a rejeitar protecção ou a deixar de reconhecer as restantes relações familiares, derivadas dos laços de parentesco, de consanguinidade e mesmo de afinidade. Deve, com efeito, entender-se que a referência constitucional à família - fundamentalmente no artigo 67º, nº 1, da CRP -, para além do mais, consagra o expresso reconhecimento constitucional dos laços familiares de parentesco, ou seja, consagra um conceito mais alargado de família, que poderemos designar de família-estirpe, ou família-linhagem* (…)".

constata-se um conceito de membro de família (alargada)[23] [24] que, para efeitos do reagrupamento familiar, pode abranger:

i) o cônjuge[25] (alínea a));

ii) os filhos naturais ou adoptados[26] (alíneas b), c) d) e e));

ii) ascendentes na linha recta e em 1.º grau do residente ou do seu cônjuge, desde que se encontrem a seu cargo (alínea f[27]));

iv) irmãos menores do residente (al. g));

v) ainda o tutor legal do residente menores ou incapazes, os adoptados (n.º 2).

A nossa Lei dispõe de uma regime mais favorável e abrangente do que o "standard mínimo" que a Directiva transposta, nomeadamente pela incorporação na Lei (artigo 99º, n.º 1 alínea d)) dos filhos maiores solteiros[28] e que se encontrem a estudar no território nacional[29] [30]. Medida esta compreendida no contexto de prolongamento dos estudos e da tendência de uma entrada mais tarde na vida activa da actual realidade nacional.

Também pelo reconhecimento da união de facto, quer quanto ao unido de facto como aos filhos destes (artigo 100º[31]), como uma outra das formas de constituição de família[32], para além do casamento[33].

---

[23] Elenco mais lato do que o constante da Directiva nº 2003/86/CE (família nuclear, cônjuge e filhos).

[24] Além do "standard mínimo" de que fala ANDRÉ GONÇALO DIAS PEREIRA, "A Protecção Jurídica da Família Migrante", *in* AA.V., *Direitos Humanos, Estrangeiros, Comunidades Migrantes e Minorias*, J.J. Gomes Canotilho (coord.), Celta Editora, Oeiras, 2000, p. 89.

[25] Para efeitos de consideração do membro de família "cônjuge", a presente norma relativa a cônjuges deve ser interpretada sem distinção de género, já que após a Lei nº 9/10, de 31.05, que veio permitir o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo (art. 1º) e por força do seu art. 5º, ao destacar que disposições legais relativas ao casamento e seus efeitos devem ser interpretadas à luz da presente lei, independentemente do género dos cônjuges.

[26] A Lei n.º 2/2016 - Diário da República n.º 41/2016, I Série, de 2016.02.29, **elimina as discriminações no acesso à adopção, apadrinhamento civil e demais relações jurídicas familiares,** procedendo à segunda alteração à Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio, à primeira alteração à Lei n.º 9/2010, de 31.05, à vigésima terceira alteração ao Código do Registo Civil, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 131/95, de 06.06, e à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 121/2010, de 27.10.

[27] A Lei nº 37/2006, de 09.08, que transpôs a Directiva nº 2004/38/CE, relativa aos cidadãos comunitários tem um regime ainda mais favorável, porque refere descendentes, podendo abranger netos e ascendentes, sem restrição de grau.

[28] Excluindo à partida os casos de emancipação por casamento (art. 132º, do Código Civil)

[29] O artº 99º, vai mais além da Directiva 2003/86/CE, de 22.09, que permite limitar o direito ao reagrupamento familiar em relação a crianças com mais de 12 anos.

[30] A Portaria n.º 1079/2007, de 16.11, estabelece os limites etários mínimos e máximos para efeitos de concessão de vistos de residência para frequência do ensino superior.

[31] "1- *O reagrupamento familiar pode ser autorizado com: a) O parceiro que mantenha, em território nacional ou fora dele, com o cidadão estrangeiro residente uma união de facto, devidamente comprovada nos termos da lei; b) Os filhos solteiros menores ou incapazes, incluindo os filhos adoptados do parceiro de facto, desde que estes lhe estejam legalmente confiados*".

[32] Como referem os Professores J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira in CRP anotada (vol. I), 4ª edição revista, anotação ao art. 36º, p. 561:

Neste caso, para prova da união de facto, o SEF deve tomar em consideração factores como a existência de um filho comum, a coabitação prévia, o registo da união de facto ou qualquer outro meio de prova fiável (artigo 104º, n.º 2, da Lei n.º 23/2007).

Quanto aos cônjuges, ou seja ao casamento poligâmico admitido por alguns países, quer a Lei como a Directiva se referem ao cônjuge no singular. Reforçado pelo que dispõe o artigo 16º, n.º 1, alínea c), da Directiva, que não reconhece o direito ao reagrupamento familiar de um segundo *unido de facto* se o requerente no território do Estado membro for já casado ou mantiver uma relação estável e duradoura com outra pessoa, podendo ser fundamento de indeferimento.

Donde se conclui que a nossa Lei privilegia as relações afectiva e efectivas dos membros da família, introduzindo não só um alargamento do conceito de "família" que já havia sido iniciado com a lei precedente, mas igualmente mais flexível, atendendo - designadamente - às transformações decorrentes da separação, recomposição e organização familiar, reconhecendo a autorização de residência autónoma, em casos excepcionais, nomeadamente em caso de separação judicial de pessoas e bens, divórcio, viuvez, morte de ascendente ou descendente, acusação pelo Ministério Público pela prática do crime de violência doméstica e quando seja atingida a maioridade (art. 107º, n.º 4, da Lei n.º 23/2007).

4. Condições para o exercício do direito

O legislador nacional em conformidade com a Directiva n.º 2003/86/C[34] definiu, no artigo 101º, as condições que o requerente do reagrupamento familiar deve dispor para que

---

*"I – Reconhecem-se e garantem-se neste artigo os direitos relativos à **família,** ao **casamento,** e à filiação (cf. epígrafe). São de quatro ordens esses direitos: (a) direito das pessoas a constituírem família e a casarem-se (n.ºs 1 e 2); (b) direitos dos cônjuges, no âmbito familiar e extrafamiliar (n.º 3); (c) direitos dos pais em relação aos filhos (n.ºs 5 e 6); direitos dos filhos (n.ºs 4, 5 2ª parte e 6). Estão assim contemplados todos os titulares dos vários "papéis" que integram a referência familiar.*

(…)

*II – Conjugando, naturalmente, o **direito de constituir família,** com o de **contrair casamento** (n.º 1), a Constituição não admite todavia a redução do conceito de família à união conjugal baseada no casamento, isto é à família "matrimonializada". Para isso apontam não apenas a clara distinção das duas noções no texto («constituir família» e «contrair casamento»), mas também o preceito do n.º 4, sobre a igualdade dos filhos, nascidos dentro ou "fora do casamento" (e não: fora da família")…."*.

[33] Segundo o art. 1577º, do Código Civil, "Casamento é o contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida, nos termos das disposições deste Código".

[34] Ana Rita Gil, obra citada, "Um caso de Europeização…, "*…o TEDH tem afirmado que o controlo de entrada e saída do território poderá implicar ingerências na vida familiar dos estrangeiros. E tem afirmado que essas ingerências podem resultar não só da violação de obrigações negativas, de abstenção, mas também da violação de obrigações positivas. Assim, poderíamos julgar que uma dessas obrigações positivas seria a de admissão de um estrangeiro no território quando em causa estivesse a sua vida familiar. Não obstante o TEDH tem vindo a evitar esta conclusão, essencialmente com base em dois argumentos: por um lado, o art. 8º [CEDH] não estabelecer um direito geral de entrada e permanência no território dos Estados signatários e, por outro, estes gozarem de ampla margem de*

possa ser deferido o pedido de reagrupamento familiar, como seja o de dispor de alojamento e de meios de subsistência conformidade com o artigo 101º[35]. Condições que caso não se verifiquem podem ser fundamento do pedido de reagrupamento familiar (artigo 106º, n.º 2, al. a)).

4.1. Alojamento

A necessidade de o requerente do pedido de reagrupamento familiar dispor de alojamento para si e para o membro familiar que pretende acolher, justifica-se pois que a unidade e a vivência familiar carecem de um espaço de molde a que as relações familiares possam ser exercidas e desenvolvidas condignamente. Já que a morada para si e para a sua família, deve ser adequada ao número dos membros do respectivo agregado familiar, por forma a que sejam preservadas a intimidade de cada um deles e a privacidade da família no seu conjunto; uma morada que, além disso, permita a todos viver em ambiente fisicamente são e que ofereça os serviços básicos para a vida da família e da comunidade[36].

Pois que como de decidiu no Acórdão do TC n.º 829/96 [37] (proc. 389/93), de 26.06.1996, em análise aos artigos 65º e 67º (direito à habitação e à família), o direito à habitação, ou seja

---

decisão na determinação das obrigações positivas. Assim, a existência de uma obrigação positiva de permissão de entrada no território de cidadãos não nacionais para efeitos de reagrupamento familiar, variará de acordo com as circunstâncias de cada caso.", p. 13.

[35] Decisão importante do TJUE (Grande Secção), de 27.06.2006, no processo n.º C-540/03, Acórdão *Parlamento Europeu* contra *Conselho da União Europeia* litígio que opôs o Parlamento Europeu ao Conselho da União Europeia, por aquele entender que algumas das disposições da Directiva n.º 2003/86, do art.º 4.º, n.ºs 1, último parágrafo, e 6, e do art.º 8, permitiriam aos Estados membros restringir o direito ao reagrupamento familiar, em certos casos, o que violaria o direito à vida familiar e o direito de não discriminação, tal como garantidos pela Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (artsº 8º e 14º).

O TJUE invocando a sua jurisprudência como principal argumento, negou provimento ao recurso interposto pelo Parlamento Europeu. Clarifica o espírito da Directiva 2003, pois a protecção da vida familiar deve ser assegurada, mas não criam a favor dos membros da família o direito subjectivo de serem admitidos no território nacional de um Estado e não podem ser interpretados no sentido de que privem os Estados membros de uma certa margem de apreciação quando examinam os pedidos de reagrupamento familiar. Inclusive que a escolha da idade de 12 anos (último parágrafo do art.º 4º, n.º 1, da Directiva), não colide com o art. 8º, da CEDH, quanto à não discriminação em razão da idade, na medida em que as crianças com idade superior a 12 anos já viveu um período relativamente longo num país terceiro sem os membros da sua família, pelo que a integração num outro pais pode suscitar mais dificuldades. Assim, em relação ao art. 4º, n.º 6, da mesma Directiva, quanto aos pedidos respeitantes a reagrupamento tenham de ser apresentados antes de os menores atingirem os 15 anos.

[36] Segundo o art. 7º, n.º 1, al. a), da Directiva n.º 2003/86/CE, o EM por ocasião da apresentação do pedido de reagrupamento familiar pode exigir ao requerente do reagrupamento familiar que apresente provas em como dispõe de "*Alojamento considerado normal para uma família comparável na mesma região e satisfaça as normas gerais de segurança e salubridade em vigor no Estado-Membro em causa*".

[37] Aí se referiu "*Se no artigo 36º da Constituição se garante o direito de constituir família, neste preceito o que a Constituição garante é um direito das famílias, enquanto tais, a gozarem da protecção da sociedade e do Estado com vista à realização pessoal dos respectivos membros. Trata-se aqui de um típico «direito social», isto é, de um direito que se analisa numa imposição constitucional de actividade ou de prestações por parte do Estado (Gomes Canotilho e Vital Moreira, "Constituição da República Portuguesa Anotada", 3ª Ed. revista, Coimbra, 1993, p. 351). Protecção à família inclui desde logo a*

um alojamento será uma forma de protecção da família em si, com a inclusão do membro que visa receber.

4.2. Meios de subsistência

A necessidade de o requerente do reagrupamento dispor de meios de subsistência encontra-se justificada pela autonomia de cada Estado Membro de impor na legislação ordinária os limites e o rendimento "mínimo" de subsistência para que o novo membro não seja um ónus excessivo para o sistema de segurança social e concomitantemente para o erário público[38].

As condições de sustentabilidade do requerente do reagrupamento familiar a que alude o artigo 101º, n.º 1, al. b), e por via do art. 9º, da Portaria n.º 1563/2007, de 11.12 são, como se alude no art. 2º, n.º 1, os «*Meios de subsistência»,* são nos termos da lei *os recursos estáveis e regulares que sejam suficientes para as necessidades essenciais do cidadão estrangeiro e, quando seja o caso, da sua família, designadamente para alimentação, alojamento e cuidados de saúde e higiene. Sendo o seu apuramento determinado em conformidade com a ponderação dos rendimentos e da qualidade dos membros da família",* segundo o n.º 2, do art. 2º, da mesma Portaria 1563/2007[39].

No Acórdão Chakroun de 04.03.2010 (Proc. n.º C-578/08), do TJUE, foi decidido que essa exigência quanto aos meios de subsistência (tendo por reporte o art. 7º, n.º 1, al. c), da

---

protecção da vivência familiar, isto é, da vida conjunta do agregado familiar, indicando-se no n.º 2 do preceito uma série de incumbências do Estado com vista à realização da finalidade do n.º 1. Que nesta protecção caiba o direito à habitação, não se põe em dúvida".

[38] O TC no Acórdão n.º 296/2015, de 25.05 (Proc. 1057/14), a propósito do art. 6º, n.º 1, alínea b), da Lei n.º 13/2003, que estabelece o "regime jurídico do Rendimento Social de Inserção", instituído por aquela Lei n.º 13/2003, de 21.05 e alterado pela Lei n.º 45/2005, de 29.08, pelo Decreto-Lei n.º 70/2010, de 16.06, e, por último, de forma mais extensa, pelo Decreto-Lei n.º 133/2012, de 27.06), concluiu por apelo ao princípio da proporcionalidade pela inconstitucionalidade da norma (não sendo pacífico com várias declarações de voto), "*que a imposição de um prazo de 3 anos - que se traduz na negação da concessão de meios de sobrevivência a um cidadão estrangeiro em situação de risco social, antes de decorrido esse período – é excessiva, colidindo, de modo intolerável, com o direito a uma prestação que assegure os meios básicos de sobrevivência. Com uma tal duração, o prazo definido constitui um sacrifício desproporcionado ou demasiado oneroso, em face da vantagem associada aos fins de interesse público que se visa atingir com a sua fixação*.", admitindo de certa forma que as exigências plasmadas na lei ora analisada (Lei n.º 23/2007, nomeadamente quanto às condições de atribuição, renovação de autorização de residência, nos artigos 75º, 77º e 78º, 80º), designadamente de o requerente dispor de meios de subsistência. Justificação que tem por propósito obstar à entrada e permanência em território português de estrangeiros que possam vir a constituir um encargo para as autoridades e para o sistema de segurança social.

[39] No Acórdão do TCA Norte, de 08.01.2016, Rec. 02050/12.5BEPRT, foi analisada a forma de apuramento do rendimento do agregado familiar, o rendimento mensal apurado do agregado familiar do interessado, com a ponderação aritmética resultante do referido regime legal vigente (art° 2°, n.º 2, da Portaria 1563/2007) - embora o litígio respeitasse ao pedido de renovação de autorização de residência, a Portaria n.º 1563/2007, de 11.12, é aplicável nos termos do art. 9º, da mesma Portaria, para efeitos de reagrupamento familiar, a que alude o art. 101º, da Lei 23/2007.

Directiva n.º 2003/86/CE), deve ser exercida de modo a não afectar o objectivo da Directiva, que é o de favorecer o reagrupamento familiar. Além de que essa autorização deve ser interpretada no sentido de que os Estados Membros não podem impor um limite mínimo de rendimento abaixo do qual todo o pedido será recusado, sem uma análise em concreto das capacidades e disponibilidades do requerente ao pedido de reagrupamento familiar[40]. Análise essa que é também imposta pelo artigo 17º da Directiva que determina uma avaliação individual de cada pedido de reagrupamento familiar. Ainda que o requerente tenha de recorrer à assistência especial em caso de certas despesas e individualmente determinadas, a reduções de impostos ou de outras medidas de apoio por parte do Estado.

Em recente Acórdão do TJUE, Mimoun Khachab / Sudelegado del Govierno en Alava, (Proc. N.º C-558/14, de 21.04.2016), foi entendido como estando conforme à Directiva n.º 2003/86/CE, concretamente dos artigos artigo 7.°, n.º 1, conjugado com os artigos 16.°, n.° 1, alínea a), e 3.°, n.° 1, a legislação do Estado Membro, *in casu*, espanhola, segundo a qual a autorização de residência para reagrupamento dos familiares deve ser recusada se se determinar, sem margem de dúvidas, que não existe a perspectiva de manutenção dos recursos no ano seguinte ao da apresentação do pedido. Sendo o prazo de um ano de que deve dispor desses recursos razoável e proporcionado. Ou seja, o requerente do reagrupamento familiar deve não só dispor de recursos suficientes no momento do pedido como posteriormente

Tendo subjacente o pressuposto reiteradamente reafirmado pela jurisprudência daquele Tribunal de que a prova da estabilidade, regularidade e suficiência dos recursos permite que nem o requerente do reagrupamento familiar nem os seus familiares possam constituir, com a sua permanência no Estado que os acolhe, uma sobrecarga para o sistema de assistência social nacional. Desde que sejam respeitados o princípio da proporcionalidade e o artigo 17.°, da Directiva n.º 2003/86/CE.

[40] No art.º 106º, da Lei 23/2007, quanto ao indeferimento do pedido de reagrupamento familiar, a não verificação destas condições é fundamento de indeferimento (al. a), do n.º 1). Por seu turno, o nº 3, da mesma norma reproduz o art.º 17º, da Directiva nº 2003/86/CE, sem consagrar de forma expressa e inequívoca essa ponderação em função em concreto, designadamente pela verificação se a família dispõe de "recursos estáveis, regulares e suficientes para prover às suas próprias necessidades e à dos membros da sua família, tendo em conta o nível dos seus rendimentos", vide o citado Acórdão Chakroun do TJUE.

5. Casos não abrangidos pelo reagrupamento familiar

Considerando o conceito amplo de membro da família consagrado na Lei n.º 23/2007, muito para além da Directiva 2003/86/CE e do TEDH, ainda assim, ficam excluídos do reagrupamento familiar:

1) o requerente do pedido que se encontra numa situação de irregularidade em Portugal (art.º 98.º, n.º 1);

2) os filhos maiores, a cargo do casal ou de um dos cônjuges, que sejam solteiros e não se encontrem a estudar num estabelecimento de ensino em Portugal;

3) os ascendentes na linha recta e em 1.º grau do residente ou do seu cônjuge que não se encontrem a seu cargo;

4) quem não dispuser de alojamento adequado e os meios de subsistência suficientes definidos por Portaria (art.º 101.º).

6. Após o deferimento

O reagrupamento familiar no âmbito da presente Lei tem duas fases ou sub procedimentos, um relativo ao pedido de reagrupamento e o segundo da emissão de visto.

Sendo que a efectivação do direito ao reagrupamento por parte do requerente deve ser assegurada o mais rapidamente possível[41], isto porque o deferimento do pedido de reagrupamento familiar implica a concessão automática de visto de residência aos membros para os quais foi requerido.

A especialidade do presente procedimento do pedido de reagrupamento no tocante à urgência no restabelecimento da unidade familiar revela-se ainda no prazo previsto para a análise do pedido (a que alude o artigo 105º, da Lei n.º 23/2007), de 3 meses, que pode ser excepcionalmente prorrogado por mais 3 meses, num total de 6 meses. Findo o qual, e na falta de decisão expressa, ocorre deferimento tácito, um dos casos previstos na lei como acto tácito a que alude o artigo 130º, do Código do Procedimento Administrativo[42].

Mas esta imediatividade nem sempre tem sido entendida de forma concertada pelas entidades exteriores (quando o reagrupado está fora do País), originando prolongações de prazos quanto à efectivação do direito ao reagrupamento familiar.

O que será acentuado com a nova redacção dada pela Lei n.º 29/2012 de 9 de Agosto, a algumas normas da Lei n.º 23/2007, de 4 de Agosto, que foi então republicada. Em concreto, o

[41] O artigo 13.º, da Directiva nº 2003/86/CE, estatui o seguinte:"*1- Logo que o pedido de entrada para efeitos de reagrupamento familiar seja deferido, o Estado-Membro em causa deve permitir a entrada do familiar ou familiares. Posto isso, o Estado em causa deve facilitar a essas pessoas a obtenção dos vistos necessários.".*

[42] Aprovado pelo Decreto-Lei nº 4/2015, de 07.01.

artigo 64º, com a epígrafe "*visto de residência para efeitos de reagrupamento familiar*", estatui o seguinte: *"Sempre que, no âmbito da instrução de um pedido de visto de residência para efeitos de reagrupamento familiar, o SEF emitir parecer favorável nos termos da presente lei,* ***deve ser facultado*** *aos requerentes um visto de residência para permitir a entrada em território nacional"*[43] [44].

Seguindo-se o procedimento a que alude o artigo 65.º com a epígrafe "*Comunicação e notificação*", segundo o qual*: "1- Para efeitos do disposto no artigo anterior, o SEF comunica à Direcção-Geral dos Assuntos Consulares e Comunidades Portuguesas as decisões de deferimento dos pedidos de reagrupamento familiar, dando delas conhecimento ao interessado. 2- O visto de residência é emitido na sequência da comunicação prevista no número anterior e nos termos dela decorrentes, valendo a mesma como parecer obrigatório do SEF, nos termos do artigo 53*.º".

O n.º 2, do artigo 98º, da Lei n.º 23/2007, reconhece ainda o direito ao reagrupamento familiar aos cidadãos estrangeiros familiares do requerente que tenham entrado legalmente em território nacional e que dependam ou coabitem com o titular da autorização de residência[45].

Apesar de o legislador ter especificado cada um dos passos e comunicações e destacado a brevidade com que devem ser realizados. O certo é que, face à nova redacção do citado artigo 64º, de que "*deve ser facilitado*", a emissão de visto, por ter sido introduzido um factor de discricionariedade, quanto à oportunidade de emissão de visto, para os quais aqueles tribunais (na consulta feita *on line*) ainda não foram chamados a resolver.

Deve ser o titular do direito ao reagrupamento a formular o respectivo pedido de entrada e residência dos membros da sua família que se encontrem fora do território nacional (artigo 103º, n.º 1, da Lei n.º 23/2007), podendo também ser requerido pelo membro familiar ou pelo titular do direito (n.º 2, do mesmo artigo) se aquele se encontrar em território nacional.

---

[43] A versão precedente e original "Sempre que um pedido de reagrupamento familiar com os membros da família, que se encontrem fora do território nacional, seja deferido nos termos da presente lei, **é imediatamente** emitido ao familiar ou familiares em questão um visto de residência, que permite a entrada em território nacional" (d/N).

[44] No debate parlamentar a deputada Cecília Honório qualificou esta alteração como "recuo nos direitos fundamentais", ao impor "dificuldades acrescidas ao reagrupamento familiar" – DAR, I Série, n.º 95/XII/1, de 13.04.2012, pág. 44.

[45] Alargando a possibilidade já antes admitida a título excepcional, que o reagrupamento seja autorizado relativamente a quem tenha entrado legalmente em território nacional. Derrogação admitida pelo segundo parágrafo do art. 5º, n.º 3, da Directiva n.º 2003/86/CE "A título de derrogação [O pedido deve ser apresentado e analisado quando os familiares residirem fora do território do Estado-Membro em que reside o requerente do reagrupamento], um Estado membro pode, em circunstâncias adequadas, aceitar que a apresentação do pedido seja feita quando os familiares se encontrarem já no seu território".

Sobre a recusa "ilegal" de emissão de visto, por parte das entidades consulares após o deferimento do pedido de reagrupamento familiar, vide o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul (TCA Sul) de 2 de Abril de 2014, Rec. 10986/14.

Como supra foi desenvolvido, os litígios submetidos pelo menos aos Tribunais Superiores (que estejam acessíveis *on line*) têm incidido não sobre a questão do direito ao reagrupamento familiar, nomeadamente do conceito de família ou de familiar, mas no que concerne à emissão de visto. Concretamente quanto à questão da legitimidade processual, distinguindo o procedimento relativo ao pedido de reagrupamento do subsequente, pedido de emissão de visto de residência.

Tendo sido decidido no primeiro Acórdão do STA, de 03 de Maio de 2011, no rec. 113/11[46],

" (…) *Verifica-se que, no quadro do regime legal e regulamentar, existe uma figura maior, que é o instituto do reagrupamento familiar, que consubstancia um direito de que é titular o «cidadão com autorização de residência válida" (artigo 98.º, 1), e uma figura menor, mas integrante desse instituto, que é o visto de residência para os familiares daquele cidadão. Sem visto de residência para os seus familiares o reagrupamento familiar deferido ao cidadão com autorização de residência válida não chega a concretizar-se.*

O reagrupamento familiar passa, até à sua completa realização, por diversas etapas de tramitação. Essas etapas, como ponderou o acórdão da formação que admitiu o recurso, podem, na comparação entre o quadro legal propriamente dito e o quadro regulamentar apresentar algumas dificuldades de conformidade. Mas, no âmbito do instituto do reagrupamento familiar, o visto de residência existe em função do reagrupamento, não tem existência separada dele.".

Tendo nesta parte do procedimento sido proferidas decisões divergentes quanto aos meios processuais a usar pelo titular do direito ao reagrupamento, como foi dada conta na nota 17.

Actualmente, o legislador, na revisão do CTPA através do Decreto-Lei n.º 214-G/2015, de 2 de Outubro, resolveu a questão do erro na forna de processo, como se refere no preâmbulo[47] [48].

[46] O Acórdão do TCA Sul recorrido proferido em 09.12.2010, no rec. 6606/10, foi anotado por Andreia Sofia Pinto Oliveira, nos CJA, n.º 86, Março/Abril 2011, "*Legitimidade processual na intimação para protecção do direito ao reagrupamento familiar*", criticando o critério de legitimidade processual assumida naquele aresto por distinguir o procedimento de emissão de visto do pedido de reagrupamento familiar fazendo corresponder aos mesmos titularidades diferentes, em termos procedimentais e respectivamente processuais, designadamente ao concluir no "sumário" – *"Se com a referida intimação, o A. pretende obter a emissão de um visto de residência para a sua mulher, carece de legitimidade, por ser esta a titular do direito a essa emissão*".

Salvaguardando desta feita a situação de urgência, em nome da tutela jurisdicional efectiva.

7. Caducidade do direito ao reagrupamento

A apresentação do pedido de reagrupamento por parte do cidadão estrangeiro junto do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, tem por base, como foi já desenvolvido, a necessidade de este trazer para junto de si os membros da família de modo a que possa realizar integralmente o seu direito à unidade familiar.

Então o desinteresse deste ou do familiar a agrupar na fase subsequente, da emissão do respectivo visto de residência terá de ter consequências.

Uma delas foi objecto de análise pela jurisprudência no TCA Sul, no Acórdão de 12 de Janeiro de 2012, rec. 8316/11 , em que seguindo a jurisprudência maioritária de que os direitos inerentes ao reagrupamento familiar se inserem no âmbito dos direitos, liberdades e garantias e como tal na resolução dos litígios que os oponham à Administração deve ser usado o meio processual urgente previsto no artigo 109º, do CPTA,

"*Mas tal meio deve ser recusado se o interessado deixa passar o prazo de impugnação normal do acto de indeferimento, se tivesse usado os meios processuais não urgentes. Pois como aí se alude "A caducidade do direito de acção relativamente ao processo não urgente, de tramitação normal, faz vacilar a urgência exigida para o uso desta intimação (cf., neste sentido, Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha, Comentário ao Código de Processo nos Tribunais Administrativos, 3º edição, 2010, Almedina, Coimbra, pág. 723)."*

A inércia do familiar a agrupar tem consequências ao nível do pedido de reagrupamento familiar.

Pois, como se prevê no artigo 68º, do Decreto Regulamentar n.º 84/2007, de 5 de Novembro, na redacção dada pelo Decreto Regulamentar n.º 15-A/2015, de 2 de Setembro, o titular do direito ao reagrupamento familiar é notificado do despacho de deferimento no prazo de 8 dias, sendo informado de que os seus familiares se deverão dirigir à missão diplomática ou posto consular de carreira da respectiva área de residência, no prazo de 90 dias, a fim de formalizarem o pedido de emissão de visto de residência (n.º 2).

[47] No uso da autorização legislativa da lei nº 100/2015, de 19.08, no seu artigo 2º, alíneas ppp) e qqq).

[48] "*No novo art. 110-A é regulada a possibilidade sobre a qual o CPTA era, até aqui, omisso de convolação dos processos de intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias em processos cautelares, quando não se preencham os pressupostos de que depende a admissibilidade dos primeiros*".

Uma vez que o processo de reagrupamento familiar é composto por duas fases (pedido de reagrupamento familiar, cidadão estrangeiro com autorização de residência válido), e pedido de emissão de visto de residência (pelo cidadão estrangeiro a agrupar).

Logo, a não apresentação do pedido de emissão de visto de residência no aludido prazo, de 90 dias, implica a **caducidade da decisão de reconhecimento do direito ao reagrupamento familiar** (n.º 3).

II – Outros casos de apelo às relações familiares do cidadão estrangeiro

O elenco dos membros de família que consta dos citados artigos 99º, n.º 1 e 100º, n.º 1, da Lei n.º 23/2007, são ainda tidos para efeitos de reagrupamento familiar em caso de autorização de residência a titulares do estatuto de residente de longa duração em outro Estado membro da UE (cf. artigo 118º).

O disposto no n.º 3, do artigo 98º, da Lei n.º 23/2007, confere aos refugiados, a quem é reconhecido, nos termos da lei do asilo, o direito ao reagrupamento familiar nas mesmas condições que é definido para os cidadãos estrangeiros[49], quanto aos membros de família, dispensando os requisitos quanto ao alojamento e meios de subsistência, nos termos do artigo 101º, n.º 2, da mesma Lei.

Por outro lado, a prevalência dada aos vínculos e relações familiares, justificam ainda a possibilidade de concessão de autorização de residência sem visto prévio, a que alude o artigo 122º, n.º 1, nomeadamente quanto:

i. aos menores, filhos de cidadãos estrangeiros titulares de autorização de residência, nascidos em território português (al. a));

ii. aos menores, nascidos em território nacional, que aqui tenham permanecido e se encontrem a frequentar a educação pré-escolar ou o ensino básico, secundário ou profissional (al. b));

iii. filhos de titulares de autorização de residência que tenham atingido a maioridade e tenham permanecido habitualmente em território nacional desde os 10 anos de idade (al. c));

iv. maiores, nascidos em território nacional, que daqui não se tenham ausentado ou que aqui tenham permanecido desde idade inferior a 10 anos (al. d));

v. menores, obrigatoriamente sujeitos a tutela nos termos do Código Civil (al. e));

[49] Diferentemente do artigo 9º, n.º 2, da Directiva *n.º* 2003/86/CE, que permite aos Estados membros limitar o exercício deste direito circunscrevendo a familiares cuja relação se tenha constituído antes da sua entrada no território.

vi. que tenham filhos menores residentes em Portugal ou com nacionalidade portuguesa sobre os quais exerçam efectivamente as responsabilidades parentais e a quem assegurem o sustento e a educação (al. k));

vii. ascendentes em 1º grau desde que exerçam sobre os menores efectivamente as responsabilidades parentais (n.º 4).

O direito ao reagrupamento familiar está também assegurado na Lei n.º 27/2008, de 30 de Junho (estabelece as condições e procedimentos de concessão de asilo ou protecção subsidiária e os estatutos de requerente de asilo[50], de refugiado e de protecção subsidiária), conforme artigo 68º, da mesma Lei, que tem como epígrafe "preservação da unidade familiar", limitando a qualidade de membro da família (artigo 2º, n.º 1, al. k)):

i) Cônjuge ou membro da união de facto;

ii) Filhos menores ou incapazes a cargo do casal ou de um dos cônjuges ou de um dos membros da união de facto;

iii) Filhos menores adoptados, por decisão da autoridade competente do país de origem, pelo requerente ou pelo seu cônjuge ou membro da união de facto;

iv) Ascendentes na linha recta e em primeiro grau do beneficiário de protecção internacional se este for menor;

v) Adulto responsável por menor não acompanhado.

Nas mesmas condições previstas para cada uma das qualidades dos membros da família, na Lei n.º 23/2007.

[50] Sobre o pedido de asilo vide – Acórdão do TCA Sul, de 12 de Fevereiro de 2015, rec. 11750/14, cujo sumário se transcreve:

"I - *O Direito dos refugiados é o mecanismo mais efetivo e autónomo para aqueles que, simplesmente, não podem permanecer em segurança nos seus próprios países.*

II - O princípio do "benefício da dúvida" refere-se ao estabelecimento e prova dos factos ante a autoridade nacional, como que suavizando o normal ónus da prova. Assim, não havendo facto duvidoso ou minimamente verosímil, não há que aplicar tal princípio.

III - O princípio do "non-refoulement" apresenta-se como argumento e norma imperativa do direito internacional, sendo hoje entendido como uma forma de proteção dos direitos humanos para um tipo específico de pessoa, o refugiado, desde logo pela proibição de expulsar ou de repelir o estrangeiro para um lugar onde a sua vida ou liberdade estejam ameaçadas. É hoje verdadeiro direito consuetudinário internacional, ius cogens".

III – Ingerências na vida familiar

A protecção da vida familiar dos estrangeiros constitucionalmente garantida, como foi referido, dada pela conjugação dos artigos 15º, 36º e 67º, da CRP, para ser eficaz envolve vários corolários, como seja para além do direito ao reagrupamento familiar, o direito a manter a união familiar, sem separação dos membros integrantes da família, salvo quanto existam motivos ponderosos que o justifiquem.

1. Relações fraudulentas

O direito ao reagrupamento familiar tem por base a ideia de que o imigrante possa restabelecer no novo País a sua vida em pleno, seja profissional como familiar, tendo por pressuposto de que essa relação existe e os laços são de facto afectivos. Todavia, se o estatuto de residente for obtido de forma fraudulenta, com outras finalidades, o mesmo pode ser retirado.

No Acórdão do TCA Sul de 17 de Dezembro de 2009, Rec. 5523/09, embora relativo à Lei n.º 37/2006, que regula o exercício do direito de livre circulação e residência dos cidadãos da UE e dos membros das suas famílias no território nacional e que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2004/38/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de Abril (cfr. art. 1º), foi decidido que se a *ratio* destas medidas de apoio a imigrantes "é a "*protecção do interesse da unidade familiar",* mas tal protecção é imperativa relativamente às situações em que exista um real núcleo familiar, não se basta com mera aparência, não cobrindo, naturalmente, as situações fraudulentas.".

A Lei n.º 23/2007, procedeu à criminalização dos casamentos ditos brancos ao prever no n.º 1, do artigo 186º, que:

"1- *Quem contrair casamento ou viver em união de facto com o único objetivo de proporcionar a obtenção ou de obter um visto, uma autorização de residência ou um «cartão azul UE» ou defraudar a legislação vigente em matéria de aquisição da nacionalidade é punido com pena de prisão de um a cinco anos.*

2 - Quem, de forma reiterada ou organizada, fomentar ou criar condições para a prática dos actos previstos no número anterior, é punido com pena de prisão de dois a seis anos".

Os designados casamentos por conveniência foram incluídos na lista de crimes prioritários, que abrange a criminalidade grave, justificada pela "importância de impedir a utilização deste meio como forma de defraudar a legislação em matéria de imigração e de nacionalidade – cf. Lei n.º 38/2009, de 20 de Julho, artigo 4º, n.º 1, al f)).

2. Expulsão ou afastamento coercivo

O direito à unidade familiar e ao respeito pela vida familiar implica, para além do direito do direito do imigrante ao reagrupamento familiar (entrada e permanência dos membros da sua família), tem como limite o afastamento coercivo ou à expulsão, injustificados ou desproporcionais.

Para tal tem contribuído a jurisprudência do TEDH[51] no desenvolvimento de jurisprudência em casos em que a expulsão de um estrangeiro pode colocar em causa a protecção à vida familiar.

Efectivamente, a medida de expulsão pode atentar contra o direito à vida privada e familiar protegido pelo artigo 8.º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, daí que para ser legítima tem que estar prevista na lei, ser justificada por uma necessidade social imperiosa (por exemplo, prevenção da criminalidade), necessária numa sociedade democrática e proporcionada ao fim legítimo prosseguido. Jurisprudência constante do TEDH.

No Acórdão *Berrahab* contra *Holanda*, queixa n.º 10730/84, de 21.06.1988, em que estava em causa a expulsão de um marroquino divorciado de uma holandesa de quem tinha um filho. O Tribunal entendeu que a relação familiar só pode ser posta em causa em circunstâncias excepcionais. No Acórdão *Moustaquim* C*. Bélgica*, queixa n.º 12313/86, de 18 de Fevereiro de 1991 e no Acórdão *Boultif* contra *Suiça*, queixa n.º 54273/00, de 02 de Agosto de 2001, o TEDH considerou ter havido violação do artigo 8º, da CHDH, nas medidas de expulsão de estrangeiros com vínculos familiares no país de residência quando constituam ingerências ilegítimas, exigindo que a mesma prevista na lei, estejam em causa valores como ordem pública, segurança, que possam legitimar tal medida extrema.

Sobre a matéria e a justificação para a aplicação de penas ou de medidas de expulsão de cidadãos estrangeiros, no sentido de que devem ser avaliadas em concreto a sua necessidade e justificação, sobretudo quanto tal pena ou medidas são aplicadas a cidadãos estrangeiros que tenham a seu cargo filhos menores a residir ou que dele dependam, vide, v.g, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça[52], de 10 de Dezembro de 2008, Rec. 08P2147), onde se encontra de forma exemplarmente desenvolvida a referida questão, embora relativa à pena

[51] Vide sobre esta matéria, Paulo Manuel Costa, "*A protecção dos estrangeiros pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem perante os processos de asilo*, expulsão e extradição", Revista da Ordem dos Advogados, ano 60, 2001, pp. 497-541.

[52] Para uma análise detalhada sobre a ponderação da vida familiar nos processos de expulsão pelo Supremo Tribunal de Justiça, vide Ana Luísa Pinto, "*A pena acessória de expulsão de estrangeiros do território nacional*", Coimbra Editora, 2005, p. 93 e ss. e ainda André Dias Pereira, op. citada, p. 96 e ss.

acessória em processo crime, com indicação quer de doutrina, como a jurisprudência do TC, nomeadamente o Acórdão do TC n.º 232/2004 (Proc. 807/99), de 31 de Março de 2004[53].

Este Acórdão foi anotado por Anabela Costa Leão, "*Expulsão de estrageiros com filhos menores a cargo*", *in* Jurisprudência Constitucional n.º 3, Jul/Set. 2004, pp. 25 a 35, terminando com a mensagem de que "*os direitos fundamentais maxime os direitos, liberdades e garantias, impõem obrigações de respeito mas também de protecção, não apenas ao legislador, mas também aos tribunais enquanto membros da "comunidade de intérpretes" dos direitos fundamentais. Todavia a confiança na interpretação conforme aos direitos fundamentais que o princípio da constitucionalidade e o n.º 1 do art. 18º (para direitos, liberdades e garantias), impõem aos tribunais não desonera o legislador do seu específico dever de protecção dos direitos fundamentais - pelo que será legítimo questionar se não terá o legislador, no caso das normas em apreço, violado também o princípio da proporcionalidade na sua dimensão de proibição por defeito (ou proibição do défice) por, recaindo sobre si um específico dever de protecção, não ter adoptado as medidas suficientes a uma protecção constitucionalmente adequada da família e da unidade familiar*" [p. 35].

O que veio efectivamente a ser atendido pelo legislador, actualmente, no artigo 135º, alínea b), da Lei n.º 23/2007, no sentido de que não podem ser afastados compulsivamente ou expulsos do território nacional os estrangeiros que tenham a seu cargo filhos menores de nacionalidade portuguesa ou estrangeira, a residir em Portugal, sobre os quais exerçam efectivamente as responsabilidades parentais e a quem assegurem o sustento e a educação.

A nossa Lei revela-se ser um modelo equilibrado na ponderação de interesses, quer por um lado os da vivência em sociedade, como do cidadão a expulsar e das suas ligações a este país e/ou familiares, designadamente na alínea a) do citado artigo ao impedir a expulsão ou afastamento coercivo daqueles cidadãos estrangeiros que tenham nascido em território português e aqui residam habitualmente.

Com excepção dos casos de atentado à segurança nacional ou à ordem pública e das situações daqueles cuja presença ou actividades no País constituam ameaça aos interesses ou à dignidade do Estado Português ou dos seus nacionais, ou em relação aos quais existam sérias razões para crer que cometeu actos criminosos graves ou que tenciona cometer actos dessa

[53] Que declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, por violação das disposições conjugadas dos artigos 33.º, n.º 1, e 36.º, n.º 6, da Constituição, das normas do artigo 101º, n.º 1, alíneas a), b) e c), e n.º 2, e do artigo 125º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 244/98, de 8 de Agosto [diploma revogado pela Lei 23/2007], na sua versão originária, da norma do artigo 68º, n.º 1, alíneas a), b) e c), do Decreto-Lei n.º 59/93, de 3 de Março, e da norma do artigo 34º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de Janeiro, enquanto aplicáveis a cidadãos estrangeiros que tenham a seu cargo filhos menores de nacionalidade portuguesa residentes em território nacional.

natureza, designadamente no território da União Europeia (cf., alíneas c) e f), do n.º 1, do artigo 134º e artigo 135º, da Lei 23/2007).

IV- Conclusões

1. A primeira constatação é a de que o direito ao reagrupamento familiar tem sido escassamente apreciado pela jurisprudência nacional, quer em termos de casos submetidos a litígio quer em termos de matérias.

Na pesquisa efectuada a temática tem sido abordada por dois prismas o da legitimidade processual e o do meio processual.

2. O Direito ao reagrupamento familiar é um direito fundamental do cidadão estrangeiro reconhecido por via do direito à equiparação consagrado no art. 15º, da CRP, tendo por reporte o direito à família consagrado no art. 36º, da CRP.

3. A Lei n.º 23/2007, de 4.07, transpôs para a ordem jurídica interna designadamente a Directiva n.º 2003/86/CE, do Conselho, de 22 de Setembro, relativa ao direito ao reagrupamento familiar (art. 2º, n.º 1, al. a)). Consagra um elenco de membros da família mais lato do que a própria Directiva e do que aquele que tem vindo a ser reconhecido quer pelo Tribunal de Justiça da União Europeia quer pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

4. No respeito pela vida e unidade familiar decorrente nomeadamente do artigo 8º, da CEDH, o afastamento coercivo ou a expulsão de cidadão estrangeiro só ocorre nos casos previstos na Lei, art. 135º, com salvaguarda da relação familiar, quando existam filhos menores sobre os quais exerça efectivamente sustento e educação.