

Centro de Estudos Judiciários

Acção de Formação Contínua Tipo A - Migrações

ANA CRISTINA LAMEIRA

ESTRANGEIROS

DIREITO AO REAGRUPAMENTO FAMILIAR: PERMISSÃO E INGERÊNCIA DO
ESTADO¹

¹ Versão por opção da Autora pré-Acordo Ortográfico

ÍNDICE

I – ENQUADRAMENTO DO TEMA

II- CONTEXTUALIZAÇÃO DO INSTITUTO DO REAGRUPAMENTO FAMILIAR

II.1 - NORMATIZAÇÃO INTERNACIONAL, EUROPEIA E NACIONAL RELATIVA AO REAGRUPAMENTO FAMILIAR

II. 2. CONTEXTO DA DIRECTIVA Nº 2003/86/CE

II. 3 - PAPEL DO ESTADO

III – DO EXERCÍCIO DO DIREITO AO REAGRUPAMENTO FAMILIAR:

III. 1 QUEM É O TITULAR DO DIREITO AO REAGRUPAMENTO FAMILIAR

III: 2 - QUEM PODE BENEFICIAR DO REAGRUPAMENTO FAMILIAR?

III. 3 - CONDIÇÕES PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO

III. 3. A. ALOJAMENTO

III. 3.B. – MEIOS DE SUBSISTÊNCIA

IV - DECISÃO FINAL

IV. 1. EM CASO DE DEFERIMENTO (EMISSÃO DE VISTO):

IV. 2 EM CASO DE INDEFERIMENTO:

(CASOS NÃO ABRANGIDOS PELO REAGRUPAMENTO FAMILIAR)

IV. 3 CADUCIDADE DO DIREITO AO REAGRUPAMENTO

V – OUTROS CASOS DE APELO ÀS RELAÇÕES FAMILIARES DO CIDADÃO ESTRANGEIRO

VI – INGERÊNCIAS DO ESTADO NA VIDA FAMILIAR

VI. 1- RELAÇÕES FRAUDULENTAS

VI.2 - EXPULSÃO OU AFASTAMENTO COERCIVO

VII - GARANTIAS CONTENCIOSAS :

VIII- CONCLUSÕES

I. Enquadramento do tema

Com a apresentação deste texto pretende-se fornecer uma base de estudo para aqueles que recorrem à Lei n.º 23/2007², 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. Concretamente 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 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.

Por ser objecto de regulamentação autónoma e por exclusão por força do disposto no art. 4.º, n.º 2 da mesma Lei 23/2007, aplicável somente em caso de aplicação subsidiária ou por remissão expressa, **estão excluídos desta apresentação:**

i. os 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; (art. 4.º, n.º 2, al. a)

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.

ii. os nacionais de Estados terceiros que residam em território nacional na qualidade de beneficiários de protecção subsidiária ao abrigo das disposições reguladoras do asilo ou beneficiários de protecção temporária; - art. 4.º, n.º 2, al. b)

(Lei do Asilo (Lei n.º 27/2008, de 30 de Junho, tal como alterada pela Lei 26/2014, de 8 de maio) transpondo as Directivas n.ºs 2011/95/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro,

² Alterada pelas Leis n.ºs 29/2012, de 09.08, e 56/2015, de 23.06.

2013/32/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho, e 2013/33/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho.

– Art.º 3.º (1): Direito de Asilo dos refugiados políticos (na acepção da CRP) – Artigo 3.º (2) Direito de Asilo dos refugiados na acepção da Convenção de Genebra – Art.º 7 (1): Direito à protecção subsidiária dos demais estrangeiros que estão impedidos/impossibilitados de regressar ao seu país por aí se verificar uma sistemática violação de direitos humanos ou por correrem risco de ofensa grave (pena de morte, tortura, tratamento desumano ou degradante, ameaça contra a vida ou integridade física resultante de conflito armado ou violação generalizada e indiscriminada de direitos humanos)

• Lei 67/2003, de 23 de Agosto (protecção temporária)- Transpõe para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2001/55/CE, do Conselho, de 20 de Julho, relativa a normas mínimas em matéria de concessão de protecção temporária no caso de afluxo maciço de pessoas deslocadas e a medidas tendentes a assegurar uma repartição equilibrada do esforço assumido pelos Estados membros ao acolherem estas pessoas e suportarem as consequências decorrentes desse acolhimento

iii. os nacionais de Estados terceiros membros da família de cidadão português ou de cidadão estrangeiro abrangido pelas situações anteriores (artigo 4º, nº 2, al. c)).

Falamos assim de cidadãos de Estados terceiros (estrangeiros) que não os acima indicados e ainda os apátridas.

*

II. CONTEXTUALIZAÇÃO DO INSTITUTO DO REAGRUPAMENTO FAMILIAR

II.1 - NORMATIZAÇÃO INTERNACIONAL, EUROPEIA E NACIONAL RELATIVA AO REAGRUPAMENTO FAMILIAR

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, nº 3. Tendo vindo posteriormente a ser reconhecido noutros instrumentos internacionais, como seja no Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos (artsº 17º, 23º e 24º).

A Convenção dos Direitos da Criança de 1989 é um instrumento que, apesar de não versar especificamente a problemática, contém várias disposições com incidência fundamental no reagrupamento familiar de crianças, destacando-se os artigos 9º, nº 1, 10º e 16º. Para alguns autores é considerada, inclusivamente, o único instrumento internacional em que se reconhece expressamente um Direito Fundamental ao reagrupamento familiar

Donde, tais normativos serão de aplicar quer às medidas que extingam um direito de residência, como nas medidas de admissão de estrangeiros num território para efeitos de reagrupamento familiar.

A nível do Direito Europeu, além da Convenção para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia dos Direitos do Homem), (1950), o seu art.º 8º, temos a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art.º 7º “respeito pela vida privada e familiar”), que representa uma síntese de todos os instrumentos internacionais em termos de direitos fundamentais.

Enfoque para 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, cuja transposição para o direito nacional se operou por via da Lei nº 23/2007.

Bem como a [COM \(2014\) 210, de 03.04.2014, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho](#), sobre as orientações para a aplicação da Directiva 2003/86/CE, relativa ao direito ao reagrupamento familiar.

Ainda o artigo 5º da Directiva nº2008/115/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16.12.2008, que determina que os Estados-Membros, ao legislar sobre normas e procedimentos relativos ao regresso de nacionais de países terceiros devem ter em conta na «situação irregular», o «interesse superior da criança» e a «vida familiar».

Mas sobretudo, a evolução jurídico-normativa tem sido em grande parte dada pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) face às novas realidades sócio globais de movimentos migratórios.

A nível nacional na Lei Fundamental há que destacar o princípio da equiparação consagrado no artigo 15º da CRP aos estrangeiros, o qual 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. 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*

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, nº 1, da Constituição da República Portuguesa, resulta já a constituição um estatuto jurídico-fundamental do estrangeiro e da cidadania migrante.

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. 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 decore do artigo 67º da CRP.

II. 2. CONTEXTO DA DIRECTIVA Nº 2003/86/CE

A Directiva nº 2003/86/CE, surge após a celebração do Acordo Schengen, em 14 de Junho de 1985, destinado à supressão progressiva dos controlos das fronteiras comuns na União Europeia (UE), onde até aí 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.

Caminho esse justificado no Considerando 4º da Directiva nº 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*”.

São assim objectivos da efectivação do direito ao reagrupamento familiar:

- i. protecção de direitos fundamentais: não discriminação, migração, trabalho, família, entre outros (individual);
- ii. promover a coesão económica e social (geral / colectividade) dentro da UE.

Por isso, no considerando 2.º da Directiva se preconiza:

“as medidas relativas ao reagrupamento familiar devem ser adoptadas em conformidade com a obrigação de protecção da família e do respeito da vida familiar consagrada em numerosos instrumentos de direito internacional. A presente directiva respeita os direitos fundamentais e observa os princípios reconhecidos, designadamente, no artigo 8.º da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais e na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia”.

*

II. 3 - PAPEL DO ESTADO

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).

Sendo que dentro da autonomia e soberania de cada Estado, este pode ter que adoptar medidas legais e administrativas que colidam com o direito ao reagrupamento familiar ou com a vida familiar, mas dentro de certos limites e com respeito de certos princípios.

Desde logo, as normas da Directiva e concomitantemente aa Lei n.º 23/2007, não podem ser interpretadas e aplicadas de forma tal que essa aplicação viole os direitos fundamentais enunciados, nomeadamente, no artigo 7.º da Carta (v. acórdãos do TJUE C-356/11 e C-357/11) e considerando 2º da Directiva.

Enquanto direito fundamental, do direito do cidadão estrangeiro a retomar a vida familiar, o Tribunal de Justiça da UE declarou já que o artigo 4.º, n.º 1, da Directiva 2003/86 (“familiares”), segundo o qual os Estados-Membros «devem permitir» a entrada e a

residência de certos familiares, «impõe aos Estados-Membros obrigações positivas precisas, às quais correspondem *direitos subjetivos* claramente definidos, uma vez que lhes exige, nas hipóteses determinadas pela directiva, que autorizem o reagrupamento familiar de certos membros da família do requerente do reagrupamento sem que possam exercer a sua margem de apreciação» (Acórdão Parlamento/Conselho (C-540/03), acórdãos Chakroun (C-578/08); e (C-356/11 e C-357/11, e K e A (C-153/14)).

Os Estados dispõem de uma margem de liberdade quanto ao alargamento do direito ao reagrupamento familiar a membros de família que não o cônjuge e filhos menores, que o nosso legislador usou de forma abrangente a actualista, como veremos de seguida (art. 4º, nºs 2 e 3 da Directiva)

Dentro da autonomia e soberania de cada Estado Membro estes podem também tornar o exercício do direito ao reagrupamento familiar dependente do cumprimento de determinadas condições (art. 7º da Directiva).

A faculdade reconhecida aos Estados-Membros pelo artigo 7.º, n.º 1, proémio e alínea c), da Directiva 2003/86 de exigir ao requerente do reagrupamento que disponha de recursos estáveis, regulares e suficientes, deve ser interpretada à luz do direito ao respeito da vida familiar - Acórdãos Chakroun do TJUE (C-578/08), e (C-356/11 e C-357/11).

Essa faculdade deve igualmente ser exercida respeitando o princípio da proporcionalidade – Vide Acs. do TJUE (C-153/14). V. igualmente, a respeito da Directiva 2003/109, acórdão Comissão/Países Baixos (C-508/10, EU:C:2012:243, n.º 75).

Daí que o Estado disponha de uma certa liberdade para apreciar se estão verificados os requisitos impostos pela directiva e avaliar os interesses concorrentes do indivíduo e da comunidade em geral, em cada situação em concreto.

Por fim, há que tomar em consideração o artigo 17.º da Directiva 2003/86, que exige uma apreciação concreta da situação de cada requerente - Acórdão Chakroun (C-578/08), e a respeito do artigo 7.º, n.º 2, da Directiva 2003/86, acórdão K e A (C-153/14).

Quanto às medidas que cabem ao Estado, este deve garantir ao cidadão o recurso aos tribunais contra decisões das autoridades nacionais tal como garantido pelo artigo 47º da Carta dos Direitos Fundamentais da EU - cfr. art. 18º da Directiva fala de 4 situações: o indeferimento de um pedido de reagrupamento familiar; recusa de renovação de uma autorização de

residência; a retirada de uma autorização de residência e da decisão de afastamento físico do território de um EM – vide ainda a COM (2014) 210, de 03.04.2014, Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho, sobre as orientações para a aplicação da Directiva 2003/86/CE, relativa ao direito ao reagrupamento familiar (ponto 7.5).

*

III – DO EXERCÍCIO DO DIREITO AO REAGRUPAMENTO FAMILIAR:

III. 1 QUEM É O TITULAR DO DIREITO AO REAGRUPAMENTO FAMILIAR

Nos termos da Lei nº 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, nº 1 e 98º, nº 1).

Também o refugiado, reconhecido nos termos da legislação acima indicada que regula o asilo, tem direito ao reagrupamento familiar com os membros da sua família que se encontrem no território ou fora dele, sem prejuízo das disposições que reconheçam o estatuto de refugiado aos familiares – cfr. artigo 98º, nº 3 da Lei 23/2007.

O cidadão estrangeiro deve dispor de residência legal, o que para efeitos da Lei nº 23/2007, acontece quando habilitado com título de residência em Portugal, de validade igual ou superior a um ano - Cfr. art.º 3º, nº 1, alínea v) da Lei 23/2007, -equivalente ao art. 3º, nº 1 da Directiva - representando de certa forma uma limitação de direitos dos imigrantes que não têm autorização de residência (*conceito restritivo de residente*).

O requerente do reagrupamento já não carece de um prazo mínimo de residência efectiva e legal em Portugal, para além do estabelecido para obter o título válido de autorização de residência.

Embora a Directiva nº 2003/86/CE admita 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 nº 22/2002, que concedeu autorização legislativa ao Governo para alterar o regime do Decreto-Lei nº 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*”.

O cidadão estrangeiro pode formular em simultâneo o pedido de reagrupamento familiar Aquando com o pedido de autorização de residência (artigo 81º, nº 4, da Lei nº 23 /2007).

*

III: 2 - 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), sendo antes abordada enquanto instituto jurídico adaptado em função do contexto e da área específica em que é chamado à colação, mas na vertente de vida familiar - v.g. o Acórdão do TC nº [690/98](#) (Proc. 692/96), de 15.12.1998, embora tenha abordado o conceito para compreensão de outros institutos, 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.

Também a jurisprudência do TEDH tem vindo a construir um conceito dinâmico, de vida familiar ao invés de *família*, tendo sobretudo em conta as ligações afectivas e efectivas entre os diversos das pessoas em causa

Em termos de Directiva o «Reagrupamento familiar»: *corresponde à entrada e residência num Estado-Membro dos familiares de um nacional de um país terceiro que resida legalmente nesse Estado, a fim de manter a unidade familiar, independentemente de os laços familiares serem anteriores ou posteriores à entrada do residente – art. 2º . al. d);*

Desta forma, a Lei n.º 23/2007, não define o conceito de *família* mas sim quais os membros (familiares) que podem vir a beneficiar do reagrupamento familiar.

Destaca-se, desde já, que na nossa Lei, o elenco é mais lato do que o constante da Directiva nº 2003/86/CE (família nuclear, cônjuge e filhos).

Nos artigos 99º e seguintes, constata-se um conceito de membro de família (alargada), que, para efeitos de pedido de reagrupamento familiar, pode abranger:

i) o cônjuge (alínea a));

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;

ii) os filhos naturais ou adoptados (alíneas b), c) d) e e))

Por via do § do artigo 4º da Directiva os filhos menores devem ter a idade inferior à da maioridade legal do Estado Membro em causa e não ser casados.

A nossa Lei dispõe de uma regime mais favorável e abrangente do que o “standard mínimo” da Directiva transposta, nomeadamente pela incorporação na Lei (artigo 99º, nº 1 alínea d)) dos filhos maiores solteiros - Excluindo os casos de emancipação por casamento (art. 132º, do Código Civil) e parágrafo 1º do art. 4º da Directiva - e desde que se encontrem a estudar no território nacional (a Portaria nº 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).

Medida esta compreendida no contexto de prolongamento dos estudos e da tendência de uma entrada mais tarde na vida activa da actual realidade nacional.

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.

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));

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.;

Exclui os netos – vide Acórdão do TCA Sul, 10.03.2016, rec.12826/15.

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

v) ainda o tutor legal do residente menores ou incapazes, os adoptados (nº 2).

É igualmente reconhecida a relação familiar derivada da união de facto, quer quanto ao unido de facto como aos filhos destes, correspondendo a uma outra das formas de constituição de família para além do casamento (artigo 100º), segundo o qual:

“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”.

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, nº 2, da Lei nº 23/2007).

Ter ainda em conta o Decreto Regulamentar nº 84/2007, de 5 de Novembro, na redacção dada pelo Decreto Regulamentar nº 15-A/2015, de 2 de Setembro (artigos 66º e 67º), quanto ao pedido e documentos a instruir o respectivo pedido.

Parece ser de excluir as situações de ***casamento poligâmico*** na medida em que quer a Lei como a Directiva se referem ao *cônjuge* no singular. Reforçado pelo que dispõe o artigo 16º, nº 1, alínea c), da Directiva, ao não reconhecer 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.

Por outro lado, quanto ao critério da dependência, segundo a Comunicação da Comissão COM (2014) 210, o estatuto de familiares dependentes não pressupõe um direito a alimentos, por analogia com o Proc. C-316/85, Lebon, de 18.06.1987, nºs 21-22.

O Ac. **Rhimou Chakroun** do TJUE [Processo nº 578/08, 4.03.2010](#) relativo à Directiva 2003/86, em especial o seu artigo 2.º, proémio e alínea d), deve ser interpretada no sentido de que esta disposição opõe-se a uma regulamentação nacional que, na aplicação das condições relativas aos rendimentos previstas no artigo 7.º, n.º 1, proémio e alínea c), da Directiva 2003/86, estabeleça uma distinção consoante os laços familiares sejam anteriores ou posteriores à entrada do requerente do reagrupamento no território do Estado-Membro de acolhimento.

Recente Acórdão do TCA Sul, AC TCA sul de 10.03.2016, rec.12826/15, abordou a questão do conceito de família (embora numa situação de cidadã estrangeira refugiada), e

ainda analisou a “constitucionalidade” do art. 99º da Lei 23/2007, designadamente em confronto com os artigos 8º da CEDH, 7º da CDFUE, e artigos 36º e 67º da CRP.

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 maioria (art. 107º, nº 4, da Lei nº 23/2007).

*

III. 3 - CONDIÇÕES PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO

Mas as ligações familiares não conferem automaticamente o direito ao reagrupamento familiar. Há ainda que verificar várias condições, como resulta do art. 7º da Directiva 2003/86.

Decisão importante do TJUE (Grande Secção), de 27.06.2006, no processo nº [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 nº 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 dos Direitos do Homem (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 cria 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, nº 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 país pode suscitar mais dificuldades.

O legislador nacional, em conformidade com a Directiva nº 2003/86/C, definiu, no artigo 101º, as condições que o requerente do reagrupamento familiar deve reunir para que possa ser deferido o pedido de reagrupamento familiar, como seja o de dispor de alojamento e de meios de subsistência, em conformidade com o art. 101º.

Condições que, caso não se verifiquem, podem ser fundamento e indeferimento do pedido de reagrupamento familiar (artigo 106º, nº 1, al. a), mas “Antes de ser proferida decisão de indeferimento de pedido de reagrupamento familiar, são tidos em consideração a natureza e a solidez dos laços familiares da pessoa, o seu tempo de residência em Portugal e a existência de laços familiares, culturais e sociais com o país de origem” (nº 3), o que apela à ponderação dos direitos e interesses em causa.

Em conformidade com o art.º 17º, da Directiva nº 2003/86/CE, que vem consagrar de forma expressa e inequívoca essa ponderação em função da situação em concreto, por apelo à ideia de um juízo de proporcionalidade aquando da negação ou afectação de direitos fundamentais, que devem ser sacrificados se e na medida de outros bens juridicamente tutelados se lhes sobreponham.

O Estado Membro goza de uma margem de apreciação dos pedidos no caso concreto dispõe de liberdade mas, já se referiu, deve ser proporcional e razoável na ponderação dos interesses individuais e públicos.

*

III.3. a. 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. A morada para si e para a sua família, deve ser

adequada ao número de 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 sã e que ofereça os serviços básicos para a vida da família e da comunidade.

Segundo o art. 7º, nº 1, al. a), da Directiva nº 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*”.

Pois que, como se decidiu no Acórdão do TC nº [829/96](#) (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 um alojamento será uma forma de protecção da família em si, com a inclusão do membro que visa receber.

Aí se entendeu:

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

III. 3.b. – 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.

Quanto à admissibilidade e condicionantes na verificação se a família a reagrupar 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 Acórdão Chakroun de 04.03.2010 ([Proc. nº C-578/08](#)), do TJUE.

As condições de sustentabilidade do requerente do reagrupamento familiar a que alude o artigo 101º, nº 1, al. b), da lei e por via do art. 9º da Portaria nº 1563/2007, de 11.12. são, como se alude no art. 2º, nº 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 nº 2, do art. 2º, da mesma Portaria 1563/2007.

No Acórdão do TCA Norte, de 08.01.2016, Rec. [02050/12.5BEPRT](#), foi analisada a forma de apuramento do rendimento do agregado familiar, com a ponderação aritmética resultante do referido regime legal vigente (artº 2º, nº 2 da Portaria 1563/2007) - embora o litígio respeitasse ao pedido de renovação de autorização de residência, a Portaria nº 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.

No Acórdão Chakroun de 04.03.2010 ([Proc. nº C-578/08](#)), do TJUE, foi decidido que essa exigência quanto aos meios de subsistência (tendo por reporte o art. 7º, nº 1, al. c), da Directiva nº 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. 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 Gobierno en Alava, [Processo C- 558/14](#), de 21.04.2016, foi entendido como estando conforme à Directiva nº 2003/86/CE, concretamente do artigo 7.º, n.º 1, conjugado com os artigos 16.º, n.º 1,

alínea a), e 3.º, n.º 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.º da Directiva n.º 2003/86/CE.

*

IV - DECISÃO FINAL

IV. 1. EM CASO DE DEFERIMENTO (EMISSÃO DE VISTO):

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 (vide art. 13º da Directiva), 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 (nº 3) – acto tácito nos termos do art. 130º, nº 1 do CPA. O SEF certifica-o, a pedido do interessado, comunicando-o, no prazo de 48 horas, à Direção-Geral dos Assuntos Consulares e das Comunidades Portuguesas, para efeitos de emissão do visto de residência nos termos do artigo 64.º (art. 105º, nº 4).

A celeridade ou imediatividade na emissão de visto 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 nº 2, do artigo 98º, da Lei nº 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 coabitam com o titular da autorização de residência. Adoptando possibilidade, admitida a título excepcional, pelo segundo parágrafo do art. 5º, nº 3, da Directiva nº 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.*”

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, poderia ter 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.

Certamente poderá ter sido resolvida com a redacção do art. 68º do Decreto Regulamentar nº 15-A/2015, de 2 de Setembro, segundo o qual:

“1 - O deferimento do pedido formulado nos termos do n.º 1 do artigo 98.º e do n.º 2 do artigo 121.º-A da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, alterada pelas Leis n.os 29/2012, de 9 de agosto, 56/2015, de 23 de junho, e 63/2015, de 30 de junho, é comunicado ao membro do Governo responsável pela área dos negócios estrangeiros, por via eletrónica, acompanhado de cópia digitalizada das peças processuais relevantes, devendo ser facultado visto de residência aos requerentes, salvo no caso de verificação de factos que se fossem do conhecimento da autoridade competente teriam obstado ao reconhecimento do direito ao reagrupamento familiar. “

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, nº 1, da Lei nº 23/2007), podendo também ser requerido pelo membro familiar ou pelo titular do direito (nº 2, do mesmo artigo), se aquele se encontrar em território nacional.

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 sobretudo nas questões suscitadas com a emissão de visto e não tanto não sobre a questão do direito ao reagrupamento familiar, nomeadamente do conceito de família ou de familiar. 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](#)³,

“ (...) 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.”.

³ O Acórdão do TCA Sul recorrido proferido em 09.12.2010, no rec. 6606/10, foi anotado por Andreia Sofia Pinto Oliveira, nos CJA, nº 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*”.

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, justificando o uso 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 [Acórdão do TCA Sul, de 06.02.2014, rec. 10704/13](#), que entendeu não estarem verificados os pressupostos para o recurso à referida Intimação, não sendo demonstrada uma situação de especial urgência, porque sempre poderia pedir a condenação na emissão de visto em sede de acção administrativa especial e pedir uma providência cautelar *imediata* (art.º 131º do CPTA), ou não imediata (artsº 112º a 120º do CPTA)

Actualmente, o legislador, na revisão do CPTA através do Decreto-Lei nº 214-G/2015, de 2 de Outubro (CPTA/2015), no uso da autorização legislativa da Lei nº 100/2015, de 19.08, no seu artigo 2º alíneas ppp) e qq), resolveu a questão do erro na forma de processo, como se refere no preâmbulo *“No novo art. 110-A é regulada a possibilidade sobre a qual o CPTA era, até aqui, omissivo de convalidação 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”*.

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

*

IV. 2 EM CASO DE INDEFERIMENTO:

(CASOS NÃO ABRANGIDOS PELO REAGRUPAMENTO FAMILIAR)

Considerando o conceito amplo de membro da família consagrado na Lei nº 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, nº 1);
- 2) os filhos maiores, a cargo do casal ou de um dos cônjuges, que sejam casados ou 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);
- 5) os descendentes em linha recta e em 2º grau (netos) .

Os EM devem referir explicitamente os motivos de eventuais decisões de indeferimento – cfr. art. 5º, nº 4 terceiro parágrafo da Directiva. “*A decisão de indeferimento do pedido deve ser fundamentada*” – que sempre existiria nos termos do art. 152º, nº 1, alínea a) do CPTA.

Do citado artigo 106º foi assegurado o recurso aos tribunais, devendo constar da notificação o direito à impugnação e respectivo prazo (nº 6). Assim como a impugnação terá, em regra, efeito devolutivo (nº 7 do art. 106º), mas caso os membros da família já se encontrarem em território nacional e a decisão se funde no incumprimento das condições supra citadas, terá efeito suspensivo (nº 8 do mesmo preceito legal).

*

IV. 3 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, que se revelam na inércia na fase subsequente, de emissão do respectivo visto de residência, terá de ter consequências ao nível do pedido de reagrupamento familiar.

Pois, como se prevê no artigo 68º, do Decreto Regulamentar nº 84/2007, de 5 de Novembro, na redacção dada pelo Decreto Regulamentar nº 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 (nº 2).

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). Então 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** (nº 3).

*

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

O elenco dos membros de família que consta dos citados artigos 99º, nº 1 e 100º, nº 1, da Lei nº 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 nº 3, do artigo 98º, da Lei nº 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 demais cidadãos estrangeiros, quanto aos membros de família, dispensando os requisitos quanto ao alojamento e meios de subsistência, nos termos do artigo 101º, nº 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, nº 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));

- 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 (nº 4).

O direito ao reagrupamento familiar está também assegurado na Lei nº 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, 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, nº 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 nº 23/2007.

VI – Ingerências do Estado 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.

Mas sobretudo como se destaca no Acórdão do [TJUE, Processo C-540/03](#), Parlamento Europeu contra Conselho da União Europeia, Ac. do Tribunal de Justiça (Grande Secção)

de 27-06-2006 “há que recordar que o direito ao respeito pela vida familiar, na acepção do artigo 8.º da CEDH, faz parte dos direitos fundamentais que, segundo a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, são protegidos na ordem jurídica comunitária (acórdãos, já referidos, Carpenter, n.º 41, e Akrich, n.ºs 58 e 59). Este direito a viver com os familiares chegados cria obrigações para os Estados-Membros, **que podem ser negativas, quando são obrigados a não expulsar uma pessoa**, ou positivas, quando são obrigados a permitir que uma pessoa entre e resida no seu território”.

De entre as ingerências legalmente permitidas, destaca-se a situação das relações fraudulentas e de decisão de afastamento coercivo do cidadão estrangeiro do País.

VI. 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*”, 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.”.

Nos termos do art. 108º da Lei 23/2007 pode levar ao **cancelamento da autorização de residência** concedida ao abrigo do direito ao reagrupamento familiar, quando o casamento, a união de facto ou a adopção teve por fim único permitir à pessoa interessada entrar ou residir no País (n.º 1).

Para tal podem ser efectuados inquéritos e controlos específicos quando existam indícios fundados de fraude ou de casamento, união de facto ou adopção de conveniência.

Em todo o caso, atendendo aos direitos fundamentais em causa, assim como ao princípio da proporcionalidade e ainda atento o disposto no art. 17º da Directiva, na decisão a tomar devem ser tidos em consideração a natureza e a solidez dos laços familiares da pessoa, o seu tempo de residência em Portugal e a existência de laços familiares, culturais e sociais com o país de origem.

Reconhecendo a gravidade da conduta de que usa os mecanismos legais para permitir a entrada “ilegal” de estrangeiros o legislador na Lei nº 23/2007, procedeu à criminalização dos casamentos *ditos brancos* ao prever no nº 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”.

VI.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 TEDH⁴ no desenvolvimento de jurisprudência em casos em que a expulsão de um estrangeiro pode colocar em causa a protecção à vida familiar.

⁴ 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.

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 *Berrabab* contra *Holanda*, queixa nº 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 TEDH entendeu que a relação familiar só pode ser posta em causa em circunstâncias excepcionais. No Acórdão *Moustaquim C. Bélgica*, queixa nº [12313/86](#), de 18 de Fevereiro de 1991 e no Acórdão *Boultif* contra *Suiça*, queixa nº 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 esteja prevista na lei e 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, de 10 de Dezembro de 2008, [Rec. 08P2147](#)), onde se encontra de forma exemplarmente desenvolvida a referida questão, embora relativa à pena acessória em processo crime, com indicação quer de doutrina, como a jurisprudência do TC, nomeadamente o Acórdão do TC nº [232/2004](#) (Proc. 807/99), de 31 de Março de 2004⁵.

Este Acórdão foi anotado por Anabela Costa Leão, “*Expulsão de estrangeiros com filhos menores a cargo*”, in *Jurisprudência Constitucional* nº 3, Jul/Set. 2004, pp. 25 a 35, terminando com a mensagem de que “*os direitos fundamentais maxime os direitos, liberdades e garantias, impõem*

⁵ 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.

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

A propósito do binómio expulsão /afastamento coercivo e «protecção da família», concretamente pai/filho, ainda proferido em sede de providência cautelar vide o [AC STA, de 30.07.2014, rec. 489/14](#), entendeu ser dada prevalência á vida familiar e aos interesses do menor, se bem que o pai estivesse detido em estabelecimento prisional, mas que ainda assim existiriam laços familiares, considerando na ponderação dos prejuízos e dos interesses em presença que “ (...)os danos que provavelmente resultarão do efectivo «afastamento coercivo» do recorrente do território nacional, e que a experiência da vida e o senso comum consubstancia em

danos para o «agregado familiar do recorrente», privado, ora por decisão administrativa, da protegida «convivência», com o que isso significa de prejuízo para a «unidade familiar», ao dano que poderá consistir em termos a residir de facto em território português, até «decisão final» da acção principal, um estrangeiro numa situação irregular, que nada nos autos demonstra ser mais perigoso, infelizmente, do que muitos dos nossos compatriotas.»

Admitimos que, para evitar a situação de facto consumado, a interposição de providência cautelar de suspensão de eficácia de acto administrativo que determinou o afastamento coercivo, poderá configurar um dos casos de antecipação da decisão a proferir na acção principal, nos termos do art. 121º do CPTA, desde que verificados os pressupostos legais, dada a urgência na resolução definitiva – processo 13/16.0BELLE do TAF de Sintra, que se encontra em fase de recurso jurisdicional.

Não obstante o conceito de “ordem pública”, ter uma natureza aberta e indeterminada, não deixa de ser determinável por recurso à hermenêutica e interpretação jurídica, tendo em consideração os padrões de conduta e cultura jurídica vigentes em determinada época, tidos por adequados à manutenção de uma vida em sociedade sã e adequada, sendo concretizável como o conjunto de princípios e regras fundamentais subjacentes ao sistema jurídico de um Estado e da Sociedade que regulam, ao qual subjazem o interesse público e social da colectividade e da protecção da individualidade e respectivos direitos e obrigações de cada um dos cidadãos que a compõe.

Embora proferido em sede processo cautelar o [AC. do TCA SUL, de 6.10.2016, rec. 13655/16](#), aí se decidiu, quanto à apreciação do *fumus boni iuris* para efeitos de apreciação dos pressupostos do art. 120º, nº 1, do CPTA, que não seria aplicável o limite da alínea b) do art. 135º da Lei 23/2007, atenta a gravidade da conduta do então requerente, em termos penais, que seria de atentar contra a ordem pública, como foi entendido pela entidade administrativa, nos termos das alíneas c) [Cuja presença ou actividades no País constituam ameaça aos interesses ou à dignidade do Estado Português ou dos seus nacionais] e f)[Em relação ao qual existam sérias razões para crer que cometeu actos criminosos graves ou que tenciona cometer actos dessa natureza, designadamente no território da União Europeia] do art. 134º da Lei 23/2007.

Considerando “ *Um primeiro indício da gravidade do crime de tráfico de estupefacientes detecta-se na moldura penal do mesmo – a punição com pena de prisão de 4 a 12 anos -; um segundo indício, atinente à norma que sustentou a pena de prisão na qual foi o recorrente condenado pelo Acórdão proferido pelo Tribunal da Relação de Lisboa em 4 de Novembro de 2014, reside na circunstância de o recorrente ter sido*

condenado pelo crime previsto e punido no n.º 1 do artigo 21.º do D.L. n.º 15/93, de 22 de Janeiro e não pelo crime previsto e punido no artigo 25.º do mesmo diploma legal, que prevê o tráfico de menor gravidade, o que permite afastar a argumentação aduzida pelo requerente de acordo com a qual se estaria perante um crime menos grave, a que acresce ainda a circunstância de o crime de tráfico de estupefacientes causar, como se referiu na decisão recorrida, inquestionável "...corrosão social (...), ao nível pessoal, ao nível familiar, ao nível da erosão dos valores positivados das relações em sociedade, ao nível afectivo, ao nível das instituições, ao nível do património, ao nível da saúde mental e física, ao nível da saúde pública, sem descurar também as implicações que causa ao nível da implicação do cometimento de outros crimes, nomeadamente contra o património e contra as pessoas.", crime que, nos termos igualmente apontados na decisão recorrida, se encontra no elenco da criminalidade altamente organizada, nos termos do artigo 1.º alínea m) do Código de Processo Penal."

No [Ac. do STA de 6.10.2015, rec. 1137/15](#) foi decidido não admitir recurso de revista num processo de indeferimento do pedido de suspensão de eficácia da decisão Director Nacional Adjunto do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF) de afastamento coercivo do território nacional pelo facto de se encontrar irregularmente em Portugal, nos termos do disposto nos art.ºs 146.º e sgs da Lei n.º 23/2007. Justificado que designadamente saber se o recorrente exerce efectivamente as responsabilidades parentais relativamente a filhos menores residentes em Portugal a quem assegure o sustento e educação, é matéria de facto excluída dos poderes de cognição do tribunal em recurso de revista (n.º 4 do art.º 150.º do CPTA).

Não cremos que na situação de afastamento coercivo esteja em causa a ofensa ao núcleo essencial de um direito fundamental do cidadão estrangeiro, na medida em que o interesse na instituição *família* consagrado no artigo 36.º, da CRP, tem de ser compatibilizado com o artigo 33.º, da mesma CRP, e com este artigo 135.º, da Lei 23/2007, na redacção dada pela Lei 29/2012.

É certo que o artigo 36.º da CRP, sob a epígrafe "*Família, casamento e filiação*" dispõe no n.º 5, que "*os pais têm o direito e o dever de educação manutenção dos filhos*" e o seu n.º 6 que "*os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial*".

Contudo, o princípio da não separação dos filhos dos pais não é um princípio absoluto, como não são a maioria dos demais princípios da Constituição, porquanto o próprio

preceito constitucional, supra referido comporta exceções, como vimos, como é o caso em que os pais não cumpram os seus deveres de pais.

Note-se que na CRP, e na lei infra constitucional que lhe dá corpo e densificação, a dialéctica é estabelecida tendo em consideração os princípios e interesses de sinal oposto – de um lado os laços filiais e do outro os superiores e verdadeiros interesses dos filhos, designadamente menores.

Para mais o artigo 33.º da CRP, consagra os princípios relativos à expulsão, extradição e direito de asilo, sendo certo que destina à lei ordinária a especificação e densificação da norma constitucional.

*

VII - Garantias contenciosas:

Contra a decisão de indeferimento do pedido de reagrupamento familiar temos a acção administrativa de condenação à prática de acto devido – cfr. artigos 37º, nº 1, al. b), 66º, 67º e 71º do CPTA/2015. A acção administrativa será ainda o meio processual a intentar em caso de impugnação da decisão de afastamento coercivo – cfr. artigo 37º, nº 1, al. a) do CPTA /2015 e 150º da Lei 23/2007.

Este último, pode ser intentado prévia ou simultaneamente com o pedido cautelar de suspensão de eficácia do acto administrativo que determinou a decisão de afastamento coercivo – cfr. artigos 112º, nºs 1 e 2 al. a), 113º, 114º, nº 1 e 120º do CPTA/2015.

Duvidoso será o uso de meio urgente previsto no artigo 110º do CPTA, mas tudo dependerá da situação em concreto.

*

VIII- 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.
2. 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).

3. Dentro da autonomia e soberania de cada Estado, este pode ter que adoptar medidas legais e administrativas que colidam com o direito ao reagrupamento familiar ou com a vida familiar, mas as normas da Directiva e concomitantemente da Lei nº 23/2007, não podem ser interpretadas e aplicadas de forma tal que essa aplicação viole os direitos fundamentais consagrados nos instrumentos internacionais, europeus ou na Lei Fundamental.

4. A Lei nº 23/2007, 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.

5. O Estado dispõe de uma certa liberdade para apreciar se estão verificados os requisitos impostos pela directiva, estabelecer condições de acesso ao reagrupamento e avaliar os interesses concorrentes do indivíduo e da comunidade em geral, em cada situação em concreto.

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

Lisboa, 11-11-2016