

Universidades Lusíada

Vazão, Ana Catarina Ferreira, 1989-

O instituto do reagrupamento familiar e os direitos dos membros da família a reagrupar

<http://hdl.handle.net/11067/7522>

Metadados

Data de Publicação

2024

Resumo

O reagrupamento familiar consiste no direito de um cidadão estrangeiro com autorização de residência válida em Portugal, poder reagrupar com os membros da sua família que se encontrem fora do território nacional. Em caso de omissão da decisão por parte das autoridades administrativas competentes, os requerentes de reagrupamento têm recorrido aos tribunais administrativos, através da interposição de uma ação de intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias nos termos do artigo 109...

Family reunification is the right of a foreign national with a valid residence permit in Portugal to be able to reunite with family members who are outside national territory. If the competent administrative authorities fail to take a decision, applicants for reunification have resorted to the administrative courts, by filing an action for the protection of rights, freedoms and guarantees under the terms of article 109 of the CPTA, an urgent administrative procedure, in order to have their claim...

Palavras Chave

Reagrupamento familiar - Direito e legislação - Portugal, Emigração e imigração - Direito e legislação - Portugal, Direitos fundamentais - Portugal

Tipo

masterThesis

Revisão de Pares

Não

Coleções

[ULL-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-07-18T08:20:03Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

**O instituto do reagrupamento familiar
e os direitos dos membros da família a reagrupar**

Realizado por:
Ana Catarina Ferreira Vazão

Orientado por:
Prof. Doutor Luís Manuel Barbosa Rodrigues

Constituição do Júri:

Presidente: Prof. Doutor José Alberto Rodríguez Lorenzo González
Orientador: Prof. Doutor Luís Manuel Barbosa Rodrigues
Arguente: Prof. Doutor Jorge Tiago Veiga Quaresma Viana Barra

Dissertação aprovada em: 05 de junho de 2024

Lisboa

2024



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

O instituto do reagrupamento familiar e os direitos dos membros da família a reagrupar

Ana Catarina Ferreira Vazão

Lisboa

Fevereiro 2024



UNIVERSIDADE LUSÍADA

FACULDADE DE DIREITO

Mestrado em Direito

O instituto do reagrupamento familiar
e os direitos dos membros da família a reagrupar

Ana Catarina Ferreira Vazão

Lisboa

Fevereiro 2024

Ana Catarina Ferreira Vazão

O instituto do reagrupamento familiar e os direitos dos membros da família a reagrupar

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Lusíada para a obtenção do grau de
Mestre em Direito.

Área científica: Ciências Jurídico-Políticas

Orientador: Prof. Doutor Luís Manuel Barbosa
Rodrigues

Lisboa

Fevereiro 2024

FICHA TÉCNICA

Autora Ana Catarina Ferreira Vazão
Orientador Prof. Doutor Luís Manuel Barbosa Rodrigues
Título O instituto do reagrupamento familiar e os direitos dos membros da família a reagrupar
Local Lisboa
Ano 2024

CASA DO CONHECIMENTO DA UNIVERSIDADE LUSÍADA - CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

VAZÃO, Ana Catarina Ferreira, 1989-

O instituto do reagrupamento familiar e os direitos dos membros da família a reagrupar / Ana Catarina Ferreira Vazão ; orientado por Luís Manuel Barbosa Rodrigues. - Lisboa : [s.n.], 2024. - Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada.

I - RODRIGUES, Luís Barbosa, 1962-

LCSH

1. Reagrupamento familiar - Direito e legislação - Portugal
2. Emigração e imigração - Direito e legislação - Portugal
3. Direitos fundamentais - Portugal
4. Universidade Lusíada. Faculdade de Direito - Teses
5. Teses - Portugal - Lisboa

1. Family reunification - Law and legislation - Portugal
2. Emigration and immigration law - Portugal
3. Civil rights - Portugal
4. Universidade Lusíada. Faculdade de Direito - Dissertations
5. Dissertations, academic - Portugal - Lisbon

LCC

1. KKQ3025.V39 2024

Quero agradecer, ao Senhor Professor Doutor L. Barbosa Rodrigues, toda a disponibilidade e acompanhamento como Orientador desta dissertação, que em muito contribuiu para desenvolver e aprimorar a investigação realizada.

APRESENTAÇÃO:

O instituto do reagrupamento familiar e os direitos dos membros da família a reagrupar

A entrada em território nacional de familiares de cidadãos de origem indiana em Portugal ao abrigo do instituto do reagrupamento familiar e a violação dos seus direitos fundamentais.

Ana Catarina Ferreira Vazão

Resumo:

O reagrupamento familiar consiste no direito de um cidadão estrangeiro com autorização de residência válida em Portugal, poder reagrupar com os membros da sua família que se encontrem fora do território nacional. Em caso de omissão da decisão por parte das autoridades administrativas competentes, os requerentes de reagrupamento têm recorrido aos tribunais administrativos, através da interposição de uma ação de intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias nos termos do artigo 109.º CPTA, processo administrativo urgente, a fim de vir a ser decidida a sua pretensão.

Este estudo tem como cerne perceber no plano constitucional se o direito ao reagrupamento familiar integra, ou não, o catálogo de direitos, liberdades e garantias e, por conseguinte, qual o regime que se lhe aplica.

Ao tentar responder a essa questão iremos analisar a lei ordinária onde se inscreve este direito e aquela que tem sido a interpretação da jurisprudência administrativa sobre a presente matéria.

Palavras-chave: reagrupamento familiar; intimação para proteção de direitos liberdades e garantias; garantia institucional; estrangeiro; o direito de exercício da vida familiar.

PRESENTATION

The institute of family reunification and the rights of family members to be reunited

The entry into national territory of family members of citizens of Indian origin in Portugal under the institute of family reunification and the violation of their fundamental rights.

Ana Catarina Ferreira Vazão

Summary:

Family reunification is the right of a foreign national with a valid residence permit in Portugal to be able to reunite with family members who are outside national territory. If the competent administrative authorities fail to take a decision, applicants for reunification have resorted to the administrative courts, by filing an action for the protection of rights, freedoms and guarantees under the terms of article 109 of the CPTA, an urgent administrative procedure, in order to have their claim decided.

The core of this study is to understand whether or not the right to family reunification is included in the constitutional catalogue of rights, freedoms and guarantees and, consequently, which regime applies to it.

In an attempt to answer this question, we will analyse the ordinary law in which this right is enshrined and what has been the interpretation of administrative case law on this matter.

Keywords: family reunification; summons for the protection of rights, freedoms and guarantees; institutional guarantee; foreigners; the right to exercise family life.

ÍNDICE

Abreviaturas siglas e acrónimos	12
Introdução.....	14
1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ATUAL CONSTITUIÇÃO	18
1.1 Enquadramento geral	18
1.2 A dignidade da pessoa humana.....	21
1.3 Os direitos de liberdade e os direitos sociais	24
1.4 Os direitos de natureza análoga	33
2. OS ESTRANGEIROS NO PLANO DA CRP.....	38
2.1 Enquadramento	38
2.2 O “ <i>estrangeiro</i> ” à luz da CRP.....	40
2.3 O direito de livre circulação.....	42
2.4 Os princípios que presidem ao tratamento dos estrangeiros na CRP	44
2.4.1 O princípio da dignidade da pessoa humana	44
2.4.2 O princípio da universalidade	45
2.4.3 O princípio da igualdade.....	47
2.4.4 O princípio da equiparação de direitos e deveres entre cidadãos portugueses e estrangeiros	53
3. O DIREITO À FAMÍLIA	58
3.1 Enquadramento	58
3.2 No Direito Interno.....	60
3.3 Nos Direitos Internacional e Europeu.....	66
4. O DIREITO AO REAGRUPAMENTO FAMILIAR	70
4.1 Esclarecimento	70
4.2 Enquadramento	70
4.3 O direito ao reagrupamento familiar na ordem jurídica	73
4.3.1 A receção de normas de Direito Internacional na ordem jurídica	77

4.3.2	A “cláusula aberta”	80
4.4	O direito ao reagrupamento familiar visto como um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias pessoais	84
4.5	O direito ao reagrupamento familiar visto como uma garantia institucional ...	89
4.5.1	A posição da doutrina e da jurisprudência quanto às garantias institucionais	95
4.5.2	O regime jurídico aplicável às garantias institucionais	101
4.5.3	O direito ao reagrupamento familiar e o conflito com outros direitos....	106
5.	O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	109
5.1	Enquadramento	109
5.2	A intimação nos termos dos artigos 109.º a 111.º do CPTA.....	110
5.3	A interpretação constitucional do n.º 5 do artigo 20.º CRP.....	116
5.4	Será que existe desconformidade constitucional entre o n.º 5 do artigo 20.º da CRP e o artigo 109.º do CPTA?	119
5.5	O princípio da segurança jurídica	121
5.6	A jurisprudência em Portugal em matéria de reagrupamento familiar	123
5.7	Os efeitos do recurso jurisdicional	127
6.	O REAGRUPAMENTO FAMILIAR NO PLANO COMPARADO	129
6.1	O reagrupamento familiar no ordenamento jurídico espanhol.....	129
6.2	Breve reflexão sobre a jurisprudência do TEDH em matéria de reagrupamento familiar	135
7.	Conclusão.....	138
8.	Bibliografia.....	142

ABREVIATURAS SIGLAS E ACRÓNIMOS

Ac. – Acórdão

ACM, I.P. – Alto Comissariado para as Migrações, I.P.

AIMA – Agência para a Integração, Migração e Asilo

CC – Código Civil

CDFUE – Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia

CEDH – Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais

CEE – Comunidade Económica Europeia

CPLP - Comunidade dos Países de Língua Portuguesa

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSE – Carta Social Europeia

CPA – Código do Procedimento Administrativo

CPTA – Código de Processo nos Tribunais Administrativos

DR – Diário da República

DUDH – Declaração Universal dos Direitos do Homem

EEE – Espaço Económico Europeu

MNE – Ministério dos Negócios Estrangeiros

ONU – Organização das Nações Unidas

PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos

PIDESC – Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais

SEF – Serviço de Estrangeiros e Fronteiras

STA – Supremo Tribunal Administrativo

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

TEDH – Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

TFUE – Tratado de Funcionamento da União Europeia

TIJ – Tribunal Internacional de Justiça

TUE – Tratado da União Europeia

UE – União Europeia

INTRODUÇÃO

Nos dias de hoje, a imigração é dos assuntos com maior presença no debate político. A Europa ocidental vive uma nova crise migratória e são múltiplos os fatores que a caracterizam e motivam. Desde as deficientes condições económicas, sociais e culturais vividas em muitos países; às guerras travadas às portas deste continente com o consequente elevado número de refugiados; à grave crise financeira, conjugada com um aumento expressivo da inflação que se vem sentindo nos mercados europeus e nos Estados Unidos da América, sem esquecer, ainda, a batalha que o mundo trava diariamente contra as alterações climáticas, estas realidades que levarão, a breve trecho, à deslocação de milhões de pessoas para outros países, fazendo com que o tema das imigrações esteja sempre na agenda política.

Segundo dados inscritos no último relatório estatístico publicado pela ACM I.P.¹, uma das nacionalidades extracomunitárias com maior número de pedidos de vistos de entrada em Portugal, é dos cidadãos da Índia. Pode ler-se, nesse mesmo relatório que a nacionalidade indiana *“entra em 2020 para o grupo das dez nacionalidades estrangeiras mais representadas no país... ocupando a nona posição”*. E, na análise do referido documento, percebemos que o reagrupamento familiar foi a principal razão para tantos cidadãos indianos, requererem junto dos Postos Consulares Portugueses a concessão de vistos de residência.

Foi neste contexto que entendemos estudar o direito ao reagrupamento familiar à luz da CRP, as normas infraconstitucionais, a pronúncia da doutrina e da jurisprudência sobre a presente matéria, com um maior enfoque no plano atual.

Assim, aproveitamos o ensejo para, em nota introdutória, conhecer de forma breve o povo nacional da Índia, no sentido de compreender as razões que, nos anos mais recentes, levaram estes migrantes a escolher o nosso País, no extremo Ocidente da Europa para residirem com as suas famílias.

¹ Disponível em:

<https://eurocid.mne.gov.pt/artigos/imigracao-e-emigracao-em-portugal>

Cfr. pág. 36, 37, 52, 54 do Relatório Estatístico Anual 2021, Alto Comissariado para as Migrações.

Acesso em: 14.06.2023.

Neste conspecto, remontamos ao século XV, a fim de traçarmos as mais importantes ligações históricas entre Portugal e a Índia. Recordemos a descoberta do caminho marítimo para a Índia, através da expedição comandada por Vasco da Gama, em 20 de maio de 1498, que marcou o início da presença portuguesa no Oriente²; e, mais tarde, em 1503, Pedro Álvares Cabral, depois de descobrir o Brasil, constituiu em Cochim, a primeira colónia europeia na Índia³. Note-se: foram 450 anos de soberania do Estado Português, nas províncias ultramarinas de Goa, Damão e Diu na Índia, que levaram ao corte de relações entre estes dois países. As relações diplomáticas Luso-Indianas apenas foram restabelecidas, em 1974, com o início da vida democrática em Portugal e a conseqüente “*derrocada do império colonial português*”⁴, que culminou com o “*reconhecimento da soberania indiana sobre os antigos territórios portugueses do subcontinente*”⁵⁻⁶⁻⁷.

O autor Francisco Henriques da Silva apresenta-nos um artigo, com o subtítulo, “*Índia – o bilhete de identidade*”, que nos ajuda a caracterizar, atualmente, aquele país. Nesse sentido, destacamos três características que nos permitem perceber que este é um país muito diferente do nosso, vejamos: i) o pluralismo religioso⁸, onde o hinduísmo⁹ é a religião maioritária; ii) uma sociedade assente em castas “... *categorias sociais estritamente hierarquizadas determinadas pelo factor hereditário, estabelecendo-se uma rígida segregação social e definindo-se o papel do indivíduo na sociedade*”¹⁰ e iii),

² Disponível em:

https://ccm.marinha.pt/pt/museumarinha_web/multimedia_web/Paginas/efemeride-chegada-vasco-da-gama-%C3%ADndia-2020.aspx.

Acesso em: 10/07/2023.

³ (Pinto 2020), pág. 33.

⁴ (Valles 2021), pág. 83.

⁵ (Pinto 2020), pág. 15.

⁶ (Valles 2021), pág. 87. “*Estado da Índia: A 31 de dezembro de 1974, Portugal celebrou um Tratado com a Índia, em Nova Deli, pelo qual reconheceu a soberania da União Indiana sobre os territórios de Goa, Damão, Diu e Nagar Aveli. (Decreto n.º 206/75, de 17/04/1975, Tratado entre a República da Índia e Portugal, que reconheceu a soberania da Índia sobre Dadrá e Nagar Aveli a partir de 11 de agosto de 1961 e sobre Goa, Damão e Diu a partir de 20 de dezembro de 1961).*”

⁷ Disponível em:

<https://www.defesa.gov.pt/pt/defesa/organizacao/comissoes/cphm/rphm/edicoes/ano1/n12021/india>.

Acesso em: 10/07/2023.

⁸ (Pinto 2020), pág. 23 e 25. “*Principais religiões – O Hinduísmo, o Islão, o Cristianismo, o Sikhismo, o Jainismo, o Zoroastrismo e o Budismo são as principais religiões.*”

⁹ (Pinto 2020), pág. 43. “... *é a 3.ª maior religião do mundo, depois do cristianismo e do islão. Conta com quase 1.000 milhões de adeptos no subcontinente.*”

¹⁰ (Pinto 2020), pág. 45. O autor identifica e ilustra na sua obra - “*Brahma E O Sistema De Castas*”, identificando no topo da pirâmide e, por conseguinte, com maior relevância os “*Brâmanes – Sacerdotes e Professores, nasceram da boca de Brahma*”, seguindo-se os “*Xátrias ou chardós – Guerreiros e Dirigentes, nasceram dos braços de Brahma*”, de seguida os “*Vaixiás – Agricultores e Comerciantes, nasceram das coxas de Brahma*”, e, por último, os “*Sudras – Trabalhadores e servos, nasceram dos pés de Brahma*”. Mais adiante, o referido autor diz-nos ainda que: “*A Constituição indiana proíbe expressamente a discriminação baseada na casta mas, apesar de injusto e regressivo, está profundamente enraizado na sociedade indiana.*”

a não existência de uma língua oficial apenas, mas 22 línguas oficiais e, como tal, assim reconhecidas¹¹.

Um outro aspeto importante e que cumpre trazer à colação, foi noticiado em 2023 onde, segundo dados das ONU, a Índia passou a ser o país mais populoso do mundo.¹² A este respeito, o autor Ashutosh Sheshabalaya cita um artigo do *Financial Times* onde é referido que “a Índia «tem um dos perfis demográficos mais jovens do mundo, com 68% dos seus 1.050 milhões de habitantes abaixo dos 35 anos.»”; nesse seguimento, o autor conclui referindo que, “de facto, a Índia e a China, num futuro não muito distante, terão, em conjunto, metade da população activa mundial. Ou seja, por outras palavras, um em cada dois trabalhadores do mundo será chinês ou indiano.”¹³

Presentemente, Portugal à semelhança dos demais países do Ocidente Europeu, depara-se com uma bomba-relógio ativa que urge ser travada: trata-se da implosão demográfica. E, encarando esse potencial cenário, têm sido criadas políticas migratórias e de acolhimento de estrangeiros no nosso país, de forma a enfrentar e a dirimir este problema no imediato, encorajando a vinda de mais imigrantes.¹⁴ Contudo, somos do entendimento de que o Estado deveria, em primeira linha, apostar numa política de promoção à natalidade, procedendo à alteração e todo um conjunto de políticas públicas que atualmente se mostram manifestamente insuficientes, como por exemplo, num aumento significativo dos rendimentos das famílias, na diminuição dos encargos com os filhos(as), no acesso à habitação, à educação, à saúde, na redução dos impostos, conferindo aos nacionais melhores condições do que aquelas que se vivem atualmente no país. Pensamos ainda que, só desta forma será possível o combate à fuga da geração mais qualificada de sempre a não abandonar o país após a sua formação académica.

Conforme já aduzido e centrando-nos no tema que temos sob investigação, estamos perante um povo com uma grande diversidade cultural, religiosa e social, ou

¹¹ (Pinto 2020), pág. 25. “*Línguas da Índia* - ... O Hindi é a língua de comunicação com as regiões de língua hindi e que é falada, principalmente, no centro e norte do país. Com variantes e dialectos, é o idioma materno de cerca de 550 milhões de pessoas. O inglês é a língua subsidiária utilizada pela administração central para comunicar com os estados.”

¹² Disponível em:

<https://www.publico.pt/2023/04/19/azul/noticia/oficial-india-pais-populoso-mundo-2046686>

Acesso em: 04/08/2023.

¹³ (Sheshabalaya 2006), pág. 48.

¹⁴ (Sheshabalaya 2006), pág. 46. “uma outra consequência explosiva da situação demográfica ocidental afecta a instabilidade dos programas de pensão de reforma e de segurança social – um resultado directo do envelhecimento da população. No Fórum Mundial Económico, realizado em 2004, na Suíça, um relatório aponta um exemplo paradigmático: «Em Itália, onde o total da dívida nacional já ultrapassa em mais de 105% o PIB, o número de reformados irá ultrapassar o número dos trabalhadores activos em 2030.»”

seja, muito diferente do nosso, contudo, com fortes ligações históricas a Portugal, sendo talvez esta, a característica que mais nos aproxima enquanto povos que correm em busca de uma vida melhor.

Posto isto, o nosso desígnio é, preliminarmente, i) chegar a uma conclusão profícua sobre o enquadramento do direito ao reagrupamento familiar, no plano constitucional; seguidamente, ii) analisar o direito à família, e o direito ao exercício da vida familiar e iii) perceber, afinal, onde se insere, na hierarquia do nosso ordenamento jurídico, o instituto do reagrupamento familiar.

Posteriormente, iremos examinar de forma breve o presente tema comparativo com o ordenamento jurídico espanhol; fazendo por fim, a análise do tema em desenvolvimento à luz de alguma jurisprudência do TEDH sobre o direito ao reagrupamento familiar.

Deste modo, o nosso propósito é demonstrar as fragilidades do quadro legal regulador do tema em análise, e contribuir com soluções jurídicas para que os direitos fundamentais de todos os intervenientes no procedimento de reagrupamento familiar sejam garantidos e respeitados.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ATUAL CONSTITUIÇÃO

1.1 Enquadramento geral

Na base inicial da problemática do nosso estudo está o enquadramento do direito ao reagrupamento familiar à luz da Constituição. Para tal, mostra-se absolutamente premente fazer uma análise teórica sobre o enquadramento dos direitos fundamentais na atual CRP¹⁵. Assim, neste ponto, ir-nos-emos debruçar sobre os direitos fundamentais presentes no sistema constitucional português e, ainda, analisar a sistemática adotada nessa sede na nossa Constituição.

Parafraseando o autor L. Barbosa Rodrigues, “... os *Direitos Fundamentais e Direitos Humanos* definem-se como posições jurídicas ativas – ou situações jurídicas ativas – reconhecidas, ou pela ordem interna, ou pela ordem internacional, visando, em ambos os casos, a defesa da dignidade da pessoa humana. E caracterizam-se como direitos subjetivos, públicos, individuais, paradigmaticamente frente ao poder, ou acessoriamente face à comunidade, e como direitos de origem natural, positivados, tipificados, negativos, determinados, preceativos, incondicionados e justiciáveis.”¹⁶

Por sua vez, o autor Jorge Miranda, “deve ter-se por direito fundamental toda a posição jurídica subjetiva das pessoas enquanto consagrada na Lei Fundamental.”¹⁷ O autor José de Melo Alexandrino diz-nos que: “... um direito fundamental é uma situação jurídica activa revestida de certas características ... fundamentais; universais; permanentes; pessoais; não patrimoniais e indisponíveis”. Mais nos dizendo que: “... os direitos fundamentais visam proteger poderes e esferas de liberdade das pessoas ... os direitos fundamentais protegem as pessoas, antes de mais, na sua relação com o Estado... essa proteção traduz-se no impedimento de ingerências do Estado...”¹⁸

¹⁵ (B. J. Gouveia 2009), pág. 593: “A Constituição (...) é o acto de poder público dotado de supremacia máxima na Ordem Jurídica Estadual, regulando a organização dos respetivos sistemas social, económico e político.”

¹⁶ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 31.

¹⁷ (J. Miranda, Manual de Direito Constitucional 2008), pág. 11.

¹⁸ (J. M. Alexandrino 2018), pág. 24 e seguintes.

Portanto, atendendo ao universo dos direitos fundamentais, estes, e outros autores que iremos trazer à colação, irão auxiliar-nos na classificação dos direitos fundamentais, dando-nos os comandos para os definir e determinar. Características como a indisponibilidade, a permanência, a universalidade, a individualidade e o facto de serem inalienáveis, irão ajudar-nos a perceber se determinado direito é um direito fundamental, ou se estamos antes perante garantias institucionais. Estes serão instrumentos essenciais para, mais adiante, percebermos se o direito ao reagrupamento familiar é, ou não, um direito fundamental à luz da atual CRP e, se for o caso, inferir em que catálogo de direitos e qual o regime onde o mesmo deverá ser integrado e interpretado.

Neste seguimento, importa compreender em termos sistemáticos, a correta inserção dos direitos fundamentais no atual sistema constitucional português.

Os direitos fundamentais encontram-se plasmados no topo da hierarquia das fontes de direitos – ou seja, na CRP. E é na Parte I da lei fundamental que vamos encontrar o referido elenco. Assim, importa dar nota da sistematização adotada pelo texto constitucional, onde o catálogo dos direitos, liberdades e garantias ocupa, o plano constitucional superior, face ao catálogo dos direitos e deveres económicos, sociais e culturais, que se apresentam num plano inferior. Ou seja, utilizando outras palavras, podemos afirmar que os direitos fundamentais de liberdade prevalecem sobre os direitos fundamentais sociais.¹⁹ Deste modo, num primeiro catálogo temos os direitos, liberdades e garantias (que correspondem aos artigos 24.º a 57.º – Título II da Parte I da CRP); e, num segundo catálogo, temos os direitos e deveres económicos, sociais e culturais (que correspondem aos artigos 58.º a 79.º – do Título III da Parte I da CRP).

Não obstante, aprendemos ainda que existem outros direitos fundamentais expressos e dispersos ao longo da Constituição que, na opinião de alguns autores, dada a sua natureza, poderão vir a gozar da aplicação do regime dos direitos, liberdades e garantias, tal como consignado no artigo 17.º da CRP (norma que iremos desenvolver

¹⁹ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 236. No mesmo sentido. “... a Constituição define um regime jurídico não apenas dissemelhante, mas oposto, para os direitos de liberdade e para os direitos sociais.”

mais adiante) e ainda figuras próximas dos direitos fundamentais, como por exemplo, as garantias institucionais que iremos analisar mais adiante.^{20,21}

Acresce referir que os direitos fundamentais, em sentido formal, não se limitam aos consagrados nos artigos enunciados. Nas palavras do autor Jorge Miranda, são também *“todos aqueles que estejam consignados em quaisquer normas da Constituição formal, a qual abrange tanto a Constituição instrumental como a Declaração Universal.”*²² Numa outra obra do mesmo autor é também referido que: *“(…) o lugar não infirma a natureza dos direitos, ainda que o alcance de direitos situados nas partes II, III, ou IV ou nas «disposições finais e transitórias», possa ser afetado pela sua relativa acessoriedade relativamente a outros instrumentos.”*²³

Além dos direitos fundamentais em sentido formal, temos ainda os direitos fundamentais em sentido material, que correspondem a direitos que decorrem de leis e de regras de Direito Internacional. Neste sentido, os autores J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, referem-nos que: *“No caso de direitos de origem jus-internacional, acresce a sua primazia sobre leis internas... no caso das leis que estabelecem novos direitos, para além dos previstos na Constituição, elas também são, em certo sentido, leis materialmente reforçadas... é certo que, diversamente do que sucede com os direitos fundamentais com assento constitucional... os direitos com assento legal não gozam desse privilégio, podendo, por isso, vir a ser objeto de restrição ulterior por nova lei.”*²⁴

Neste seguimento, o autor Jorge Miranda refere-nos que um dos aspetos que afasta os direitos fundamentais em sentido meramente material dos direitos fundamentais em sentido formal, é que os primeiros, *“... não beneficiam das garantias*

²⁰ (J. M. Alexandrino 2018), pág. 47. *“... direitos fundamentais (ou as posições de direitos fundamentais) que, não estando previstos nos artigos 24.º a 57.º da Constituição, por força de um critério jurídico de qualificação, tenham um objeto e mereçam um tratamento análogo aos dos direitos, liberdades e garantias.”*

²¹ (J. M. Alexandrino 2018), op. cit. pág. 42. *“...direito a não pagar impostos inconstitucionais (artigo 103.º, n.º 3), do direito de apresentação de candidaturas por grupos de cidadãos eleitores (artigo 239.º, n.º4), do direito de informação procedimental (artigo 268.º, n.º 1), do direito de acesso aos arquivos e registos administrativos (artigo 268.º n.º 2), da garantia de tutela jurisdicional efectiva administrativa (artigo 268.º, n.º 4 e 5), da garantia (dos funcionários ou agentes do Estado) de cessação do dever de obediência sempre que o cumprimento das ordens ou instruções implique a prática de um crime (artigo 271.º, n.º 3), da garantia de não ser prejudicado por virtude do cumprimento do serviço militar ou do serviço cívico (artigo 276.º, n.º6) ou do direito de suscitar a questão de inconstitucionalidade e provocar assim o recurso de constitucionalidade junto do Tribunal Constitucional (artigo 280.º, n.º 1 e 4).”*

²² (J. Miranda, Direitos Fundamentais 2022), pág. 181.

²³ (J. Miranda, A Constituição Portuguesa - Uma Introdução Geral 2022), pág. 124 e 125.

²⁴ (Canotilho e Moreira, Constituição da República Portuguesa, Anotada 2007), pág. 376.

inerentes às normas constitucionais: a rigidez ligada à revisão constitucional e a fiscalização da constitucionalidade.^{25,26}

Em sentido contrário, o autor L. Barbosa Rodrigues refere-se na sua obra, quanto aos direitos fundamentais em sentido estritamente material que “... , não se inscrevem entre os Direitos Fundamentais os patentes no direito interno ordinário, mesmo se vocacionados para defesa da dignidade da pessoa humana. De facto, o seu regime é incapaz de ser o dos direitos constitucionalmente sediados e, sobretudo, o dos direitos, liberdades e garantias, ou o dos direitos de natureza análoga. Designadamente, em razão da inexistência naqueles – ao contrário destes – de preceitividade, vinculatividade, restringibilidade, suspendibilidade e revisibilidade.”²⁷

No decurso da nossa dissertação, iremos perceber ainda que, em determinada situação jurídica, poderão existir ainda outros direitos, valores e garantias jurídicas dignos de proteção constitucional que, quando se encontrem em confronto com outros do mesmo tipo, poderão vir a ser comprimidos ou, no limite, poderão mesmo vir a ceder totalmente.²⁸

Face ao aduzido e para conseguirmos determinar se o direito ao reagrupamento familiar é ou não, um direito fundamental à luz da nossa Constituição, importa entender e sistematizar, com um maior rigor jurídico nos pontos seguintes, as dimensões dos diferentes catálogos de direitos fundamentais.

1.2 A dignidade da pessoa humana

²⁵ (J. Miranda, Direitos Fundamentais 2022), pág. 181.

²⁶ (J. B. Gouveia, Direitos Fundamentais - Teoria Geral Dogmática da Constituição Portuguesa 2023), pág. 64. Em sentido oposto. “(...) não parece que faça sentido apreciar os direitos fundamentais em função da sua pertença ou não à Constituição – como sucederia com a contraposição entre direitos fundamentais “materiais” e “formais” – porque lhes é essencial a respetiva inserção constitucional e, assim sendo, ficando sempre dotados de força constitucional.”

²⁷ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 62.

²⁸ (A. P. Pereira 2019), pág. 310. No mesmo sentido. “A colisão de direitos iguais ou da mesma espécie implica que devam ceder os titulares dos correspondentes direitos, na medida do necessário, para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes; se os direitos em colisão forem desiguais ou de espécies diferentes, prevalece o que deva considerar-se superior (artigo 335.º CC).” (sublinhado nosso)

Antes de analisarmos os diferentes catálogos de direitos fundamentais, temos de abordar o valor *maximum* da nossa Constituição: a dignidade da pessoa humana.

O valor primordial da Constituição assenta na dignidade da pessoa humana. Este princípio antrópico dos direitos fundamentais encontra-se expresso no texto constitucional, mormente, no artigo 1.^o²⁹, no n.^o 1 do artigo 13.^o³⁰, no n.^o 2 e n.^o 3 do artigo 26.^o³¹, na al. e) do n.^o 2 do artigo 67.^o³², mas não só. A dignidade da pessoa humana também se encontra implícita em outros direitos constitucionais, como por exemplo, no artigo 24.^o - o direito à vida; no artigo 25.^o - o direito à integridade física e, de forma indireta, em outros direitos fundamentais e princípios³³.

O autor L. Barbosa Rodrigues defende que *“a dignidade da pessoa humana é transversal aos Direitos Fundamentais e aos Direitos Humanos... os direitos apenas se definem como Direitos Fundamentais, ou como Direitos Humanos, quando afirmem diretamente, imediatamente, intrinsecamente, essa dignidade... A dignidade da pessoa humana exige um absoluto respeito, quer por referência ao poder, quer, se bem em plano distinto, no que concerne aos remanescentes indivíduos.”*³⁴

O autor José Melo Alexandrino refere-se à dignidade humana como o *“elemento que encima toda a ordem constitucional e não surgindo na Constituição como direito fundamental, a dignidade da pessoa humana é suscetível de ser apercebida designadamente como valor moral, como valor social, como valor constitucional, como princípio constitucional e como regra constitucional.”*³⁵

É por essa razão que, quando procuramos perceber se determinado direito fundamental foi ou não violado, vamos até ao seu núcleo essencial, em busca do valor da dignidade humana, para concluir se, em algum momento, este foi ou não acometido.

²⁹ [Portugal é uma República soberana, baseada na **dignidade** da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.]

³⁰ [1. Todos os cidadãos têm a mesma **dignidade** social e são iguais perante a lei.]

³¹ [2. A lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à **dignidade** humana, de informações relativas às pessoas e famílias. 3. A lei garantirá a **dignidade** pessoal e a identidade genética do ser humano, nomeadamente na criação, desenvolvimento e utilização das tecnologias e na experimentação científica.]

³² [2. Incumbe, designadamente, ao Estado para proteção da família: e) Regular a procriação assistida, em termos que salvaguardem a **dignidade** da pessoa humana;]

³³ (J. M. Alexandrino 2018), pág. 64 e 65.

³⁴ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 41, 42 e 43.

³⁵ (J. M. Alexandrino 2018), pág. 66.

Posto isto, cumpre mencionar que, no âmbito jurídico-constitucional, a dignidade da pessoa humana ocupa uma posição de supremacia, sendo que os poderes do Estado devem respeitar e proteger este princípio constitucional. A este respeito, os autores Jorge Miranda e Rui Medeiros, referem-nos também que: “... os *direitos fundamentais estão acima da lei, pois a dignidade da pessoa humana é superior à vontade do povo.*”³⁶ Seguindo o pensamento destes autores, podemos ainda reforçar a afirmação aditando que a dignidade humana mais não é do que o valor supremo da nossa ordem constitucional.³⁷

Nas palavras do autor J. J. Gomes Canotilho, versando sobre o tema da República e a dignidade da pessoa humana, “*a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do homo noumenon, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos político-organizatórios. A compreensão da dignidade da pessoa humana associada à ideia de homo noumenon justificará a conformação constitucional da República Portuguesa onde é proibida a pena de morte (artigo 24.º) e a prisão perpétua (artigo 30.º/1).*”³⁸

Pode ler-se, nos termos do disposto no artigo 1.º da CRP, o seguinte: “*Portugal é uma República Soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.*” Ora, indo ao encontro do aduzido na norma que antecede, cabe dizer que a dignidade da pessoa humana é o princípio constitucional em que assenta o nosso Estado de Direito democrático. Este Estado, mormente, que é suportado pela nossa comunidade política que se organiza em democracia, é caracterizado por assumir a posição e a ideologia de liberdade, por reconhecer um poder independente e alicerçado na dignidade da pessoa humana, sendo este último o valor basilar da nossa ordem jurídica, que impera sobre

³⁶ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 61. Pelos mesmos autores, é ainda referido mais adiante que: “... *uma sociedade que respeita a dignidade da pessoa humana é aquela em que as pessoas são reconhecidas como polos de liberdade, são tratadas com justiça e apoiadas com solidariedade. Desta forma, se a vontade popular se subordina finalisticamente à dignidade da pessoa humana, também esta, por sua vez, se liga ao modelo ideal de sociedade que lhe corresponde: o de uma “sociedade livre, justa e solidária”.*”

³⁷ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), no mesmo sentido, op. cit., pág. 229: “*A dignidade da pessoa humana ... surge como o postulado existencial dos Direitos Fundamentais, considerada a sua inclusão na ideia de fundamentalidade e na própria noção de Direitos Fundamentais.*”

³⁸ (J. J. Canotilho s.d.), pág. 225.

quaisquer outros interesses, direitos, valores ou bens e que tem como foco a construção de “*uma sociedade livre, justa e solidária.*”³⁹

Não obstante, importa trazer à colação relativamente a esta matéria, a questão da renúncia da própria dignidade, abordada pelo autor L. Barbosa Rodrigues. Na sua obra podemos ler: “...*torna-se sempre possível a renúncia à dignidade, desde que, de forma incondicionada, e outrossim, de modo reversível.*”⁴⁰ Aqui, o citado autor posiciona o direito à liberdade num patamar superior ao da dignidade humana. E, na verdade, este pensamento mostra-se racional, na medida em que a renúncia aqui enunciada não seria condicionada nem irreversível, ou seja, uma hipotética decisão de renúncia poderia, a todo o tempo, ser passível de alteração pelo próprio indivíduo.

Face ao aduzido sobre este valor fundamental, valor esse inerente a qualquer humano, concordamos com o entendimento de que: i) o indivíduo é livre de renunciar à sua própria dignidade, ii) porém, não deve, em momento algum, haver lugar ao desrespeito pela dignidade, mesmo daqueles que não a mereçam, por força, por exemplo, de crimes cometidos contra a humanidade⁴¹⁻⁴², tal, porquanto a dignidade da pessoa humana é o princípio constitucional máximo, é o valor principal da nossa CRP e assim deverá permanecer para a edificação de uma sociedade modelo, que verdadeiramente se concretize nos seus ideais democráticos.

1.3 Os direitos de liberdade e os direitos sociais

³⁹ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 61. “*A dignidade da pessoa humana é um prius. A vontade popular está-lhe subordinada... não há respeito da vontade do povo português (para repetir o preâmbulo) sem respeito da dignidade da pessoa humana.*”

⁴⁰ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 47. O referido autor, em nota de rodapé a esta afirmação, inscreve a posição defendida pelo autor José Carlos Vieira de Andrade, onde pode ler-se: “*Em sentido próximo, Andrade, Os Direitos Fundamentais..., p. 48: “o princípio da dignidade de cada homem, entendido este como ser livre e responsável, é um princípio que se regula e dá fundamento às normas jurídicas que lhe são referidas, não impõe, nem pode impor, sem íntima contradição, um figurinho determinado do homem.*”

⁴¹ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 48. Em sentido oposto. “*O inimigo absoluto da comunidade humana, o inimigo absoluto da dignidade dos outros membros da comunidade, o terrorista, não justifica, nem o respeito, nem a proteção, da sua dignidade.*”

⁴² (Canotilho e Moreira, Constituição da República Portuguesa, Anotada 2007), pág. 198 e 199. No mesmo sentido. “*A dignidade da pessoa humana (...) alimenta materialmente o princípio da igualdade proibindo qualquer diferenciação ou qualquer pesagem de dignidade: os deficientes, os criminosos, os desviantes, têm a mesma dignidade da chamada pessoa normal.*”

Conforme referido anteriormente, a CRP, no seio dos direitos e deveres fundamentais, consagra dois títulos distintos, mormente: os direitos, liberdades e garantias⁴³ (Título II - do artigo 24.º ao artigo 57.º da CRP) e os direitos económicos, sociais e culturais⁴⁴ (Título III - do artigo 58.º ao artigo 79.º da CRP).

Antes de avançarmos na diferenciação destes catálogos de direitos, é inevitável lançar, a crítica ao legislador constituinte e que, aliás, tem sido tecida por muitos constitucionalistas, nomeadamente, no que diz respeito à sistemática adotada, que se reputa de desajustada, na medida em que a mesma, acaba por tornar complexa e divergente, senão mesmo controvertida, aquela que deve ser a interpretação e sistematização dos diferentes direitos fundamentais.⁴⁵⁻⁴⁶

Neste particular, mostra-se essencial o recurso a critérios de distinção entre os direitos de liberdade e garantias, por um lado, e os direitos económicos, sociais e culturais, por outro, quer na esfera constitucional, quer, na esfera jurídico-política. Deste modo, em termos sintéticos e na esfera constitucional, podemos afirmar que os direitos de liberdade e garantias são **direitos negativos**⁴⁷⁻⁴⁸, enquanto que os direitos económicos, sociais e culturais, são **direitos positivos**⁴⁹⁻⁵⁰. Os primeiros “*articulam-se de forma privilegiada com os princípios da liberdade, da igualdade formal e do Estado*”

⁴³ (C. J. Batalhão 2017), pág. 202. “**Direitos, liberdades e garantias** – Direitos fundamentais de aplicação direta e que vinculam entidades públicas e privadas, ligados intrinsecamente à dignidade humana. Subdividem-se em **pessoais, políticos ou de participação política, dos trabalhadores.**”

⁴⁴ (C. J. Batalhão 2017), pág. 104 “(...) existem ainda os direitos económicos, sociais e culturais, que, no entanto, têm um regime jurídico diferente, pois necessitam de concretização legislativa.” (sublinhado nosso)

⁴⁵ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 233 e 234. No mesmo sentido. “... uma deficiente sistemática torna complexa a identificação do fundamento jurídico – presumindo a existência do mesmo – subjacente à contraposição.”

⁴⁶ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 325. “De facto, os direitos de natureza análoga partilham, integralmente, esse regime dos direitos, liberdades e garantias, porquanto decorrem, apenas, de uma deficiente sistematização.”

⁴⁷ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 38 e 39: “...na ótica do titular, uma manifestação de liberdade frente ao poder... a que corresponde, para o poder, um dever de não agir, um dever de não prestar, um dever de não interferir, um dever de não impedir ou prejudicar, um dever de abstenção.”

⁴⁸ (Canotilho e Moreira, Constituição da República Portuguesa, Anotada 2007), no mesmo sentido, pág. 377. “Aqui se conta a generalidade dos direitos da «1.ª geração», como o direito à liberdade pessoal (direito a não ser arbitrariamente preso), a liberdade de expressão (designadamente a liberdade de imprensa, sem autorização nem censura prévia), a liberdade de reunião e de manifestação (sem autorização prévia), etc.”

⁴⁹ (J. M. Alexandrino 2018), pág. 45 “... o conteúdo principal dos direitos económicos, sociais e culturais se traduz em direitos positivos (impondo ao Estado sobretudo deveres de promoção).”

⁵⁰ (Canotilho e Moreira, Constituição da República Portuguesa, Anotada 2007), no mesmo sentido, pág. 378. “Trata-se em geral de direitos de natureza positiva (direitos a prestações), sem densidade bastante para alcançarem o nível de determinabilidade necessário para fruir do regime dos direitos, liberdades e garantias.”

de Direito”, enquanto os segundos “se articulam preferencialmente com os princípios da solidariedade, da igualdade material e do bem-estar”.⁵¹

Mais, os direitos, liberdades e garantias “gozam de um primado sobre os direitos, económicos, sociais e culturais”.⁵²⁻⁵³ E, para justificar esta afirmação, bastará atender no especialíssimo meio de tutela jurisdicional efetiva cuja existência e regulação o legislador constituinte impôs ao legislador ordinário, como meio legal de reação aos casos de violação de direitos, liberdades e garantias **personais**, consagrado no n.º 5 do artigo 20.º CRP⁵⁴.

Já na esfera jurídico-política, os direitos de liberdade e garantias são “determinados ou juridicamente determináveis e, por isso, directamente aplicáveis, enquanto que os direitos económicos, sociais e culturais são indeterminados e, por isso, para serem exigíveis, carecem de prévia determinação por parte do legislador”⁵⁵⁻⁵⁶.

O autor Jorge Bacelar Gouveia, quando fala da aplicabilidade direta e imediata dos direitos, liberdades e garantias, diz-nos que: “esta aplicabilidade imediata implica que as faculdades contidas naquela categoria de direitos podem ser logo realizáveis e não estão dependentes da consecução de condições de facto, como condições económicas e sociais favoráveis, podendo as mesmas impor-se nos restantes estalões do ordenamento jurídico.”⁵⁷

⁵¹ (J. M. Alexandrino 2018), pág. 45.

⁵² (J. M. Alexandrino 2018), pág. 69.

⁵³ (Oliveira 2018), pág. 92. No mesmo sentido. “(...) a divisão clássica entre direitos de liberdade e direitos sociais, presentes em diversas constituições (entre as quais a portuguesa) (...)”

⁵⁴ Prevê o n.º 5 do artigo 20.º CRP, o seguinte: “Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.”

⁵⁵ (J. M. Alexandrino 2018), pág. 46.

⁵⁶ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 327. Em sentido oposto. “Sem embargo, cumpre afirmar que nenhum direito, nenhuma liberdade, nenhuma garantia, ostenta uma aplicabilidade direta integral, ou uma integral aplicabilidade imediata. Nenhum direito, liberdade, ou garantia, por mais nuclear que seja, dispensa, na íntegra, os atos legislativos ordinários, ou produz, de imediato, todos os respetivos efeitos.”

⁵⁷ (J. B. Gouveia, Direitos Fundamentais - Teoria Geral Dogmática da Constituição Portuguesa 2023), pág. 323. O referido autor, como alguma pertinência, refere ainda que: “Como é que se chega a esta aplicabilidade “imediata” se o texto constitucional apenas refere a aplicabilidade “direta”? Por um argumento de maior de razão, fundado na ideia de que a efetividade que se pretende impor através desta aplicabilidade direta só é verdadeiramente lógica se for acompanhada de uma prévia aplicação imediata.”

No que tange aos direitos sociais, o autor L. Barbosa Rodrigues diz-nos que estes correspondem a *“simples expectativas fácticas de virtuais e futuros direitos”*.^{58,59}

Por sua vez, a autora Cristina Queiroz, refere-nos o seguinte: *“Os Direitos Fundamentais Sociais constituem obrigações de prestação positivas cuja satisfação consiste num facere, numa “ação positiva” a cargo dos poderes públicos.”*^{60,61}

Neste seguimento, também o autor J. de Sousa Ribeiro, diz-nos que: *“Os direitos sociais, ... apresentam como nota mais característica gerarem obrigações de cunho positivo, um dever de atuar em vista da sua promoção e implementação.”*⁶²

A verdade é que existem diversas construções doutrinárias em torno destes dois catálogos de direitos. O autor L. Barbosa Rodrigues, apresenta-nos as três teses mais relevantes no seio da doutrina e que passamos a enunciar, como: (i) a tese da unicidade dos direitos de liberdade e dos direitos sociais; (ii) a tese dos dois tipos de direitos, os direitos de liberdade e os direitos sociais; e (iii) a tese da exclusiva existência de direitos subjetivos de liberdade e da redução dos direitos sociais a expectativas fácticas.⁶³

A primeira tese elencada, a tese da unicidade, defendida pela doutrina minoritária, onde se incluem, nomeadamente, os autores Jorge Reis Novais e Cristina Queiroz -, traduz-se no afastamento de uma individualização trazida pela própria Constituição, entre direitos de liberdade e direitos sociais.

O autor Jorge Reis Novais, trata a especificidade jurídico-constitucional dos direitos sociais num quadro de uma dogmática unitária, dizendo-nos que: *“No termo*

⁵⁸ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 28.

⁵⁹ (Queiroz, Direitos Fundamentais Sociais 2020), pág. 245. Em sentido oposto - *“Os Direitos Fundamentais não se apresentam como “objetivos sociais, a atingir pelo legislador. São “direitos”, e basicamente Direitos Fundamentais. De igual modo, também não podem ser configurados como “expectativas não realizáveis” ou simples “tarefas constitucionais não justificáveis.”*

⁶⁰ (Queiroz, Direitos Fundamentais Sociais 2020), pág. 37.

⁶¹ (Queiroz, Direitos Fundamentais Sociais 2020), pág. 40. A autora refere ainda quanto aos Direitos Fundamentais Sociais que alguns *“se apresentam como direitos “diretamente aplicáveis”, sem necessidade de interposição (e/ou intervenção) do legislador, outros, todavia, apresentam-se como “direitos a prestações”, dependentes de uma actividade mediadora a levar a cabo pelos poderes públicos. Exemplo, do que se acaba de afirmar, quanto ao primeiro caso, será o “direito de propriedade” [artigo 62.º da CRP] ou o “direito de iniciativa privada” [artigo 61.º da CRP]. Exemplo do segundo será o “direito à saúde” [artigo 64.º da CRP], o “direito à habitação e urbanismo” [artigo 65.º da CRP] ou o “direito ao ensino” [artigo 74.º da CRP].”*

⁶² (Ribeiro 2021), pág. 15.

⁶³ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 235 a 289.

*deste percurso sobre as diferentes funções e deveres estatais de respeitar, de proteger e de promover os direitos fundamentais confirmou-se a sua indiferenciada aplicação a direitos de liberdade e a direitos sociais, variando embora a dimensão e a frequência com que cada um daqueles deveres surge nos casos judiciais envolvendo uns e outros. Da mesma forma, ainda que também em dimensão variável, encontramos tanto direitos negativos como direitos positivos na base da exigência de realização de cada um daqueles deveres estatais e igualmente dos dois tipos de direitos fundamentais.*⁶⁴

No mesmo sentido, a autora Cristina Queiroz, também defensora da tesa da unicidade, refere que não existe assim uma clara diferenciação entre direitos de liberdade e garantias e direitos sociais. Neste sentido, dá-nos, nomeadamente, o seguinte exemplo: *“Os clássicos direitos de defesa, desde a liberdade de expressão, o direito de acesso ao Direito e aos tribunais, até ao direito de voto, requerem, por parte da esfera pública, não apenas proibições de interferência, mas ainda obrigações de prover a numerosas e complexas condições institucionais do respetivo exercício e garantia.*”⁶⁵

Também na obra do autor Jorge Miranda pode ler-se o seguinte: *“(…) coerentemente com o que escrevemos sobre direitos de liberdade e direitos sociais, sempre temos recusado fazer dele um contrataste puro e simples e temos afirmado a unidade do sistema como pedra angular da Constituição.*”⁶⁶

Porém, embora se consiga perceber, em termos teóricos, o alcance desta construção doutrinária de unicidade entre direitos de liberdade e direitos sociais, tal conceção não se mostra, em nossa opinião, atendível, desde logo porque a Constituição estabelece, no seu artigo 18.º, uma força jurídica *máxime*, apenas para os direitos de liberdade. Mas não só. A sistemática adotada no texto Constitucional demonstra também uma clara primazia dos direitos de liberdade, nomeadamente através da consagração de limites materiais em sede de revisão constitucional (cfr. artigo 288.º da CRP).

⁶⁴ (Novais, Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquadramento Direitos Fundamentais 2021), pág. 317.

⁶⁵ (Queiroz, Direitos Fundamentais Sociais 2020), pág. 15.

⁶⁶ (J. Miranda, A Constituição Portuguesa - Uma Introdução Geral 2022), pág. 125.

Com efeito, trazendo à colação os exemplos anteriormente tecidos pela autora Cristina Queiroz, no âmbito dos direitos de liberdade e garantias, entendemos que as “*obrigações de prover a numerosas e complexas condições institucionais do respetivo exercício e garantia*” mais não são do que um conteúdo secundário desses direitos.⁶⁷

E, é neste seguimento que, concordamos em pleno com o aduzido pelo autor L. Barbosa Rodrigues, que, quanto à referida teoria da unicidade, defende que: “*a admitir semelhante construção unicitária, encontrar-nos-íamos, não no âmbito de um sistema liberal de Direitos Fundamentais, mas no de um sistema totalitário e sem Direitos Fundamentais.*”⁶⁸

Abordando em seguida a segunda tese, a tese dos dois tipos de direitos - os direitos de liberdade, por um lado, e os direitos sociais, por outro -, tal tese será aquela que recolhe mais seguidores no seio da doutrina. Nesta conceção, aplicar-se-á, **a tese do dualismo jurídico**; onde existe um regime especial que, abrangendo princípios próprios, que se aplicam ao catálogo dos direitos, liberdades e garantias e aos direitos de natureza análoga.⁶⁹ Aquando da análise da tese em apreço por L. Barbosa Rodrigues, verificamos que este autor recorre a critérios antónimos⁷⁰ que nos ajudam a recortar e distinguir entre estes dois catálogos de direitos fundamentais.

O autor J.J. Gomes Canotilho, defensor da tese dos dois tipos de direitos, refere-se a um regime específico dos direitos, liberdades e garantias, como sendo “*regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via directa da Constituição*”⁷¹.

⁶⁷ (Andrade, Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976 s.d.), pág. 174. No mesmo sentido. “(...) como vimos, a própria função de defesa e sobretudo a necessária proteção e a adequada promoção dos direitos impliquem prestações estaduais positivas, estas constituem dimensões instrumentais, ao passo que nos direitos económicos sociais e culturais constituem o respetivo conteúdo principal.”

⁶⁸ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 239.

⁶⁹ (J. J. Canotilho s.d.), pág. 415 “(...) (1) um **regime geral dos direitos fundamentais**, que é um regime aplicável a todos os direitos fundamentais, quer sejam consagrados como «direitos, liberdades, garantias» ou como «direitos económicos, sociais e culturais», e quer se encontrem no «catálogo dos direitos fundamentais» ou fora desse catálogo, disperso pela Constituição; (2) um **regime específico dos direitos, liberdades e garantias**, ou seja, uma disciplina jurídica da natureza particular, consagrada nas normas constitucionais, e aplicável, em via de princípio, aos «direitos, liberdades e garantias» e aos direitos de «natureza análoga.» (negrito nosso)

⁷⁰ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 241. “(...) importa diferenciar entre critérios estruturais e critérios valorativos. Dos primeiros, resultam os binómios naturalidade - artificialidade, universalidade - restritividade, positividade - negatividade, determinabilidade - indeterminabilidade, perceptividade - programaticidade, vinculatividade - invinculatividade, incondicionalidade - condicionalidade, justicialidade - injusticialidade, e, por fim, socorrendo-se da utilização simultânea de vários desses binómios, critérios mistos, ou critérios múltiplos.”

⁷¹ (J. J. Canotilho s.d.), pág. 438.

Este catálogo de direitos pugna por uma aplicabilidade direta, vinculando todas as entidades (públicas e privadas),⁷² como resulta do n.º 1 do artigo 18.º da CRP⁷³.

Note-se que o artigo 18.º da CRP⁷⁴, sob a epígrafe “*Força Jurídica*”, é importantíssimo aquando da análise do catálogo dos direitos, liberdades e garantias. O referido autor elenca na sua obra diversas características e princípios dos preceitos constitucionais relativos a direitos, liberdades e garantias, e que serão importantes termos presente, senão vejamos: “*i) aplicabilidade direta das normas que o reconhecem, consagram ou garantem (art. 18.º/1); ii) a vinculatividade de entidades públicas e privadas (art. 18.º/1); iii) a reserva de lei para a sua restrição (art. 18.º/2 e [168.º/1/b]); iv) princípio da autorização constitucional expressa para a sua restrição (art. 18.º/2); v) princípio da proporcionalidade como princípio informador das leis restritivas (art. 18.º/2); vi) princípio da generalidade e abstração das leis restritivas (art. 18.º/3); vii) princípio da não retroactividade de leis restritivas (art. 18.º/3); viii) princípio da salvaguarda do núcleo essencial (art. 18.º/3); ix) limitação da possibilidade de suspensão nos casos de estado de sítio e estado de emergência (art. 19.º/1); x) garantia do direito de resistência (art. 21.º); xi) garantia da responsabilidade do Estado e demais entidades públicas (art. 22.º); xii) garantia perante o exercício da ação penal e da adopção de medidas de polícia (art. 272.º/3); xiii) garantia contra «leis de revisão» restritivas do seu conteúdo (art. 288.º/d).*”⁷⁵

Por sua vez, em matéria de direitos sociais, o mesmo autor diz-nos que: “*A Constituição não se refere a qualquer regime particular dos direitos económicos, sociais*

⁷² (J. J. Canotilho s.d.), pág. 439. “*(...) todas as entidades públicas, desde o legislador aos tribunais e à administração, desde os órgãos do Estado aos órgãos regionais e locais, desde os entes da administração central até às entidades públicas autónomas. (...) pode afirmar-se que as entidades públicas estão sob reserva de direitos, liberdades e garantias.*”

⁷³ Pode ler-se, nos termos do n.º 1 do artigo 18.º da CRP, o seguinte: “*Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.*”

⁷⁴ Artigo 18.º (Força jurídica)

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.

2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

⁷⁵ (J. J. Canotilho s.d.), pág. 437 e seguintes.

e culturais, embora possam existir certas dimensões (dimensão impositiva, dimensão prestacional) mais típicas deste grupo de direitos.”^{76,77}

Neste âmbito, o autor José Carlos Vieira de Andrade também partilha da tese dos dois tipos de direitos, referindo que: “(...) As considerações acabadas de fazer mostram a existência de dois tipos básicos de direitos fundamentais, diferentes quanto à determinação do respetivo conteúdo e, por consequência, com diversa força jurídica. (...) direitos, liberdades e garantias, enquanto direitos de «conteúdo constitucionalmente determinável» e os direitos sociais, enquanto direitos a «prestações sujeitas a determinação política»”.⁷⁸

O autor Jorge Bacelar Gouveia, tem também a mesma interpretação, referindo que: “As classificações regimentais procedem à separação das categorias de direitos fundamentais pela aplicação de diversas regras do respetivo regime, sendo de distinguir, lembrando especificamente a CRP, entre dois grupos que cortam simetricamente o respetivo universo: - os direitos, liberdades e garantias, como um regime reforçado; e - os direitos económicos, sociais e culturais, como um regime enfraquecido.”^{79,80}

Por fim, a terceira e última tese em referência, a tese da exclusiva existência de direitos subjetivos de liberdade e da redução dos direitos sociais a meras expectativas fácticas, defendida pelo autor L. Barbosa Rodrigues, que em suma se traduz, tal como o próprio nome indica, em considerar “os primeiros como direitos subjetivos, e os segundos como expectativas fácticas. Expectativas essas, positivadas, tipificadas, e ancoradas na dignidade da pessoa humana.”⁸¹

À luz desta última tese, os direitos sociais não são sequer direitos subjetivos, na medida em que a norma não é dirigida ao cidadão, mas ao legislador. Ou seja, estamos

⁷⁶ (J. J. Canotilho s.d.), pág. 415.

⁷⁷ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 325. No mesmo sentido, “E, opostamente, os direitos económicos, sociais e culturais não beneficiam de qualquer regime constitucional específico, em linha com a sua natureza de expectativas fácticas.”

⁷⁸ (Andrade, Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976 s.d.), pág. 183.

⁷⁹ (J. B. Gouveia, Direitos Fundamentais - Teoria Geral Dogmática da Constituição Portuguesa 2023), pág. 63 e 64.

⁸⁰ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 259. Em sentido oposto: “A tese dos dois tipos de direitos... debate-se com a insuficiência de critérios de distinção, que surgem, ou quantitativos, ou tendenciais, devendo ser, igualmente, afastada.”

⁸¹ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 259.

perante uma *“imposição constitucional a um terceiro (o legislador), deixando o indivíduo de ser o destinatário direto da norma constitucional.”*⁸² O referido autor advoga ainda que *“no plano constitucional, os direitos sociais não são nem direitos subjetivos, nem, sequer, expectativas jurídicas, mas tão-só, expectativas fácticas.”*⁸³

Após análise das três teses apresentadas, será de indicar a segunda tese, a saber, a tese dos dois tipos de direitos -, os direitos de liberdade, por um lado, e os direitos sociais por outro -, com sendo aquela em que nos revemos, na medida em que os primeiros têm um conteúdo determinável a nível constitucional, sendo, por conseguinte, de aplicabilidade direta na ordem jurídica ao passo que o segundo catálogo de direitos, no plano constitucional, se reconduz também a direitos subjetivos, ainda que assentes num patamar hierarquicamente inferior ao dos direitos de liberdade e garantias, e, em qualquer caso, ancorados na dignidade da pessoa humana, positivos e tipificados.

Deste modo, destacamos que os direitos sociais têm uma menor força jurídica no plano constitucional, quando comparados com os direitos de liberdade e garantias, na medida em que assentam num regime mais enfraquecido, pois necessitam de concretização legislativa, e não são, direitos absolutos⁸⁴ - quando comparados com o primeiro catálogo de direitos.

Em conclusão, e salvo melhor opinião, no que tange aos direitos sociais, entendemos que estes não são meras expectativas fácticas, na medida em que tal significaria constatar, a final, a possibilidade de uma total ausência de proteção jurídica, no caso de violação de um direito fundamental económico, social ou cultural.⁸⁵

⁸² (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 260, Apud, Vaz, Manuel Afonso, Enquadramento jurídico-constitucional dos direitos económicos, sociais e culturais. Porto, Universidade Católica Portuguesa. Pág. 445

⁸³ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 266.

⁸⁴ (Queiroz, Direitos Fundamentais Sociais 2020), pág. 245. Os direitos sociais, configuram direitos de prestação, que correspondem à realização das prioridades políticas desenhadas para o crescimento e desenvolvimento de uma sociedade. Neste seguimento, acompanhamos parte da ideia da autora Cristina Queiroz, quando refere o seguinte: *“...as cláusulas constitucionais reconhecedoras de Direitos Fundamentais Sociais não resultam protegidas de modo “absoluto”, mas “relativo”. Encontram-se, numa palavra, sujeitas a “ponderação” no quadro dos “recursos disponíveis”, interpretados como “reserva do possível”, isto é, “aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da Sociedade.”*

⁸⁵ (Queiroz, Direitos Fundamentais Sociais 2020), pág. 158 e 160. *“Neste sentido, os Direitos Fundamentais Sociais compreendidos como posições jurídicas podem apresentar-se como “direitos subjetivos” desde que possam ser feitos valer em justiça pelo respetivo titular.”* Mais adiante, a autora refere ainda que: *“Seja como for, quer no controle concreto, quer no controle abstracto de normas, os tribunais, e, designadamente, o Tribunal Constitucional, podem decidir sobre violações de normas objetivas. Essencialmente o que releva para a Jurisdição Constitucional é a “qualidade” da norma violada. Uma questão que pode complicar-se quando se acentua a “dimensão objetiva” dos Direitos Fundamentais Sociais ou mesmo quando, socorrendo-se do pensamento de “optimização”, os direitos vêm construídos sob a forma de “princípios”.”*

1.4 Os direitos de natureza análoga

Faremos aqui referência aos direitos fundamentais de natureza análoga⁸⁶. É premente perceber o âmbito deste tipo de direitos, atendendo ao facto de a presente dissertação se debruçar sobre o direito ao reagrupamento familiar e a jurisprudência maioritária, de forma clara, entender e enquadrar este direito como um direito fundamental de natureza análoga aos direitos de liberdade.

Neste sentido, podemos verificar que no artigo 17.º da CRP⁸⁷, encontra-se consagrado um regime próprio a aplicar aos direitos, liberdades e garantias e aos direitos de natureza análoga, excluindo, portanto, os demais direitos fundamentais.⁸⁸

O regime constitucional específico dos direitos, liberdades e garantias encontra-se expressamente fixado, existindo um conjunto de várias normas plasmadas ao longo da lei básica que se aplica exclusivamente a este catálogo de direitos, mormente, as disposições contidas nos artigos 18.º, 19.º n.ºs 1, 3 e 5, 20.º n.º 5, 21.º, 22.º, 39.º n.º 1 al. d), 165.º n.º 1 al. b), 272.º n.º 3 e 288.º al. d).⁸⁹ Sendo que este regime vale para os direitos de natureza análoga “*relativamente aos aspetos materiais desse regime*”⁹⁰, conforme contido na última parte do artigo 17.º da CRP.

⁸⁶ (C. J. Batalhão 2017), pág. 108 “A Constituição da República Portuguesa estabelece um **regime jurídico especial** para os **direitos, liberdades e garantias**, que se aplica, igualmente, aos direitos fundamentais de natureza análoga, conforme o vertido no artigo 17.º, e que consiste na sua **aplicabilidade direta**, vinculando quer os órgãos de soberania, quer a Administração Pública quer os particulares.”

⁸⁷ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 217. “Origem: a redação atual do artigo 17.º foi atribuída pela revisão de 1982.”

⁸⁸ (Canotilho e Moreira, Constituição da República Portuguesa, Anotada 2007), no mesmo sentido, pág. 371. “Ele pressupõe a distinção entre duas categorias de direitos fundamentais com regimes próprios, nomeadamente os direitos, liberdades e garantias e os direitos económicos, sociais e culturais, enunciados respetivamente no título II e no título III desta parte I da Constituição”

⁸⁹ (Canotilho e Moreira, Constituição da República Portuguesa, Anotada 2007), no mesmo sentido, pág. 371 e 372, referindo o autor ainda que: “Nenhuma razão há para restringir esse regime às normas incluídas no presente título, excluindo dele as normas dos arts. 165.º-1/b, 272.º-3 e 288.º/d) que enunciam importantes garantias explicativamente conferidas pela Constituição aos «direitos, liberdades e garantias». (...) O facto de todos os direitos fundamentais referidos neste preceito beneficiarem do regime específico dos «direitos, liberdades e garantias» não implica necessariamente a aplicação a todos eles de todos os aspectos concretos daquele regime.”

⁹⁰ (Canotilho e Moreira, Constituição da República Portuguesa, Anotada 2007), pág. 375 e 376. O referido autor explica que: “Já não é tão seguro que partilhem também da dimensão orgânica desse regime, ou seja, competência legislativa reservada da AR (art. 165.º-1). Por outro lado, o art. 17.º da Constituição não distingue, havendo toda a vantagem em que tais direitos também gozem da reserva parlamentar de lei, com

No campo dos direitos fundamentais análogos, afigura-se tarefa árdua compreender essa natureza análoga, propriamente dita.⁹¹⁻⁹² Nesta matéria, para analisar se determinado direito preenche o escopo de um direito de natureza análoga, selecionámos alguma doutrina.

Citando a obra de L. Barbosa Rodrigues, aponta desde logo a crítica ao legislador constituinte, na qual nos revemos na íntegra, na medida em que *“os direitos sociais de natureza análoga refletem uma deficiente técnica, no plano da sistematização e qualificação do Direitos Fundamentais. Emergindo o preceito que os enquadra como um ensaio – malgrado, ele próprio – de superação de tais imperfeições.”* Mais adiante, quando delinea a noção de direitos de natureza análoga, refere-se, na sua obra, aos *“(..) direitos que, independentemente da sua sediação constitucional, se recortem como direitos subjetivos, públicos, individuais, de origem natural, universais, negativos, determinados, preceivos, vinculantes, incondicionados, e justiciáveis.”*⁹³

O autor Jorge Vieira de Andrade, defende que *“Essa analogia de natureza deve, quanto a nós, respeitar cumulativamente, a dois elementos: tratar-se de uma posição subjectiva individual ou de uma garantia que possa ser referida de modo imediato e essencial à ideia de dignidade da pessoa humana, isto é, que integre a matéria constitucional dos direitos fundamentais; e poder essa posição subjectiva ou garantia ser determinada a um nível que deva ser considerado materialmente constitucional.”*⁹⁴

Por sua vez, os autores Jorge Miranda e Rui Medeiros, entendem que *“(..) para que se esteja perante um direito fundamental de natureza análoga à dos direitos, liberdades e garantias, importa verificar se o direito tem o seu conteúdo essencialmente determinado ao nível das opções constitucionais, não dependendo da lei ordinária para se tornar líquido e certo, bem como se a sua efetivação, por ser fáctica e juridicamente*

tudo o que lhe é inerente em matéria de formação da vontade legislativa (publicidade e acompanhamento da opinião pública, contraditório Governo-oposição, etc.). (...) Não será aplicável naturalmente a regra da competência legislativa reservada da AR. Mas já lhe são aplicáveis, entre outros, os princípios da aplicabilidade directa, da vinculação das entidades públicas e privadas, da necessidade e proporcionalidade das restrições, ou seja, o regime material dos direitos, liberdades e garantias, com as devidas adaptações.”

⁹¹ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), no mesmo sentido, pág. 291. *“Os direitos de natureza análoga refletem uma deficiente técnica, no plano da sistematização e qualificação dos Direitos Fundamentais. Emergindo o preceito que os enquadra como um ensaio – malgrado, ele próprio – de superação de tais imperfeições.”*

⁹² (Canotilho e Moreira, Constituição da República Portuguesa, Anotada 2007), no mesmo sentido, pág. 371. *“Mas é uma norma que suscita algumas dificuldades de interpretação.”*

⁹³ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 291 e 292.

⁹⁴ (Andrade, Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976 s.d.), pág. 186.

realizável, depende apenas da vontade política do Estado e não de factos que o Estado em grande medida não domina.”⁹⁵

Também os autores J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira referem que “o que importa é o objeto do direito em causa, bem como a sua densificação constitucional, em termos de permitir a sua concretização minimamente adequada a partir da própria Constituição (aquilo que alguns designam por critério da determinabilidade). Os «direitos fundamentais de natureza análoga» tanto podem encontrar-se no Título III, entre os «direitos económicos, sociais e culturais», como entre os restantes direitos fundamentais dispersos pelo texto constitucional.”⁹⁶

No âmbito de aplicação dos direitos fundamentais de natureza análoga, o autor José Melo Alexandrino, evidencia a grande divergência doutrinária nesta matéria, sistematizando-a em três correntes: “(...) para alguns autores (Oliveira Ascensão), ele apenas serviria para direitos extraconstitucionais, não sendo aplicável a direitos previstos na Constituição; para uma segunda corrente (Blanco de Moraes), pelo contrário, seria unicamente aplicável a direitos constitucionais, com extensão dos direitos extraconstitucionais; para uma terceira corrente (Jorge Miranda, Vieira de Andrade, Sérvulo Correia) seria essencialmente aplicável aos direitos previstos na Constituição, mas sem excluir eventuais direitos extraconstitucionais que se mostrem equivalentes aos direitos, liberdades e garantias.”⁹⁷

Relativamente aos **direitos análogos fora da Constituição**, isto é, os previstos em lei ordinária, em convenções internacionais e em normas de organizações internacionais, os autores J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira entendem que o problema é mais complexo, referindo, na sua obra, que: “No caso de direitos de origem *jus-internacional*, acresce a sua primazia sobre leis internas, nos termos gerais da supremacia do direito internacional na ordem interna (...), que vale por maioria de razão em relação ao direito internacional dos direitos humanos. Por isso, são normas de valor reforçado na ordem interna, material e formal, perante a Constituição (e no caso do direito da UE, nem isso).”⁹⁸

⁹⁵ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 224.

⁹⁶ (Canotilho e Moreira, Constituição da República Portuguesa, Anotada 2007), pág. 374.

⁹⁷ (J. M. Alexandrino 2018), pág. 49.

⁹⁸ (Canotilho e Moreira, Constituição da República Portuguesa, Anotada 2007), pág. 376.

A verdade é que, como o autor L. Barbosa Rodrigues afirma e bem, *“Não obstante a proximidade dos critérios de obediência analógica doutrinariamente propostos, quarenta anos após a consagração da figura dos direitos de natureza análoga inexistem um consenso absoluto no que se reporta à sua concreta identificação.”*⁹⁹

Importa, ainda, dar nota da redação originária¹⁰⁰ do artigo 17.º da CRP, que postulava o seguinte: *“O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos direitos enunciados no título II, aos direitos fundamentais **dos trabalhadores, às demais liberdades e ainda a direitos de natureza análoga, previstos na Constituição e na lei.**”* Ora, se, a letra atual daquele preceito já não contem as expressões supra evidenciadas a negrito, tal significa que o legislador constituinte quis tornar mais amplo o âmbito de aplicação daquele regime. (negrito nosso)

Assim, parece-nos ser de acolher a terceira corrente defendida por *Jorge Miranda, Vieira de Andrade e Sérvulo Correia*, pela qual os referidos autores, nas palavras do autor José Melo Alexandrino, defendem que, quando se fala de direitos de natureza análoga, os mesmos não se limitam a incluir os que estão fora do catálogo dos direitos, liberdades e garantias, ou seja, aqueles que fora daquele catálogo, se encontram dispersos ao longo da nossa Constituição desde que se revelem equivalentes aos direitos, liberdades e garantias. Poderão ainda ser tratados, como direitos fundamentais de natureza análoga, preceitos que se encontrem em leis ordinárias e tratados internacionais.¹⁰¹ (negrito nosso)

No seguimento do aduzido supra, em matéria de direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga, e sabendo que o conteúdo destes direitos é determinável a nível constitucional, o autor José Vieira de Andrade explica ainda que: *“(…) em última análise por intermédio de uma interpretação criadora, os tribunais devem dispor da liberdade necessária à determinação do conteúdo desses direitos, desde que consigam referir material e racionalmente à Constituição os conteúdos «descobertos», tendo*

⁹⁹ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 294.

¹⁰⁰ Disponível em:

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_busca_art_velho.php?nid=4&artigonum=4A0017&n_versao=1&so_miolo=
Acesso em: 15.10.2023.

¹⁰¹ (Andrade, Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976 s.d.), pág. 186. No mesmo sentido. *“Depois, o regime é ainda aplicável aos direitos de natureza análoga e, em princípio, por força do n.º 1 do artigo 16.º, a todos eles, isto é, quer aos que constam de outros preceitos constitucionais, quer aos que estejam contidos em leis ordinárias ou tratados internacionais.”*

nessa medida legitimidade para afectar um controlo intrínseco da actividade legislativa na matéria.”¹⁰²

Face ao que antecede, poder-se-á entender que, aquando da análise dos direitos fundamentais de natureza análoga, deverá ser conferida a liberdade e a competência aos tribunais para determinar se, por exemplo, direitos provenientes de lei ordinária, preenchem ou não, o escopo de um direito de natureza análoga a um direito, liberdade e garantia. Sendo de antecipar que, como teremos a oportunidade de desenvolver mais adiante, o direito ao reagrupamento familiar, objeto de análise na nossa dissertação, vem sendo enquadrado no plano constitucional, pela jurisprudência dos tribunais portugueses, como um direito fundamental de natureza análoga. O nosso *múnus* é perceber se este enquadramento é acertado, à luz da nossa Constituição.

¹⁰² (Andrade, Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976 s.d.), pág. 178. Em nota de rodapé, o autor refere ainda o seguinte: “*Note-se que os preceitos aqui incluídos são os que mais directamente se ligam ao princípio da dignidade da pessoa humana, como indivíduo, cidadão ou trabalhador: por isso, a Constituição estabelece quanto a eles, uma espécie de «presunção de consenso», habilitando os tribunais a exprimi-lo em nome da comunidade.*”

2. OS ESTRANGEIROS NO PLANO DA CRP

2.1 Enquadramento

Preliminarmente, queremos dar nota de que, ao longo do nosso estudo, fomos encontrando diversos conceitos, como: (i) *imigrante*; (ii) *emigrante*; (iii) *estrangeiro* e (iv) *refugiado*, conceitos que entendemos necessário perceber, para fazermos a correta interpretação dos mesmos. Para esse efeito, recorreremos às definições apresentados pelo ACM¹⁰³, entendendo-se, assim, por: (i) **Imigrante** – Pessoa nascida noutra país e que, pela procura de melhores condições de vida, reside há mais de 1 ano neste país; (ii) **Emigrante** – Pessoa nascida neste país e que, pela procura de melhores condições de vida, decide ir viver para um outro país; (iii) **Estrangeiro** – Pessoa sem a nacionalidade do país onde está a viver ou de passagem (exemplo: estudante, turista); (iv) **Refugiado** – Pessoa nascida num outro país e que é forçada a sair do seu país por a sua sobrevivência estar ameaçada.¹⁰⁴

Na nossa dissertação iremos acolher o conceito de “(iii) **estrangeiro**”, atendendo ao tema que temos sob investigação.

Chamando à colação a obra da autora Ana Rita Gil, a mesma traça-nos uma breve evolução histórica da proteção constitucional dos direitos dos estrangeiros em Portugal e nessa matéria importa referir que “foi a Constituição de 1911 que, pela primeira vez, consagrou uma norma que reconhecia aos estrangeiros direitos em medida semelhante aos portugueses¹⁰⁵”; mais tarde, a “Constituição de 1933, por seu turno, previa no art. 7.º um princípio geral de equiparação dos direitos dos estrangeiros aos dos portugueses”. Mais adiante, a mencionada autora refere ainda que, após “a Revisão de 1951, a Constituição passou a referir-se expressamente à garantia dos direitos, liberdades e garantias individuais de nacionais e estrangeiros nas províncias ultramarinas (...) a prever um estatuto mais favorável para os cidadãos brasileiros, os

¹⁰³ Alto Comissariado para as Migrações, I.P. – Decreto-Lei n.º 31/2014, de 27 de fevereiro.

¹⁰⁴ ACM – Ação de Formação – Lei de imigração, Ministério dos Negócios Estrangeiros 09/05/2023.

¹⁰⁵ (Gil, Imigração e Direitos Humanos 2021) pág. 247 “Referia o art. 3.º: «a Constituição garante a portugueses e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança e à propriedade.»

quais, sob reserva de reciprocidade, podiam ser equiparados aos nacionais para efeitos de gozo de determinados direitos políticos, vedados aos demais estrangeiros.”¹⁰⁶

A atual Constituição reconhece direitos fundamentais a estrangeiros, e isso reflete-se no disposto no artigo 15.º da CRP, que, sob a epígrafe, “*Estrangeiros, apátridas, cidadãos europeus*”, consagra o princípio da equiparação. Contudo, como iremos ter a oportunidade de analisar mais adiante, e tal como afirma o autor L. Barbosa Rodrigues, a “*Constituição portuguesa não prevê, para a globalidade dos cidadãos estrangeiros, idêntica extensão de Direitos Fundamentais.*”¹⁰⁷

Também iremos perceber que não existe o direito fundamental de entrada de estrangeiros no Estado de destino. Sobre esta matéria, as autoras Carla Amado Gomes e Ana Costa Leão dizem-nos que: “*(...) é pacífica a inexistência de um direito a entrar no território de Estado, reconhecendo-se a este o poder de determinar quem entra e permanece dentro das suas fronteiras (como manifestação de soberania), (...) não obstante, existe um direito do estrangeiro a não ser arbitrariamente expulso do território nacional, e o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem considerado que, não obstante o Estado ter o poder de decidir quem admite nas suas fronteiras, não está desvinculado das suas obrigações no âmbito da Convenção.*”^{108_109}

Mais, em matéria de direito à família e nas palavras dos autores Jorge Miranda e Rui Medeiros, “*... os filhos de um estrangeiro ou apátrida que resida legalmente em território nacional não têm, ipso facto, um direito constitucional a residir em Portugal.*”¹¹⁰

¹⁰⁶ (Gil, Imigração e Direitos Humanos 2021), pág. 247 e 248.

¹⁰⁷ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 301.

¹⁰⁸ (Gomes e Leão, A Condição de Imigrante - Uma análise de Direito Constitucional e de Direito Administrativo 2010), pág. 33. As referidas autoras referem imediatamente o seguinte: “*Assim, do direito à vida privada e familiar (artigo 8.º) e de outros direitos previstos na Convenção (proibição da sujeição a penas ou tratamentos cruéis degradantes ou desumanos, ou o direito a um recurso efectivo – artigos 3.º e 13.º, respectivamente) podem resultar condicionamentos ao poder de expulsão do Estado, a que acrescem os limites previstos no Protocolo n.º 7. Esta jurisprudência é frequentemente citada pelo Tribunal Constitucional português, que também se pronunciou já no sentido de a proteção da vida familiar determinar limites ao poder estadual de expulsão.*”

¹⁰⁹ No mesmo sentido, o **acórdão n.º 232/04 do Tribunal Constitucional**, pode ler-se: “*Embora reconhecendo aos Estados a legítima preocupação em assegurar a respectiva ordem pública e o consequente direito de controlarem a entrada, a permanência e o afastamento de não-nacionais, o Tribunal Europeu considera que as medidas que possam conflitar com o direito à vida familiar têm de ser justificadas por necessidades sociais imperiosas e, além do mais, proporcionadas aos fins legítimos prosseguidos. E, como tal, tem-se pronunciado no sentido de considerar como violadoras do artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem medidas de expulsão de estrangeiros com vínculos familiares no país de residência...*”

Disponível em:

<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040232.html>

Acesso em: 13/02/2024.

¹¹⁰ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 610.

Além de todas estas questões suscitadas, encontram-se subjacentes aos direitos fundamentais dos estrangeiros, princípios basilares que presidem ao tratamento do estrangeiro na nossa Constituição, como: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da universalidade, o princípio da igualdade e o princípio da equiparação, que também iremos examinar neste ponto.

2.2 O “estrangeiro” à luz da CRP

Antes de mais, cumpre trazer novamente à colação a obra da autora Ana Rita Gil, na medida em que importa definir a origem da palavra estrangeiro: *“Etimologicamente, estrangeiro provém da palavra latina extraneus, de extra, que significa fora. Designa, portanto, o indivíduo – extraneus – que não é membro de uma determinada comunidade.”*¹¹¹

A referida autora define o termo estrangeiro como *“(...) aquele que não é nacional do Estado em que se encontra, seja porque é nacional de qualquer outro Estado, seja porque não possui qualquer nacionalidade.”*¹¹²

Ao longo da nossa Constituição, encontramos algumas referências a direitos e deveres do estrangeiro, mormente, nos artigos 15.º n.º 1, 3 e 4, 33.º n.º 8, e 87.º.

Curiosamente, iremos verificar que a nossa Constituição trata de forma desigual os estrangeiros¹¹³, uma vez que é tido em atenção o país de origem destes¹¹⁴. Desta forma, pode dizer-se que o nosso ordenamento jurídico interno trata os estrangeiros em três

¹¹¹ (Gil, Imigração e Direitos Humanos 2021), pág. 35. Neste seguimento, a referida autora diz-nos ainda que: *“Tradicionalmente, o estrangeiro é definido como aquele que não faz parte do grupo social e político onde se encontra, seja a tribo, a cidade-estado, o domínio senhorial ou o Estado. Para a ordem jurídica estadual, a pertença ao grupo afere-se pelo critério da nacionalidade.”* (negrito nosso)

¹¹² (Gil, Imigração e Direitos Humanos 2021), pág. 35, Apud, Ramos, Rui Moura, Estrangeiro, Polis, Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado, Verbo, 1997, p. 1215 e ss.

¹¹³ A verdade é que também existe tratamento diferenciador entre portugueses. No mesmo sentido: (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 297. *“(...) diferenciando os Portugueses originários dos portugueses naturalizados. Assim, no que tange à Presidência da República, restringe a elegibilidade aos cidadãos portugueses de origem (art. 122.º), excluindo, pois, quaisquer portugueses naturalizados.”* O referido autor na sua obra segue, referindo mais exemplos de desigualdade entre os portugueses, lançado a crítica onde existirem portugueses que se encontram impedidos de exercer os Direitos Fundamentais plasmados na CRP, na sua plenitude.

¹¹⁴ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), no mesmo sentido. pág. 301. *“(...) a Constituição portuguesa não prevê, para a globalidade dos cidadãos estrangeiros, idêntica extensão de Direitos Fundamentais. Desde logo, procede à contraposição entre estrangeiros com fundamento na respetiva origem.”*

planos distintos: (i) os cidadãos dos países da CPLP; (ii) os cidadãos de Estados-Membros da União Europeia; e (iii) os cidadãos de Estados Terceiros.

As autoras Carla Amado Gomes e Anabela Costa Leão, aludem na sua obra à desigualdade de tratamento dos cidadãos de Estados Terceiros, face aos demais, afirmando que: *“O estatuto dos nacionais de países terceiros tem sido uma questão “sensível” na integração europeia. A coexistência de diferentes estatutos levanta a questão da desigualdade de tratamento entre cidadãos da União e nacionais de países terceiros, muitos dos quais residiram toda a sua vida no território da União e aí têm desenvolvido a sua vida pessoal e a sua actividade profissional.”*¹¹⁵

Atualmente, a Lei n.º 23/2007, de 04 de julho, na sua atual redação – denominada a Lei de Entrada, Permanência, Saída e Afastamento de Estrangeiros do Território Nacional¹¹⁶, veio transpor para a ordem jurídica interna várias diretivas da União Europeia¹¹⁷ tendo por objeto a situação dos cidadãos de países terceiros, com o objetivo

¹¹⁵ (Gomes e Leão, A Condição de Imigrante - Uma análise de Direito Constitucional e de Direito Administrativo 2010), pág. 26.

¹¹⁶ (Sousa 2022), pág. 265.

¹¹⁷ Vide:

As transposições das diretivas relativas a países terceiros, nomeadamente, as als. a), c), d), f), g), h), i), j), l), m), n), o) n.º 1 e al. b) do n.º 2 do artigo 2.º da Lei de Estrangeiros:

Diretiva 2003/86/CE, do Conselho, de 22 de setembro, relativa ao direito ao reagrupamento familiar;
Diretiva 2003/109/CE, do Conselho, de 25 de novembro, relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração;

Diretiva 2004/81/CE, do Conselho, de 29 de abril, relativa ao título de residência concedido aos nacionais de países terceiros que sejam vítimas do tráfico de seres humanos ou objeto de uma ação de auxílio à imigração ilegal e que cooperem com as autoridades competentes;

Diretiva 2004/114/CE, do Conselho, de 13 de dezembro, relativa às condições de admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de estudos, de intercâmbio de estudantes, de formação não remunerada ou de voluntariado;

Diretiva 2005/71/CE, do Conselho, de 12 de outubro, relativa a um procedimento específico de admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de investigação científica,

Diretiva 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;

Diretiva 2009/50/CE, do Conselho, de 25 de maio, relativa às condições de entrada e de residência de nacionais de países terceiros para efeitos de emprego altamente qualificado;

Diretiva 2009/52/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de junho, que estabelece normas mínimas sobre sanções e medidas contra empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular;

Diretiva 2011/98/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro, relativa a um procedimento de pedido único de concessão de uma autorização única para os nacionais de países terceiros residirem e trabalharem no território de um Estado membro e a um conjunto de direitos para os trabalhadores de países terceiros que residem legalmente num Estado membro;

Diretiva 2014/36/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014, relativa às condições de entrada e de permanência de nacionais de Estados terceiros para efeitos de trabalho sazonal;

Diretiva 2014/66/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de maio de 2014, relativa às condições de entrada e residência de nacionais de Estados terceiros no quadro de transferências dentro das empresas;

Diretiva (UE) 2016/801, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2016, relativa às condições de entrada e de residência de nacionais de Estados terceiros para efeitos de investigação, de estudos, de formação, de voluntariado, de programas de intercâmbio de estudantes, de projetos educativos e de colocação au pair.

primordial de igualar e reforçar o estatuto¹¹⁸ e a integração destes cidadãos perante os demais estrangeiros.

Nos pontos seguintes, a nossa investigação irá ter como suporte, além do texto constitucional, os diplomas que antecedem, incidindo sobre o plano dos cidadãos de Estados Terceiros, versando concretamente no direito ao reagrupamento familiar - artigo 98.º e seguintes da Lei n.º 23/2007, de 04 de julho -, e nos direitos dos seus familiares que são abrangidos pelo exercício desse mesmo direito, dele beneficiando.

2.3 O direito de livre circulação

Mostra-se oportuno, nesta sede, fazer uma breve análise do direito de livre circulação. Pode ler-se, no site institucional do Parlamento Europeu que: *“A liberdade de circulação e de residência das pessoas na União Europeia constitui a pedra angular da cidadania da UE, estabelecida pelo Tratado de Maastricht em 1992. A supressão gradual das fronteiras internas nos termos dos acordos de Schengen foi seguida da adoção da Diretiva 2004/38/CE relativa ao direito de os cidadãos da UE e os membros das suas famílias poderem circular e residir livremente na UE. Não obstante a importância deste direito, persistem obstáculos substanciais à sua aplicação.”*^{119,120,121}

122

Diretiva 2001/40/CE, do Conselho, de 28 de maio, relativa ao reconhecimento mútuo de decisões de afastamento de nacionais de países terceiros.

¹¹⁸ (Gomes e Leão, A Condição de Imigrante - Uma análise de Direito Constitucional e de Direito Administrativo 2010), pág. 35 *“O estatuto dos imigrantes tece-se na articulação entre vários níveis de proteção, resultantes de normas de Direito Internacional (geral e regional), de Direito comunitário e europeu e de Direito nacional – o que, aliás, se verifica em geral na proteção dos direitos fundamentais, numa lógica de complementaridade.”* (negrito nosso)

¹¹⁹ Disponível em:

<https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/147/livre-circulacao-de-pessoas>

Acesso em: 15.10.2023

¹²⁰ (Duarte 2019), pág. 83. **Artigo 21.º TFUE**, onde pode ler-se: *“1. Qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros, sem prejuízo das limitações e condições previstas nos Tratados e nas disposições adotadas em sua aplicação.”*

¹²¹ (Duarte 2019), pág. 537. **Artigo 45.º CDFUE**, onde pode ler-se:

“1. Qualquer cidadão da União goza do direito de circular e permanecer livremente no território dos Estados-Membros.

2. Pode ser concedida liberdade de circulação e de permanência, de acordo com os Tratados, aos nacionais de países terceiros que residam legalmente no território de um Estado-Membro.”

¹²² (Duarte 2019), pág. 28. **Artigo 3.º/2 TUE**, onde pode ler-se:

Ou seja, os cidadãos da UE “(...) gozam do direito de acesso e permanência no território dos outros Estados-Membros, corolário do direito de livre circulação (...) beneficiam de um princípio de não discriminação que os aproxima mais do estatuto do cidadão nacional que dos demais estrangeiros.”¹²³

Neste ponto questionamo-nos sobre a razão pela qual não existe semelhante direito no que diz respeito aos cidadãos de Estados Terceiros. Qual será a verdadeira razão dessa discriminação?

A justificação primordial está relacionada com questões de segurança interna, algo que surgiu aquando “dos ataques terroristas que tiveram lugar nos Estados Unidos da América em 2001 (...) e os atentados subsequentes em Madrid, Londres e outros lugares”. Não obstante, os relatórios da Europol dizem-nos que: “Em 2016 (...) ao tratar da imigração irregular, destacou que não existem evidências concretas à data de que os viajantes terroristas usassem sistematicamente o fluxo de refugiados para entrar na Europa com o intuito de não serem notados.”¹²⁴ E, os relatórios de 2017¹²⁵ e de 2018,¹²⁶ daquela entidade, chegaram a conclusões idênticas.

Deste modo, atualmente, podemos afirmar que o direito de livre circulação beneficia apenas os cidadãos da UE que podem livremente circular no território dos outros Estados-Membros. Pode ainda afirmar-se, assim, que o direito de livre circulação representa a criação de uma “bolha europeia” perante o resto do mundo. Entendemos, pois, que apenas será possível a aproximação ao estatuto dos nacionais de Portugal por nacionais de Estados Terceiros, com a criação de mais acordos de mobilidade. A

“2. A União proporciona aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno.”

¹²³ (Gil, Imigração e Direitos Humanos 2021), pág. 38. Neste seguimento, a autora refere ainda que: “A consagração de uma cidadania europeia veio assim diluir o conceito de estrangeiro no espaço europeu, pela criação de uma categoria intermédia – o cidadão da UE, que tem mais direitos que os restantes estrangeiros nos territórios dos Estados-Membros.”

¹²⁴ (Beleza 2020), pág. 53,56 e 58.

¹²⁵ (Beleza 2020), pág. 58 e 59. “Em 2017, o EU Terrorism Situation and Trend Report (TE-SAT), da Europol, destacou que se previa a continuidade da chegada à Europa de migrantes e refugiados a partir de zonas de conflito, antigas e novas, afirmando também que o “Estado Islâmico” já havia feito uso do fluxo de refugiados e migrantes para enviar indivíduos à Europa a fim de cometer atos de terrorismo.”

¹²⁶ (Beleza 2020), pág. 59. “Em 2017, o EU Terrorism Situation and Trend Report (TE-SAT), da Europol, destacou que os ataques jihadistas na União Europeia foram principalmente cometidos por terroristas locais, radicalizados no seu país de residência, sem terem viajado para juntar-se a um grupo terrorista no exterior, sendo, portanto, um grupo muitíssimo diverso, tendo nascido ou vivido grande parte da sua vida na UE e, muitas vezes, sem nenhuma ligação anterior ao “Estado Islâmico” ou a qualquer outra organização jihadista.”

este respeito, veja-se por exemplo, o recente acordo celebrado entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, assinado em Luanda, em 17 de julho de 2021¹²⁷. Contudo, para que outros exemplos como estes se sucedam, e atendendo na experiência histórica conhecida, os países envolvidos terão de demonstrar, em primeiro lugar, interesses comuns em alcançar esse objetivo, só após decorrendo todo um trabalho de natureza diplomática e de política externa que, dada a sua complexidade, levará longos anos a efetivar-se e a ser posto em prática.

2.4 Os princípios que presidem ao tratamento dos estrangeiros na CRP

2.4.1 O princípio da dignidade da pessoa humana

Um dos primeiros pontos que abordámos no início da nossa dissertação foi o princípio da dignidade da pessoa humana como valor primacial dos direitos fundamentais. Agora, propomo-nos perceber se a Constituição reconhece a mesma dignidade aos cidadãos estrangeiros quando comparados com os cidadãos nacionais.

A este respeito, os autores J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira defendem expressamente que *“Os estrangeiros e os apátridas (refugiados, asilados) têm a mesma dignidade do cidadão nacional.”*¹²⁸

No mesmo sentido, também os autores Jorge Miranda e Rui Medeiros são categóricos: *“(...) a dignidade da pessoa, sendo de todas as pessoas, refere-se quer a portugueses quer a estrangeiros. E, se os preceitos sobre direitos fundamentais dos portugueses têm de ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal (artigo 16.º, n.º 2, da Constituição), por princípio devem poder valer para todas as pessoas, seja qual for a sua cidadania.”*¹²⁹

¹²⁷ Publicação em DR, 1.ª Série, em 09.12.2021 - Resolução da Assembleia da República n.º 313/2021.

¹²⁸ (Canotilho e Moreira, Constituição da República Portuguesa, Anotada 2007), pág. 199.

¹²⁹ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 66.

Neste seguimento, a autora Ana Rita Gil entende que: *“O princípio da dignidade da pessoa humana é particularmente importante no que toca ao reconhecimento de um núcleo irredutível de direitos de que o estrangeiro, mesmo em situação irregular, deve beneficiar.”*¹³⁰ A mesma autora, quanto a este princípio, refere ainda que: *“A proteção da dignidade a que a Constituição se vinculou é, pois, um valor supraconstitucional em que se fundamentam todos os direitos fundamentais e que por isso está para além da cidadania portuguesa. Por outro lado, a Constituição consagra assim um reconhecimento universal, permanente e mínimo, de direitos inerentes a essa dignidade, os quais nunca podem ser negados a nenhum ser humano.”*¹³¹

Assim e no seguimento do já avançado no início da nossa investigação, a dignidade da pessoa humana é intrínseca ao próprio ser humano, é universal, vai para além do género, da raça, da nacionalidade ou de qualquer meio ou forma de identificação do indivíduo. É um valor supraconstitucional onde se fundam os demais direitos fundamentais.

2.4.2 O princípio da universalidade

A disposição prevista no n.º 1 do artigo 12.º da CRP consagra o seguinte: *“Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição.”* (sublinhado nosso)

A este respeito, o autor José Melo Alexandrino, numa análise ao sentido da norma da universalidade, defende que: *“o princípio da universalidade pretende afirmar que, em atenção à qualidade de pessoa, os direitos fundamentais foram pensados pelo legislador constituinte para todas as pessoas que possam vir a encontrar-se em relação com o Estado.”*¹³²

¹³⁰ (Gil, Imigração e Direitos Humanos 2021), pág. 249.

¹³¹ (Gil, Estudos sobre Direito da Imigração e do Asilo 2021), pág. 158.

¹³² (J. M. Alexandrino 2018), pág. 71.

Por sua vez, os autores Jorge Miranda e Rui Medeiros dizem-nos que o princípio da universalidade e da igualdade são: *“ambos literalmente referidos a “todos os cidadãos” -, tornando claro que nos respetivos campos subjetivos de aplicação se encontram antes todas as pessoas sob jurisdição nacional, independentemente de serem ou não detentoras de cidadania portuguesa.”*¹³³

A autora Ana Rita Gil dá-nos, inclusive, um exemplo em que o *“Tribunal Constitucional já teve, por diversas vezes, oportunidade de sublinhar a universalidade do direito à segurança social - «reconhecido a “todos”» no artigo 63.º da Constituição. Assim, no Acórdão n.º 72/2002 conclui pela inconstitucionalidade da norma ordinária que distinguia entre nacionais e estrangeiros para efeitos de constituição e manutenção da situação jurídica de aposentação.”*¹³⁴

O autor L. Barbosa Rodrigues, em sentido contrário aos autores anteriormente trazidos à colação, ensina o seguinte: *“A Constituição reserva a universalidade dos Direitos Fundamentais aos cidadãos portugueses, vedando-a aos cidadãos estrangeiros e aos apátridas. De facto, sob a epígrafe de princípio da universalidade referem-se tão-só os cidadãos portugueses (art. 12 n.º 1), asserção confirmada pela existência de um preceito dedicado, em exclusivo, aos cidadãos estrangeiros e aos apátridas (art. 15).”*¹³⁵

No entanto, em nossa opinião, entendemos que não é por acaso que se o legislador adotou o termo “todos os cidadãos”, o mesmo quis estender aos estrangeiros os mesmos direitos e deveres consignados na Constituição, que se aplicam aos nacionais. Aliás, ao longo da Constituição encontramos a referência a esta expressão, diversas vezes (veja-se: artigos 13.º/1, 35.º/1, 44.º/1, 45.º/2, 47.º/2, 48.º/1/2, 49.º/1, 50.º/1, 52.º/1, 64.º/3al.a), 73.º/3, 74.º/2al.d), 78.º/2al.a)).¹³⁶

Entendemos, ainda, que o legislador constituinte determinou, de forma clara, que a titularidade de determinados direitos e deveres pertencesse, de uma forma exclusiva, aos portugueses (como por exemplo: artigos 15.º/2, 122.º, 150.º, 275.º, 276.º CRP). No

¹³³ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 196.

¹³⁴ (Gil, Estudos sobre Direito da Imigração e do Asilo 2021), pág. 158.

¹³⁵ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 299.

¹³⁶ (Gil, Estudos sobre Direito da Imigração e do Asilo 2021), pág. 158. No mesmo sentido *“Note-se que, apesar de a Constituição usar o termo “cidadão” nesta norma, a doutrina tem entendido que o uso dessa expressão não pode ser interpretado como significando que o referido direito é apenas constitucionalmente reconhecido aos cidadãos nacionais.”*

entanto, também somos da opinião de que existem direitos exclusivos dos estrangeiros (por exemplo: artigo 33.º/8 CRP¹³⁷).

Assim, consideramos que “todos os cidadãos” (nacionais e estrangeiros) gozam do princípio da universalidade, salvo as devidas exceções expressamente consignadas na Constituição.

Damos ainda nota de que “os direitos fundamentais não cabem em exclusivo aos portugueses residentes em Portugal, abrangendo também os portugueses residentes no estrangeiro (artigo 14.º) e os estrangeiros residentes em Portugal (artigo 15.º).”¹³⁸

2.4.3 O princípio da igualdade

O princípio da igualdade tem, assento constitucional geral no artigo 13.º da CRP, no qual se determina: “1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei. 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual.”¹³⁹

No que concerne à norma estabelecida no n.º 1, a “dignidade social” deve ler-se como “outra maneira de referir a dignidade de pessoa humana, base da República”¹⁴⁰ onde a lei tem de ser igual para todos.¹⁴¹

¹³⁷ (J. M. Alexandrino 2018), pág. 74. No mesmo sentido, o autor diz-nos que: “pode haver direitos fundamentais exclusivos dos estrangeiros, de que constitui modelo o direito de asilo (do artigo 33.º n.º 8).”

¹³⁸ (J. M. Alexandrino 2018), pág. 73.

¹³⁹ A redação da norma do n.º 2 do artigo 13.º da CRP é idêntica à norma contida no artigo 10.º do TFUE onde pode ler-se: “Na definição e execução das suas políticas e ações, a União tem por objetivo combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual.”

¹⁴⁰ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 164.

¹⁴¹ (J. M. Alexandrino 2018), pág. 79. “No artigo 13.º, n.º 1, está enunciado o princípio geral de igualdade, que a CRP logo associa à dignidade (a mesma dignidade social); daí a articulação (estabelecida pelo Tribunal Constitucional) na fórmula da «igual dignidade», expressa e metaforicamente concebida como eixo

O autor L. Barbosa Rodrigues, na análise do princípio da igualdade, apresenta-nos duas dimensões. A dimensão positiva, inscrita no n.º 1 da norma e a dimensão negativa, consagrada no n.º 2. Quanto à dimensão positiva destacamos o seguinte: *“todos os indivíduos, quer nacionais, quer estrangeiros, quer apátridas, têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei (art. 13.º, n.º 1, e art. 15.º máxime, n.º 1).”*¹⁴² Quanto à dimensão negativa, o mesmo autor, refere-nos que: *“Sempre que dessa discriminação resultasse uma menor igualdade, ou um reforço da desigualdade, a diferenciação deveria ter-se por negativa e, destarte, por inadmissível.”*^{143_144}

Posto isto, será que o princípio da igualdade se aplica mesmo, de forma plena, aos cidadãos nacionais e aos cidadãos estrangeiros? Ao longo da Constituição, vão sucedendo normas que têm subjacente este princípio da igualdade, como por exemplo, o direito de constituir família e a contrair casamento (conforme estabelecido no artigo 36.º da CRP¹⁴⁵). Mas a verdade é que existem desigualdades, aliás, como já referido nesta dissertação, existindo desigualdade de tratamento entre os estrangeiros e até, mesmo entre os próprios nacionais (por exemplo, nos termos do artigo 122.º CRP, apenas podem candidatar-se ao cargo de Presidente da República os portugueses originários).

Quanto ao tema da desigualdade, em abstrato, os autores Jorge Miranda e Rui Medeiros referem que as *“desigualdades de facto (físicas, económicas, geográficas, etc.), importam que o poder público e a sociedade civil criem ou recriem as oportunidades e as condições que a todos permitam usufruir dos mesmos direitos e cumprir os mesmos deveres.”*¹⁴⁶

em torno do qual gira todo o Estado de Direito (nas palavras usadas, pela primeira vez, no Acórdão n.º 39/88).”

¹⁴² (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 304. Mais adiante (pág. 305) e ainda na análise à dimensão positiva do princípio da igualdade o autor diz-nos ainda que: *“Integra, sobremaneira, uma valência individual, personalística, mas compreende, cumulativamente, uma valência política, democrática, emergente do sufrágio universal.”*

¹⁴³ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 310.

¹⁴⁴ (J. M. Alexandrino 2018) pág. 82. *“o critério que tem sido tradicionalmente utilizado pelo Tribunal Constitucional para avaliar o fundamento dessas discriminações tem sido o da «proibição do arbítrio» (proibição das diferenciações de tratamento sem fundamento material bastante ou assentes em categorias meramente subjetivas ou não justificadas à luz dos valores constitucionais).”*

¹⁴⁵ (J. M. Alexandrino 2018), pág. 81. *“(…) o princípio geral da igualdade não tem sido tomado (nem pela doutrina, nem pela jurisprudência, nem pelo legislador) como direito geral de igualdade. Em contrapartida, é generalizadamente aceite a existência de direitos especiais de igualdade [por exemplo, nos artigos 26.º, n.º 1, 36.º, n.º 1, 3 e 4, 38.º, n.º 4, 41.º n.º 2 a 5, 47.º, n.º 2, 50.º, n.º 1, 55.º, n.º 2, 58.º, n.º 2, alínea b), etc.]”*

¹⁴⁶ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 164.

A autora Ana Rita Gil enuncia duas normas da CRP com elevada pertinência nesta matéria e com o objetivo de demonstrar que existem normas Constitucionais que comprovam a existência de igualdade entre todos os cidadãos, mormente, incluindo os estrangeiros. A esse respeito, a mencionada autora alude ao disposto no n.º 1 do artigo 26.º - *“que consagra um direito à proteção legal contra todas as formas de discriminação”* e o n.º 1 do artigo 59.º - *“que garante um conjunto de direitos a todos os trabalhadores, referindo expressamente que esses direitos devem ser reconhecidos sem distinção de cidadania.”*¹⁴⁷

Trazendo agora à colação a obra de Teresa Pizarro Beleza, importa dar destaque à razão de existirem “desigualdades de tratamento” entre os cidadãos da União Europeia e os cidadãos dos países de Estados Terceiros. Veja-se que *“(…) a justificação do tratamento diferente entre cidadãos europeus e nacionais de países terceiros está na própria constituição da União Europeia. Enquanto os cidadãos europeus têm liberdade de circulação e residência em qualquer Estado-membro, os que sejam nacionais de Estados terceiros devem cumprir certas formalidades para que possam ser beneficiados com uma autorização de residência.”* Neste seguimento, a referida autora, entende que *“dever-se-á utilizar o princípio da não-discriminação, aquando da ausência ou má-aplicação do princípio da igualdade. (...) a nacionalidade per se não pode ser pressuposto de diferenciação”*¹⁴⁸

Doravante, tentaremos perceber o âmbito e a dimensão do **princípio da não discriminação** recorrendo a normas e princípios de direito internacional.

Ora, encontra-se consagrado no artigo 18.º TFUE¹⁴⁹, o seguinte: *“No âmbito de aplicação dos Tratados, e sem prejuízo das suas disposições especiais, é proibida toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade.”*¹⁵⁰ Em seguida, no n.º 1 do artigo 19.º TFUE¹⁵¹, é enunciado que: *“Sem prejuízo das demais disposições dos Tratados e dentro dos limites das competências que estes conferem à União, o Conselho, deliberando por unanimidade, de acordo com um processo legislativo especial, e após*

¹⁴⁷ (Gil, Imigração e Direitos Humanos 2021), pág. 253.

¹⁴⁸ (Beleza 2020), pág. 61.

¹⁴⁹ (Gil, Imigração e Direitos Humanos 2021), pág. 235. “o art. 18.º, que prevê expressamente o princípio da proibição da discriminação em razão da nacionalidade”

¹⁵⁰ (Duarte 2019), pág. 82.

¹⁵¹ (Gil, Imigração e Direitos Humanos 2021), pág. 235. “o art. 19.º, que prevê a competência da UE em matéria de luta contra a discriminação.”

aprovação do Parlamento Europeu, pode tomar as medidas necessárias para combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual.¹⁵² (sublinhado nosso)

Sobre a presente matéria, a autora Ana Rita Gil afirma que: “De facto, tradicionalmente, o princípio da proibição de discriminação em razão da nacionalidade reporta-se exclusivamente aos nacionais de Estados-Membros, e não a nacionais de países terceiros.”¹⁵³⁻¹⁵⁴ No entanto, a autora entende que a norma do artigo 18.º TFUE “ressalva as disposições especiais dos Tratados. E de facto, quando os mesmos pretendem restringir o âmbito de aplicação de certas normas aos cidadãos da UE, fazem-no expressamente.”¹⁵⁵

Na análise ao artigo 19.º TFUE, a referida autora defende o seguinte: “consideramos que podemos retirar daqui um princípio geral da UE de proibição de discriminação. Apesar de a nacionalidade em si não se encontrar referida como causa de discriminação proibida, os nacionais de países terceiros continuam a poder beneficiar deste princípio, não podendo ser discriminados...o art. 19.º do TFUE pode acabar por constituir uma importante fonte de proteção dos nacionais de países terceiros, precisamente pelo facto de estes serem discriminados também por fatores como sejam a etnia ou religião.”¹⁵⁶

Neste seguimento, a mesma autora traz-nos ainda à colação a Diretiva 2000/43/CE de 29 de junho de 2000, aduzindo que esta é um “instrumento [que] proíbe a discriminação com base na origem étnica ou racial, no que toca a emprego e acesso a determinados direitos económicos e sociais. O preâmbulo menciona expressamente que ele se aplica aos nacionais de países terceiros¹⁵⁷... o objetivo... era evitar que as

¹⁵² (Duarte 2019), pág. 82.

¹⁵³ (Gil, Imigração e Direitos Humanos 2021), pág. 235.

¹⁵⁴ (Gil, Imigração e Direitos Humanos 2021), pág. 237. Em sentido oposto, a autora enuncia na sua obra, dois autores que entendem que o artigo 18.º TFUE deve abranger os estrangeiros na sua generalidade. Apud Guild, Elspeth e Steve Peers, Out of the Ghetto? The Personal Scope of EU Law, AA.VV., pág. 110 e ss., que nos dizem o seguinte: “a letra da disposição hoje constante do art. 18.º do TFUE não exclui os nacionais de países terceiros, nem limita o seu campo de aplicação aos cidadãos da UE. Estes autores rejeitam qualquer posição extrema – quer a de que a proibição de discriminação apenas se aplica a cidadãos da UE, quer ainda a de que se aplica plenamente aos nacionais de países terceiros.”

¹⁵⁵ (Gil, Imigração e Direitos Humanos 2021), pág. 237.

¹⁵⁶ (Gil, Imigração e Direitos Humanos 2021), pág. 240.

¹⁵⁷ Veja-se a anotação (13) contida no preâmbulo da referida Diretiva: “Para esse efeito, devem ser proibidas em toda a Comunidade quaisquer formas de discriminação directa ou indirecta baseada na origem racial ou étnica, nos domínios abrangidos pela presente directiva. Esta proibição da discriminação aplica-se igualmente aos nacionais de países terceiros, mas não abrange as diferenças de tratamento em razão

proibições de trabalho justificadas com o estatuto ilegal no território fossem consideradas discriminatórias.”

Igualmente, a mesma autora refere outros instrumentos jurídicos internacionais, tal como a CDFUE, que consagra, no artigo 21.º, sob a epígrafe “Não Discriminação”, o seguinte: *“1. É proibida a discriminação em razão, designadamente, do sexo, raça, cor ou origem étnica ou social, características genéticas, língua, religião ou convicções, opiniões políticas ou outras, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento, deficiência, idade ou orientação sexual. 2. No âmbito de aplicação dos Tratados e sem prejuízo das suas disposições específicas, é proibida toda a discriminação em razão da nacionalidade.”* Também aqui existem divergências doutrinárias, na medida em que uns autores entendem que esta norma se aplica apenas aos Membros da União Europeia, e outros autores entendem que a norma abrange os cidadãos de Estados Terceiros. A referida autora conclui, a final, dizendo-nos: *“Esta norma não distingue entre nacionais da UE e nacionais de países terceiros, pelo que é aplicável a todas as pessoas... resta concluir que resulta do princípio da proibição da discriminação insito na CDFUE, aliado aos demais princípios consagrados na Carta, que a discriminação entre nacionais e estrangeiros deve ser proibida.”*^{158,159}

Face ao atrás aduzido e salvo melhor opinião, o nosso entendimento é o de que o direito à não discriminação, por referência às normas citadas, deve aplicar-se apenas aos cidadãos Membros-União Europeia.¹⁶⁰ Não nos podemos esquecer que o artigo

da nacionalidade nem prejudica as disposições que regem a entrada e a residência dos nacionais de países terceiros e o seu acesso ao emprego e à actividade profissional.” (sublinhado nosso)

¹⁵⁸ (Gil, Imigração e Direitos Humanos 2021), pág. 242 e 245.

¹⁵⁹ (Beleza 2020), pág. 65 e 66. No mesmo sentido da autora Ana Rita Gil, referem-nos o seguinte: *“esta apresentação almeja contribuir ao debate com uma terceira via, defendendo que apenas com a aplicação direta do princípio da igualdade e o da não discriminação será possível estabelecer estratégias de prevenção e combate a este perigo real, transnacional e não facilmente identificável, como é o terrorismo. As tentativas de estabelecer se migrantes estão ou não ligados ao terrorismo aparentemente não resultaram em maior segurança, mas trouxeram provas de maior racismo no seio dos Estados-Membros. A criação e a implementação de estratégias securitárias que sejam válidas para nacionais e estrangeiros parecem ser um caminho que se poderá seguir para detetar e evitar atividades de carácter terrorista na União Europeia. O que importa, a meu ver, é que esta securitização da migração venha acompanhada de dessecuritização, com estratégias fortes e dirigidas a todos aqueles que residam em território europeu.”* (sublinhado nosso)

¹⁶⁰ (Gil, Imigração e Direitos Humanos 2021) pág. 243. **Em sentido oposto à autora e no mesmo sentido da nossa interpretação.** Apud Canotilho, Mariana, “Artigo 21.º - Não Discriminação”, AA. VV., Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Alessandra Silva & Mariana Canotilho (coord.), Almedina, 2013, pág. 267. Pode ler-se que: *“ao prever a sua proibição sem prejuízo da aplicação das disposições específicas dos Tratados está-se, no fundo, a afirmar a proibição de não discriminação em razão da nacionalidade para os cidadãos da União Europeia, já que o tratamento diferenciado, com fundamento na nacionalidade, de cidadãos de países terceiros não é tido por discriminatório face ao direito da União.”* Logo de seguida, a autora Ana Rita Gil, completa dizendo que *“essa mesma é a interpretação da Comissão, que refere que o direito à não discriminação com base na nacionalidade apenas beneficia os cidadãos da União.”* (sublinhado nosso)

288.º, 3.º parágrafo, do TFUE refere expressamente que as Diretivas (atos jurídicos da UE) vinculam apenas os Estados-Membros, conferindo, no entanto, a estes últimos, a discricionariedade quanto à forma e aos meios, no sentido de poderem ser harmonizadas as disposições com a legislação nacional em vigor.¹⁶¹ Assim, salvo melhor opinião, o princípio da igualdade e o da não-discriminação não são, por si mesmos, de aplicação direta a nacionais de Estados Terceiros. O caminho passaria pela criação, *ex novo*, de instrumentos jurídicos internacionais com menção expressa à igualdade entre cidadãos europeus e cidadãos de Estados Terceiros.

No âmbito do nosso ordenamento jurídico interno, cumpre trazer à colação a Lei n.º 93/2017, de 23 de agosto¹⁶² - que estabelece o regime jurídico da prevenção, da proibição e do combate à discriminação, em razão da origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem, sendo que, nos termos do artigo 6.º daquele diploma, é da competência da ACM, I. P.¹⁶³, a aplicação e o acompanhamento deste regime jurídico.

Em face do exposto e de forma sucinta, entendemos que o direito à igualdade aplica-se a *“todas as pessoas que se encontrem sob jurisdição nacional”*¹⁶⁴. Não obstante, numa visão mais analítica entendemos que tanto a CRP como os Tratados e as Diretivas da União Europeia, de uma forma muito clara, apresentam um sistema de proteção muito mais contentor para com os cidadãos Membros da UE, quando comparados com os cidadãos de Estados Terceiros. Contudo, na análise à Lei 93/2017, de 23 de agosto, em vigor na ordem jurídica interna, verificamos que não existe qualquer preferência comunitária por comparação com os cidadãos de Estados Terceiros, limitando-se aquele diploma a enunciar a proibição e o combate a qualquer forma de discriminação, nomeadamente, em razão da nacionalidade. Assim, um cidadão de um Estado Terceiro que entenda que foi violado o seu direito da igualdade quando

¹⁶¹ (Duarte 2019), pág. 241.

¹⁶² Lei n.º 93/2017, de 23 de agosto. “*Sumário: Estabelece o regime jurídico da prevenção, da proibição e do combate à discriminação, em razão da origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem*”

Disponível em:

<https://dre.pt/dre/detalhe/lei/93-2017-108038372>

Acesso em: 15/10/2023

¹⁶³ Decreto-Lei n.º 31/2014, de 27 de fevereiro - Aprova a **orgânica do Alto Comissariado para as Migrações, I.P.** Nos termos do n.º 1 do artigo 3.º daquele diploma, pode ler-se: “O ACM, I.P., tem por missão colaborar na definição, execução e avaliação das políticas públicas, transversais e setoriais em matéria de migrações, relevantes para a atração dos migrantes nos contextos nacional, internacional e lusófono, para a integração dos imigrantes e grupos étnicos, em particular as comunidades ciganas, e para a gestão e valorização da diversidade entre culturas, etnias e religiões.” (sublinhado e negrito nosso)

¹⁶⁴ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 196.

comparado com um cidadão nacional, pode invocar o presente diploma, contudo, apenas no âmbito das matérias previstas no seu artigo 2.^o¹⁶⁵.

Quanto à norma prevista no n.º 2 do artigo 13.º da CRP, entendemos que esta assume uma natureza genérica, na medida em que consagra um princípio constitucional de aplicação a todos os cidadãos e onde se proíbe a discriminação em função de diversos critérios, sendo certo que, na nossa opinião, estes critérios não são taxativos, são meramente exemplificativos.^{166_167_168_169}

2.4.4 O princípio da equiparação de direitos e deveres entre cidadãos portugueses e estrangeiros

Os estrangeiros estão sujeitos aos mesmos direitos e deveres dos cidadãos nacionais, por força do princípio da equiparação previsto no artigo 15.º (com a exceção do n.º 2 deste artigo) da CRP. Aliás, no n.º 1 daquela norma pode ler-se o seguinte: “Os

¹⁶⁵ “Artigo 2.º - Âmbito

1 - A presente lei é aplicável a todas as pessoas singulares e coletivas, públicas e privadas, no que respeita: a) À proteção social, incluindo a segurança social e os cuidados de saúde; b) Aos benefícios sociais; c) À educação; d) Ao acesso a bens e serviços e seu fornecimento, colocados à disposição do público, incluindo a habitação; e) À cultura.

2 - A presente lei não prejudica o disposto no Código do Trabalho, na Lei Geral do Trabalho em Funções Públicas e na Lei n.º 3/2011, de 15 de fevereiro, no que concerne à proteção contra a discriminação na área do trabalho e do emprego, e do trabalho independente.

3 - A presente lei não prejudica a adoção de medidas de ação positiva destinadas a compensar desvantagens relacionadas com os fatores indicados no artigo anterior.”

¹⁶⁶ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 309. Em sentido oposto, o autor entende que “O elenco de proibições discriminatórias constitucionalmente fixado (art. 13.º, n.º 2) assume carácter taxativo.” Em abono da sua tese, um dos critérios que aponta é o seguinte: “configurando-se as proibições da discriminação como óbvias exceções à liberdade, seria absurdo que o respetivo conteúdo não estivesse tipificado, permitindo-se uma integração analógica de lacunas em normas de natureza excepcional.”

¹⁶⁷ (Gomes e Leão, A Condição de Imigrante - Uma análise de Direito Constitucional e de Direito Administrativo 2010), pág. 43. No mesmo sentido, as autoras referem que: “No n.º 2 do artigo 13.º estão enumeradas, exemplificativamente, “cláusulas suspeitas” de discriminação, entre as quais a raça, a língua, o território de origem e a religião.”

¹⁶⁸ (J. M. Alexandrino 2018), pág. 88. No mesmo sentido, o autor refere: “Os factores (também conhecidos por «categorias suspeitas») enunciados no artigo 13.º, n.º 2, fazem parte de uma lista aberta ou exemplificativa (e não taxativa)”

¹⁶⁹ (Gil, Imigração e Direitos Humanos 2021), pág. 252. No mesmo sentido, a autora refere: “Desde logo, porque a enumeração do art. 13.º não é taxativa, fundando-se os critérios expressamente referidos em razões históricas.

estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português.”

Os autores Jorge Miranda e Rui Medeiros fazem o enquadramento desta norma constitucional referindo que: *“Se os dois primeiros – os artigos 12.º e 13.º -, têm uma vocação absolutamente genérica, já os dois seguintes – os artigos 14.º e 15.º - têm um âmbito de aplicação mais limitado, respeitando tão-somente a pessoa cuja situação apresenta uma determinada conexão internacional... a máxima constitucional de equiparação de direitos e deveres não corresponde a uma simples opção política do legislador constituinte, representando antes um verdadeiro corolário do princípio da igualdade, que proíbe que alguém seja privilegiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão da “ascendência”, da “língua” ou do “território de origem”¹⁷⁰.*

No entanto, este princípio admite exceções que se encontram previstas no n.º 2 da referida norma. Por exemplo, no que concerne a direitos políticos e ao exercício de certas funções públicas (cfr. n.º 2 do artigo 15.º da CRP), é o próprio Tribunal Constitucional que justifica esta exceção aduzindo que: *“As exceções, de raiz constitucional, à equiparação dos estrangeiros são de fácil justificação, pois assentam no seu relacionamento com a comunidade política institucionalizada – com a qual o estrangeiro tem, naturalmente, uma ténue ligação – consistindo em limitações quanto a direitos políticos e quanto ao exercício de funções públicas que não têm carácter predominantemente técnico”¹⁷¹.*

É importante salientar ainda que a exceção que antecede não significa uma verdadeira exceção no plano real, uma vez que, no plano infraconstitucional, podem ser fixadas condições de reciprocidade, mormente, capacidade eleitoral ativa e passiva nas

¹⁷⁰ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 196.

¹⁷¹ Disponível em:

<https://www.tribunalconstitucional.es/es/trilateral/documentosreuniones/32/ponencia%20portugal%202008.pdf>

Acesso em: 13/01/2024.

eleições locais (a este respeito, tenha-se em atenção a Lei Orgânica n.º 1/2001 de 14 de agosto).^{172,173}

Quanto à matéria da constitucionalidade das regras de reciprocidade, previstas nos n.ºs 3, 4, e 5 do artigo 15.º e n.º 3 do artigo 33.º da CRP, a autora Ana Rita Gil afirma que: *“a lei reserva aos portugueses determinados direitos, não os estendendo a estrangeiros se o Estado da nacionalidade destes não fizer o mesmo no que toca aos portugueses.”*^{174,175}

Ainda no que diz respeito do princípio da equiparação, importa trazer à colação as autoras Carla Amado Gomes e Anabela Costa Leão, que defendem o seguinte: *“Este princípio decorre dos princípios da dignidade humana (artigo 1.º) e da universalidade¹⁷⁶ (...) o princípio da equiparação ou da proteção equivalente, recebido no artigo 15.º/1 da CRP, afigura-se central como fundamento da garantia da efetividade dos direitos fundamentais dos imigrantes – pelo menos, os direitos civis e sociais.”¹⁷⁷ (sublinhado nosso)*

Contudo, existem **exclusões ao princípio da equiparação** e, exemplo disso é o disposto no n.º 2 do artigo 44.º CRP. A este respeito, a autora Ana Rita Gil, refere-nos o seguinte: *“(...) um dos direitos excluídos da equiparação é o direito de entrada em território nacional.”*^{178,179} Por outras palavras, apenas é possível o recurso ao princípio

¹⁷² Disponível em:

https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2160&tabela=leis&so_miolo=

Acesso em: 13/01/2024.

¹⁷³ Existem países cujos cidadãos é reconhecida capacidade eleitoral ativa - *artigo 2.º da Lei Orgânica n.º 1/2001 de 14/08* e passiva - *artigo 5.º da Lei Orgânica n.º 1/2001 de 14/08*, em Portugal, nas eleições para os órgãos das autarquias locais.

¹⁷⁴ (Gil, Estudos sobre Direito da Imigração e do Asilo 2021), pág. 165.

¹⁷⁵ Veja-se o decidido pelo TC, no âmbito do Acórdão n.º 433/2003 em matéria de constitucionalidade das regras de reciprocidade, onde pode ler-se: *“exigência de reciprocidade (a qual, além de constituir um importante instrumento de política externa, pode ser perfeitamente justificável, em certos casos, para que a estrangeiros não residentes sejam reconhecidos determinados direitos) com os princípios da igualdade ou da não discriminação.”*

Disponível em:

<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030433.html>

Acesso em: 13/02/2024.

¹⁷⁶ (Gomes e Leão, A Condição de Imigrante - Uma análise de Direito Constitucional e de Direito Administrativo 2010), pág. 38 *“Se aditarmos ao artigo 15.º/1 os imperativos de igual e universal protecção firmados nos artigos 12.º e 13.º da CRP, somos forçadas a concluir que, em regra, o Estado português não pode diferenciar cidadãos portugueses e imigrantes, desde que estes residam legalmente no país.”*

¹⁷⁷ (Gomes e Leão, A Condição de Imigrante - Uma análise de Direito Constitucional e de Direito Administrativo 2010), pág. 37 e 38.

¹⁷⁸ (Gil, Estudos sobre Direito da Imigração e do Asilo 2021), pág. 63.

¹⁷⁹ (Canotilho e Moreira, Constituição da República Portuguesa, Anotada 2007), pág. 633. No mesmo sentido. *“No que respeita ao direito de entrar e sair do país, os estrangeiros não gozam do primeiro (salvo tendo autorização de residência), mas têm obviamente o segundo.”*

da equiparação no exercício do direito de entrada no país, quando estejamos perante um estrangeiro, titular de autorização de residência legal em Portugal, e este pretenda exercer esse direito de entrada no nosso país.¹⁸⁰

Por outro lado, também existem **restrições ao princípio da equiparação**, que, no entanto, não podem ser aplicadas *“de forma arbitrária, desnecessária ou desproporcional, sob pena de inutilização do próprio princípio da equiparação... Assim, qualquer restrição legal do princípio da equiparação só será constitucionalmente legítima, se for exigida pela salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, e se se limitar ao necessário para assegurar tal salvaguarda.”*¹⁸¹

O TC já foi chamado a pronunciar-se, várias vezes, sobre a violação do princípio da equiparação. Veja-se, por exemplo, o Acórdão n.º 72/2002,¹⁸² onde o Tribunal decidiu nos seguintes termos: *“ao estabelecer como causa da extinção da situação de aposentação a perda da nacionalidade portuguesa nos termos do artigo 82º nº 1 alínea d) do Decreto-Lei nº 498/72, de 9 de Dezembro (Estatuto da Aposentação), o legislador consagrou uma solução arbitrária e discriminatória, por não ter fundamento racional a diferença de tratamento entre nacionais e não nacionais e que infringe o princípio da justiça, deste modo violando o princípio da equiparação de direitos entre nacionais e não nacionais, estabelecido no artigo 15º nº 1 da Constituição.”*¹⁸³ (sublinhado nosso)

Face ao exposto, concluímos que este é um princípio que não equipara todos estrangeiros entre si e por comparação com os cidadãos nacionais, atendendo aos vários critérios em presença, como sejam: (i) o país de origem¹⁸⁴ e (ii) a reciprocidade.

¹⁸⁰ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 682. No mesmo sentido. “Os estrangeiros com situação regular em Portugal gozam dos direitos consignados neste artigo.”

¹⁸¹ (Gil, Estudos sobre Direito da Imigração e do Asilo 2021), pág. 164. A referida autora esclarece quanto a este ponto o seguinte: “Assim, qualquer restrição legal ao princípio da equiparação tem de ser objetivamente justificada por um valor constitucional relevante e tem de respeitar o princípio da proporcionalidade nas suas várias dimensões: tem de visar um fim legítimo, ser adequada e necessária para prosseguir esse fim, e respeitar o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.”

¹⁸² Disponível em:

<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020072.html>

Acesso em: 15/10/2023.

¹⁸³ A decisão final do presente acórdão foi a seguinte: *Declarar, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade da norma do artigo 82º, nº 1, alínea d) do Decreto-Lei nº 498/72, de 9 de Dezembro (Estatuto da Aposentação), por violação do princípio constante do artigo 15º nº 1 da Constituição.”*

¹⁸⁴ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 301. No mesmo sentido. “a Constituição portuguesa não prevê, para a globalidade dos cidadãos estrangeiros, idêntica extensão de Direitos Fundamentais.”

Na verdade, a funcionalidade teórica desta norma constitucional é um combate à exclusão e uma efetiva integração dos estrangeiros que residam legalmente no nosso país, equiparando-os em termos de direitos e deveres aos cidadãos nacionais. Contudo, a sua funcionalidade prática não reveste a mesma clareza, devendo ser analisado o princípio da equiparação, ao caso concreto.

3. O DIREITO À FAMÍLIA

3.1 Enquadramento

Para melhor compreender o tema que temos sob investigação, importa abordar, antes de mais, no plano constitucional, os direitos fundamentais e as garantias institucionais inscritas nos artigos 36.º e 67.º da CRP, que abrangem, respetivamente, o direito de constituir família e a garantia institucional do exercício da vida familiar.

Porquanto, e por contraste, no âmago do nosso ordenamento jurídico ordinário, o direito da família é um ramo do direito que, dada a sua especificidade, encontra-se exclusivamente regulado no Livro IV do Código Civil, mormente, nos artigos 1576.º e seguintes.

O autor Diogo Leite de Campos, ao aflorar a noção jurídica de família, refere que: *“A família, em sentido jurídico, é constituída pelas pessoas que se encontram ligadas pelo casamento, pelo parentesco, pela afinidade e pela adoção.”*¹⁸⁵ Contudo, o nosso propósito não é debruçar-nos sobre o estudo do ramo do Direito da Família no ordenamento jurídico infraconstitucional, mas apenas sobre a análise do direito à família à luz da nossa Constituição.

Assim, no plano constitucional, e seguindo a mesma visão do citado autor, é de defender a existência de *“dois grupos de normas Constitucionais respeitantes à família,”* em que *“o mais significativo é aquele que prevê «direitos, liberdades e garantias pessoais».* O autor, evidencia que *“os direitos a excluir os outros dos bens da personalidade. A afirmar-se indivíduo mesmo no seio da família. Enquanto que as normas que prevêm os direitos sociais não são escassas e desprovidas de efectividade. A família é um espaço de desenvolvimento e de realização pessoal dos seus membros. Embora as ligações estabelecidas por estes com vista aos referidos fins mereçam uma certa proteção social. Nesta medida, os problemas normativos diminuem extremamente. As relações pessoais são deixadas à liberdade dos cônjuges que as*

¹⁸⁵ (Campos 2008), pág. 19.

desenvolverão e extinguirão conforme entenderem (as restrições ainda hoje existentes parecem evanescentes).¹⁸⁶

A autora Ana Rita Gil refere-nos que: *“O direito a viver em família é inerente à dignidade humana, e, por isso, é universal e comum a todas as culturas e tradições.”¹⁸⁷*

Salvo o devido respeito por opinião contrária, entendemos que devemos fazer a devida distinção entre o direito a constituir família e o direito a viver em família, uma vez que estes direitos, nomeadamente no plano constitucional, inscrevem-se em catálogos de direitos fundamentais distintos, conforme teremos a oportunidade de analisar mais adiante e com maior rigor.

Assim, o nosso desígnio é demonstrar aquela que deve ser a leitura no plano constitucional do direito à família recorrendo a dois critérios: (i) **“livre direito de exercer/ constituir família”** e, (ii) o **“direito de exercício” da vida familiar**.

Por exemplo, no primeiro caso, (i) temos o direito a constituir família, mas podemos optar por viver sozinhos, viver longe da nossa própria família, nomeadamente, por razões pessoais, ou por simples opção profissional ou outra. No direito a constituir família encontra-se também implícito o direito a ter filhos, mas podemos optar simplesmente por não ter,¹⁸⁸ uma vez mais, por diversas razões pessoais. Temos ainda o direito a contrair casamento e, podemos optar, livremente, por um determinado regime de bens¹⁸⁹, - mas podemos também entender não o fazer ou viver em união de facto.¹⁹⁰ Estes exemplos traduzem o “livre direito de exercer” mediante a componente de liberdade pessoal conferida pela Constituição.

Vejamos mais exemplos práticos, consagrados no catálogo de direitos, liberdades e garantias, que também são apenas “livres direitos de exercer”: (i) todos temos a liberdade de aprender e ensinar¹⁹¹, mas podem escolher aprender e ensinar apenas determinada matéria; (ii) todos temos o direito de exprimir e divulgar livremente o

¹⁸⁶ (Campos 2008), pág. 46 e 47.

¹⁸⁷ (Gil, Imigração e Direitos Humanos 2021), pág. 363.

¹⁸⁸ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 596. *“Cabe outrossim aos cônjuges decidir livremente entre ter filhos e não os ter.”*

¹⁸⁹ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 596. *“... no plano das relações patrimoniais, e sem prejuízo dos limites estabelecidos por lei, o princípio da autonomia da vontade na escolha do regime de bens por parte dos cônjuges decorre implicitamente da segunda parte do n.º 1 do artigo 36.º da Constituição”*

¹⁹⁰ (Campos 2008), pág. 47. No mesmo sentido. *“As relações pessoais são deixadas à liberdade dos cônjuges que as desenvolverão e extinguirão conforme entenderem...”*

¹⁹¹ Cfr. **artigo 43.º**, sob a epígrafe, **“Liberdade de aprender e ensinar” da CRP**. No n.º 1 daquela norma pode ler-se: *“É garantido a liberdade de aprender e ensinar.”*

respetivo pensamento¹⁹², mas podemos entender não o fazer; (iii) todos temos liberdade de religião¹⁹³, no entanto, podemos entender não a exercer; ora, poderíamos continuar a construir e a demonstrar que estes, e tantos outros, são direitos intrínsecos do ser humano, como “direito de exercer” e, com eles, está imediatamente subjacente a liberdade, de os poder exercer ou não, no plano individual.

Por sua vez, no segundo caso, (ii) o “direito de exercício” da vida familiar corresponde a um direito da própria família, como um todo, que não pode ser interpretado em sentido individual. Um exemplo prático do “direito de exercício” da vida familiar é a possibilidade de os seus membros viverem todos juntos num determinado país.

O que almejamos demonstrar é que, se unificarmos o livre direito de exercer/constituir família e o colocarmos no mesmo plano do direito de exercício da vida familiar, iremos colocar todos estes direitos exatamente no mesmo patamar de ordem constitucional. Ora, no nosso entendimento, essa não foi a intenção do legislador constituinte, porque este consagrou o direito à família em dois planos destintos da Constituição, tendo em atenção o ser individual, por um lado, e a unidade familiar, por outro (cfr. artigos 36.º e 67.º da CRP).

3.2 No Direito Interno

Como já evidenciado, o direito à família, pela importância pessoal e social que tem, é, sem margem para qualquer dúvida, uma matéria digna de proteção constitucional, com maior ou menor efetividade consoante o plano em que se insira (individual ou coletivo).

¹⁹² Cfr. **artigo 42.º**, sob a epígrafe, “*Liberdade de criação cultural*” da CRP. No n.º 1 e 2 daquela norma podem ler-se: “1. É livre a criação intelectual, artística e científica. 2. Esta liberdade compreende o direito à invenção, produção e divulgação de obras científicas, literárias ou artísticas, incluindo a protecção legal dos direitos de autor.”

¹⁹³ Cfr. **artigo 41.º**, sob a epígrafe, “*Liberdade de consciência, de religião e de culto*” da CRP. No n.º 1 daquela norma podem ler-se: “1. A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável.”

Os autores Jorge Miranda e Rui Medeiros frisam a importância que foi dada ao direito à família, aquando da implementação do regime democrático, dizendo-nos que: *“À semelhança do que acontece noutros importantes textos constitucionais estrangeiros ou internacionais, a Constituição de 1976 dedica uma **atenção especial à família e ao casamento**. A sua tutela constitucional surge, na ordem jurídica portuguesa, tanto no Título II, sobre direitos, liberdades e garantias (artigo 36.º), como em sede de direitos económicos, sociais e culturais (artigo 67.º e segs.).”*¹⁹⁴

Conforme tivemos a oportunidade de verificar de forma breve, a interpretação feita pela doutrina sobre a consagração do direito à família na nossa Constituição, em dois artigos distintos, não é consensual. Vejamos melhor:

Trazendo preliminarmente à colação a posição dos autores J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, onde citamos parte do comentário ao artigo 67.º da CRP, no qual se afirma, o seguinte: *“No art. 36º, a Constituição garante o direito das pessoas a constituir família; aqui garante o direito das próprias famílias à proteção da sociedade e do Estado e à realização das condições proporcionadoras da realização pessoal dos seus membros. Trata-se de um típico «direito social», ou seja, de um direito positivo que se analisa numa imposição constitucional de actividade ou de prestação por parte do Estado.”*¹⁹⁵ (sublinhado nosso)

Os referidos autores interpretam os artigos 36.º e 67.º da nossa Constituição separando aquele que é o direito de constituir família, ou seja, “livre direito de exercer”, com o direito à realização pessoal dos seus membros, onde se inclui, por exemplo, o direito de convivência com os familiares, sendo este um claro “direito de exercício”.

Por sua vez, os autores Jorge Miranda e Rui Medeiros, no comentário ao artigo 36.º da CRP, dizem-nos que: *“A letra do artigo 36.º, n.º 1, refere-se unicamente ao direito de constituir família e de contrair casamento. Mas **o espaço de autonomia familiar – com o concomitante direito à não intervenção do Estado – não se esgota no momento da constituição da relação familiar. ... os cônjuges não são esbulhados dos seus direitos fundamentais**”*¹⁹⁶ *“Porém, ... A tutela constitucional da família*

¹⁹⁴ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 585.

¹⁹⁵ (Canotilho e Moreira, Constituição da República Portuguesa, Anotada 2007), pág. 856 a 858.

¹⁹⁶ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 595. Os referidos autores dão-nos exemplos de direitos fundamentais dos cônjuges, onde não é admissível qualquer intervenção por parte da

implica assim “a proteção da unidade da família, que tem direito à convivência entre os seus membros” ... os cônjuges têm o direito de viver a sua intimidade sem intervenção do Estado. A própria concretização do dever de coabitação não pode ser imposta pelos poderes públicos...¹⁹⁷ (sublinhado e negrito nosso)

Diversamente, estes últimos autores entendem que o núcleo essencial do direito a constituir família integra também, a “convivência entre os seus membros”. Embora não concordemos com a posição defendida, estes autores fazem uma ressalva “sem intervenção do Estado”.

Ou seja, estes autores entendem que o núcleo essencial do direito a constituir família, integra também, a “convivência entre os seus membros”, demonstrando assim uma visão mais elástica deste direito, contudo, existe uma outra dimensão inerente que os referidos autores não abandonam, e que para nós é fundamental, que consiste no facto de nunca poder existir qualquer intervenção do Estado para a realização do exercício da vida familiar.

Face ao aduzido, não nos subsistem dúvidas de que a CRP consagra, por um lado, o **direito a constituir família e a contrair casamento**,¹⁹⁸ em condições de plena igualdade a todos os cidadãos, sendo este “livre direito de exercer”, plasmado no catálogo dos direitos, liberdades e garantias, mormente, no artigo 36.º, permitindo-nos retirar, desde logo, uma primeira ilação, de que este é um direito com **autonomia face ao Estado**¹⁹⁹, onde é exigível um dever de respeito e de não interferência do Estado e a salvaguarda das liberdades pessoais. Por exemplo, se ambos os cônjuges decidirem pôr termo ao casamento, requerendo a sua dissolução, porque já não se sentem felizes

sociedade e do Estado “(por exemplo, conservam o direito à reserva da intimidade da vida privada, a liberdade de consciência, de religião e de culto ou a liberdade de escolha de profissão e acesso à função pública).”

¹⁹⁷ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 595.

¹⁹⁸ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 589 e 590. “... o legislador constitucional, no artigo 36.º, parece inviabilizar uma leitura que faça depender a constituição de família da celebração de um casamento, revelando assim aberta à pluralidade e diversidade das relações familiares no nosso tempo. ... [por outro lado] ... para o legislador constitucional, o casamento é o quadro institucional mais favorável em que a família se pode desenvolver.”

¹⁹⁹ (Andrade, Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976 s.d.), no mesmo sentido, pág. 173. “(...) Por sua vez, a autonomia da família em face do Estado está consagrada no título II, enquanto os direitos da família ao auxílio estadual estão elencados entre os direitos sociais.”

e realizados, apenas a estes cabe essa decisão.²⁰⁰ Assim, o Estado “por princípio”²⁰¹ não pode interferir, porque este é um “livre direito de exercício” que apenas cabe aos cônjuges.

O artigo 36.º da CRP integra ainda outros direitos basilares no que diz respeito à constituição da família, mormente: (i) os cônjuges têm iguais direitos e deveres quanto à capacidade civil e política²⁰² (ii) os pais têm o direito e o dever de manutenção e educação dos filhos²⁰³; (iii) os filhos não podem ser separados dos pais, salvo as exceções previstas na lei²⁰⁴; (iv) não pode existir qualquer discriminação dos filhos nascidos fora do casamento²⁰⁵. Ora, estes sim, são os verdadeiros direitos inerentes ao direito a constituir família, o “livre direito de exercer” o direito à família.

²⁰⁰ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 600. “... o casamento deixa de ser encarado como uma instituição acima dos próprios cônjuges, para assumir as características de uma instituição que apenas permanece enquanto ambos, de forma livre, e reconhecem como fonte de afeto e realização pessoal.”

²⁰¹ Entendemos fazer a ressalva “por princípio” na medida em que nem sempre, os direitos, liberdades e garantias implicam uma obrigação de não interferência por parte do Estado. No artigo 36.º CRP temos direitos, liberdades e garantias que o Estado tem sempre de assegurar. Por exemplo, ter o direito a casar significa poder aceitar, ou não, a pessoa com quem se vai casar. Se um familiar pretender que alguns dos seus membros case forçosamente com alguém em particular, pode ser requerida a intervenção do Estado para defender aquela pessoa dessa violação da sua liberdade. Inversamente, se uma pessoa quiser divorciar-se, o Estado tem a obrigação de criar os mecanismos legais para esse efeito, a fim de que ninguém possa continuar casado contra a sua vontade. E nesta última vertente, o direito à convivência fica completamente aniquilado, pois que ainda que esteja previsto no artigo 36.º da CRP (os filhos não podem ser separados dos pais, salvo as exceções previstas na lei), um divórcio, ou uma rotura da união de facto, leva, em princípio, à compressão desse direito à convivência.

²⁰² (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 598. No comentário ao n.º 3 do artigo 36.º da CRP, os autores dizem-nos o seguinte: “O princípio contido no n.º 3 do artigo 36.º é, como refere o Tribunal Constitucional, “uma especificação do princípio contido no n.º 2 do artigo 13.º Garantir que, no seio da família, se não estabeleçam elos de subordinação e de dependência (juridicamente tutelados) de um cônjuge em relação a outro é uma forma especial de garantir – no plano mais recôndito da vida familiar – a não discriminação em função do sexo.” Mais adiante, os autores dizem ainda: “...uma injunção positiva: o cônjuge-marido e o cônjuge-mulher devem ter (não podem deixar de ter), face à lei, a mesma dignidade” A presença desta norma, marca a importante transição de um regime de plena igualdade das relações entre os cônjuges característico do regime democrático, em contraposição, clara, com o regime autoritário. (negrito nosso)

²⁰³ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 600 e 601. “... numa leitura do artigo 36.º, n.º 5, da Constituição de harmonia com o artigo 26.º, n.º 3, da DUDH, leitura imposta pelo artigo 16.º, n.º 2, da Constituição, os pais têm prioridade na escolha do género de educação a dar aos filhos... Por isso, os pais têm o primado na determinação do interesse dos filhos.” (negrito nosso)

²⁰⁴ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 604 e 605. “... nos termos do artigo 36.º n.º 6, eventuais restrições ao princípio de que os filhos não podem ser separados dos pais “apenas serão possíveis mediante decisão judicial, nos casos especialmente previstos por lei e verificados os pressupostos expressamente previstos na Constituição” (Ac. n.º 181/97).” Mais adiante e não menos importante é ainda referido o seguinte: “**A Constituição é particularmente restritiva na admissibilidade da separação dos filhos dos pais. A Lei Fundamental estabelece antes de mais uma reserva específica de decisão judicial, exigindo, por isso, que os tribunais tenham, não apenas a última palavra, mas também a primeira na decisão de separação.**” (negrito e sublinhado nosso)

²⁰⁵ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 606. No comentário ao n.º 4 do artigo 36.º da CRP, os autores dizem-nos o seguinte: “O princípio da não discriminação entre filhos está integrado num preceito constitucional respeitante aos direitos, liberdades e garantias, sendo **diretamente**

Contudo, a Constituição prevê, num plano inferior, a consagração do **direito das famílias a terem condições que proporcionem a realização pessoal dos seus membros, onde se incluem a convivência entre estes, e as incumbências do Estado para com as mesmas**. Este último direito, a que chamamos de “direito de exercício da família”, encontra-se plasmado no elenco dos direitos e deveres económicos, sociais e culturais.

Os autores Jorge Miranda e Rui Medeiros, aquando da análise do 67.º em comparação com o 36.º da CRP, defendem que *“O artigo 67.º não diz respeito à liberdade de constituir ou não constituir família, liberdade que impõe ao Estado, e a todos os membros da comunidade política, um dever de não fazer, de não perturbar, de não obstaculizar. O que o artigo 67.º faz, pelo contrário, é impor ao Estado deveres de agir, de prestar e de realizar, deveres esses que são, antes do mais, cumpridos pelo legislador ordinário, quando este adota políticas adequadas à realização dos fins que a Constituição fixou. É claro que tais deveres podem deixar de ser cumpridos, ou podem ser cumpridos de modo insuficiente ou deficitário.”*²⁰⁶ (negrito nosso)

Nesta senda, o artigo 67.º da CRP consagra uma garantia institucional. Aqui, o legislador constituinte estabeleceu uma proteção geral da instituição família, no sentido de estes terem condições que proporcionem a realização pessoal dos seus membros, assegurando, desde logo, o direito dos membros do agregado familiar a viverem juntos²⁰⁷⁻²⁰⁸. Essas garantias institucionais compreendem a proteção em geral da família, e nunca direitos individuais. A concretização destas garantias institucionais inscritas no artigo 67.º da CRP, cabe ao legislador democrático no sentido de proteger, pela positiva, a família e a vida familiar. Incumbe, nomeadamente, ao Estado para proteção da família enquanto unidade: cooperar para a sua independência social e económica, promover a criação de creches e de escolas públicas, cooperar com os pais

aplicável, isto é, dispondo de “eficácia imediata, não carecendo de mediação, desenvolvimento ou concretização legislativa para esse feito, e vincula as entidades públicas e privadas” (Ac. n.º 359/91).”

²⁰⁶ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 981.

²⁰⁷ (Canotilho e Moreira, Constituição da República Portuguesa, Anotada 2007), pág. 857 e 858. No mesmo sentido, os autores referem no comentário ao artigo 67.º CRP: “A manifestação mais relevante desta ideia é o direito à convivência, ou seja, o direito dos membros do agregado familiar a viverem juntos. Este direito (que, aliás, comporta uma dimensão negativa, como direito a não serem impedidos de se juntarem) exige a realização das condições que permitam a convivência, sobretudo dos cônjuges. Ele assume particular importância no caso dos emigrantes...”

²⁰⁸ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 984. No mesmo sentido, os autores referem no comentário ao artigo 67.º CRP: “O legislador constitucional, como resulta da própria formulação do n.º 1 do artigo 67.º (“a família [...] tem direito [...]), preocupa-se com a proteção da família enquanto unidade, incluindo, naturalmente, a vivência familiar, isto é, a vida conjunta do agregado familiar (Ac. n.º 829/96).”

na educação dos filhos, garantir o direito ao planeamento familiar, regular os impostos e os benefícios sociais em função da composição de cada agregado familiar, entre outros.

Note-se, contudo, que estas garantias institucionais que correspondem a “*uma série de incumbências do Estado*” são “*prestações não vinculadas, o artigo 67.º só ganha, em princípio, um conteúdo positivo através da interpositio do legislador... não conferindo um direito imediato a uma prestação efetiva, visto que não é diretamente aplicável nem exequível por si mesmo.*”²⁰⁹

Encontrar-se-á, pois, a explicação clara pela qual o legislador constituinte tratou o conceito de família em dois capítulos diferentes na mesma fonte de direito. Por um lado, no artigo 36.º da CRP onde encontramos um conteúdo constitucionalmente determinável e, no artigo 67.º da CRP estamos apenas perante prestações sujeitas a determinação e concretização política.

Trazendo à colação o autor Diogo Leite de Campos, o mesmo utiliza duas simples expressões para explicar esta dupla referência Constitucional. Este autor refere que existem os chamados, “*direitos de ser humano*” e os “*direitos do ser humano (perante outrem)*”.²¹⁰

Deste modo, podemos referir que o **artigo 36.º da CRP**, que trata do **direito a constituir família**, consagra um direito negativo, juridicamente determinado, diretamente aplicável na ordem jurídica e imediatamente realizável (bastando apenas a vontade das partes em constituir a sua família), sendo um direito com referência pessoal ao “homem individual”. O referido direito é exercido de forma livre e independente, são os chamados direitos executáveis *per si*, daí a expressão utilizada pelo mencionado autor, ao referir que são os “*direitos de ser humano*”. É um direito que no plano constitucional articula-se com os princípios estruturantes do Estado de Direito como, por exemplo, o princípio da liberdade e o princípio da igualdade.

Já num plano constitucional inferior, o **artigo 67.º da CRP**, que **consagra a família como elemento fundamental da sociedade, ou melhor, a proteção da família**

²⁰⁹ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017) pág. 981.

²¹⁰ (Campos 2008), pág. 99 e 100.

enquanto unidade ou instituição, estabelece todo um conjunto de garantias institucionais que necessitam de precedência de lei para serem realizáveis que, em determinados aspetos apenas será alcançável com as políticas que o Estado venha a desenvolver (ou seja, as prestações sujeitas a determinação política que poderão ou não ser efetivamente garantidas). Esta é uma garantia que no plano constitucional se articula com os princípios da solidariedade, da igualdade material e do bem-estar das famílias.

Face ao aduzido, cumpre concluir que as normas constitucionais analisadas, integram catálogos de direitos distintos, sendo o primeiro um direito, liberdade e garantia (consagrado no art.º 36.º da CRP) e, o segundo, uma garantia institucional (estabelecido no art.º 67.º da CRP). Daí que se possa afirmar que existe um primado da liberdade sobre a igualdade material.

3.3 Nos Direitos Internacional e Europeu

Antes de avançarmos no tema do direito à família no plano dos Direitos Internacional e Europeu, cumpre desenvolver a sua correlação com o Direito Interno.

Desde logo, será de aludir à ideia de relação de vinculação constitucional ao Direito Internacional, sobre a qual, a autora Cristina Queiroz, refere o seguinte: “(...) o *Direito Internacional não estabelece nenhum princípio quanto à aplicação interna das suas normas e princípios jurídico-fundamentais. Limita-se unicamente a remeter a questão da recepção das suas normas e princípios ordenativos básicos para o domínio do Direito (constitucional) interno dos Estados.*”²¹¹

Acrescentando a mesma autora que, por força das disposições contidas nos artigos 7.º e 8.º da nossa CRP, e de acordo com a Convenção de Viena sobre o Direito

²¹¹ (Queiroz, *Direito Constitucional Internacional* 2016), pág. 151. Seguidamente, a autora diz-nos ainda que: “O *Direito Internacional sanciona unicamente o Estado que não cumpre os seus deveres jurídico-internacionais. Isto é, o Direito Internacional não impõe um “efeito directo” (: monismo) nem “indirecto” (: dualismo), implicando este último “transposição” das suas normas e princípios para o domínio da ordem jurídica nacional.*” (sublinhado nosso)

dos Tratados, em matéria de vinculação constitucional, o “*Direito Constitucional interno impõe, (...), uma situação jurídica de “conformidade” face ao Direito Internacional.*” Mais adiante e no plano do Direito da União Europeia, a referida autora diz-nos ainda que: “*O Direito da União Europeia é directamente aplicável no quadro de Direito Interno, sendo por isso dotado de validade jurídica directa.*”^{212_213_214}

Ora, a DUDH²¹⁵ é um instrumento de referência, não muito pormenorizado, que contempla os direitos humanos básicos, visando a manutenção da paz, da democracia e o desenvolvimento dos povos. A este respeito, o autor Jorge Miranda, refere que: “*(...) a Declaração Universal dos Direitos do Homem (...) enuncia e precisa os grandes princípios de respeito pela pessoa e pela sua dignidade (arts. 1.º, 2.º, 28.º, 29.º, e 30) (...) apresenta um primeiro catálogo de direitos, reconduzíveis uns a direitos, liberdades e garantias (art. 3.º e 21.º) e outros a direitos económicos, sociais e culturais (arts. 22.º a 27.º).*”²¹⁶

Por outro lado, em matéria de direito à família, pode ler-se, no artigo 16.º da DUDH, o seguinte: “*1. A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de casar e de constituir família, sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião. Durante o casamento e na altura da sua dissolução, ambos têm direitos iguais. 2. O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos futuros esposos. 3. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à protecção desta e do Estado.*”

A DUDH, pois, com espírito semelhante ao que foi acolhido nos artigos 36.º e 67.º da CRP, consagra também o direito a constituir família (o direito a criar, a dar existência, a formar uma família) e a sua protecção perante a sociedade e o Estado. Tal consagração

²¹² (Queiroz, Direito Constitucional Internacional 2016), pág. 152 e 153.

²¹³ (Queiroz, Direito Constitucional Internacional 2016), pág. 154. “*E isto é tanto ou mais relevante quanto se sabe que o Direito da União Europeia tem de ser aplicado pelos órgãos nacionais – legislativos, executivos e judiciais – impondo a aplicação directa das suas normas e princípios ordenativos básicos na ordem jurídica nacional.*”

²¹⁴ Cfr. artigo 288.º/§2 do TFUE, pode ler-se: “*O regulamento tem carácter geral. É obrigatório em todos os seus elementos e directamente aplicável em todos os Estados membros.*” (sublinhado nosso)

²¹⁵ (Oliveira 2018), pág. 16 e 17. “*Apesar de a Declaração não ter, formalmente, no plano internacional, força vinculativa, foi um instrumento impulsionador e uma referência para outros instrumentos internacionais que, a partir dela, se haveriam de elaborar no quando da Organização das Nações Unidas (...) A Constituição Portuguesa reconhece valor hermenêutico particular DUDH na interpretação e integração dos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais (artigo 16.º, número 2). A DUDH serviu de inspiração aos constituintes na elaboração do catálogo de direitos fundamentais que consta da Constituição portuguesa e o legislador constituinte quis que essa matriz não fosse esquecida.*” (sublinhado nosso)

²¹⁶ (J. Miranda, Curso de Direito Internacional Público 2021), pág. 334.

constitui um marco importante que dá força internacional a este direito, podendo ser observada numa ótica comum em qualquer parte do mundo.

Acresce que o direito à família encontra-se também presente em outros textos normativos internacionais e europeus²¹⁷, como por exemplo:

- (i) CEDH – no n.º 1 do artigo 8.⁰²¹⁸⁻²¹⁹ e no artigo 12.⁰²²⁰;
- (ii) PIDCP - nos n.ºs 1 e 2 do artigo 23.⁰²²¹;
- (iii) PIDESC – no n.º 1 do artigo 10.⁰²²²;
- (iv) CSE – no artigo 16.⁰²²³;
- (v) CDFUE – no artigo 9.⁰²²⁴

Nestes termos, face à semelhança entre as disposições contida nos artigos 36.º e 67.º da CRP e o artigo 16.º DUDH e os diplomas anteriormente analisados (textos internacionais e europeus), mantemos e reforçamos a interpretação que fizemos até ao momento sobre o direito a constituir família. A maioria dos diplomas, à semelhança da nossa Constituição (mormente, no n.º 1 do artigo 36.º), inscreve a expressão “**constituir família**”. Ora, como referido até ao momento, este é um direito inerente à pessoa, um

²¹⁷ (Oliveira 2018), pág. 19 e 20. “(...) os instrumentos de direito internacional de direitos humanos têm como destinatários os Estados e estes estão vinculados ao respeito pelos direitos neles consagrados em todos os seus domínios de atuação, perante todos os indivíduos que se encontrem sob sua jurisdição.”

²¹⁸ CEDH - Artigo 8.º/1 “**Direito ao respeito pela vida privada e familiar**”

“Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.”

²¹⁹ (Gil, Estudos sobre Direito da Imigração e do Asilo 2021), pág. 27. A autora refere-nos aquela que tem sido a interpretação TEDH, sobre o artigo 8.º CEDH, onde pode ler-se: “(...) o art.º 8.º não estabelece um direito geral de entrada e permanência no território dos Estados signatários, e por outro, estes gozarem de ampla margem de 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.”

²²⁰ CEDH - Artigo 12.º “**Direito ao casamento**” – “A partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e de constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito.” (sublinhado nosso)

²²¹ PIDCP – Artigo 23.º/1/2

1 - A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e tem direito à protecção da sociedade e do Estado. 2 - O direito de se casar e de fundar uma família é reconhecido ao homem e à mulher a partir da idade núbil. (sublinhado nosso)

²²² PIDESC – Artigo 10.º/1

“Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem que: 1 - Uma protecção e uma assistência mais amplas possíveis serão proporcionadas à família, que é o núcleo elementar natural e fundamental da sociedade, particularmente com vista à sua formação e no tempo durante o qual ela tem a responsabilidade de criar e educar os filhos. O casamento deve ser livremente consentido pelos futuros esposos.” (sublinhado nosso)

²²³ CSE – Artigo 16.º “**Direito da família a uma protecção social, jurídica e económica**”

“Com vista a assegurar as condições de vida indispensáveis ao pleno desenvolvimento da família, célula fundamental da sociedade, as Partes comprometem-se a promover a protecção económica, jurídica e social da vida de família, designadamente por meio de prestações sociais e familiares, de disposições fiscais, de encorajamento à construção de habitações adaptadas às necessidades das famílias, de ajuda aos lares de jovens ou de quaisquer outras medidas apropriadas.”

²²⁴ CDFUE – Artigo 9.º “**Direito de contrair casamento e de constituir família**”

O direito de contrair casamento e o direito de constituir família são garantidos pelas legislações nacionais que regem o respetivo exercício. (sublinhado nosso)

“livre direito de exercer”. Não existem razões para fazermos uma interpretação diferente daquela que fizemos no âmago do direito interno sobre o direito à família. Os demais direitos à família elencados nos diplomas enunciados, não deixam de ser direitos e garantias institucionais, inscrevendo o direito das próprias famílias à proteção da sociedade e do Estado.

4. O DIREITO AO REAGRUPAMENTO FAMILIAR

4.1 Esclarecimento

Antes de passarmos à análise do direito ao reagrupamento familiar à luz do quadro jurídico atualmente em vigor, queremos dar nota da diferenciação entre **(i) reunião familiar** e **(ii) reagrupamento familiar**. Esta distinção não encontra consagração legal, sendo que apenas da leitura dos diplomas sobre a matéria de entrada e saída de estrangeiros é que percebemos que: *(i)* a reunião familiar decorre de uma autorização de entrada especial que permite visitas, dos respetivos familiares, a cidadãos da UE²²⁵; enquanto que *(ii)* o reagrupamento familiar resulta da possibilidade, conferida ao estrangeiro que reside legalmente em Portugal, de exercer o seu direito à vida familiar com “alguns” dos seus membros, que se encontram fora do território nacional, permitindo que os mesmos requeiram autorização para, consigo, residirem legalmente em território nacional.

4.2 Enquadramento

Em termos gerais importa desde já referir que o reagrupamento familiar se traduz numa verdadeira migração familiar que apresenta características e problemas que deverão merecer toda a nossa melhor atenção.²²⁶

²²⁵ Lei n.º 37/2006, de 09 de agosto - Regula o exercício do direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União Europeia e dos membros das suas famílias no território nacional e transpõe para a ordem jurídica interna a Diretiva n.º 2004/38/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril.

²²⁶ O observatório da Imigração, apresentou uma publicação, em abril de 2014, sobre “*Impacto das políticas de reagrupamento familiar em Portugal*” onde apresenta a evolução e as dificuldades em torno desta matéria.

Disponível em:

<https://www.om.acm.gov.pt/documents/58428/177157/ESTUDO+53.pdf/966d8e07-8fea-4088-ad3f-1e2149ce6b38>

Em primeiro lugar, este direito traduz-se numa migração conjunta na medida em que as normas legais atualmente em vigor, abrangem um grande número de membros da família do requerente do direito ao reagrupamento familiar que poderão vir a beneficiar do mesmo. Este facto, leva a que seja difícil quantificar o número concreto de pessoas e, por conseguinte, poderá, no limite, levar o país a perder alguma da sua capacidade de controlo e gestão nesta matéria.

É também importante refletirmos na estratégia política adotada sobre esta matéria, na medida em que, se num determinado momento, como aquele que vivemos nos dias de hoje, é necessário combater o envelhecimento populacional, tomando como medidas políticas, a autorização de entrada de pessoas ao abrigo deste direito com o objetivo de contribuírem economicamente e rejuvenescerem o país, a verdade é que, não nos podemos esquecer que estamos perante uma migração permanente ou de longo-prazo, com diferentes faixas etárias e, mais tarde, poderão vir a revelar-se decisões menos acertadas.

Em segundo lugar, devemos de ter uma especial atenção ao processo de integração destes cidadãos e das suas famílias na nossa sociedade (monitorizando sempre o risco de pobreza e de exclusão social), para não correremos o risco de nos tornarmos numa sociedade paralela. Somos do entendimento que devem ser criadas políticas concretas nesta matéria, porque, se existir uma grande comunidade de imigrantes no nosso país de determinada origem, os mesmos perdem o interesse em se integrarem e socializarem com a comunidade local.

Em terceiro lugar, importa dar nota que os beneficiários do direito ao reagrupamento familiar chegam ao nosso país apenas pela questão do parentesco e não, necessariamente, pela decisão de também desejarem querer imigrar. Este facto, poderá gerar uma sobrecarga no sistema social por não serem, por exemplo, um ativo no mercado de trabalho.

É por estas e outras razões que esta matéria é bastante controversa no seio da opinião pública e política e, em abstrato, poderá ser encarada de diferentes formas. (i) A primeira, vai ao encontro da análise ao direito ao reagrupamento familiar, aferida pelo autor Edgar Valles, definindo-o como “*um grande reforço dos instrumentos de imigração legal.*”²²⁷ (ii) Existe uma outra visão que entende que o exercício do direito ao

Acesso em: 20/01/2024.

²²⁷ (Valles 2021) pág. 161.

reagrupamento familiar poderá colocar em risco a própria coesão social de um país. (iii) E ainda, que o direito ao reagrupamento familiar também poderá ser encarado como a concretização de direitos como o exercício do direito da vida familiar e a liberdade de circulação de pessoas. Note-se, que, estas visões, atuais nos dias de hoje, foram analisadas detalhadamente pelo Observatório das Migrações,²²⁸ traduzindo-se nas experiências vividas em matéria de imigração em determinados países europeus, ao longo dos anos, e visam contribuir para a idealização daquela que seria a melhor forma de tratar este tipo de matérias que continua em constante construção.

Atualmente, em Portugal, o poder político em exercício de funções é do entendimento de que se deve continuar com a atual política de imigração, onde se inclui o reagrupamento familiar, uma vez que, a mesma tem equilibrado a estrutura social do país, nomeadamente, ao nível da proteção social dos direitos de todos os cidadãos. A este respeito, no relatório estatístico 2023 do Observatório das Migrações²²⁹, pode ler-se, nomeadamente, que *“a população estrangeira residente em Portugal continua a ter um papel importante para contrabalançar as contas do sistema de Segurança Social, contribuindo para um relativo alívio do sistema e para a sua sustentabilidade. Atendendo à grande pressão com que se confronta o sistema de Segurança Social português face aos efeitos do envelhecimento demográfico que induzem a um saldo financeiro para o total da população com valores negativos e com tendência a agravar-se, os contributos da imigração e dos estrangeiros residentes para as contas da segurança social são particularmente importantes.”*

No entanto, no que tange ao tema que temos sob investigação, o mesmo relatório reconhece que *“As razões de entrada de estrangeiros no país mantêm-se principalmente associadas ao estudo, ao reagrupamento familiar e a reformados: em 2019 estes três tipos de vistos representaram em conjunto 85,1% do total de vistos de residência atribuídos nos postos consulares (46,6% de vistos para estudo, 14% de vistos para reformados e 24,5% de vistos para reagrupamento familiar), repetindo-se a tendência no ano de 2020, quando representaram 88% do total de vistos (53,6% de*

²²⁸ Disponível em:

<https://www.om.acm.gov.pt/documents/58428/177157/ESTUDO+53.pdf/966d8e07-8fea-4088-ad3f-1e2149ce6b38>

Acesso em: 28/01/2024.

²²⁹

Disponível em:

https://www.om.acm.gov.pt/documents/58428/383402/Sum%C3%A1rio+REIII_2023_OM.pdf/446f0645-c79b-4e81-ae5a-320b79d48184

Acesso em: 16/02/2024.

vistos para estudo, 12,8% para reformados e 21,6% de vistos para reagrupamento familiar), em 2021 quando significaram 82,4% do total de vistos de residência atribuídos (46,5% de vistos de estudo, 21,5% para reformados e 14,4% para reagrupamento familiar), e em 2022 foram 78,7% dos vistos (31,8% de vistos de estudo, 19,2% para reformados e 27,7% para reagrupamento familiar). Estando Portugal numa situação de acentuado envelhecimento demográfico, importa reconhecer que nem todos os perfis imigratórios poderão aliviar a situação demográfica do país: os estrangeiros reformados tendem a reforçar a importância relativa de idosos residentes e, ao contrário da população imigrante em idade ativa e em idade fértil que tradicionalmente o país recebeu nas últimas décadas, não atenuam o envelhecimento demográfico do país, mas antes acentuam-no.” (sublinhado nosso)

Face ao exposto, em matéria do direito ao reagrupamento familiar, dadas as especificidades que acabamos de elencar, entendemos que, em termos políticos, a mesma deverá ser tratada e analisada de forma distinta da imigração em geral. E, essa análise deverá ser sempre feita, antes demais, de acordo com o enquadramento correto deste direito na ordem jurídica interna que passaremos a analisar nos pontos seguintes.

4.3 O direito ao reagrupamento familiar na ordem jurídica

Feito este enquadramento, importa perceber, desde quando é que existem referências no nosso ordenamento jurídico interno sobre a presente matéria. Sendo de ressaltar que o nosso objetivo não é desenvolver a evolução histórica do direito ao reagrupamento familiar, mas apenas apontar no tempo as referências do mesmo no ordenamento jurídico interno.

Fomos surpreendidos com a existência de um diploma datado de 1981²³⁰, portanto, anterior à entrada de Portugal para a CEE, em 1986, em cujo artigo 32.º já se

²³⁰ O Decreto-Lei n.º 264-B/81 de 3 de setembro – “Sumário: Estabelece disposições relativas à entrada, permanência, saída e expulsão de estrangeiros do território nacional.”

fazia a menção ao critério de “laços familiares” para a concessão de uma autorização de residência²³¹.

Posteriormente, encontramos um outro diploma, datado de 1993²³², cujo artigo 28.º previa a figura do reagrupamento familiar²³³.

Assim, chegamos a uma primeira conclusão, nomeadamente, que estamos perante um direito com, pelo menos, 30 anos de existência no seio do nosso ordenamento jurídico.

Num estudo sobre a evolução da lei de estrangeiros realizado pelo Observatório da Imigração, pode ler-se o seguinte: “O Decreto-lei n.º 244/98, de 8 de agosto, com as alterações introduzidas pela Lei n.º 97/99, de 26 de julho, pelo Decreto-lei n.º 4/2001, de 10 de janeiro e pelo Decreto-lei n.º 34/2003, de 25 de fevereiro, revogado pela Lei n.º 23/2007, de 4 de julho (com as alterações introduzidas pela Lei n.º 29/2012, de 9 de agosto), simboliza a dignificação e autonomização do Reagrupamento Familiar. A alteração efetuada em 2007 caracteriza a última década e inicia uma nova era de valorização da família como instituição essencial na integração dos imigrantes no país de destino. Começando pela transposição da Diretiva n.º 2003/86/CE, destaca-se a simplificação dos procedimentos de reagrupamento familiar para os familiares de cidadãos estrangeiros que residam fora do território nacional e a possibilidade de efetuar o Reagrupamento Familiar dentro do território nacional, ou seja, a superação da obrigatoriedade de obtenção de um tipo específico de visto para o reagrupamento Familiar.”²³⁴

²³¹ Pode ler-se no artigo 32.º o seguinte: “Na apreciação do pedido o Serviço de Estrangeiros atenderá, designadamente, aos seguintes critérios: a) Cumprimento, por parte do interessado, das leis portuguesas, nomeadamente das referentes a estrangeiros; b) Meios de subsistência de que o interessado disponha; c) Finalidades pretendidas com a estada e sua viabilidade; d) Laços familiares existentes com os residentes no País, nacionais ou estrangeiros.”

²³² O Decreto-Lei n.º 59/93 de 3 de março – “Sumário: Estabelece o novo regime de entrada, permanência, saída e expulsão de estrangeiros do território nacional.” Mais adiante, no artigo 116.º, sob a epígrafe “Revogação” diz-nos que foram revogados: a) O Decreto-Lei n.º 264-B/81, de 3 de setembro; b) O Decreto-Lei n.º 333/82, de 19 de agosto; c) O Decreto-Lei n.º 312/86, de 24 de setembro.

²³³ O artigo 28.º, sob a epígrafe “Concessão de visto de residência”, podia ler-se: “1 - Na apreciação do pedido de visto de residência atender-se-á, designadamente, aos seguintes critérios: a) Finalidade pretendida com a estada e a sua viabilidade; b) Meios de subsistência de que o interessado dispõe para viver no País; c) Condições de alojamento; d) Facilitação de reagrupamento familiar. 2 - Para os efeitos no disposto na alínea d) do número anterior, consideram-se os seguintes membros da família do residente: a) Cônjuge e filhos ou adoptados menores, ou incapazes; b) Ascendentes do residente ou do seu cônjuge, desde que se encontrem a seu cargo.” (sublinhado nosso)”

²³⁴ Disponível em:

<https://www.om.acm.gov.pt/documents/58428/177157/ESTUDO+53.pdf/966d8e07-8fea-4088-ad3f-1e2149ce6b38>

Acesso em: 28/01/2024.

Neste seguimento, importa perceber em que consiste e onde se encontra, atualmente, consagrado o direito ao reagrupamento familiar.

O reagrupamento familiar encontra-se consagrado, no nosso ordenamento jurídico, nos artigos 98.^o²³⁵ a 108.^o da Lei n.^o 23/2007, de 4 de julho – que aprova o regime jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional, que corresponde em linhas gerais, ao direito de um cidadão estrangeiro, titular de uma autorização de residência válida em Portugal, poder reagrupar com os membros da família que se encontrem fora do território nacional ou que tenham entrado legalmente em território nacional e que dele dependam ou coabitem.

O direito ao reagrupamento familiar resulta, nos termos da al. a) do n.^o 1 do artigo 2.^o do referido diploma, da transposição para a ordem jurídica interna, da Diretiva 2003/86/CE, do Conselho, de 22 de setembro de 2003^{236,237}.

O Observatório das Migrações no âmbito de um estudo sobre a importância do reagrupamento familiar na União Europeia, revela que *“O facto de este ter sido o primeiro instrumento legislativo adotado sobre a imigração legal pelos países da União Europeia... Esta diretiva torna-se um sistema comum mínimo de obrigações para com os imigrantes legais mas não obriga os Estados-membros com sistemas mais generosos a reduzir os direitos constantes das respetivas legislações nacionais.”*²³⁸

Na análise da transposição da referida diretiva da UE a autora Ana Rita Gil evidencia que: *“A Diretiva sobre o direito ao reagrupamento familiar (2003/86/CE) foi adotada em 2003, após três anos de negociações, através do procedimento previsto no artigo 67.^o do TCE, e por isso, mediante decisão unânime do Conselho. Este*

²³⁵ É no artigo 98.^o sob a epígrafe **“Direito ao reagrupamento familiar”**, daquele diploma, que se encontra consagrado o seguinte: *“1 - O cidadão com autorização de residência válida tem direito ao reagrupamento familiar com os membros da família que se encontrem fora do território nacional, que com ele tenham vivido noutro país, que dele dependam ou que com ele coabitem, independentemente de os laços familiares serem anteriores ou posteriores à entrada do residente. 2 - Nas circunstâncias referidas no número anterior é igualmente reconhecido o direito ao reagrupamento familiar com os membros da família que tenham entrado legalmente em território nacional e que dependam ou coabitem com o titular de uma autorização de residência válida. 3 - O refugiado, reconhecido nos termos da lei que regula o asilo, tem direito ao reagrupamento familiar com os membros da sua família que se encontrem no território nacional ou fora dele, sem prejuízo das disposições legais que reconheçam o estatuto de refugiado aos familiares.”*

²³⁶ Diretiva 2003/86/CE, do Conselho, de 22 de setembro, relativa ao direito ao reagrupamento familiar

²³⁷ No quadro político da UE estas diretivas mais não são do que instrumentos de regulação do processo de imigração.

²³⁸ Disponível em:

<https://www.om.acm.gov.pt/documents/58428/177157/ESTUDO+53.pdf/966d8e07-8fea-4088-ad3f-1e2149ce6b38>

Acesso em: 28/01/2024.

*condicionamento dificultou extremamente as negociações, pelo que o resultado final ficou bastante aquém do objetivo inicial. De facto, a Diretiva desenhou um tímido direito ao reagrupamento familiar, baseada no mínimo denominador comum das políticas dos Estados-membros, repleto de cláusulas opcionais e derogatórias.*²³⁹ (sublinhado nosso)

Aproveitando o ensejo concedido por esta autora, e analisando sumariamente, o artigo 67.º do TFUE, resulta de forma clara que a posição da UE assenta na construção de um espaço de liberdade, segurança e justiça, e ausência de controlos de pessoas nas fronteiras internas e numa política comum em matéria de asilo, imigração e controlo de pessoas nas fronteiras externas, ou seja, estas últimas, com referência aos nacionais de países terceiros que residam legalmente na UE. Já quanto à apreciação da Diretiva 2003/86/CE é transferida para os respetivos Estados-Membros a forma de regulamentação da referida matéria e a autorização, ou não, dos respetivos pedidos de reagrupamento familiar, isto porque, cada Estado tem a sua própria interpretação e definição do conceito de família e de membros da família, sendo os direitos e as políticas de integração dos imigrantes um assunto exclusivo da esfera de cada Estado.

Importa referir que a transposição de atos jurídicos da UE, para a ordem jurídica exige ato legislativo, nos termos do n.º 8 do artigo 112.º da CRP²⁴⁰. No caso concreto, verificamos que a transposição da Diretiva para o direito interno assumiu corretamente a forma de lei, pelo que, mostra-se acertada a forma de consagração do direito em análise no plano legal, tendo em atenção as regras inscritas na CRP. Deste modo, resulta que o **direito ao reagrupamento familiar é um direito proveniente, primeiramente²⁴¹, de fonte de direito internacional.**²⁴²

Deste modo, é importante compreender de imediato como é feita a receção de normas de direito internacional no seio da ordem jurídica interna.

²³⁹ (Gil, Estudos sobre Direito da Imigração e do Asilo 2021), pág. 54.

²⁴⁰ Cfr. n.º 8 do artigo 112.º CRP: “A transposição de atos jurídicos da União Europeia para a ordem jurídica interna assume a forma de lei, decreto-lei ou, nos termos do disposto no n.º 4, decreto legislativo regional.”

²⁴¹ Entendemos colocar a ressalva “primeiramente” porque há também a fonte normativa ordinária interna, e essa podemos assumir que seja a posteriori.

²⁴² (Gil, Estudos sobre Direito da Imigração e do Asilo 2021) op. citação pág. 67. “O direito ao reagrupamento familiar encontra-se garantido não só na lei interna, mas também, como se viu, em normas europeias. Isso implica que o nosso Direito Constitucional não possa ficar indiferente à conformação que essas normas fazem desse direito.”

4.3.1 A receção de normas de Direito Internacional na ordem jurídica

Como tivemos a oportunidade de verificar, o direito ao reagrupamento familiar resulta, nos termos da al. a) do n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, da transposição para a ordem jurídica interna, da Diretiva 2003/86/CE, do Conselho, de 22 de setembro de 2003^{243,244}.

Nessa medida, entendemos necessário abordar, nesta sede, as formas de receção das normas de Direito Internacional na nossa ordem jurídica interna, de acordo com o plasmado no artigo 8.º da CRP.

O disposto no n.º 1 do referido preceito consigna a cláusula geral de receção plena, conforme entendimento unânime da doutrina²⁴⁵, mercê do texto adotado pelo legislador constituinte: “*As normas e os princípios de Direito Internacional geral ou comum fazem parte integrante do Direito português.*” A presente disposição tem como fim rececionar a chamada “*ordem pública da comunidade internacional*”, um Direito Internacional geral que surge da vontade dos Estados no seu conjunto²⁴⁶ e que assenta em valores e princípios fundamentais, o denominado *ius cogens*²⁴⁷.

Note-se que o *ius cogens* é referenciado, desde logo, nos artigos 53.⁰²⁴⁸ e 64.⁰²⁴⁹ da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados constituída em 23 de maio de

²⁴³ Diretiva 2003/86/CE, do Conselho, de 22 de setembro, relativa ao direito ao reagrupamento familiar.

²⁴⁴ No quadro político da UE estas diretivas mais não são do que instrumentos de regulação do processo de imigração.

²⁴⁵ (Pereira e Quadros 2018), pág. 108.

²⁴⁶ (L. B. Rodrigues 2023), pág. 35. “*Um Direito voluntariamente criado pelos Estados e que estes podem a qualquer tempo fazer cessar, no limite, extinguindo a organização internacional.*”

²⁴⁷ (Pereira e Quadros 2018), pág. 277 e 278. “*Ius cogens ou Direito cogente significa Direito imperativo. (...) A admissão de um Direito Internacional imperativo representa a aceitação do princípio de que a Comunidade Internacional assenta em “valores fundamentais” ou “regras básicas”, que compõem a “ordem pública da Comunidade Internacional” ou “ordem pública internacional”, e que, dessa forma, obrigam todos os sujeitos do Direito Internacional, limitando inclusivamente a liberdade dos Estados e das Organizações Internacionais quer na conclusão de tratados, quer na prática de atos unilaterais.*”

²⁴⁸ Artigo 53.º

Tratados incompatíveis com uma norma imperativa de direito internacional geral (*ius cogens*)

É nulo todo o tratado que, no momento da sua conclusão, seja incompatível com uma norma imperativa de direito internacional geral. Para os efeitos da presente Convenção, uma norma imperativa de direito internacional geral é uma norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados no seu todo como norma cuja derrogação não é permitida e que só pode ser modificada por uma nova norma de direito internacional geral com a mesma natureza.

²⁴⁹ Artigo 64.º

Superveniência de uma norma imperativa de direito internacional geral (*ius cogens*)

1969, aprovada para ratificação pela Resolução da Assembleia da República n.º 67/2003, e ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 46/2003).^{250_251}

Neste sentido, os autores André Gonçalves Pereira e Fausto Quadros elencam o conjunto de normas e princípios do Direito Internacional, acolhidos pela comunidade internacional, como: “(...) os *princípios gerais de Direito*; os *princípios gerais de Direito Internacional*; a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*; e os *tratados internacionais universais ou para-universais, aceites pela Comunidade Internacional como Direito Internacional geral, como é o caso da Carta das Nações Unidas e dos já citados Pactos Internacionais sobre Direitos do Homem, aprovados pelas Nações Unidas, em 1966.*”²⁵²

Sendo que, quando se fala de Comunidade Internacional, devemos incluir todos os Estados, mesmo aquela minoria de Estados não democráticos, principalmente os que não ratificaram a Declaração Universal dos Direitos do Homem e os Pactos de 1966; aos quais, no caso de violação de normas de *Ius cogens*, deverão ser aplicadas medidas sancionatórias.²⁵³ No caso de o Estado infrator ser um dos que não ratificaram o respetivo instrumento internacional, deverão os Estados que o ratificaram, no mínimo, censurar tal atuação.

Neste seguimento, os autores André Gonçalves Pereira e Fausto Quadros referem ainda que “o *Ius cogens* ocupa o topo da hierarquia das fontes”, sendo, no entanto, necessário perceber o que acontece na “*hierarquia abaixo do Ius cogens*”. Quanto a isso, os referidos autores afirmam: “(...) a *força do costume é superior à do tratado, pois este nem sempre pode revogar aquele. (...) os princípios gerais de direito se aplicam acima do costume e do tratado, salvo quando aqueles e estes forem Ius cogens, porque então estarão todos ao mesmo nível (...) Daqui resulta, entre outras consequências, que o tratado que for celebrado em violação de um princípio geral do Direito é nulo.*”²⁵⁴

Se sobrevier uma nova norma imperativa de direito internacional, geral, qualquer tratado existente que seja incompatível com essa norma torna-se nulo e cessa a sua vigência.

²⁵⁰ Disponível em:

<https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documentos/instrumentos/rar67-2003.pdf> Acesso em: 03/12/2023.

²⁵¹ (L. B. Rodrigues 2023), pág. 35. No mesmo sentido: “No plano global da comunidade internacional, é integrado pelo *Ius cogens*, pelo acervo de comandos cogentes, imperativos, obrigatórios, inelimináveis – embora passíveis de modificação – que travejam o relacionamento internacional (art. 53.º e 64.º, Convenção de Viena de 1969 e de 1986).”

²⁵² (Pereira e Quadros 2018), pág. 109.

²⁵³ (Pereira e Quadros 2018), pág. 282 e 285.

²⁵⁴ (Pereira e Quadros 2018), pág. 286 e 287.

No n.º 2 da referida norma constitucional pode ler-se: *“As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português.”* E o n.º 3 daquela norma preceitua que: *“As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram diretamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respetivos tratados constitutivos.”*

As duas últimas disposições citadas tratam de matéria distinta. A primeira reconduz-se, designadamente, ao Direito Comunitário originário, mormente, os tratados e acordos simplificados que se caracterizam pelo seu sistema geral de receção plena, sendo instrumentos internacionais que apenas vigorarão na ordem interna a partir do momento em que obrigarem Portugal, e após a devida publicação.²⁵⁵ Diferentemente, o n.º 3 do artigo 8.º da CRP refere-se ao chamado Direito Comunitário derivado, ou seja, às normas e aos atos emanados pelos órgãos institucionais das Comunidades Europeias, que obedecem a um sistema de aplicabilidade direta, em que não é necessária a intervenção de qualquer ato por parte do Estado. O regime de vigência das normas a que se refere este último preceito, mostra-se mais impositivo do que o regime de vigência das normas convencionais a que alude o número anterior.²⁵⁶

Por fim, a norma plasmada no n.º 4, introduzida quando da revisão constitucional de 2004, estabelece o seguinte: *“As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático.”*

Neste âmbito, cabe trazer à colação, uma vez mais, os autores André Gonçalves Pereira e Fausto Quadros, que nos dizem o seguinte: *“O n.º 4 do artigo 8.º deve ser encarado como traduzindo a «competência das competências» do Estado Português, por ser uma norma da sua Constituição que não apenas autoriza o Direito da União (e*

²⁵⁵ Note-se, contudo, que os tratados internacionais regularmente ratificadas devem ser conjugados com o disposto no n.º 2 do artigo 277.º CRP. Neste seguimento, cumpre dizer-se ainda que o *“(…) modo como no Direito português se posicionam as normas constantes de tratados internacionais perante a Constituição: posicionam-se numa relação de subordinação.”* (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 126.

²⁵⁶ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 123. *“(…) nenhuma dúvida se suscita sobre a natureza do fenómeno como receção automática no seu grau máximo.”*

que é o Direito primário, visto que o artigo 7.º, n.º 6, usa a locução “convencionar”) tanto a definir os termos da sua aplicação como a estabelecer os respetivos limites.”^{257,258}

Quanto à disposição que antecede (n.º 4 do artigo 8.º da CRP), o autor L. Barbosa Rodrigues, defende que devemos ter sempre presente que o “...Direito da União Europeia..., enquanto vigente, beneficia de um primado funcional absoluto e incondicional sobre a totalidade dos Direitos Internos dos Estados.”²⁵⁹

Aqui chegados, e no seguimento do aduzido pelos citados autores, pode concluir-se que a Constituição Portuguesa encontra-se numa clara relação de subordinação face ao Direito da UE. Mais, sobre qualquer norma proveniente de organizações internacionais de que Portugal seja parte, não cabe, a nenhum “*órgão da República Portuguesa interfer[ir]*.”²⁶⁰

Assim, e tendo em atenção os ensinamentos da doutrina elencados até ao momento, podemos afirmar que, por força do disposto no n.º 4 do artigo 8.º CRP, onde a Constituição se encontra numa clara relação de subordinação face ao Direito da UE, o direito ao **reagrupamento familiar é um direito diretamente aplicável na ordem jurídica interna.**

4.3.2 A “cláusula aberta”

Após o estudo do mecanismo constitucional de receção das normas de Direito Internacional na nossa ordem jurídica interna, importa agora, interpretar a disposição prevista no n.º 1 do artigo 16.º da CRP, conhecida no seio da doutrina por “*cláusula aberta*” ou também por “*não tipicidade de direitos fundamentais*”.²⁶¹

²⁵⁷ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 130. Os referidos autores dizem-nos ainda que: “Essa “*competência da competência*” equivale, ao mesmo tempo, ao princípio da soberania ou da independência nacional e, por outro lado, entre os princípios do Estado de Direito democrático não pode deixar de se contar o da constitucionalidade.”

²⁵⁸ (J. Miranda, Curso de Direito Internacional Público 2021), no mesmo sentido, pág. 177.

²⁵⁹ (L. B. Rodrigues 2023), pág. 35.

²⁶⁰ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2020), pág. 635.

²⁶¹ (J. Miranda, Direitos Fundamentais 2022), pág. 185.

A referida norma preceitua o seguinte: “*Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional.*”²⁶²

O autor Paulo Ferreira da Cunha defende, neste domínio, que: “*O catálogo de direitos não é fechado com um numerus clausus de formalidade constitucional. A própria letra da Constituição abre explicitamente a porta à entrada de direitos com sede não constitucional, e residindo, em geral, na Declaração Universal dos Direitos do Homem, que é elevada a critério de interpretação. Como afirma o art. 16.º.*”²⁶³

A norma em apreço, traduz, o reconhecimento de direitos materiais, ou seja, estaremos na presença de direitos que não têm assento constitucional, mas que são direitos provenientes de outras fontes de direito, “*constantes de leis e de normas de direito internacional, isto é, direitos fundamentais fora da Constituição.*”²⁶⁴

A este respeito cumpre assinalar que o autor L. Barbosa Rodrigues defende que “*Os Direitos Fundamentais perfilam-se como segmento incontornável do Direito Constitucional. Do mesmo modo que os Direitos Humanos se afirmam enquanto sector elementar do Direito Internacional. ... Logo, os Direitos Fundamentais são, somente, os estabelecidos na Constituição formal.*”²⁶⁵ Ou seja, para o autor os direitos com fonte internacional não são Direitos Fundamentais mas Direitos Humanos.²⁶⁶

Em termos históricos, como explicam os autores Jorge Miranda e Rui Medeiros, a cláusula aberta foi introduzida no nosso ordenamento jurídico pela Constituição de 1911, passou para a Constituição autoritária de 1933 e posteriormente para a Constituição de 1976, traduzindo este preceito constitucional, no entendimento desses autores, “*uma manifestação do princípio da liberdade, contraposto ao princípio da competência.*”²⁶⁷ Isto significa que, as pessoas não têm de ficar limitadas a direitos que se fixaram num

²⁶² (C. J. Batalhão 2017) pág. 106. “(...) o âmbito material dos direitos fundamentais não se esgota no catálogo elencado na Parte I da Constituição da República Portuguesa, pois, conforme decorre do artigo 16.º, n.º 1, (...), pelo que as fontes deste tipo de direitos vão para além da Constituição, estendendo-se, portanto, à lei e às normas aplicáveis de Direito Internacional.”

²⁶³ (Cunha, Direitos Fundamentais 2014), pág. 167.

²⁶⁴ (Canotilho e Moreira, Constituição da República Portuguesa, Anotada 2007), pág. 365.

²⁶⁵ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 27.

²⁶⁶ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 30. “... o núcleo dos Direitos Humanos, o dos direitos de liberdade, patenteia uma inequívoca natureza jurídica *ius cogens* (art.53.º e 64.º, Convenção de Viena de 1969 sobre o Direito dos Tratados). Posicionando-os, assim, em plano internacional inequivocamente superior e, cumulativamente, supra-constitucional.”

²⁶⁷ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 215.

determinado momento. O direito deve acompanhar o evoluir da sociedade e, nesse sentido, deve aceitar-se a possibilidade de admissão de novos direitos fundamentais.

Quanto aos direitos que provêm de fontes internacionais, os autores J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira entendem que: “*Os direitos fundamentais constantes de «regras aplicáveis do direito internacional» são direitos consagrados no direito internacional geral ou comum ou no direito convencional, designadamente os pactos internacionais referentes aos direitos do homem e ratificados pelo Estado português. Além desses instrumentos jurídicos, devem ainda mencionar-se os direitos reconhecidos no direito comunitário, quer nos tratados (que são direito internacional) quer no direito derivado, ou seja, nas «leis» comunitárias.*”²⁶⁸

Contudo, como bem explica o autor J. J. Gomes Canotilho, existe uma dimensão proibitiva da vinculação do legislador. Quer isto dizer que não podem ser criadas leis ordinárias em sentido contrário ao consagrado nas normas e princípios constitucionais.²⁶⁹ No caso de tal acontecer, deverá ser invocada a sua inconstitucionalidade e a mesma deverá ser dirimida nos tribunais, porque “*as normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias constituem, nesta perspetiva, normas negativas de competência (...) [e] estabelecem limites ao exercício de competências das entidades públicas legiferantes.*”²⁷⁰

O autor José Melo Alexandrino, na análise da referida norma e aflorando o tema em estudo, refere o seguinte: “*Para a doutrina, está aí consagrada uma «cláusula aberta» dos direitos fundamentais, nos termos da qual a Constituição admite ainda como direitos fundamentais certas situações jurídicas não previstas na Constituição (direitos «não enumerados»), mas tão-só consagrados em lei ou em regras (de costume ou de tratados) internacionais. Exemplos desse tipo de direitos fundamentais («extraconstitucionais» ou «extravagantes») constantes de leis seriam o direito de recusa de exames e tratamentos hospitalares, certos direitos dos reclusos (como o direito a visita) e **certos direitos dos estrangeiros (como o direito ao reagrupamento familiar)**; exemplos de direitos constantes de convenções internacionais seriam a*

²⁶⁸ (Canotilho e Moreira, Constituição da República Portuguesa, Anotada 2007), pág. 365 e 366.

²⁶⁹ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), no mesmo sentido pág. 216. “(...) o problema que assim fica aflorado é real: quando é criado ou atribuído um novo direito, tal nunca deixa de ter implicações nos direitos já existentes da mesma pessoa ou categoria de pessoas ou nos das outras pessoas; não podem ser previstos por lei ordinária tantos e tais direitos que briguem com direitos constitucionalmente consagrados; não podem ser aditados novos direitos indefinidamente.”

²⁷⁰ (J. J. Canotilho s.d.), pág. 440.

*proibição da prisão por dívidas ou a proibição de sujeição de qualquer pessoa a uma experiência médica ou científica sem o livre consentimento.”*²⁷¹ (negrito nosso)

Mas é necessário ter presente que a cláusula aberta aqui prevista abrange todos os tipos de direitos, sejam direitos, liberdades e garantias; sejam direitos económicos, sociais e culturais.²⁷²

Afigurou-se, assim, pertinente atentar no caminho trilhado por estes direitos fundamentais «*extraconstitucionais*» ou «*extravagantes*», na medida em que estes direitos devem cingir-se a “*direitos consignados em convenções internacionais, em atos de organizações internacionais e da União Europeia ou em atos legislativos que apareçam exigidos pelos valores e princípios dos seus 1.º e 2.º, que apareçam exigidos pelo respeito da dignidade da pessoa humana e pelos princípios e objetivos do Estado de Direito democrático*”²⁷³ e respeitar, ainda, os direitos fundamentais já existentes na ordem jurídica.

Neste seguimento, sendo o direito ao reagrupamento familiar, um direito proveniente do direito da UE, entendemos que este é um direito “extraconstitucional” ou “extravagante”, por força da “*cláusula aberta*” prevista no n.º 1 do artigo 16.º CRP, na medida em que este direito é proveniente de uma fonte de direito internacional e encontra-se inscrito em lei ordinária interna.²⁷⁴

A este respeito, o autor J.J. Gomes Canotilho defende que “*o âmbito normativo do art. 16/1 «alarga-se» ou «abre-se» a todos os direitos fundamentais e não, como já se pretendeu, a uma certa categoria deles – os direitos, liberdades e garantias.*”²⁷⁵ Assim, o nosso desígnio nos pontos seguintes será perceber no plano constitucional em que

²⁷¹ (J. M. Alexandrino 2018), pág. 53.

²⁷² (Canotilho e Moreira, Constituição da República Portuguesa, Anotada 2007), pág. 366. No mesmo sentido. “*(...) a cláusula aberta acolhe direitos fundamentais de qualquer natureza (...) não havendo nenhuma razão para reservá-la para os direitos equiparados aos direitos, liberdades e garantias. Isto quer dizer que podem buscar-se tais direitos tanto no PIDCP como no PIDESC, tanto na CEDH como na Carta Social Europeia, por exemplo.*” (negrito nosso)

²⁷³ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 217 e (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 122.

²⁷⁴ (Gil, Estudos sobre Direito da Imigração e do Asilo 2021), pág. 67. “*É certo que esta garantia não se encontra expressa na CRP, mas tal não significa a negação da sua fundamentalidade, já que o art. 16.º, n.º 1 da CRP consagra o princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais, permitindo a qualificação de fundamental a outros direitos que assumam o mesmo significado ético e axiológico dos direitos aí formalmente plasmados.*”

²⁷⁵ (J. J. Canotilho s.d.), pág., 404.

catálogo de direitos poderá vir a ser interpretado e integrado o direito ao reagrupamento familiar ou se aquele reveste antes a forma de uma garantia institucional.

Face ao exposto, o nosso foco passa por analisar de imediato, o direito ao reagrupamento familiar no plano constitucional, mormente, **o direito ao exercício, em território nacional, da vida familiar com outros membros da família** e, mais adiante, importa refletir no seguinte: se o pedido de reagrupamento familiar for requerido pelo estrangeiro residente legal em Portugal, a decisão que vier a ser proferida pela nossa Administração irá afetar não só a esfera jurídica do requerente do pedido, mas, também, a dos seus familiares (ou seja, os beneficiários do pedido de reagrupamento). Ora, é exatamente neste ponto que importará questionar se a lei acautela devidamente os direitos fundamentais, no plano individual, do cidadão reagrupado.

Deste modo, a questão que se coloca em primeira linha é a seguinte: Se um estrangeiro, que tem o direito de exercício, em Portugal, da sua vida familiar com outros membros da sua família, e pretende exercer esse direito, em que norma da Constituição cabe o escopo desse mesmo direito?

Quid iuris.

4.4 O direito ao reagrupamento familiar visto como um direito fundamental de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias pessoais

Como tivemos a oportunidade de verificar anteriormente, o autor José Melo Alexandrino, aquando da análise da norma constitucional prevista no n.º 1 do artigo 16.º da CRP, dá-nos como exemplo de direitos fundamentais “«*extraconstitucionais*» ou «*extravagantes*»”, nomeadamente, “*certos direitos dos estrangeiros (como o direito ao reagrupamento familiar)*”.²⁷⁶ Ora, será que este enquadramento da doutrina se mostra o mais acertado?

²⁷⁶ (J. M. Alexandrino 2018), pág. 53.

Por sua vez, a estratégia adotada pela jurisprudência em Portugal no âmbito do direito ao reagrupamento familiar, consiste em chamar à colação a norma constitucional prevista no n.º1 do artigo 15.⁰²⁷⁷, que consagra o *“princípio geral de equiparação entre os direitos e deveres dos estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em território português, por um lado, e os direitos e deveres dos cidadãos portugueses, por outro”*²⁷⁸ (salvo as exceções previstas nos números seguintes da referida norma) e, nesse seguimento, por via dessa equiparação de direitos, pretende assegurar aos cidadãos estrangeiros, de igual forma, a convivência e unidade familiar.

Neste seguimento, a jurisprudência continua a sua interpretação tratando o direito ao reagrupamento familiar, como um direito de natureza análogo, submetendo-o ao regime dos direitos, liberdades e garantias, conforme o disposto no artigo 17.º da CRP. Sendo, desta forma, que o direito ao reagrupamento familiar tem vindo a exteriorizar a natureza de direito fundamental.

Num texto da autora Ana Cristina Lameira, que fala sobre *“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”* defende-se que: *“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 68º 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].” Cabendo ao Estado a protecção*

²⁷⁷ O n.º 1 do artigo 15.º da CRP, prevê o seguinte: *“Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português.”*

²⁷⁸ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 195.

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.” Mais adiante, mas no mesmo texto a autora refere ainda que: *“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.”*²⁷⁹ (sublinhado nosso)

Infelizmente não se encontram acessíveis as decisões prolatadas em primeira instância nos Tribunais Administrativos em Portugal sobre o direito ao reagrupamento familiar e os Tribunais Superiores apenas se têm pronunciado nesta matéria quanto ao meio processual e à questão da ilegitimidade do requerente do direito ao reagrupamento *“para pedir - em acção de intimação para a protecção de direitos liberdades e garantias -, a emissão imediata da autorização de entrada da esposa e filhos que se encontram na Índia, ...”*^{280,281}, tornando a nossa análise mais limitada neste ponto.

Assim, o direito ao reagrupamento familiar é qualificado pela jurisprudência como um direito de natureza análoga, sujeito ao regime previsto no artigo 17.º da CRP, o regime de direitos, liberdades e garantias. Esta qualificação tem subjacente a aplicação do princípio da equiparação dos cidadãos estrangeiros e apátridas aos cidadãos portugueses, nos termos dos artigos 12º, 13º, 15º a 18º, 26º, 67º e 68º da CRP.

Importa dar nota que, aquando da análise do princípio da equiparação verificamos que uma das exclusões a este princípio, mormente na análise ao n.º 2 do artigo 44.º em

²⁷⁹ Centro de Estudos Judiciários, texto elaborado pela autora Ana Cristina Lameiras, em fevereiro de 2016, sobre o *“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.”* Pág. 15 e 16.

²⁸⁰ Acórdão STA n.º 0442/11 de 02/06/2011

Disponível em:

<https://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/0b5ff4d8c1644491802578a900391bd1?OpenDocument>

Acesso em: 28/01/2024.

²⁸¹ Acórdão STA n.º 0783/11 de 20/10/2011

Disponível em:

<https://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/da0d2ec1f58f8517802579350035669f?OpenDocument>

Acesso em: 28/01/2024.

conjugação com o n.º 1 do artigo 15.º ambos da CRP, consiste na ausência do direito de entrar em território nacional, sendo apenas possível o recurso ao princípio da equiparação no exercício do direito de entrar no país, quando estejamos perante um estrangeiro, titular de autorização de residência legal em Portugal e o mesmo pretenda exercer o direito de entrar no país²⁸²⁻²⁸³. Ora, perscrutando o direito ao reagrupamento familiar e o enquadramento tecido pela jurisprudência nesta matéria, verifica-se que o princípio da equiparação que se encontra subjacente à aplicação do referido direito está a ser aplicado apenas no plano individual. Como referido, o princípio apenas poderia ser aplicado quando um estrangeiro, titular de autorização de residência legal em Portugal pretenda exercer o direito de entrar no país, mas, o que acontece é que a aplicação do direito ao reagrupamento familiar, por força do princípio da equiparação não assenta exclusivamente no requerente de reagrupamento familiar, mas em todos os membros da sua família, sendo que, estes últimos (i) não são titulares de autorização de residência legal em Portugal e, (ii) não têm o direito de entrar em território nacional mas, a verdade é que, acabam por beneficiar do referido princípio em igualdade de circunstâncias. Por outras palavras, é um princípio que apenas deveria ser aplicado num plano individual e nunca perante uma unidade familiar (ao requerente de reagrupamento familiar e a toda a sua família).

Nesse sentido, entendemos que o direito ao reagrupamento familiar, no seu conteúdo essencial e no plano constitucional, corresponde ao direito de exercício da vida familiar, que se consubstancia com a realização **pessoal do requerente do reagrupamento e dos membros da família da vontade de viverem juntos. Ou seja, o referido direito, quando colocado num plano de equiparação de direitos com consagração constitucional, assenta numa garantia institucional prevista no artigo 67.º da CRP.** O objetivo principal do requerente do direito ao reagrupamento familiar é o de viver em família, porque a constituição de família em si (direito fundamental consagrado no artigo 36.º da CRP), já se encontra realizada na sua esfera jurídica. Se assim não fosse, nem fazia qualquer sentido requerer o pedido de

²⁸² (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 682. **“Os estrangeiros com situação regular em Portugal gozam dos direitos consignados neste artigo.”**

²⁸³ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 195. **“Sob a epígrafe “estrangeiros, apátridas e cidadãos europeus”, este preceito começa por consagrar, no seu n.º 1, um princípio geral de equiparação entre os direitos e deveres dos estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em território português, por um lado, e os direitos e deveres dos cidadãos portugueses, por outro. Assim, a par da equiparação entre as situações jurídicas dos cidadãos e dos estrangeiros e apátridas, estabelece-se uma segunda equiparação, agora entre os estrangeiros que apenas se encontrem em Portugal e aqueles que aqui possuem residência. Na clássica linguagem jusinternacionalista, este n.º 1 representa uma opção formal do legislador constituinte pelo princípio do tratamento nacional dos estrangeiros.”**

reagrupamento familiar junto das autoridades administrativas. Nessa medida, não concordamos com a doutrina quando qualifica o direito ao reagrupamento familiar como um direito fundamental. Salvo o devido respeito por opinião em contrário, entendemos que o mesmo é um direito material, um direito reconhecido pelo direito comunitário, que não reveste a natureza de direito fundamental (porque, por exemplo, não está desde logo inscrito na constituição formal) e, quando colocado num plano de equiparação de direitos, não nos subsistem dúvidas de **que estamos perante uma garantia institucional**. Além disso, o referido direito encontra-se plasmado unicamente em lei ordinária e, só por essa via é que o mesmo se tornar exigível no plano legal. É através da lei democrática que é permitido ao requerente o exercício do direito ao reagrupamento familiar nas condições e no modo aí fixados.

Importa ainda fazer a seguinte referência: os autores Jorge Miranda e Rui Medeiros têm o entendimento de que a convivência com os membros da família preenche o escopo do direito a constituir família (artigo 36.º da CRP), contudo, fazem-no com uma ressalva, que é a seguinte: desde que não exista a intervenção do Estado. Ora, *in casu*, o estrangeiro para exercer o seu direito ao reagrupamento familiar, necessita da intervenção de dois procedimentos administrativos do Estado, que são: “(i) o pedido de reagrupamento familiar instaurado junto da Administração pelo “cidadão residente em território nacional que pretende beneficiar do direito de reagrupamento familiar” e, (ii) o pedido de processamento de visto de residência a favor dos familiares, a instaurar por aqueles, isto é, pelos familiares do cidadão residente que obteve deferimento da pretensão deduzida no mencionado procedimento de reagrupamento familiar, e que corre junto dos serviços diplomáticos e consulares do MNE na medida em que deve ser instaurado na “missão diplomática ou posto consular da respectiva área de residência.”²⁸⁴ E, só depois de se perceber que o requerente de reagrupamento familiar e os seus familiares reúnem todos os requisitos legais é que serão decididos e, eventualmente, deferidos os pedidos apresentados. Assim, se aplicarmos ao direito ao reagrupamento familiar esta visão mais lata dos autores Jorge Miranda e Rui Medeiros, a mesma tem de ser feita em toda a sua extensão, isto porque, o pedido de reagrupamento familiar depende, sempre, como vimos, da intervenção, por parte de diferentes serviços administrativos do Estado Português.

Face ao exposto, salvo melhor opinião, somos do entendimento de que o direito ao reagrupamento familiar, no plano constitucional, apenas poderá vir a assumir a

²⁸⁴ (Valles 2021), pág. 222 e 223.

natureza de uma garantia institucional e, desta forma, no ponto seguinte vamos analisar o referido direito à luz dessa figura afim aos direitos fundamentais, de forma mais profícua, uma vez que entendemos ser a forma correta de o interpretar ao nível constitucional.

4.5 O direito ao reagrupamento familiar visto como uma garantia institucional

No seguimento do aduzido anteriormente importa novamente frisar que o direito ao reagrupamento familiar **não se encontra formalmente consagrado na nossa Constituição**. Como já enquadrado anteriormente, o direito ao reagrupamento familiar encontra-se inscrito em lei ordinária, mormente, na Lei n.º 23/2007, de 04 de julho, lei essa que resulta da transposição²⁸⁵ e consolidação na ordem jurídica interna de um conjunto de diretivas da UE.

Nesse sentido, podemos afirmar que o direito ao reagrupamento familiar é um direito proveniente de fonte de direito internacional. Este direito não se encontra enumerado na Constituição, contudo, por força das normas constitucionais, nomeadamente, nos termos do n.º 4 do artigo 8.º e do n.º 1 do artigo 16.º, poderá vir a ser admitido como direito material extraconstitucional, como outras situações jurídicas não previstas na Constituição. Note-se, uma vez mais, que entendemos ser este um direito material, reconhecido pelo Direito Comunitário que, para se tornar exigível no plano legal, dependeu de concretização legislativa.

Importa relembrar que a fundamentalização dos direitos em sentido formal consiste na consagração de direitos fundamentais no plano constitucional, ou seja, em normas positivadas e inseridas num grau superior da nossa ordem jurídica e que se encontram protegidas por regras e princípios do direito constitucional.²⁸⁶ Ora, como

²⁸⁵ cfr. artigo 2.º Lei n.º 23/2007, de 04 de julho – Entrada, Permanência, Saída e Afastamento de Estrangeiros do Território Nacional

²⁸⁶ (J. J. Canotilho s.d.), pág. 379. “A fundamentalidade formal, geralmente associada à constituição, assinala quatro dimensões relevantes: (1) as normas consagradas de direitos fundamentais, enquanto normas fundamentais, são normas colocadas no grau superior da ordem jurídica; (2) como normas constitucionais encontram-se submetidas aos procedimentos agravados de revisão; (3) como normas

tivemos a oportunidade de analisar, anteriormente, o direito ao reagrupamento familiar não se encontra elencado na Constituição e, por isso, importa aferir se aquele direito satisfaz o critério da fundamentalidade material. Por conseguinte, a fundamentalização dos direitos em sentido material consiste na abertura da constituição a outros direitos, materialmente, mas não formalmente no plano constitucional.²⁸⁷

O autor J.J. Gomes Canotilho, em matéria de direitos fundamentais sem assento constitucional refere-nos o seguinte: *“A Constituição admite (cfr. art. 16.º), porém outros direitos fundamentais constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude das normas que o reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados direitos materialmente fundamentais (...) Problema é o de saber como distinguir, dentre os direitos sem assento constitucional, aqueles com dignidade suficiente para serem considerados fundamentais. A orientação tendencial de princípio é a de considerar como direitos extraconstitucionais materialmente fundamentais os direitos equiparáveis pelo seu objeto e importância aos diversos tipos de direitos formalmente fundamentais.”*²⁸⁸

Note-se, contudo, que, apenas podem ser considerados direitos fundamentais, direitos provenientes de fontes de direito internacional que reúnam a necessária fundamentalidade material. A este respeito, os autores Jorge Miranda e Rui Medeiros, defendem que: *“(...) apenas podem ser incorporados como direitos fundamentais os direitos consignados em convenções internacionais, em atos de organizações internacionais e da União Europeia ou em atos legislativos que apareçam exigidos pelos valores e princípios dos seus 1.º e 2.º, que apareçam exigidos pelo respeito da dignidade da pessoa humana e pelos princípios e objetivos do Estado de Direito democrático.”*²⁸⁹

incorporadas de direitos fundamentais passam, muitas vezes, a constituir limites materiais da própria revisão (cfr. CRP, art. 288.ºd e e); (4) como normas dotadas de vinculatividade imediata dos poderes públicos constituem parâmetros materiais de escolas, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais (cfr. afloramento desta ideia no art. 18.º/1 da CRP).”

²⁸⁷ (J. J. Canotilho s.d.), pág. 379. *“Por outro lado, só a ideia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos materialmente mas não formalmente fundamentais (cfr. CRP, art. 16.º/1); (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais (Jorge Miranda). Daí o falar-se, nos sentidos (1) e (3), em cláusula aberta ou em princípio da não tipicidade dos direitos fundamentais.”*

²⁸⁸ (J. J. Canotilho s.d.), pág. 403 e 404.

²⁸⁹ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 217.

Deste modo, uma das ideias a reter na nossa análise é a de que não poderão ser considerados direitos fundamentais materiais todos os direitos provenientes de fontes de direito internacional.

Aliás, o autor Paulo Otero, quando trata do perigo da abertura constitucional a novos direitos fundamentais, refere-nos na sua obra *“que a cláusula aberta não possa converter-se num mecanismo de destruição, esvaziamento ou adulteração da materialidade dos direitos fundamentais: a constituição de novos direitos fundamentais por via da cláusula aberta não pode traduzir uma manifestação da arbitrariedade do Estado como “dono” dos direitos fundamentais. É ainda à luz da respetiva conexão com a essência da natureza do ser humano e da sua dignidade inviolável que a cláusula aberta pode proceder à constitucionalização de novos direitos fundamentais.*”²⁹⁰

O mesmo autor conclui que *“a legitimação e validade dos direitos fundamentais não se encontra no facto de serem criados pelo Estado e nos termos da Constituição, antes a sua materialidade reside na referida conexão com a natureza do ser humano e a sua dignidade inviolável”.*²⁹¹

Importa trazer ainda à colação o aduzido pelo autor L. Barbosa Rodrigues, que a este respeito entende que: *“(…) não se inscrevem entre os Direitos Fundamentais os patentes no direito interno ordinário, mesmo se vocacionados para defesa da dignidade da pessoa humana.*”²⁹² Ora, o referido autor entende que, *in casu*, se o direito ao reagrupamento familiar tem apenas consagração no plano interno ordinário, o mesmo não poderá ser configurado como um Direito Fundamental.

Perante as posições assumidas pelos autores e acolhendo o alerta tecido pelo autor Paulo Otero e o entendimento tecido pelo autor L. Barbosa Rodrigues e, no seguimento do já aduzido, o direito ao reagrupamento familiar deverá ser interpretado, simplesmente, como um direito material extraconstitucional e, num exercício de equiparação de direitos, verificamos que, aquele, corresponde ao direito de convivência

²⁹⁰ (OTERO, Paulo - Instituições Políticas e Constitucional, Volume I, Coimbra, Almedina, 2022), pág. 534.

²⁹¹ (OTERO, Paulo - Instituições Políticas e Constitucional, Volume I, Coimbra, Almedina, 2022), pág. 534.

²⁹² (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 62.

e realização pessoal de todos os membros que compõem a família do estrangeiro, que se encontra plasmado no artigo 67.º da nossa Constituição.

A este respeito, os autores J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, na análise do artigo 67.º da CRP, defendem que *“A par da garantia dos direitos das famílias (de cada família), este preceito reconhece também a família como realidade social objetiva, garantindo-a enquanto **instituição jurídica** necessária. Esta garantia institucional decorre da consideração da família como «elemento fundamental da sociedade» (n.º 1), sendo, portanto, uma categoria existencial, um fenómeno da vida, e não uma criação jurídica.”*²⁹³

Por sua vez, autores Jorge Miranda e Rui Medeiros entendem que: *“... o artigo 67.º, se bem que sem perder de vista o objeto da realização pessoal dos seus membros, tutela fundamentalmente a própria família como instituição e impõe, em particular, ao Estado o dever de a proteger positivamente.”*²⁹⁴

Num olhar mais profícuo do n.º 1 e n.º 2 do artigo 67.º da CRP, o Tribunal Constitucional entende que a *“Protecção à família inclui desde logo a 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.”*²⁹⁵

Os autores Jorge Miranda e Rui Medeiros, defendem ainda que, quando a Constituição utiliza no n.º 1 a expressão *“protecção da sociedade”* o legislador constitucional entendeu *“não excluir que, ao menos em termos de eficácia mediata, o dever de protecção da família se aplique também nas relações entre privados (assim, por exemplo, nas relações entre trabalhadores e empregadores – v.g., em matéria de conciliação da atividade profissional com a vida profissional).”*²⁹⁶

²⁹³ (Canotilho e Moreira, Constituição da República Portuguesa, Anotada 2007), pág. 856.

²⁹⁴ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 981.

²⁹⁵ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 829/96.

Disponível em:

<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19960829.html>

Acesso em: 31/01/2024.

²⁹⁶ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 990.

Nesse sentido, reiteramos que o direito ao reagrupamento familiar, num juízo de equiparação de direitos no plano constitucional, apenas poderá ser interpretado como uma garantia institucional na medida em que visa a proteção da vivência da vida familiar enquanto instituição em si mesma, ou seja, a vida conjunta de todo o agregado familiar, sendo esta uma instituição constitucionalmente protegida.

A autora Maria D' Oliveira Martins, aquando da análise do artigo 22.º da Constituição como uma garantia institucional, dá-nos os exemplos do artigo 36.º e 67.º da Constituição para nos demonstrar de como deverão ser interpretados corretamente os preceitos constitucionais referindo-nos que: “... *há garantias institucionais que estão intimamente ligadas com direitos fundamentais. E isto sucede por vezes de tal forma que é difícil separar uma figura da outra, “assim, por ex., a Constituição da República Portuguesa, ao mesmo tempo que reconhece como direito fundamental o direito de constituir família e de contrair casamento (artigo 36.º/1), assegura a protecção da família como instituição (artigo 67.º); o mesmo se pode dizer da paternidade, da maternidade (artigo 68.º) e do ensino (artigo 74.º)”*”.

Mais adiante, a mesma autora, socorrendo-se de autores alemães Christoph Sasse, Abel e Klaus Stern, definiu a figura instituição como “**complexo jurídico ordinário que se reúne à volta de princípios comuns e regulamenta um determinado tipo de relações sociais, influenciado nalguns casos pela sua existência social e que corresponde a uma decisão estruturante do legislador constituinte.**”²⁹⁷ (negrito nosso)

Atenta a definição que antecede e colocando-a sob a análise do tema que temos sob investigação, o instituto família previsto na Constituição e, por conseguinte, o direito ao reagrupamento familiar, cumpre referir o seguinte: o artigo 67.º da Constituição enuncia todo um conjunto de prestações não vinculadas do Estado para proteção da instituição família no exercício da vida familiar. Esta é uma norma Constitucional que utiliza o advérbio “*designadamente*” para destacar algumas das incumbências que o Estado deve ter para com aquela instituição, supondo a existência de outras matérias

²⁹⁷ Artigo disponível on-line pela Revista Científica da UCP, sobre “Caracterização do artigo 22.º da Constituição como uma garantia institucional e algumas notas sobre o regime das garantias institucionais.” Disponível em: [file:///C:/Users/ana.vazao/Downloads/11441-Artigo-20537-1-10-20220510%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/ana.vazao/Downloads/11441-Artigo-20537-1-10-20220510%20(2).pdf)
Acesso em: 28/01/2024.

que poderão vir a ser apresentadas e reguladas num plano jurídico inferior, como acontece com o direito ao reagrupamento familiar.

Note-se que a Constituição prevalece sobre os diplomas ordinários. O artigo 67.º, enquanto garantia institucional, atenta a sua dimensão objetiva de natureza institucional, tem uma função diretiva, na medida em que o legislador democrático terá de observar os limites impostos pelo legislador constitucional, sob pena de poder via a ser invocada a inconstitucionalidade da norma, ou seja, o legislador ordinário nunca poderia vir a aniquilar ou a desvirtuar o sentido que o legislador constitucional deu ao conceito de exercício da vida familiar, sendo que deverá sempre respeitar o mínimo intocável e a proteger esse direito, assumindo uma função ativa na criação de um regime jurídico que cumpra essa proteção da vida familiar. Neste seguimento, entendemos que o disposto no artigo 67.º da CRP, assume essencialmente a função de proteção da vida familiar, sendo esta uma característica típica de uma garantia institucional. Contudo, não podemos deixar de lhe reconhecer o valor assente na dignidade da pessoa humana.

Assim, somos do entendimento de que o direito ao reagrupamento familiar, sendo um direito de origem internacional, reconhecido pelo Direito Comunitário, que entra no nosso ordenamento jurídico através da cláusula aberta deverá ser interpretado como **um direito extraconstitucional ou extravagante material.** ²⁹⁸ E, por conseguinte, quando colocado num plano de equiparação constitucional atendendo ao seu objeto e importância, **devemos afirmar que o núcleo essencial deste direito corresponde a uma garantia institucional** - plasmado no n.º 1 do artigo 67.º CRP.

Pelo exposto, se o artigo 67.º da Constituição, que protege a convivência familiar e impõe ao Estado um conjunto de deveres de prestação que resultam em incumbências destinadas a proteger positivamente a família e a vida familiar, assente numa tutela do instituto família enquanto unidade na ordem jurídica, apenas poderá ser entendido como uma garantia institucional, o direito ao reagrupamento familiar não poderá ser visto como um direito fundamental, isto porque, existem certos elementos da norma, que iremos desenvolver no ponto seguinte, que o enquadram como uma figura próxima dos direitos

²⁹⁸ (Gil, Estudos sobre Direito da Imigração e do Asilo 2021), no mesmo sentido. pág. 68. “(...) a integração na UE tem vindo a implicar uma marca profunda na abertura do sistema de Direitos Fundamentais reconhecidos pelo Direito Constitucional Português aos valores que esta tem como essenciais, entre eles o direito ao reagrupamento familiar. Assim, esses sistemas jurídicos contribuem hoje, inestimavelmente, para a afirmação no nosso sistema jurídico de um direito fundamental material ao reagrupamento familiar.”

fundamentais. Deste modo, reforçamos a nossa posição ao reafirmamos que o mesmo **apenas poderá vir a ser entendido, no plano constitucional, como uma garantia institucional, sob observância de normas estabelecidas pelo legislador constitucional e, colocado em prática, através das normas fixadas pelo legislador democrático.**

4.5.1 A posição da doutrina e da jurisprudência quanto às garantias institucionais

Iniciámos a nossa dissertação fazendo uma análise teórica sobre o enquadramento dos direitos fundamentais à luz da Constituição e, neste momento, importa observar de forma profícua as garantias institucionais, figura próxima dos direitos fundamentais; isto porque, o nosso entendimento quanto ao enquadramento jurídico do direito ao reagrupamento familiar no plano constitucional é completamente antagónico quando comparado com algumas posições doutrinárias e, ainda, com o entendimento da jurisprudência em Portugal.

Trazendo à colação novamente a autora Maria D' Oliveira Martins aquando da análise do artigo 22.º da Constituição como uma garantia institucional, apoiando-se no autor Friedrich Klein, ali se evidencia que: *“As garantias institucionais destinam-se não a evitar que o legislador mexa nas instituições constitucionalmente reconhecidas, mas a evitar “intervenções substanciais” no complexo normativo que a sustenta, intervenções estas que se traduzam em “modificação, abolição, lesão, desnaturação, rompimento, esvaziamento, limitação, desrespeito da instituição equivalentes a uma*

abolição, supressão, anulação, remoção, eliminação ou destruição total da sua existência.”²⁹⁹

Tendo presente o conceito jurídico de garantia institucional que antecede e o tema que temos sob investigação, resulta que o legislador democrático, na sua liberdade de legislar, aquando da transposição para o ordenamento jurídico interno do direito ao reagrupamento familiar, ficou obrigado ao respeito pelo “mínimo essencial” da instituição família - garantia institucional constitucionalmente reconhecida (cfr. artigo 67.º CRP), ou seja, observar o núcleo essencial dessa instituição, na medida em que este nunca poderá vir a ser modificado ou destruído.

Por outro lado, é de referir também a estreita proximidade entre o direito fundamental (cfr. artigo 36.º CRP) – constituir família e, a garantia institucional constitucionalmente reconhecida (cfr. artigo 67.º CRP) – o exercício da vida familiar. E, dessa forma, se torna tarefa árdua aferir onde se insere, sem margem para qualquer dúvida, no plano constitucional o direito ao reagrupamento familiar.³⁰⁰

Assim, a fórmula que iremos utilizar para fazermos a competente análise destas duas figuras consiste em recorrer a elementos de análise na sua dimensão objetiva, bem como, na dimensão subjetiva.

A este respeito, o autor Jorge Miranda, refere-se, na sua obra que *“Para saber então se determinada norma se reporta a um direito ou a uma garantia institucional, haverá que indagar se ela estabelece uma faculdade de agir ou de exigir em favor de pessoas ou de grupos, se colocada na respetiva esfera jurídica uma situação ativa que uma pessoa ou um grupo possa exercer por si e invocar diretamente perante outras entidades – hipótese em que haverá um direito fundamental; ou se, pelo contrário, se confina a um sentido organizatório objetivo, independentemente de uma atribuição ou*

²⁹⁹ Artigo disponível on-line pela Revista Científica da UCP, sobre “Caracterização do artigo 22.º da Constituição como uma garantia institucional e algumas notas sobre o regime das garantias institucionais.” Disponível em:

[file:///C:/Users/ana.vazao/Downloads/11441-Artigo-20537-1-10-20220510%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/ana.vazao/Downloads/11441-Artigo-20537-1-10-20220510%20(2).pdf)

Acesso em: 28/01/2024.

³⁰⁰ (J. Miranda, Direitos Fundamentais 2022), pág. 101. *“Se a distinção em puros termos formais não oferece grandes dúvidas, já no exame do Direito constitucional positivo podem surgir dificuldades de qualificação, até porque as Constituições tratam, não raro, conjuntamente os direitos fundamentais e as garantias institucionais.”*

*de uma atividade pessoal – caso em que haverá apenas uma garantia institucional.*³⁰¹

302

Neste seguimento e no que diz respeito às garantias institucionais, o autor L. Barbosa Rodrigues afirma que as garantias institucionais “*detêm natureza exclusivamente objetiva, não se consubstanciando, dessarte, em qualquer tipo de atribuição individualizada de direitos. Melhor: são situações em que as normas constitucionais estabelecem efetivos deveres jurídicos para o poder, sem que, simetricamente, consagrem direitos individuais.*”³⁰³

No mesmo sentido, o autor Jorge Bacelar Gouveia, defende que “*As garantias institucionais representam o reconhecimento de instituições da realidade social e económica que, pela sua importância, merecem uma proteção constitucional, nelas não se assinalando embora qualquer dimensão subjetiva, antes uma dimensão unicamente objetiva.*”³⁰⁴

Também o autor José Melo Alexandrino, entende que “*As garantias institucionais são realidades jurídicas não subjectivadas onde obtêm protecção, através de uma norma constitucional, determinadas figuras típicas de um sector da realidade económica ou social.*”³⁰⁵

Refletindo no aduzido pelos autores importa reter que ao contrário dos direitos fundamentais, as garantias institucionais assumem apenas uma natureza objetiva, olhando para a instituição família como uma unidade e nunca num plano individual. O legislador constituinte consagrou o dever de o Estado proteger de forma especial a existência dessa instituição nas mais diversas dimensões (por exemplo, na independência social e económica dos agregados familiares, na promoção de criação de creches, cooperar com os pais na educação dos filhos, regular os impostos e os benefícios sociais, de harmonia com os encargos familiares, etc.). Aliás, como conclui o

³⁰¹ (J. Miranda, Direitos Fundamentais 2022), pág. 101.

³⁰² (MIRANDA, Jorge – *Curso de Direito Constitucional 2 Normas constitucionais. Direitos Fundamentais. Atividade Constitucional do Estado. Fiscalização de Constitucionalidade*, 2.^a Edição, Lisboa, Universidade Católica, 2020.), pág. 68.

³⁰³ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 64 e 65.

³⁰⁴ (J. B. Gouveia, Direitos Fundamentais - Teoria Geral Dogmática da Constituição Portuguesa 2023), pág. 65.

³⁰⁵ (J. M. Alexandrino 2018), pág. 38.

autor José Melo Alexandrino, “o Estado encontra-se perante o seguinte quadro: tem o dever de proteção da instituição; tem o poder de conformação jurídica da instituição; está impedido de eliminar ou de desfigurar a instituição.”³⁰⁶

Por outras palavras, podemos dizer que a natureza subjetiva é uma característica dos direitos fundamentais³⁰⁷⁻³⁰⁸ e, como tivemos a oportunidade de perscrutar, a natureza objetiva e a referência a uma instituição são características das garantias institucionais. Assim, trazendo à colação as disposições constitucionais previstas nos artigos 36.º e 67.º, ambos da CRP e recorrendo às palavras dos autores Jorge Miranda e Rui Medeiros, devemos de interpretar que o disposto no artigo 36.º aponta essencialmente para a “*dimensão individual-subjetiva dos direitos dos membros da família, incluindo, desde logo, o próprio direito de constituir família e de contrair casamento*”; por seu turno, o artigo 67.º “*sem perder de vista o objetivo da realização pessoal dos seus membros, tutela fundamentalmente a própria família como instituição e impõe, em particular, ao Estado o dever de a proteger positivamente*”.³⁰⁹

É neste âmbito que o autor Jorge Miranda, evidencia que “*Há direitos fundamentais indissociáveis de garantias institucionais – por exemplo, o direito de constituir família (art. 36.º, n.º 1), indissociável da proteção da instituição familiar (arts. 67.º, 68.º, 69.º, 71.º, n.º 2, e 72.º, n.º 1)*.”³¹⁰⁻³¹¹

No mesmo sentido, o autor José Melo Alexandrino refere que “*A técnica das garantias institucionais pode ser eventualmente utilizada pela Constituição não para reconhecer, mas para consagrar outros complexos normativos abertos à conformação do legislador. Por outro lado, não está excluído que no mesmo preceito constitucional possam estar garantidos um direito fundamental e uma garantia institucional (é, por*

³⁰⁶ (J. M. Alexandrino 2018), pág. 39.

³⁰⁷ (J. M. Alexandrino 2018), pág. 26. “os direitos fundamentais teriam duas dimensões: uma dimensão objectiva (dimensão de princípio, de valor ou dimensão institucional do direito fundamental) e uma dimensão subjetiva (aí surgindo as várias posições jurídicas subjectivas das pessoas presentes nesse direito fundamental);”

³⁰⁸ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 64. “Os direitos fundamentais e os Direitos Humanos são, apenas, direitos subjetivos, não assumindo dimensão objetiva, nem mesmo a título complementar ou secundário.”

³⁰⁹ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 981.

³¹⁰ (J. Miranda, Direitos Fundamentais 2022), pág. 101.

³¹¹ (MIRANDA, Jorge – *Curso de Direito Constitucional 2 Normas constitucionais. Direitos Fundamentais. Atividade Constitucional do Estado. Fiscalização de Constitucionalidade*, 2.ª Edição, Lisboa, Universidade Católica, 2020.), pág. 69.

exemplo, esse o caso do disposto nos artigos 36.º, n.º 2, 38.º, n.º 1, ou 62.º, n.º 1, da Constituição, quanto ao casamento, à imprensa ou à propriedade).³¹²

Face ao invocado pelos autores, no que respeita à ligação existente entre o direito fundamental e a garantia institucional, entendemos, salvo melhor opinião, que também deverá ser referido que a Constituição não pretendeu tratar no mesmo nível da ordem constitucional as normas contidas nos artigos 36.º e 67.º da CRP. Embora estreitamente ligadas, a verdade é que a vontade do legislador constituinte foi tratar a primeira como um direito fundamental e a segunda como uma garantia institucional. Quer isto dizer que, as normas não poderão ser aplicadas, por regra, no seu conjunto e na generalidade, ou seja, as mesmas, deverão ser objeto de estudo no caso concreto para aferir da existência, ou não, dessa estrita ligação.

Na nossa opinião, e analisando o direito ao reagrupamento familiar importa referir o seguinte: a Constituição é omissa nesta matéria, na verdade é o direito comunitário que nos apresenta o direito ao reagrupamento familiar e traça-nos as linhas gerais para a ordem jurídica interna o acolher no ordenamento jurídico interno. Após a receção na ordem jurídica em cumprimento e respeito para com a lei fundamental, é que se mostra possível, num plano de equiparação de direitos e recorrendo à dimensão objetiva daquele direito, verificar que o exercício da vida familiar de um cidadão estrangeiro residente legalmente em Portugal, traduz-se numa **garantia institucional**. E, nesse sentido, por ausência de dimensão subjetiva, uma vez que o direito ao reagrupamento familiar, consagra um direito dirigido à instituição família, o mesmo não poderá vir a ser interpretado como um direito fundamental e, muito menos, como um direito fundamental de natureza análoga.

Cumpra ainda dar nota, no seguimento de alguma jurisprudência apontada no artigo da autora Maria D' Oliveira Martins, que, a par da doutrina maioritária a jurisprudência tem seguido o entendimento de aplicar o regime dos direitos, liberdades e garantias às garantias institucionais do título II, da parte I da CRP, nomeadamente, “por força da inserção sistemática”. Exemplo dessa submissão é a pronúncia do Presidente da República, quando questiona o próprio TC sobre a constitucionalidade de normas típicas de garantias institucionais, fazendo expressamente referência de que aquelas devem estar submetidas ao regime dos direitos, liberdades e garantias. A este

³¹² (J. M. Alexandrino 2018), pág. 38.

respeito, leia-se parte da pronúncia do Presidente da República ao TC no âmbito do Ac. n.º 306/2003, no processo n.º 382/03³¹³: *“Assim, quando, ao longo de dezenas de anos, de forma sistemática e generalizada, as relações de trabalho passam a estar substancialmente reguladas através deste modo de autonomia normativa colectiva e social e, sobretudo, ele recolhe a respectiva consagração constitucional, a contratação colectiva e a regulação convencional das relações de trabalho adquirem a natureza constitucional objectiva de garantias institucionais a que se aplica, até por força da sua inserção sistemática, o regime constitucional dos direitos, liberdades e garantias.”* Neste seguimento, o TC chega mesmo a indicar essa solução decidindo em *“pronunciar-se pela inconstitucionalidade das normas constantes das alíneas b) e c) do n.º 1 do mesmo artigo 15.º, por violação dos n.ºs 1 e 3 do artigo 56.º da CRP”*.

Em sentido contrário, o TC no âmbito do Ac. n.º 359/2009 no processo n.º 779/07³¹⁴, utilizou a figura das garantias institucionais, mormente, o casamento como uma instituição social para resolver a questão aí suscitada. Em suma, o objeto do recurso assentava na invocação da inconstitucionalidade da norma prevista no artigo 1577º do CC, que determina que o casamento devia ser celebrado *“entre pessoas de sexo diferente”*, proibindo dessa forma a celebração do casamento entre pessoas do mesmo sexo. A final, a decisão foi no sentido de julgar improcedente *“... a alegada violação do direito a contrair casamento e, ainda, a dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, sendo certo que é manifestamente deslocada a invocada violação da garantia de constituição e tutela de família, resultante do artigo 36.º, n.º 1, conjugado com o artigo 67.º da Constituição, já que nada obsta a que as recorrentes, mesmo sem a celebração jurídica do casamento, pudessem ou possam constituir “família.”* O TC entendeu que não fazia sentido a alegação da *“violação da garantia de constituir família”*, porque *“[n]ão é possível conceber as garantias institucionais deste modo, tomando como parâmetro de aferição da tutela constitucional não a Constituição, mas a lei ordinária. Com efeito, não se aceita o entendimento segundo o qual o casamento objecto de tutela constitucional envolve uma petrificação do casamento tal como este é hoje definido na lei civil, excluindo o reconhecimento jurídico de outras comunhões de vida entre pessoas.”* Mais adiante, o TC defende ainda

³¹³ Disponível em:

<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030306.html>

Acesso em: 03/02/2024.

³¹⁴ Disponível em:

<https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090359.html>

Acesso em: 03/02/2024.

que “*de modo diferente o sentido útil que poderia retirar-se da figura da garantia institucional seria o de obrigar o legislador a criar regras assegurando, para as uniões entre pessoas do mesmo sexo, um conteúdo funcional equivalente ao casamento. Simplesmente, nada impõe que essas regras envolvam uma extensão pura e simples do instituto do casamento às pessoas do mesmo sexo.*”

Por outras palavras, o TC entendeu que não fazia qualquer sentido a invocação da inconstitucionalidade das normas previstas no artigo 36.º e 67.º da Constituição quando o que estava em causa era o âmbito subjetivo de uma norma do legislador democrático. Fazia, sim, sentido que se fizesse uma revisão do conceito de casamento em vigor no ordenamento jurídico interno atendendo, por exemplo, à evolução legislativa nesta matéria no plano europeu, nomeadamente, em países como a Holanda, a Bélgica e a Espanha, tendo sido abundantemente citados acórdãos, a introdução de normas importantes e aprimoramentos na defesa dos direitos e interesses legalmente protegidos dos destinatários daquelas normas, que contribuíram para a redefinição do conceito de casamento de modo a abranger a união de pessoas do mesmo sexo. Contudo, essa revisão não deverá ser realizada no plano constitucional, isto porque a Constituição é uma norma interpretativa, de reconhecimento e resolução de conflitos, onde todo o ordenamento jurídico deverá respeitar os comandos aí fixados e ficar submetido à vontade do legislador constituinte.

Aproveitamos o ensejo para referir que, no caso do direito ao reagrupamento familiar, o legislador ordinário utilizou a figura da garantia institucional e legislou no sentido de adequar o exercício do direito à vida familiar, para os cidadãos estrangeiros residentes legalmente no país, com um “*conteúdo funcional equivalente*” ao previsto no artigo 67.º da Constituição e, salvaguardando o núcleo essencial desse direito.

4.5.2 O regime jurídico aplicável às garantias institucionais

Como vimos no ponto anterior, apenas com a intervenção do direito comunitário diretamente aplicável no quadro de Direito Interno, e com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático, é que se tornou possível a consagração, na ordem jurídica, do direito ao reagrupamento familiar, mostrando-se, assim, patente a ausência constitucional nesta matéria sobre o exercício da vida familiar de um cidadão estrangeiro. Nesta sede, questiona-se, em termos constitucionais, qual o regime a observar, seguindo o entendimento que o referido direito, num plano de equiparação de direitos na ordem Constitucional, corresponde a uma garantia institucional.

Neste sentido, importa referir qual tem sido o entendimento da doutrina sobre o regime dessas garantias institucionais.

O autor L. Barbosa Rodrigues defende que *“Não se conformando como Direitos Fundamentais, não se aplica às garantias institucionais o regime constitucional estabelecido para aquelas. Nem, por maioria de razão, o regime específico dos direitos, liberdades e garantias, ou o dos direitos de natureza análoga.”*³¹⁵

No mesmo sentido do autor anterior, o autor J. J. Gomes Canotilho entende que *“Sob o ponto de vista da protecção jurídica constitucional, as garantias institucionais não garantem aos particulares posições subjetivas autónomas e daí a inaplicabilidade do regime dos direitos, liberdades e garantias.”*³¹⁶

Em sentido contrário, o autor José Melo Alexandrino evidencia: *“Essa protecção especial pode resumir-se nas seguintes duas ideias: 1) ainda que o legislador possa modelar o perfil e o conteúdo dessas instituições, não pode nem descaracterizá-las, nem afectar o seu núcleo essencial; 2) sempre que uma garantia institucional estiver intimamente associada a um direito fundamental, ela deverá acompanhar o regime constitucional desse direito fundamental.”*³¹⁷ (sublinhado nosso)

Neste seguimento, também o autor Jorge Bacelar Gouveia defende que: *“Elas são instituições que cumpre proteger, através da imposição ao poder público de um dever de as defender, ainda que nalguns casos as garantias institucionais se possam*

³¹⁵ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 65.

³¹⁶ (J. J. Canotilho s.d.), pág. 397.

³¹⁷ (J. M. Alexandrino 2018), pág. 39.

subjetivar por se mostrarem ancilares do cumprimento de direitos fundamentais próprio sensu, podendo, nesse caso, comungar do respetivo regime.”³¹⁸

O autor Jorge Miranda, refere numa das sua obras que *“Se a Constituição não distingue expressamente e se trata no mesmo plano direitos fundamentais e garantias institucionais, o regime jurídico aplicável não pode ser, à partida, diverso, mormente quanto à preservação do conteúdo essencial perante o legislador ordinário, quanto aos destinatários das normas e quanto aos órgãos competentes para a sua regulamentação legislativa.”³¹⁹*

Como podemos observar, a doutrina não se mostra unânime no que tange ao regime jurídico aplicável às garantias institucionais. Existem autores que entendem que as garantias institucionais, intimamente ligadas a direitos fundamentais devem beneficiar do regime dos direitos, liberdades e garantias e, outros autores, são de entendimento oposto. Ora, em nosso entendimento não se afigura coerente aplicar o regime dos direitos, liberdades e garantias às garantias institucionais, na medida em que o regime dos direitos, liberdades e garantias assume uma dimensão individual-subjetiva e as garantias institucionais uma dimensão unicamente objetiva com referência a uma instituição, a uma unidade, a uma coletividade.

Assim, analisando o direito ao reagrupamento familiar, mas, recorrendo, uma vez mais, ao aduzido pela autora Maria D’ Oliveira Martins, aquando da análise do artigo 22.º da Constituição como uma garantia institucional, concretamente quando a autora trata do tema sobre o afastamento do regime dos direitos, liberdades e garantias em relação às garantias institucionais, importa indicar algumas razões pelas quais não faz sentido a aplicação do referido regime, razões essas que se aplicam ao tema que temos sob investigação. Vejamos: (i) em primeiro lugar, os direitos, liberdades e garantias comportam uma *dimensão individual-subjetiva* e são de aplicabilidade direta e, como vimos anteriormente, as garantias institucionais apresentam apenas uma dimensão objetiva, *“não visam regular relações jurídicas concretas... não conferem posições jurídicas subjetivas, elas dirigem-se, em primeiro plano ao legislado, tendo em vista a limitação das suas intervenções de forma a que as instituições constitucionalmente*

³¹⁸ (J. B. Gouveia, Direitos Fundamentais - Teoria Geral Dogmática da Constituição Portuguesa 2023), pág. 65.

³¹⁹ (MIRANDA, Jorge – *Manual de Direito Constitucional Tomo IV Direitos Fundamentais*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, 2008), pág. 84.

garantidas não sejam desfiguradas”; (ii) em segundo lugar, a força jurídica plasmada no artigo 18.º da CRP³²⁰, não se aplica às garantias institucionais, “*o que se mostra ainda mais cristalino quando lidamos com as garantias institucionais que estão fora do catálogo dos direitos, liberdades e garantias*”; (iii) em terceiro lugar, reporta-se à suspensão de direitos prevista no n.º 1 do artigo 19.º da CRP³²¹, na medida em que “*a suspensão que aí se prevê atinge apenas o exercício dos direitos (mais uma vez, a norma de direitos na sua vertente subjectiva), não pondo em causa a protecção que o legislador constituinte prescreve em relação a certas instituições*”; (iv) em quarto lugar, as normas previstas no artigo 20.³²², no artigo 21.³²³, no artigo 22.³²⁴, na al. b) do artigo 165.³²⁵ e na al. d) do artigo 288.³²⁶, todos da CRP, têm como escopo a proteção de natureza subjetiva ao contrário das garantias institucionais que têm natureza objetiva.³²⁷

Deste modo, a questão que se coloca no imediato é a seguinte: Afinal, qual o regime jurídico que se deve aplicar às garantias institucionais? Ora, mostra-se mais

³²⁰ **Artigo 19.º da CRP**, sob a epígrafe: “**Força Jurídica**”

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

³²¹ **O n.º 1 do artigo 19.º da CRP:**

1. Os órgãos de soberania não podem, conjunta ou separadamente, suspender o exercício dos direitos, liberdades e garantias, salvo em caso de estado de sítio ou de estado de emergência, declarados na forma prevista na Constituição.

³²² Atente-se, com mais relevância no **n.º 5 do artigo 20.º da CRP:**

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

³²³ **Artigo 21.º da CRP**, sob a epígrafe: “**Direito de resistência**”

Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública.

³²⁴ **Artigo 22.º da CRP**, sob a epígrafe: “**Responsabilidade das entidades públicas**”

O Estado e as demais entidades públicas são civilmente responsáveis, em forma solidária com os titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, por ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício, de que resulte violação dos direitos, liberdades e garantias ou prejuízo para outrem.

³²⁵ **A al. b) do artigo 165.º da CRP:**

1. É da exclusiva competência da Assembleia da República legislar sobre as seguintes matérias, salvo autorização ao Governo:

d) Direitos, liberdades e garantias;

³²⁶ **A al. d) do artigo 288.º da CRP:**

As leis de revisão constitucional terão de respeitar:

d) Os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos;

³²⁷ Artigo disponível on-line pela Revista Científica da UCP, sobre “Caracterização do artigo 22.º da Constituição como uma garantia institucional e algumas notas sobre o regime das garantias institucionais.” Disponível em:

[file:///C:/Users/ana.vazao/Downloads/11441-Artigo-20537-1-10-20220510%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/ana.vazao/Downloads/11441-Artigo-20537-1-10-20220510%20(2).pdf)

Acesso em: 28/01/2024.

confortável e simples juridicamente acolher a posição de alguma doutrina que tem entendido que, no caso de uma garantia institucional se encontrar intimamente relacionada a um direito fundamental, aquela deverá acompanhar o regime constitucional desse direito fundamental. Contudo, o referido entendimento não se mostra, em nossa opinião, adequado porque, embora os direitos fundamentais e as garantias institucionais possam estar intimamente ligados, são juridicamente distintos e, com esta interpretação, as garantias institucionais acabam por se subsumir num qualquer catálogo de direitos fundamentais à qual não pertencem desfigurando a própria existência da figura das instituições. Deste modo, somos do entendimento de que **as garantias institucionais deveriam ser submetidas a um regime próprio, de acordo com as suas características e fins das instituições**. A presente solução já foi avançada pela autora Maria D' Oliveira Martins, na medida em que refere no seu artigo que se mostra necessária “... *uma intervenção legislativa em que não se ponham em causa direitos, liberdades e garantias (ex.: casos em que o legislador ordinário confere mais direitos) e ponha em causa instituições constitucionalmente protegidas (ex.: casamento, família).*” Referindo a autora ainda que “*o regime próprio da garantia institucional em causa deve poder ser acionado, independentemente da aplicação do regime especial dos direitos, liberdades e garantias, que no caso de nada serviria.*”³²⁸

Contudo, não existindo, à data, um regime próprio das garantias institucionais, entendemos que o direito ao reagrupamento familiar, direito material extraconstitucional, reconhecendo que se encontra vocacionado para a defesa da dignidade humana, não poderá ficar desprovido de tutela jurisdicional efetiva. Como referido no início do nosso estudo e, tendo em atenção a tese do dualismo jurídico, aquela que defendemos, somos do entendimento de que, não lhes deverá ser aplicado o regime específico dos direitos, liberdades e garantias, ou o dos direitos de natureza análoga, mas, o regime dos Direitos Fundamentais, mais enfraquecido, pois estes necessitam de concretização legislativa, e não são direitos absolutos.

³²⁸ Artigo disponível on-line pela Revista Científica da UCP, sobre “Caracterização do artigo 22.º da Constituição como uma garantia institucional e algumas notas sobre o regime das garantias institucionais.” Disponível em: [file:///C:/Users/ana.vazao/Downloads/11441-Artigo-20537-1-10-20220510%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/ana.vazao/Downloads/11441-Artigo-20537-1-10-20220510%20(2).pdf)
Acesso em: 28/01/2024.

4.5.3 O direito ao reagrupamento familiar e o conflito com outros direitos

No seguimento do defendido até ao momento, não se aplica às garantias institucionais, *in casu*, ao direito ao reagrupamento familiar, o regime das restrições ou suspensões de direitos, previstos nos artigos 18.º e 19.º da Constituição.

Conforme já avançámos, o direito ao reagrupamento familiar está previsto no direito interno ordinário, no entanto, não estando completamente errado afirmar que o mesmo não está livre de ser afastado por uma outra lei. À contrário, se concluíssemos que, pela sua importância, outra lei não o poderia afastar, nessa medida, concluiríamos que estaríamos em presença de um direito fundamental de aplicabilidade direta!

Assim, é necessário apoiar-nos na doutrina e trazer à colação os autores Jorge Miranda e Rui Medeiros. Estes, irão ajudar-nos a esclarecer melhor este ponto, na medida em que referem o seguinte: *“(...) como a sua formulação pode representar mais um passo na realização desta, suprimi-lo carece de uma motivação particularmente sólida, não podendo nunca ser uma medida arbitrária e desproporcionada. Muito menos seria de admitir – em face do sistema de relações entre Direito Internacional e Direito ordinário interno – que um direito criado por tratado pudesse ser afetado por lei.”*³²⁹

Por seu turno, os autores J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, explicam-nos ainda que: *“(...) tal como os direitos de origem constitucional, os direitos com assento apenas legal só podem ser restringidos ou sacrificados por mor de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos e isso apenas na medida necessária para o efeito (cfr. art. 18º-2, 2ª parte: princípio da proporcionalidade). Isto equivale a dizer que os direitos com assento legal também gozam da garantia dos «limites das leis restritivas», não podendo ser restringidos e, muito menos revogados, de forma arbitrária, mas apenas quando tal se justifique e de forma proporcional...”*³³⁰

Em outras palavras, o que os autores nos dizem é que, dada a importância do Direito internacional e constituindo este um complemento de direitos ausentes do nosso

³²⁹ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 217.

³³⁰ (Canotilho e Moreira, Constituição da República Portuguesa, Anotada 2007), no mesmo sentido, pág. 376.

ordenamento jurídico interno, não fazia sentido que esses mesmos direitos pudessem vir a ser afastados por uma outra lei (no nosso direito ordinário interno); mas também não afastam essa possibilidade, desde que essa decisão não seja aleatória e venha a ser devidamente justificada e proporcional.

A este respeito e no comentário ao artigo 98.º da Lei de Estrangeiros os autores Júlio A. C. Pereira e José Cândido de Pinto, referem-nos que: *“Também o art. 8.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem consagra o direito ao respeito pela vida familiar, embora sem prejuízo do direito de ingerência por parte do Estado, que tem de ter fundamento legal, enquadrar-se nos princípios reconhecidos pelos estados democráticos e ser por razões de segurança nacional, segurança pública, bem estar económico do país defesa da ordem e prevenção de infrações penais, proteção da saúde e da moral ou protecção dos direitos e liberdades de terceiros.”*³³¹

Também o autor Diogo Leite de Campos defende que: *“...nenhum sistema familiar pode ser entendido fora do contexto político e económico no qual se situa.”*³³²

A autora Emellin de Oliveira evidencia que *“(...) é uma responsabilidade do Estado gerir suas fronteiras e, ao mesmo tempo, é um direito de os Estados preservarem a sua soberania política, ao determinar quem entra em seu território e quem poderá permanecer nele. Nesta ideia subjaz o jus includendi et excludendi, ..., é uma competência exclusiva do Estado, permitindo-lhe “controlar a circulação de pessoas e bens através das suas fronteiras terrestres, marítimas e aéreas.”*³³³

Face ao aduzido pelos autores, somos do entendimento de que o direito ao reagrupamento familiar é um direito **duplamente condicionado**, uma vez que (i) por um lado, encontra-se dependente de decisões administrativas para poder vir a ser efetivamente realizável na esfera jurídica do interessado; (ii) e, por outro, a sua efetivação ou alteração estão sujeitas a razões políticas e financeiras³³⁴, algo que não se equaciona sequer no âmbito dos direitos de liberdade. Deste modo, dada a natureza

³³¹(Pereira e Pinho – Direito de estrangeiros, Entrada, Permanência, Saída e Afastamento (Lei n.º 23/2007, de 4 de julho e Legislação Complementar) Anotações, 2008), pág. 319.

³³² (Campos 2008), pág. 52.

³³³ (Beleza 2020), pág. 57.

³³⁴ (Beleza 2020), pág. 55. *“As migrações implicavam a formulação de políticas de integração, bem como de controlo de entradas, o que é motivado por uma tentativa de legitimidade política, que visa demonstrar a gestão feita para encontrar o equilíbrio entre a necessidade de mão-de-obra barata (...) e as questões económico-financeiras (aumento da pobreza e deterioração da qualidade de vida, por exemplo).”*

deste direito material extraconstitucional, somos do entendimento de que o poder político poderá adotar medidas legislativas restritivas. Essa decisão de alteração legislativa poderá ter subjacente a ausência ou insuficiência de recursos financeiros para continuar a acolher mais pessoas no nosso país e as suas respectivas famílias; ou, eventualmente, por meras considerações e posições político-ideológicas e até razões de segurança interna.

5. O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

5.1 Enquadramento

No caso de indeferimento de um visto consular a um ou mais familiares de um cidadão estrangeiro residente legalmente em Portugal ao abrigo do instituto do reagrupamento familiar e, se os mesmos não se conformarem com a referida decisão, têm aqueles ao seu dispor dois tipos de garantias para poder vir a ser alterada a referida decisão. Por um lado, as garantias graciosas (que correspondem a meios de impugnação de uma decisão junto da administração³³⁵) e, por outro, as garantias contenciosas (que se traduzem em meios de impugnação junto dos Tribunais).

Atendendo ao tema que temos sob investigação, vamos abordar apenas as garantias contenciosas, porque é neste campo, como vimos anteriormente, que reside a problemática do enquadramento do direito ao reagrupamento familiar.

No âmbito das garantias contenciosas, temos os processos declarativos que seguem a forma de uma ação administrativa, e os processos urgentes.

Quando falamos de processos urgentes no seio do contencioso administrativo, referimos-nos: (i) às ações administrativas urgentes - nos termos dos artigos 97.º a 103.º do CPTA; (ii) e às intimações – nos termos dos artigos 104.º a 111.º do CPTA. Não obstante, existem ainda um outro meio processual urgente, regulado no título seguinte do CPTA, que respeita aos processos cautelares – nos termos dos artigos 112.º a 134.º do CPTA.

O nosso desígnio não é analisar todas estas formas de processo, mas, atendendo ao tema que temos sob investigação, cingir-nos à análise do processo de

³³⁵ Meios de impugnação administrativa: **(i) reclamação** – Deverá ser apresentada junto do autor do ato e neste sentido a mesma deverá ser dirigida ao Consulado ou à Embaixada, consoante os casos, onde foi proferida a respetiva decisão de recusado do pedido de visto, conforme dispõe o artigo 191.º CPA; **(ii) recurso hierárquico** - Deverá ser apresentado junto do órgão hierárquico superior ao da prática do ato, conforme dispõe o artigo 193.º CPA.

intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias, previsto nos termos dos artigos 109.º a 111.º do CPTA, sem prejuízo de trazer à colação outro meio de tutela jurisdicional que consideramos ser o meio de tutela próprio no caso de violação do direito ao reagrupamento familiar.

Deste modo, pretendemos perceber se o direito ao reagrupamento familiar - direito que concluímos no ponto anterior que é um direito material extraconstitucional e, à luz da Constituição, reveste uma garantia institucional – integra, ou não, o escopo de uma ação de intimação para a defesa de direitos, liberdades e garantias. Para o efeito, iremos analisar o que a doutrina e a jurisprudência têm referido sobre esta matéria.

5.2 A intimação nos termos dos artigos 109.º a 111.º do CPTA

A intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias é um meio processual excecional, criado para responder a uma situação de urgência que coloque em causa o exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade e garantia. As características principais deste meio processual é a sua tramitação simples e a prolação de uma decisão judicial célere, para a salvaguarda eficaz e atempada do exercício desses tipos de direitos fundamentais.³³⁶

³³⁶ (Almeida 2021), pág. 929. No mesmo sentido. “*Sendo um processo de intimação, ele dirige-se à emissão de uma sentença de condenação mediante o qual o tribunal impõe a adoção de uma conduta, que tanto pode consistir num facere, como num non facere, numa conduta positiva (uma ação), como numa conduta negativa (uma abstenção).*”

Este meio processual veio concretizar os comandos normativos contidos no n.º 5 do artigo 20.º^{337,338,339,340} e no n.º 4 do artigo 268.º³⁴¹, ambos da CRP, e encontra-se regulado, no plano ordinário, na Secção II, do Capítulo II, do Título III, mormente saber, nos artigos 109.º a 111.º, do CPTA. Nesta senda, o n.º 1 do artigo 109.º do CPTA preceitua que: *“A intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias pode ser requerida quando a célere emissão de uma decisão de mérito que imponha à Administração a adoção de uma conduta positiva ou negativa se revele indispensável para assegurar o exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade ou garantia, por não ser possível ou suficiente, nas circunstâncias do caso, o decretamento de uma providência cautelar.”*

Assim, relativamente a este tipo de ações judiciais, os autores João Caupers e Vera Eiró referem-nos que: *“A ideia parece ser a de colocar à disposição dos interessados um meio rápido e flexível de obter tutela para um direito fundamental da espécie direitos, liberdades e garantias, ameaçado, no seu exercício em tempo útil, por um comportamento positivo ou omissivo da administração pública.”*³⁴²

Sobre a presente matéria, o autor José Carlos Vieira de Andrade, explica-nos ainda que: *“(…) criou-se em 2002 este novo meio, reconhecendo assim a importância de uma protecção acrescida dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos (...) justifica-se, na sua substância, pela especial ligação destes direitos à dignidade da*

³³⁷ Pode ler-se no **n.º 5 do artigo 20.º da CRP**, o seguinte: *“Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.”* (sublinhado nosso)

³³⁸ (C. A. Gomes 2019), pág. 100. No mesmo sentido. *“A intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias foi a forma escolhida pelo legislador para se eximir da imposição legislante que resulta do n.º 5 do artigo 20.º da Constituição (CRP), a qual pretende colmatar a recorrente denunciada ausência no ordenamento português de uma ação de amparo.”*

³³⁹ (C. J. Batalhão 2017), pág. 109. No mesmo sentido. A este respeito, o autor diz-nos que: *“(…) na Reforma do Contencioso Administrativo de 2002, com a previsão de um meio processual específico e urgente para a sua defesa: intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias, previsto no artigo 109.º e seguintes do Código Processo nos Tribunais Administrativos. Este meio processual corresponde à concretização do ditame veiculado no n.º 5 do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa (...) o contencioso administrativo aparece, assim, como um dos elementos de garantia dos direitos fundamentais ao dispor do cidadão.”* (sublinhado nosso)

³⁴⁰ (Oliveira 2018), pág. 79. No mesmo sentido. *“(…) os tribunais administrativos têm especiais atribuições na defesa dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos – e isso é particularmente visível desde a revisão constitucional de 1997, que introduziu o artigo 20.º, número 5, da Constituição, e da reforma da justiça administrativa, que realizou em 2004, com a entrada em vigor do Código do Processo nos Tribunais Administrativos.”*

³⁴¹ O **n.º 4 do artigo 268.º da CRP**, também conhecido como o princípio da tutela jurisdicional efetiva e plena, pode ler-se, nesta norma o seguinte: *“É garantido aos administrados tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer actos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de actos administrativos legalmente devidos e a adopção de medidas cautelares adequadas.”*

³⁴² (Caupers s.d.) pág. 493.

peessoa humana, e, na sua oportunidade, pela consciência do perigo acrescido da respetiva lesão (...) A utilização desta ação deve, no entanto, por isso mesmo, limitar-se às situações em que esteja em causa directa e imediatamente o exercício do próprio direito, liberdade ou garantia ou direito análogo.^{343,344}

Ora, o **pressuposto processual** para o uso deste meio excecional depende de alegação e prova de que o direito, liberdade e garantia em crise está a ser ameaçado ou violado – este é o chamado critério da indispensabilidade - e que se impõe uma decisão de mérito urgente, para que possa ser acautelado esse mesmo direito. A este respeito a autora Sofia David, diz-nos que: *“Em termos processuais, é um processo simplificado que tramita como processo urgente, não admitindo em princípio, réplica ou tréplica, e que dispensa o visto prévio do MP. Há lugar apenas ao exercício do contraditório, que, em casos de especial urgência, pode efetuar-se através de audiência oral ou até «por qualquer meio de comunicação que se revele adequado.»*³⁴⁵

A **competência** em sede de tutela de direitos fundamentais em matéria administrativa cabe aos tribunais administrativos de círculo, nos termos do disposto no n.º 1 do art.º 44.º do ETAF. A competência a nível territorial é determinada nos termos do n.º 5 do artigo 20.º do CPTA, ou seja, é competente o tribunal da área onde deva ter lugar o comportamento ou a omissão.

A **legitimidade** para a instauração da presente ação pertence ao titular de direitos, liberdades e garantias que viu o seu direito lesado. Nas palavras da autora Sofia David, esta legitimidade afere-se *“por quem alegue (e prove sumariamente) ter necessidade de assegurar o exercício de direitos, liberdades e garantias, sendo parte na relação material controvertida.”*³⁴⁶

Por outro lado, é de referir também a **legitimidade passiva**, nomeadamente, a legitimidade passiva que cabe à Administração em sentido amplo, na medida em que esta praticou ou omitiu determinado ato que, “supostamente”, em determinado

³⁴³ (Andrade, A Justiça Administrativa 2020), pág. 263 e 264.

³⁴⁴ (Andrade, A Justiça Administrativa 2020), pág. 264. Em nota de rodapé à citação que antecede o autor dá-nos exemplos do uso da intimação, veja-se: *“... por exemplo, da intimação contra a proibição administrativa de militares no activo participarem em manifestações a realizar em determinada data. Além do direito de manifestação, outros direitos que são objeto adequado de proteção por este meio urgente são, por exemplo, o direito de asilo, o direito à inviolabilidade de domicílio (perante a administração fiscal), o direito à autodeterminação informacional ou o direito ao exercício de uma profissão...”* (sublinhado nosso)

³⁴⁵ (David 2005), pág. 135 e 136.

³⁴⁶ (David 2005), pág. 127. No mesmo sentido. *“A utilização da intimação não está sujeita a prazo de caducidade (cfr. acórdão do TCA Sul de 2 de julho de 2009, Proc. N.º 5139/09), mas, a nosso ver, só se justifica se esse for o único meio que em tempo útil permita evitar a lesão do direito, pelo que está necessariamente associada a uma situação de urgência.”*

momento, colocou em causa o exercício de um direito, conforme estabelece o n.º 2 do artigo 109.º do CPTA.^{347_348}

A **formulação do pedido**, por regra, consubstancia-se na condenação da Administração na prática de uma conduta positiva ou negativa (*facere* ou *non facere*) de um ato administrativo.³⁴⁹ Por conseguinte, o **ónus da prova** caberá sempre ao Autor. Este deverá demonstrar que preencheu os requisitos do pedido formulado junto da Administração, invocando a lesão de um direito, liberdade e garantia e uma situação de urgência.³⁵⁰

De referir ainda que o uso da presente ação de **intimação não tem prazo para a sua interposição**, ou melhor, não está sujeito a prazo de caducidade.³⁵¹ No entanto, não pode o Autor utilizá-la para obviar a caducidade da ação que tinha ao dispor, por exemplo, no âmbito de uma ação administrativa não urgente.

Note-se, ainda, que, neste tipo de ação urgente, os prazos correm também no período de férias judiciais, com prazos processuais reduzidos e com isenção de custas judiciais, assegurando-se, assim, que ninguém ficará privado do uso deste meio processual excecional.

Ora, ao longo dos anos tem existido uma enorme celeuma em torno deste meio processual excecional, nomeadamente, no tipo de direitos fundamentais que este meio processual visa acautelar.

Na nossa opinião, o texto constitucional indica, sem margem para dúvidas, o âmbito dos direitos fundamentais que preenchem o escopo deste tipo de ação

³⁴⁷ (Brito 2018), pág. 153 e 154. “(...) no novo procedimento administrativo quem tem legitimidade passiva já não é mais a autoridade (Ministro, Secretário de Estado, Presidente da Câmara, mas sim a própria pessoa colectiva a que pertence a autoridade ou o órgão que praticou o acto. (...) nos termos do artigo 10.º [CPTA], cada ação deve ser proposta contra a outra parte na relação material controvertida e, quando for caso disso, contra as pessoas ou entidades titulares de interesses contrapostos aos do autor.”

³⁴⁸ (C. J. Batalhão 2020), pág. 293. “A intimação é requerida contra a Administração (cfr. n.º 1 do artigo 109.º), pessoa colectiva de direito público ou, no caso do Estado, o ministério, ou contra outras entidades que exerçam funções materialmente administrativas, ainda que particulares, como os concessionários (cfr. n.º 2 do artigo 109.º).”

³⁴⁹ (Almeida 2021), pág. 929. No mesmo sentido. “Sendo um processo de intimação, ele dirige-se à emissão de uma sentença de condenação, mediante a qual o tribunal impõe a adoção de uma conduta, que tanto pode consistir num *facere*, como num *non facere*, numa conduta positiva (uma ação), como numa conduta negativa (uma abstenção).”

³⁵⁰ (Almeida 2021), pág. 929. No mesmo sentido. “À partida, o preenchimento deste requisito pressupõe que o requerente concretize na petição os seguintes aspetos: a existência de uma situação jurídica individualizada que caracterize um direito, liberdade e garantia, cujo conteúdo normativo se encontre suficientemente concretizado na CRP ou na lei para ser jurisdicionalmente exigível por esta via processual; e a ocorrência de uma situação, de ameaça do direito, liberdade e garantia em causa, que só possa ser evitada através do processo urgente de intimação.”

³⁵¹ (Almeida 2021), pág. 932.

excepcional. Contudo, entendemos que subsistem dúvidas na vida prática dos tribunais, porque, desde logo, o intérprete fica aprisionado à sistemática dos direitos fundamentais na Constituição. E, para tornar ainda mais complexa a tarefa de interpretação de direitos no plano constitucional, existem ainda direitos que é necessário perceber se reúnem suficiente jusfundamentalidade material, ou seja, se determinados direitos, sem consagração constitucional, reúnem dignidade suficiente para, poderem vir a ser considerados fundamentais e beneficiar deste meio de tutela excepcional, ou, se devem ser interpretados como figuras afins aos direitos fundamentais. Ora, é aqui que, na nossa opinião, reside o busílis da questão.

A jurisprudência tem aberto cada vez mais o leque de direitos na admissibilidade do uso da intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias. A autora Anabela Costa Leão reconhece-o, afirmando que: “(...) a jurisprudência tem feito uma leitura generosa do conceito de direito, liberdade e garantia para efeitos do artigo 109.º e das pretensões amparáveis enquanto exercício de tais direitos, estendendo mesmo a proteção a concretizações legislativas de direitos fundamentais sociais.”³⁵²

Neste sentido, entendemos que, preliminarmente, é necessário compreender o direito *sub iudice*, em todas as dimensões para, posteriormente, proceder à sua classificação, algo que fizemos no ponto anterior, em relação ao direito que temos sob investigação. Só depois de percebermos em que catálogo de direitos o mesmo se insere, é que se torna possível determinar o regime a aplicar para, a final, definirmos qual o meio processual adequado para a sua tutela.^{353_354}

Salvo melhor opinião, não acompanhamos a doutrina defendida pelo autor Jorge Reis Novais, na medida em este considera ser irrelevante a classificação de direitos fundamentais por categorias.³⁵⁵ E, nesse seguimento, o referido autor acaba por ter uma

³⁵² (C. A. Gomes 2020), pág. 662.

³⁵³ (Novais, Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquadramento Direitos Fundamentais 2021), pág. 318. Em sentido oposto. “O erro da doutrina tradicional... foi ter-se centrado acirradamente numa distinção classificatória – direito de liberdade ou direito social – como pretensão critério de diferenciação dogmática, não atendendo aquilo que, de facto, e de direito, distingue a aplicabilidade dos direitos fundamentais e a densidade do controlo judicial que incide sobre as suas eventuais violações.”

³⁵⁴ (Fonseca 2020), pág. 205 e 206. Em sentido oposto ao nosso e no mesmo sentido do autor Jorge Reis Novais. “(...) parece-nos que o problema capital não reside na possibilidade de separação estrita entre direitos de liberdade e direitos sociais como mera opção de sistematização dos direitos fundamentais na Constituição, mas no facto desta ter consagrado os direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais e, logo de seguida, ter considerado uns mais fundamentais que outros.” Mais adiante, ainda pela mesma autora é referido que “somos da opinião de que a noção constitucional de “direitos, liberdades ou garantias”, se aplica à luz dos critérios tradicionais, é inoperante na justiça administrativa, pelo que deverá ser interpretada com elasticidade, de acordo com a fundamentação expendida.”

³⁵⁵ (Novais, Direitos Sociais - Teoria Jurídica Dos Direitos Sociais Enquadramento Direitos Fundamentais 2021), pág. 317 e seg.

visão “elástica” sobre aquela que deverá ser a utilização das intimações (do artigo 109.º a 111.º CPTA), na medida em que o mesmo defende que “*para efeitos da intimação, considera como “direitos, liberdades e garantias”, os direitos que resultam da concretização por lei ordinária de direitos fundamentais sociais, como se tal concretização implicasse uma constitucionalização do direito.*”^{356_357}

Note-se que Anabela Costa Leão, citando a autora Sofia David e reportando-se a uma obra desta última com dados de 2011, vem demonstrar todo um leque de matérias que têm sido integradas, no escopo da intimação, referindo que: “(...) *na prática jurisdicional, a intimação tem sido invocada para amparar direitos como o direito de manifestação de militares (artigos 45.º e 270.º da CRP), o direito à greve (artigo 57.º da CRP) perante os exames nacionais ou para obstar a uma requisição civil, direitos públicos em sede de campanha eleitoral, direito à integridade física e psíquica (artigo 25.º da CRP), a inviolabilidade do domicílio e da comunicação (artigo 34.º da CRP), liberdade de expressão (artigo 37.º da CRP), a liberdade religiosa (artigo 41.º da CRP), a liberdade de escolha do acesso à profissão (artigo 47.º da CRP) ou o direito de resposta (n.º 4 do artigo 37.º da CRP). Tem também permitido amparar o direito ao reagrupamento familiar, o direito à propriedade industrial (n.º 2 do artigo 61.º da CRP), o direito de acesso à educação e ensino superior e o direito à igualdade de tratamento no âmbito de concursos de acesso ao ensino superior (artigos 74.º e 76.º da CRP), o direito à segurança social (artigo 63.º CRP) ou o direito à habitação.*”³⁵⁸ (sublinhado nosso)

Ora, será que esta interpretação extensiva feita por alguma doutrina e, também, pela própria jurisprudência, não estará a desvitalizar o verdadeiro sentido da criação da ação de intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias? Não era suposto este ser um meio processual excecional? Será que o direito ao reagrupamento familiar deverá merecer este tipo de tutela?

³⁵⁶ (Andrade, Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976 s.d.), pág. 264 e 265. “como citado em” Jorge Reis Novais (v. “Direito, liberdade ou garantia:” uma noção constitucional imprestável na justiça administrativa?”, in CJA, n.º 73, Jan/Fev. 2009, p.48 e ss).

³⁵⁷ (Novais, Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquadramento Direitos Fundamentais 2021), pág. 219. Para percebermos o alcance do pensamento do autor no que diz respeito à matéria de direitos sociais, importa trazer à colação um dos pontos da sua obra, “**Direitos Sociais como pressuposto objetivo dos direitos de liberdade**”, onde o autor refere, nomeadamente, o seguinte: “...Assim, seria possível, por exemplo, reconhecer *justfundamentalmente* o direito à proteção da saúde através da garantia do direito à vida, do direito à integridade física ou da garantia de proibição de tratamento cruéis ou desumanos; seria possível extrair o direito à habitação do direito à vida familiar e à privacidade; deduzir um direito ao ensino através da liberdade de escolha de profissão ou garantir os benefícios sociais já assegurados pela lei ordinária através do direito de propriedade ou da proibição de discriminação.”

³⁵⁸ (C. A. Gomes 2020), pág. 663 a 665.

Na nossa opinião, e atendendo ao enquadramento feito do direito que temos em investigação, não nos subsistem dúvidas de que o mesmo não deverá beneficiar deste meio de tutela excecional, contudo, tendo de perceber, em termos constitucionais, qual foi o alcance do legislador constituinte, aquando da introdução da tutela jurisdicional efetiva presente no n.º 5 do artigo 20.º CRP, o que iremos analisar de imediato.

5.3 A interpretação constitucional do n.º 5 do artigo 20.º CRP

A matéria que queremos trazer à discussão é, antes de mais, a interpretação constitucional do n.º 5 do artigo 20.º CRP.

Os autores J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira referem-nos que: *“A norma em referência constitui uma imposição legiferante, obrigando o legislador a criar novos processos ou a adaptar processos existentes de forma a institucionalizar uma via judiciária preferente e sumária, ou, nos termos constitucionais, célere e prioritária, indispensável à proteção em tempo útil dos direitos, liberdades e garantias (por ex., impugnação em tempo útil da proibição de uma manifestação ou de uma expulsão).”³⁵⁹* (sublinhado nosso)

O autor J.J. Gomes Canotilho, sobre a presente matéria refere o seguinte: *“A concretização legislativa deste direito encontra, hoje, uma consagração relevante no Código de Processo dos Tribunais Administrativos e Fiscais que prevê um processo de intimação para a protecção de direitos, liberdades e garantias (...) Um problema não inteiramente resolvido é o da extensão destes processos céleres e prioritários. O texto constitucional parece apontar apenas para um reduzido âmbito: os direitos, liberdades e garantias pessoais.”³⁶⁰* (sublinhado nosso)

Sobre a tutela específica deste catálogo de direitos, o autor L. Barbosa Rodrigues afirma: *“A especificidade resulta da saliência tributada aos direitos, liberdades e garantias de índole pessoal (art. 20.º, n.º 5) e, por extensão, aos direitos de natureza*

³⁵⁹ (Canotilho e Moreira, Constituição da República Portuguesa, Anotada 2007), pág. 419.

³⁶⁰ (J. J. Canotilho s.d.), pág. 507.

análoga pessoais (art. 17.º). (...) Oferecendo exequibilidade à norma constitucional relativa à tutela dos direitos pessoais (art. 20.º, n.º 5), o Código de Processo nos Tribunais Administrativos acolhe um mecanismo especial, a intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias (art. 109.º). (...) Inexiste, porém, na Constituição e, inclusive, na legislação ordinária, qualquer mecanismo de tutela diferenciada dos direitos económicos, sociais e culturais.”³⁶¹ (sublinhado nosso)

A este respeito, também os autores Jorge Miranda e Rui Medeiros dizem-nos que: *“b) Direitos, liberdades e garantias pessoais, na aceção utilizada pelo artigo 20.º, n.º 5, são os enumerados nos artigos 24.º a 47.º da Constituição, sendo duvidoso – atendendo quer ao artigo 17.º quer à delimitação restritiva da previsão do artigo 20.º, n.º 5, que nem sequer abrange todos os direitos, liberdades e garantias, não cobrindo nem os direitos, liberdades e garantias de participação política nem os direitos, liberdades e garantia dos trabalhadores – que o artigo 20.º, n.º 5, se aplique igualmente aos direitos fundamentais com uma estrutura análoga à dos direitos, liberdades e garantias pessoais, como sucede, por exemplo, com o direito de acesso à justiça administrativa.”* Mais adiante na obra citada, os autores dizem-nos ainda que: *“c) Não obstante o alcance restritivo da tutela conferida pelo n.º 5 do artigo 20.º - quando se refere apenas à defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais -, o princípio fundamental da equiparação, plasmado no artigo 15.º, conjugado com o princípio basilar da dignidade da pessoa humana, impede que exclua liminarmente a possibilidade de aplicação destes procedimentos céleres e prioritários aos estrangeiros e apátridas que se encontrem ou residam em Portugal.”*³⁶² (negrito e sublinhado nosso)

Face ao aduzido pelos referidos autores, e, no seguimento do defendido pelo autor L. Barbosa Rodrigues, entendemos que, a jurisprudência em Portugal, salvo o devido respeito por opinião contrária, tem feito uma incorreta interpretação do direito ao reagrupamento familiar. O primeiro problema que se coloca nesta matéria é a errónea interpretação constitucional do referido direito que demonstramos no ponto anterior e, por conseguinte, a forma de processo adotada e admitida. O direito que aqui está verdadeiramente em causa, recorde-se, é a convivência de um estrangeiro com os seus familiares, que, em momento algum, foi coartado pelo Estado Português. Em nenhum momento, o requerente do reagrupamento ou o seu familiar foram impedidos, por exemplo, de se visitarem. Note-se, que, aquela foi uma opção do estrangeiro vir viver

³⁶¹ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 415 a 417.

³⁶² (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 332.

para Portugal e deixar a sua família, no seu país de origem. Não pode conceber-se que esse mesmo estrangeiro, hipoteticamente, ao fim de 10 anos de opção de residir afastado das suas origens, possa lançar mão de um meio processual urgente, a intimação para a defesa de direitos, liberdades e garantias, nos termos do 109.º CPTA, invocando que está privado do exercício da vida familiar em Portugal. Em sentido próximo, quanto à questão do tempo que invocamos por mera hipótese para, lançar mão de uma ação de intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias, existe doutrina que também segue este entendimento - veja-se a este respeito, a posição dos autores Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha: *“Mas não faz, a nosso ver, sentido que o processo de intimação possa ser utilizado quando esteja em causa uma violação continuada ou já concretizada de um direito fundamental.”*³⁶³

Ora, como tivemos a oportunidade de analisar anteriormente, o direito ao reagrupamento familiar não é, claramente, em nossa opinião, um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. Entendemos, que estamos perante um direito material extraconstitucional que, num plano de equiparação à luz da constituição, integra uma garantia institucional e, por conseguinte, não preenche o escopo de utilização do meio processual previsto no artigo 109.º a 111.º CPTA. Aliás, não existe, na Constituição, qualquer mecanismo de tutela diferenciada das garantias institucionais.³⁶⁴

É neste sentido que reiteramos que a utilização deste meio processual excecional para este tipo de direito é distorcer a razão pela qual tal meio processual foi criado. Além disso, a sua utilização indevida poderá colocar em causa direitos fundamentais, com consagração no catálogo de direitos, liberdades e garantias, ou direitos de natureza análoga a estes. Continuar a permitir que este meio processual seja utilizado, nomeadamente, para este fim, levará no limite ao ponto onde tudo é urgente e nada é urgente. Ou pior, se era urgente, deixou de o ser.³⁶⁵

³⁶³ (Almeida 2021), pág. 932.

³⁶⁴ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 417. *“A Constituição afirma, em termos principais, a existência de tutela jurisdicional efetiva contra a violação de quaisquer direitos, ou mesmo de quaisquer interesses (art. 20.º, n.º 1). Não excluindo, por consequência, os direitos económicos, sociais e culturais. Inexiste, porém, na Constituição e, inclusive, na legislação ordinária, qualquer mecanismo de tutela diferenciada dos direitos económicos, sociais e culturais. Construção a que, definitivamente, não é estranha a sua natureza futura e eventual.”*

³⁶⁵ (C. A. Gomes 2019), pág. 113. No mesmo sentido. *“É certo, concedermos, que a extensão indiscriminada a quaisquer direitos, liberdades e garantias, fora do Capítulo I do Título II da CRP pode, em abstrato, introduzir a uma banalização da utilização de um meio jurisdicional que, devido à sua sumariedade, deve ver a sua aplicação restrita a um número selecionado de casos. Esta extensão torna-se problemática por força da existência, na sua Lei Fundamental, de disposições como os artigos 16.º e 17.º, que ajuntam ao já vasto catálogo de direitos, liberdades e garantias como tal qualificados, um conjunto de situações jurídicas*

Na prática, como é referido pela autora Carla Amado Gomes, a intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias acaba por ser o chamado “*serviço de urgência dos tribunais administrativos*”. A referida autora reconhece que este mecanismo processual é a “*tentativa de minorar os danos provocados pelo atraso na administração da justiça, fruto da crise que o nosso sistema jurisdicional atravessa.*”³⁶⁶ Na verdade, o que a autora refere nas entrelinhas é exatamente o que aduzimos anteriormente. O presente meio processual apenas é utilizado porque o titular de direitos não conseguiria ver a sua pretensão satisfeita, no tempo que desejava no âmbito de uma ação administrativa, e acaba por lançar mão, indevidamente, da ação de intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias.

No seguimento do aduzido anteriormente pela autora Anabela Costa Leão, também os autores Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha afirmam que: “*Cumprido, em todo o caso, notar que a jurisprudência tem sido relativamente generosa nesta matéria, admitindo a utilização da intimação para proteção de situações jurídicas que dificilmente podem ser qualificadas como direitos, liberdades ou garantias.*”³⁶⁷

Salvo melhor opinião, somos do entendimento de que a doutrina deve fazer uma nova reflexão sobre o direito ao reagrupamento familiar, tendo por base a classificação aqui pronunciada e, ainda, procedendo à reconstituição do pensamento do legislador constituinte, particularmente, na norma prevista no n.º 5 do artigo 20.º CRP e, tendo em atenção o risco que se corre pela descaracterização deste tipo de ações excecionais, ao serem utilizadas para direitos que não preenchem o escopo de um direito, liberdade ou garantia ou de um direito de natureza análoga.

5.4 Será que existe desconformidade constitucional entre o n.º 5 do artigo 20.º da CRP e o artigo 109.º do CPTA?

partilhando (por força do segundo preceito citado) da jusfundamentalidade destes, a título de direitos, liberdades e garantias de natureza análoga.”

³⁶⁶ (C. A. Gomes 2019), pág. 98.

³⁶⁷ (Almeida 2021), pág. 931.

Sobre a presente matéria, importa questionar se a norma contida no artigo 109.º do CPTA será inconstitucional, por infidelidade absoluta do comando constitucional previsto no n.º 5 do artigo 20.º da CRP.

O autor L. Barbosa Rodrigues defende que: *“Sem prejuízo, a intimação dirige-se, em exclusividade, aos direitos, liberdades e garantias personais, e aos direitos de natureza análoga de índole pessoal. E não – como prevê o texto legal – à generalidade dos direitos, liberdades e garantias, nem, por maioria de razão, aos remanescentes direitos de natureza análoga. De facto, este instrumento tutelar ordinário tem fundamento no mencionado preceito constitucional (art. 20.º, n.º 5) preceito que, mesmo no contexto dos direitos, liberdades e garantias, reveste natureza visivelmente excepcional.”* E, nesse seguimento, o autor alerta para o seguinte: *“Acredita-se que, esse significativo alargamento legal a realidades jurídicas não constitucionalmente previstas incrementaria o número de direitos tutelados, mas reduziria, decerto, a efetividade dessa tutela.”*³⁶⁸ (sublinhado nosso)

A este respeito, damos nota da posição dos autores Mário Aroso de Almeida e Carlos Cadilha, que nos referem o seguinte: *“É verdade que, com a introdução desta forma de processo, o propósito primacial do Código foi dar cumprimento a uma imposição constitucional que apenas se reporta aos direitos, liberdades e garantias personais (cfr. artigo 20.º, n.º 5, da CRP). Mas o que é certo é que o legislador não introduziu qualquer restrição, nem nos artigos que integram a presente Secção, nem no próprio título da Secção. Embora pudesse não ter feito, o legislador optou, assim, por ir além da mera concretização da imposição constitucional e estender o âmbito de intervenção deste processo de intimação à proteção de todo e qualquer direito, liberdade ou garantia.”*³⁶⁹ (sublinhado nosso)

Ainda a este respeito, a autora Carla Amado Gomes, menciona *“que o CPTA recuperou algo deste modelo no artigo 109º, alargando, porém, o seu âmbito. Com efeito, enquanto o Anteprojecto se limitava a cumprir estritamente o comando constitucional - restringindo-se aos direitos, liberdades e garantias pessoais -, o CPTA não distingue dentro daquela categoria, pelo que tão-pouco o intérprete/aplicador deverá fazê-lo.”*³⁷⁰

³⁶⁸ (L. B. Rodrigues, Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos 2021), pág. 416 e 417.

³⁶⁹ (Almeida 2021), pág. 930.

³⁷⁰ Carla Amado Gomes, artigo publicado *“Pretexto, contexto e texto da intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias”*, CJP, CIDP, pág. 13.

Disponível em:

Face ao aduzido pelos autores, entendemos que não existe desconformidade constitucional entre o artigo 109.º da CPTA e o n.º 5 do artigo 20.º da CRP, na medida em que só poderia ser invocada uma inconstitucionalidade se o legislador democrático tivesse diminuído o âmbito de proteção fixado pelo legislador constituinte. Mas, por outro lado, devemos de reconhecer razão ao aduzido pelo autor L. Barbosa Rodrigues, quando refere que este modelo de tutela jurisdicional urgente, nos termos em que se encontra a redação do artigo 109.º CPTA, acaba por reduzir a sua efetividade, atendendo à totalidade do universo dos direitos, liberdades e garantias que, por vontade do legislador ordinário, acabam por ser, todos, objeto deste tipo de processo. Se tivesse sido formulada uma redação mais contida, pelo legislador democrático sobre a norma prevista no artigo 109.º CPTA, certamente não se discutiria o presente tema.

5.5 O princípio da segurança jurídica

Aqueles que se reveem na posição que defendemos sobre o direito ao reagrupamento familiar, poderão entender que se vier a existir uma interpretação, *ex novo*, sobre este direito por parte dos tribunais, tal poderá, de algum modo, fazer transparecer, perante a sociedade, uma insegurança ao nível da jurisprudência, pondo, no limite, em causa o **princípio da segurança jurídica**³⁷¹.

O Estado de direito democrático encontra-se alicerçado, nomeadamente, no princípio da segurança jurídica, conforme resulta do disposto no artigo 2.º da Lei Fundamental. Os autores Jorge Miranda e Rui Medeiros, quando analisam a referida norma constitucional, trazem-nos à colação o Acórdão n.º 786/96 do TC, no qual pode ler-se, nomeadamente, o seguinte: “*O princípio da protecção da confiança exprime uma*

<https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/291-135.pdf>

Acesso em: 07/02/2024.

³⁷¹ (A. P. Pereira 2019), pág. 71 e 72. “*O princípio da segurança jurídica ou da certeza jurídica constitui um princípio geral de Direito que é basilar do nosso sistema normativo e que se retira da noção de Estado de Direito Democrático (contida no artigo 2.º CRP). É outro dos valores imanescentes ao Direito e indispensável para que cada um saiba com o que pode contar num domínio de estabilidade das regras sociais de comportamento. A vida jurídica pressupõe, assim, um certo grau não só de estabilidade como de previsibilidade.*”

ideia de justiça que aprofunda o Estado de direito democrático. Segundo ela, o Estado não pode legislar alterando as expectativas legítimas dos cidadãos relativamente às respectivas posições jurídicas, a não ser que razões ponderosas o ditem [...] Prevaecem, neste último caso, a necessidade e o valor dos fins almejados, perante a segurança e a solidez das expectativas. Mas tal sacrifício das expectativas deve ser previsível para os cidadãos atingidos e não desproporcional à lesão dos interesses subjacentes - Mas haverá lesão de expectativas que implique a violação do princípio da confiança? - Pressuposto de tal violação é a validade das expectativas. Isso não implica, necessariamente, que estas correspondam a direitos subjectivos, mas apenas que tenham um fundamento jurídico. E, por outro lado, não bastam quaisquer expectativas tuteladas juridicamente para que se justifique a intervenção do princípio da confiança. A validade das expectativas impõe que a previsibilidade da manutenção de uma posição jurídica se fundamente em valores reconhecidos no sistema e não apenas na inércia ou na manutenção do status quo.”³⁷² (sublinhado nosso)

Ora, em nossa opinião, o princípio da segurança jurídica não está, de modo algum, colocado em causa, pelas seguintes razões: (i) *primus*, a segurança jurídica tem de ter como escopo a “*certeza do Direito*”³⁷³; (ii) *secundus*, não está em causa a forma como o Estado legislou a presente matéria³⁷⁴, mas, apenas, na nossa opinião e salvo o devido respeito por posição contrária, a errónea interpretação que a jurisprudência continua a fazer sobre a admissão da referida forma de tutela excepcional a garantias institucionais; (iii) *tertius*, existe fundamento jurídico para alterar a forma de tutela do direito ao reagrupamento familiar porque a sua natureza não se compagina com um direito de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias. Neste sentido, este direito não pode continuar a impor-se ao regime dos direitos, liberdades e garantias. Continuar com a presente interpretação, no sentido de conceder provimento a esta forma de tutela, é ofender os demais direitos, liberdades e garantias e os direitos de natureza análoga a estes, quando colocados em igualdade de circunstâncias; (iv) *quartus*, perante um erro de interpretação da natureza do direito em causa, levando, mormente, ao erro na forma de processo utilizado, somos do entendimento de que poderá e deverá vir a ser alterado o entendimento jurisprudencial dominante, com vista a adotar a forma processual mais

³⁷² (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 79 e 80.

³⁷³ (A. P. Pereira 2019), pág. 72. “*A exigência de segurança jurídica ou da certeza do Direito traduz, assim, um valor essencial (...)*”

³⁷⁴ (A. P. Pereira 2019), pág. 73. “*(...) antes de mais, da segurança jurídica a existência de uma obrigação de informação, que recai sobre o Estado e, dentro deste, sobre quem exerce o poder legislativo. (...) O que implica, à luz da segurança jurídica, a aplicação da lei de acordo com critérios pré estabelecidos e devidamente divulgados e conhecidos, para prevenir o arbítrio e a incerteza quanto ao seu destino.*”

correta. Não estamos, em momento algum, a quebrar a confiança da sociedade, porque reconhecemos que este direito material extraconstitucional, vocacionado para a defesa da dignidade humana, merece tutela jurisdicional efetiva³⁷⁵, porém, sob outra forma de processo, designadamente, através da ação administrativa, não urgente.³⁷⁶

5.6 A jurisprudência em Portugal em matéria de reagrupamento familiar

Contudo, retrocedendo um pouco mais no tempo, a jurisprudência, no que diz respeito ao direito ao reagrupamento familiar, tem perfilhado posições completamente díspares. Neste ponto, iremos dar nota dessas alterações, no período compreendido desde 2010 até à atualidade, para compreender a evolução, ou melhor, na nossa opinião, a inflexão sobre a presente matéria pelo poder jurisdicional.

Num primeiro momento, foi defendido pelos Tribunais que o autor - cidadão estrangeiro, a residir legalmente em Portugal -, não tinha legitimidade para instaurar a ação de intimação para a defesa de direitos, liberdades e garantias, uma vez que não era o requerente do pedido de visto recusado (ou não decidido), na medida em que o requerente do pedido de visto era o cidadão reagrupado, e sendo certo que o primeiro apenas figurava como o titular do pedido de reagrupamento familiar. Além disso, defendeu-se, ainda, que os procedimentos – de reagrupamento familiar e de visto - eram

³⁷⁵ (A. P. Pereira 2019), pág. 308. “*Refere-se à necessidade de tutela dos direitos e cumprimento dos deveres junto dos órgãos competentes que, num Estado de Direito, apenas podem ser os tribunais.*”

³⁷⁶ (A. P. Pereira 2019), pág. 82. No mesmo sentido. “*Há que proteger todos os valores com dignidade constitucional mas sempre evitando situações de desproporção.*”

distintos e os intervenientes – sujeitos nas respetivas relações materiais controvertidas com a Administração - também.³⁷⁷⁻³⁷⁸

Posteriormente, e em sentido contrário ao defendido até aquele momento, o Tribunal entendeu que o autor, enquanto requerente do pedido de reagrupamento familiar, e o cidadão reagrupado enquanto requerente do pedido de visto, estavam

³⁷⁷ Veja-se o **acórdão proferido pelo TCA Sul, datado 17 de junho de 2010, no âmbito do processo n.º 06316/10**, onde pode ler-se: “Não há dúvidas que o A. era o titular do direito ao reagrupamento familiar (cfr. arts. 66º., nº. 1 e 68º., nº. 2, ambos do Dec. Reg. nº. 84/2007, de 5/11). Mas dúvidas também não existem que a titular do direito à emissão de um visto de residência era a sua mulher e não ele, pois esse visto destinava-se a permitir a sua entrada em território português a fim de solicitar a autorização de residência, habilitando-a a neste permanecer por um período de quatro meses (cfr. arts. 58º., nº. 1 e 2, 64º. e 107º., nº. 1, todos da Lei nº. 23/2007, de 4/7).

Aliás, que não existe coincidência entre o titular do direito ao reagrupamento familiar e o titular do direito à emissão do visto de residência resulta claramente dos n.º 2 e 3 do artigo 68.º do Decreto Regulamentar nº. 84/2007, onde se prevê a notificação daquele mas se afirma que é este que tem de formalizar o pedido de emissão desse visto sob pena de caducidade da decisão de reconhecimento do direito ao reagrupamento familiar. O procedimento administrativo tendente à emissão do visto de residência é, assim, distinto daquele onde é proferida a decisão de reagrupamento familiar, estando sempre dependente da iniciativa e vontade do titular daquele direito.

E, atento a essa dependência, não se compreenderia que num processo judicial se abstraísse de tal iniciativa, admitindo-se que viesse a ser emitido um visto de residência sem, ou mesmo contra, a vontade do titular do respetivo direito. (sublinhado nosso)

Disponível em:

<http://www.gde.mj.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/749bf8d423c718df8025774d00316ce4?OpenDocument>

Acesso em 08/10/2023.

³⁷⁸ Veja-se o **acórdão proferido pelo TCA Sul, datado de 03 de março de 2011, no âmbito do processo n.º 07208/11**, podendo ler-se no sumário: “1. Constituem dois procedimentos administrativos autónomos, (i) o de reagrupamento familiar instaurado junto do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras pelo “cidadão residente em território nacional que pretenda beneficiar do direito de reagrupamento familiar” e (ii) o de visto de residência a favor dos familiares, a instaurar por estes, isto é, pelos familiares do cidadão residente que obteve deferimento da pretensão deduzida no mencionado procedimento de reagrupamento familiar, e que corre no MNE na medida em que deve ser instaurado na “missão diplomática ou posto consular de carreira da respectiva área de residência” – vd. artºs 66º e 68º, Dec. Reg. 84/07 de 05.11. 2. O que significa que os procedimentos em causa são da iniciativa dos particulares interessados e, por isso, têm sujeitos distintos relativamente ao acto propulsivo que determina a respectiva abertura, o que, derivado à legitimidade para os iniciar que assiste aos sujeitos requerentes, origina na esfera jurídica da Administração o dever de decidir procedimental - vd. artºs. 54º, 53º nº 1 e 9º nº 1 CPA. 3. O critério geral de legitimidade activa constante do artº 9º nº 1 CPTA, segundo o qual o Autor é considerado parte legítima quando alegue ser parte na relação material controvertida, significa que a legitimidade procedimental distinta decorrente do disposto nos artºs 66º e 68º Dec. Reg. 84/07 se reflete nos mesmos termos em sede de legitimidade processual no domínio do regime do artº 9º nº 1 CPTA.”

Disponível em:

<http://www.dgsi.pt/jtca.nsf/170589492546a7fb802575c3004c6d7d/2ac8b706871c9de68025784e00419ef4?OpenDocument&Highlight=0,07208%2F11>

Acesso em 08/10/2023.

ambos compreendidos no mesmo procedimento, ou seja, complementam-se, existindo um dos procedimentos, em função do outro.^{379,380}

Este último entendimento mantém-se até aos dias de hoje sendo, salvo melhor opinião, de discordar de uma tal posição, na medida em que entendemos que o direito ao exercício da vida família se sobrepõe, *in casu*, ao direito individual do reagrupado.

Por outras palavras, almejamos demonstrar que a jurisprudência tem feito uma interpretação errónea do instituto jurídico em presença, na medida em que valoriza o direito ao exercício da vida familiar em detrimento dos direitos individuais do cidadão reagrupado. Na verdade, desprotegendo os direitos individuais dando primazia ao direito ao exercício da vida familiar.

O facto de o cidadão reagrupado estar integrado no seio da família, não poderá significar que todos os seus direitos enquanto ser individual se subsumam naquele direito.

O cidadão reagrupado, maior de idade, deve ter a liberdade de poder escolher se pretende viver num outro país diferente do seu, junto de determinada pessoa do seu seio familiar, se pretende abandonar efetivamente o seu país de origem e tomar todas essas e outras decisões de forma pessoal e individualmente. Não podem essas decisões serem tomadas por interposta pessoa que não o próprio. Esta decisão apenas diz respeito à sua vida pessoal, privada e ao seu futuro e realiza-se no âmbito da sua esfera jurídica.

³⁷⁹ Veja-se o **acórdão do STA, datado 24 de janeiro de 2012, no âmbito do processo n.º 0783/11**, onde pode ler-se no sumário: *“I - No âmbito do instituto do reagrupamento familiar, o visto de residência existe em função do reagrupamento, não tem existência separada dele; II - Por isso, na relação material controvertida que é a da emissão/não emissão do visto de residência o titular do reagrupamento familiar é parte, embora não seja ele, naturalmente, que se vá constituir como titular do visto de residência; III - Ele é parte, pois é a parte, a parte principal na relação que permite, justifica e alicerça a emissão desse visto; IV - Assim, assiste-lhe legitimidade em intimação para emissão de visto de residência para o cônjuge e filhos.”* Disponível em:

http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/1d2b4ae1c137b9a280257997003db16f?OpenDocument&ExpandSection=1#_Section1

Acesso em 08/10/2023.

³⁸⁰ Veja-se o **acórdão do STA, datado 27 de julho de 2011, no âmbito do processo n.º 0442/11**.

Disponível em:

http://www.dgsi.pt/jsta.nsf/35fbbbf22e1bb1e680256f8e003ea931/7602a7516c58d0da802578f500348626?OpenDocument&ExpandSection=1&Highlight=0,113%2F11%20#_Section1

Acesso em 08/10/2023.

Aquando da escolha do presente tema de dissertação, optámos por abordar a entrada em território nacional de familiares de cidadãos de origem indiana em Portugal ao abrigo do instituto do reagrupamento familiar, para perceber se estão a ser violados os seus direitos fundamentais. Note-se que estes cidadãos de origem indiana, têm uma língua, cultura e um modo de vida muito diferente do cidadão nacional e, nesse sentido, quisemos compreender se a interpretação feita pelos tribunais portugueses se encontra correta à luz da lei, e das especificidades próprias decorrentes de uma cultura não ocidental.

Como vimos anteriormente, a jurisprudência faz uma leitura errónea do direito em análise. Com o devido respeito pela posição adotada pelos Tribunais em Portugal sobre a presente matéria, não acompanhamos o entendimento que é sufragado, uma vez que a interpretação e aplicação do direito ao reagrupamento familiar, na referida posição jurisprudencial adotada, se sobrepõe ao próprio direito individual do cidadão reagrupado, restringindo-o, porquanto o direito individual (do cidadão reagrupado) acaba por ser assimilado no próprio instituto do direito ao reagrupamento familiar, contrariamente aos ensinamentos da doutrina no sentido de que os direitos individuais deverão manter-se intactos e deverão ser protegidos, sendo exercidos de forma livre e independente, no âmbito da respetiva esfera e liberdade pessoais.

Destarte, entendemos que a jurisprudência trata a presente matéria como uma unidade em termos constitucionais, colocando direitos fundamentais e garantias institucionais todos a um mesmo nível, erroneamente, encontrando-se o cidadão reagrupado, enquanto ser individual, esbulhado dos seus direitos pessoais³⁸¹ e individuais – alguns deles, indiscutíveis direitos, liberdades e garantias, passíveis de ser anulados por um direito material extraconstitucional com natureza de uma garantia institucional, indevidamente tutelado através de intimações para defesa de direitos, liberdades e garantias. Como também ficam anulados os direitos individuais do cidadão reagrupado, tais como, a igualdade na intervenção e audição no procedimento do pedido de reagrupamento familiar, no sentido de perceber se, estarão, ou não, a ser violados direitos como o direito à sua própria liberdade e segurança.

³⁸¹ (J. M. Alexandrino 2018), pág. 24. “Os direitos fundamentais são necessariamente situações jurídicas: (...) pessoais (estão estritamente ligados à pessoa, à sua vida e personalidade, sendo dela inseparáveis)”.

5.7 Os efeitos do recurso jurisdicional

O recurso no âmbito de uma decisão proferida numa ação de intimação para a defesa de direitos, liberdades e garantias, tem efeito meramente devolutivo, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 143.º do CPTA. Quer isto dizer que, a decisão tem de ser cumprida pela autoridade administrativa competente, no prazo a que vier a ser fixado pelo tribunal.

Note-se, que, um eventual incumprimento da intimação sujeita o intimado, no presente caso, a autoridade administrativa competente, ao pagamento de uma sanção pecuniária compulsória, isto é, uma multa diária por cada dia de incumprimento da decisão de intimação, para além da responsabilidade civil, disciplinar e criminal a que houver lugar, nos termos do disposto nos artigos 111.º, n.º 4, e 169.º do CPTA.

Em termos de prazos processuais, de acordo com o artigo 147.º do CPTA, os recursos são interpostos no prazo de 15 dias - neste tipo de meio processual os prazos são reduzidos a metade - e, de acordo com a al. a) do n.º 2 do artigo 143.º do CPTA, o efeito do recurso é meramente devolutivo, evidencia-se que a título excepcional, uma vez que a regra é a de que os recursos ordinários têm efeito suspensivo da decisão recorrida (cfr. n.º 1 do art. 143.º CPTA).

Neste ponto, queremos trazer à colação o aduzido pelo autor José Carlos Vieira de Andrade, uma vez que partilhamos da mesma opinião entendendo nós que deveria ser ponderado, em sede da próxima revisão ao CPTA, o efeito suspensivo do recurso no âmbito destas ações urgentes, atendendo sempre, à situação específica trazida ao conhecimento do tribunal. Veja-se a posição do autor: *“Resta saber, porém, se, face ao uso excessivo da intimação, a que já nos referimos, decorrente do alargamento abusivo do conceito de direitos, liberdades e garantias adotado ou tolerado pela jurisprudência, designadamente em primeira instância, não será de admitir a atribuição judicial de efeitos suspensivos ao recurso, mediante uma ponderação concreta dos interesses em presença, fundada no princípio da proporcionalidade, que poderá determinar a*

*prevalência, no caso concreto, de interesses públicos de grande ou de excepcional relevo.”*³⁸²

Partilhamos do entendimento do referido autor, uma vez que, além do uso abusivo do presente meio processual, entendemos que não é feito um juízo de ponderação e proporcionalidade do caso concreto, por parte dos Tribunais, na medida em que, muitas vezes, poderão não ser tomadas em linha de conta as razões apresentadas pelas autoridades administrativas, que levaram a não praticar determinado ato. Note-se que as decisões proferidas pelos tribunais a condenar a Administração a praticar determinado ato, poderá, em última análise, prejudicar aquele que é o verdadeiro funcionamento público em detrimento de salvaguarda de “*supostos*” direitos, liberdades e garantias, esquecendo muitas vezes, que o interesse público, é “*interesse coletivo, interesse geral de uma determinada comunidade – o bem comum*”.^{383_384}

³⁸² (Andrade, A Justiça Administrativa 2020), pág. 271.

³⁸³ (Romão 2022), pág. 34.

³⁸⁴ (Romão 2022), pág. 37. Pelo autor é ainda referido o seguinte: “*a Administração Pública sujeita-se aos direitos fundamentais dos cidadãos em contrapartida às prerrogativas de autoridade, notadamente em defesa contra as arbitrariedades ou abusos, que Vieira de Andrade assinalara serem sempre possíveis de ocorrência em uma relação de tensão originária entre o cidadão e Estado. Ademais, a salvaguarda dos direitos fundamentais – de direitos dos particulares e de seus interesses legalmente protegidos – são constitucionalmente, segundo Marcelo Rebelo de Sousa, interesse público e não interesse meramente privado*”.

6. O REAGRUPAMENTO FAMILIAR NO PLANO COMPARADO

6.1 O reagrupamento familiar no ordenamento jurídico espanhol

O Observatório das Migrações no âmbito de um estudo sobre a importância do reagrupamento familiar na União Europeia, evidencia que “... a legislação dos vários países garante o direito mínimo estabelecido pela EU para a reunificação familiar, mas alguns países introduziram regras adicionais que aumentam o poder de controle sobre a entrada de familiares de imigrantes condicionando o exercício do reagrupamento familiar.” A título exemplificativo indicam que “na Alemanha o imigrante perde o direito à reunificação se ele se encontrar numa situação de dependência do sistema de segurança social (e.g. por motivo de saúde, ou desemprego) ou se esse familiar se puder tornar dependente do sistema de segurança social. Acresce que a aprovação da vinda de familiares é condicionada pela existência de espaço suficiente na habitação do imigrante, condição financeira adequada e possibilidade de pagamento de seguro de saúde. Na Áustria exige-se adicionalmente a comprovação de que o candidato ao reagrupamento familiar possui conhecimentos de Alemão (para alguns tipos de visto do parceiro, por exemplo, quando este é trabalhador autónomo).” Mais adiante, destacam ainda o “facto de a consagração do direito ao reagrupamento familiar ser concebida de forma mais ou menos ad-hoc. A existência, em diferentes Estados-membros, de várias interpretações das definições de família e de membros da família, constituiu o móbil da criação desta diretiva.”³⁸⁵

Neste seguimento, o ordenamento jurídico espanhol, à semelhança do português, prevê o direito ao reagrupamento familiar sendo que, neste ponto, propomos analisá-lo e compará-lo na sua generalidade.

³⁸⁵ Disponível em:

<https://www.om.acm.gov.pt/documents/58428/177157/ESTUDO+53.pdf/966d8e07-8fea-4088-ad3f-1e2149ce6b38>

Acesso em: 28/01/2024.

As normas legais aplicáveis ao direito ao reagrupamento familiar em Espanha estão previstas nos artigos 16 a 19 da Lei Orgânica 4/2000, de 11 de janeiro³⁸⁶, nos artigos 52 a 58 do Regulamento da Lei Orgânica 4/2000, aprovado pelo Real Decreto 557/2011, de 20 de abril³⁸⁷ e, em simetria com o direito interno português, este instituto resulta da transposição da Diretiva 2003/86/CE, de 22 de setembro³⁸⁸, sobre direito ao reagrupamento familiar.

De seguida, passamos a analisar os citados diplomas, trazendo à colação um exercício comparativo do direito ao reagrupamento familiar em ambos os ordenamentos jurídicos.

Vejamos alguns exemplos, quanto aos **membros da família a reagrupar**:

- i. Quanto à matéria dos membros da família a reagrupar, mormente, no caso dos **cônjuges**, a lei portuguesa limita-se apenas a enunciá-los “os cônjuges”³⁸⁹. O ordenamento jurídico espanhol indica na letra da lei o que considera ser a figura do cônjuge. Determina que não poderá haver reagrupamento de mais de um cônjuge (mesmo que a lei pessoal do estrangeiro admita este tipo de casamento); se o estrangeiro residente contrair novo casamento, apenas poderá reunir com o cônjuge se provar a dissolução do casamento anterior, apresentando a decisão tomada quanto à casa de morada de família, aos filhos menores comuns, e à pensão de alimentos devida a cônjuge, a filhos menores ou maiores dependentes ou a idosos dependentes³⁹⁰.
- ii. Em relação aos **filhos**, a lei de estrangeiros em Portugal, em sede de reagrupamento familiar, admite como membro da família a reagrupar os filhos menores e os filhos maiores. Estes últimos têm de provar que estão a cargo do casal ou de um dos cônjuges, que são solteiros e se encontram

³⁸⁶ Disponível em:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544>

Acesso em: 06/01/2024.

³⁸⁷ Disponível em:

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-7703>

Acesso em: 06/01/2024.

³⁸⁸ Disponível em:

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:251:0012:0018:PT:PDF>

Acesso em: 06/01/2024.

³⁸⁹ Cfr. al. a) do n.º 1 artigo 99.º da Lei n.º 23/2007, de 04 de julho.

³⁹⁰ Cfr. al. a) do n.º 1 do artigo 17 da Lei Orgânica 4/2000, de 11 de janeiro e al. a) do artigo 53 do Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

a estudar *i)* num estabelecimento de ensino em Portugal ou, *ii)* sempre que o titular do direito ao reagrupamento tenha autorização de residência concedida ao abrigo do artigo 90.ºA. No caso de filho(s) menor(es) ou incapaz, de apenas um dos cônjuges, é exigido *i)* autorização do outro cônjuge ou, *ii)* o comprovativo de decisão de autoridade competente de acordo com a qual o filho lhe tenha sido confiado³⁹¹. São ainda membros da família do requerente do reagrupamento familiar os menores adotados pelo requerente quando não seja casado, pelo requerente ou pelo cônjuge, por efeito de decisão da autoridade competente do país de origem, desde que a lei desse país reconheça aos adotados direitos e deveres idênticos aos da filiação natural e que a decisão seja reconhecida por Portugal³⁹².

No ordenamento jurídico espanhol, só são considerados membros da família a reagrupar os filhos menores e filhos maiores, desde que estes últimos não sejam objetivamente capazes de prover às suas próprias necessidades, por razões de saúde, e o titular do direito ao reagrupamento familiar for o seu representante legal. No caso de filho(s) menor(es) de apenas um dos cônjuges, é exigido o comprovativo de que tem a guarda da criança e de que este exerce o poder paternal em exclusivo. E ainda, no caso de adoção de menores é necessário avaliar a resolução pela qual a mesma foi acordada e se reúne os elementos suficientes para poder produzir efeitos em Espanha³⁹³.

- iii. A lei portuguesa considera ainda como membro da família a reagrupar os **ascendentes** na linha reta e em 1.º grau do residente ou do seu cônjuge, desde que se encontrem a seu cargo³⁹⁴.

No ordenamento jurídico espanhol, são considerados membro da família a reagrupar os ascendentes em 1.º grau, quando *i)* estiverem sob a sua guarda, *ii)* tenham mais de sessenta e cinco anos e *ii)* existam motivos que justifiquem a necessidade de autorizar a sua residência em Espanha. A lei admite ainda excepcionalmente que, por exemplo, quando existam razões

³⁹¹ Cfr. al. b), d) e e) do n.º 1 e n.º 4 do artigo 99.º da Lei n.º 23/2007, de 04 de julho.

³⁹² Cfr. al. c) do artigo 99.º da Lei n.º 23/2007, de 04 de julho.

³⁹³ Cfr. al. b) e c) do n.º 1 do artigo 17 da Lei Orgânica 4/2000, de 11 de janeiro e al. c) e d) do artigo 53 do Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

³⁹⁴ Cfr. al. f) do artigo 99.º da Lei n.º 23/2007, de 04 de julho.

humanitárias, poderão ser reagrupados os ascendentes com idade inferior a sessenta e cinco anos mediante os requisitos aí fixados³⁹⁵.

Atentemos em alguns exemplos sobre os **requisitos para o exercício do reagrupamento familiar**:

- i. No que concerne aos requisitos para o exercício do direito ao reagrupamento familiar, a lei portuguesa refere apenas que para o exercício deste o direito o requerente do pedido tem de dispor de *i)* alojamento e de *ii)* meios de subsistência³⁹⁶.

A Portaria n.º 1563/2007, de 11 de dezembro,³⁹⁷ fixa os meios de subsistência de que devem dispor os cidadãos estrangeiros para a entrada e permanência em território nacional. O disposto no artigo 9.º, que nos remete para os números 1 e 2 do artigo 2.º³⁹⁸ do referido diploma enuncia, os meios de subsistência que devem ser assegurados pelo requerente de reagrupamento familiar, num período não inferior a 12 meses.³⁹⁹

No ordenamento jurídico espanhol, o requerente do direito ao reagrupamento tem de comprovar que dispõe de *i)* alojamento e de *ii)* meios de subsistência suficientes para cobrir as suas necessidades e as da sua família, conforme ao número de pessoas para as quais é solicitado o reagrupamento, devendo, também ser tido em conta o número de familiares que já vivem com o mesmo em Espanha sob os seus cuidados.

³⁹⁵ Cfr. al. d) do n.º 1 do artigo 17 da Lei Orgânica 4/2000, de 11 de janeiro e al. e) do artigo 53 do Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

³⁹⁶ Cfr. al. a) e b) do n.º 1 do artigo 101.º da Lei n.º 23/2007, de 04 de julho.

³⁹⁷ Disponível em:

<https://diariodarepublica.pt/dr/detalhe/portaria/1563-2007-628798>

Acesso em: 07/01/2024.

³⁹⁸ “1 - Para efeitos da presente portaria, considera-se «Meios de subsistência» 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, nos termos do disposto na presente portaria.

2 - O critério de determinação dos meios de subsistência é efectuado por referência à retribuição mínima mensal garantida nos termos do n.º 1 do artigo 266.º do Código do Trabalho, adiante designada por RMMG, atenta a respectiva natureza e regularidade, líquida de quotizações para a segurança social com a seguinte valoração per capita em cada agregado familiar:

a) Primeiro adulto 100 %;

b) Segundo ou mais adultos 50 %;

c) Crianças e jovens com idade inferior a 18 anos e filhos maiores a cargo 30 %.”

³⁹⁹ (Valles 2021) pág. 162. O autor refere que “o critério-base da portaria n.º 1563/2007 tem subjacente a existência de recursos estáveis e regulares suficientes para as necessidades essenciais do cidadão estrangeiro e da sua família (alimentação, alojamento, cuidados de saúde, higiene e vestuário). Aliás, a jurisprudência considera serem estas as necessidades essenciais. Em termos quantitativos, há uma correspondência com a retribuição mínima mensal.”

Para o efeito e por regra, é realizado um cálculo nos termos do regulamento no qual se determina se os pedidos poderão vir ou não a ser concedidos no caso de se determinar que não existe perspectivas de manutenção de meios financeiros durante o ano seguinte à data de apresentação do pedido. Contudo, em termos regulamentares, encontram-se previstas outras formas de cálculo menos exigentes, como por exemplo, por razões humanitárias⁴⁰⁰.

- ii. O regulamento espanhol analisado também consagra normas concretas, mormente no artigo 55, a saber sobre as exigências quanto às condições de alojamento do requerente de reagrupamento para poder vir a ser-lhe autorizado o pedido de reagrupamento a favor dos seus familiares, e a forma administrativa como toda essa análise se processa. Note-se que não existe norma semelhante no nosso ordenamento jurídico interno, de modo a fiscalizar as condições dos requerentes do pedido de reagrupamento familiar⁴⁰¹.
- iii. Por último, damos nota de que o regulamento espanhol remete a decisão de aprovar e processar, ou não, os vistos no processo de reagrupamento aos familiares que vão reagrupar, às missões ou postos consulares⁴⁰². Em Portugal, as missões ou postos consulares apenas processam os pedidos quando têm autorização da entidade decisora, neste caso, a AIMA, I.P.⁴⁰³.

Face ao exposto, verificamos que, no ordenamento jurídico espanhol, a forma de legislar a presente matéria é dessemelhante. As normas legais em Espanha sobre o direito ao reagrupamento familiar encontram-se mais bem determinadas e são mais

⁴⁰⁰ Cfr. n.º 2 e 3 do artigo 18 da Lei Orgânica 4/2000, de 11 de janeiro e n.º 2 a 6 do artigo 54 do Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

⁴⁰¹ No nosso ordenamento jurídico interno no que tange à fiscalização dos pedidos de reagrupamento familiar, encontrámos duas normas que revestem apenas uma faculdade de atuação, vejamos:

- i. No n.º 1 do artigo 104.º da Lei n.º 23/2007, de 04 de julho, pode ler-se: “A AIMA, I. P., pode, se necessário, proceder a entrevistas com o requerente do reagrupamento e os seus familiares e conduzir outras averiguações que considere necessárias.”
- ii. No n.º 2 do artigo 108.º da Lei n.º 23/2007, de 04 de julho, pode ler-se: “Podem ser efetuados inquéritos e controlos específicos quando existam indícios fundados de fraude ou de casamento, união de facto ou adoção de conveniência, tal como definidos no número anterior.”

⁴⁰² Cfr. als. a), b) e c) do n.º 3 do artigo 57 da Lei Orgânica 4/2000, de 11 de janeiro e n.º 2 a 6 do artigo 54 do Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.

⁴⁰³ Cfr. artigo 102.º da Lei n.º 23/2007, de 04 de julho.

contentoras. Em Portugal, a presente matéria foi fixada e regulada num sentido mais lato, e com ausência de obrigatoriedade de fiscalização das condições habitacionais dos requerentes do pedido de reagrupamento familiar.

Aliás, o autor Edgar Valles quando se refere aos meios de subsistência definidos pela Portaria n.º 1563/2007, de 11 de dezembro, conclui evidenciando que *“a existência de meios de subsistência é suave, havendo a preocupação de facilitar o reagrupamento familiar. Há, aliás, mecanismos para atenuar as exigências. Por exemplo, em certas situações, como o estágio profissional ou o voluntariado, caso o alojamento e a alimentação estejam garantidos as quantias reduzidas a 10% e na atividade religiosa a 50% (90% se tiver alimentação).”*⁴⁰⁴

Em Portugal, a concretização do referido direito abrange um maior número de membros da família a reagrupar quando comparando com Espanha, tornando o nosso país mais atrativo para aqueles que querem fazer uso do direito ao reagrupamento familiar.

Porém, em nossa opinião, não faz sentido que a lei portuguesa não reconheça às missões ou postos consulares que melhor conhecem a realidade local, um papel mais firme nas decisões sobre os pedidos de aprovação e processamento dos vistos dos familiares que pretendem reagrupar, sendo a decisão tomada em exclusivo por um órgão com sede em Portugal. Ou seja, é a AIMA que cabe a decisão de deferir ou indeferir os pedidos de reagrupamento familiar apresentados, tornando-se, à luz da lei atual, residual o papel de fiscalização das missões ou postos consulares, que em regra deverão emitir os vistos para entrada e pedidos de autorização de residência em Portugal.

A lei atualmente em vigor em Portugal prevê ainda o deferimento tácito dos pedidos de reagrupamento familiar para os casos de ausência de decisão dos pedidos apresentados com mais seis meses na AIMA⁴⁰⁵. Ora, considerando o número de processos pendentes do extinto SEF, que aquela nova agência herdou, perspectiva-se que, também nesta matéria, venham a ocorrer nos próximos tempos um grande número de deferimentos tácitos por conta do atraso processual no âmbito dos pedidos de reagrupamento familiar.⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ (Valles 2021), pág. 163.

⁴⁰⁵ Cfr. al. n.º 3 e 4 do artigo 105.º da Lei n.º 23/2007, de 04 de julho.

⁴⁰⁶ Disponível em:

Assim, a lei e a regulamentação atual existente em Portugal sobre o direito ao reagrupamento familiar mostram-se vagas, não protegendo os membros da família a reagrupar na medida em que não existe fiscalização concreta das condições habitacionais, nem sequer a audição do cidadão reagrupado em qualquer fase do procedimento, colocando em causa, a dignidade destas pessoas e, no limite, a própria segurança interna do país, pelo que urge tomar medidas de alteração do referido direito.

6.2 Breve reflexão sobre a jurisprudência do TEDH em matéria de reagrupamento familiar

A autora Ana Rita Gil, na sua obra *“Estudos sobre o Direito da Imigração e do Asilo”*, mostra-nos aquela que tem sido a interpretação do TEDH, em matéria de reagrupamento familiar, tendo por base o artigo 8.º da CEDH⁴⁰⁷.

Assim, de forma sumária, o TEDH tem entendido que, em matéria de reagrupamento familiar, não existe qualquer violação do artigo 8.º CEDH, entendendo que: *“(i) não havia obstáculos a que os recorrentes levassem a cabo a vida familiar no país de origem, podendo, por isso, a reunião familiar ter lugar nesse país”*⁴⁰⁸; *“(ii) a residência separada da filha era consequência de uma decisão tomada conscientemente pelo próprio imigrante”*⁴⁰⁹ - 410

<https://cnnportugal.iol.pt/aima/sef/aima-vai-demorar-ano-e-meio-para-recuperar-processos-pendentes-herdados-do-sef/20231208/65719ef4d34e65afa2f86302>

Acesso em 07/01/2024.

⁴⁰⁷ **“ARTIGO 8º - Direito ao respeito pela vida privada e familiar**

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros.”

⁴⁰⁸ (Gil, Estudos sobre Direito da Imigração e do Asilo 2021), pág. 28. A autora refere-nos que este entendimento do TEDH se reflete – Ac. de 28/11/1996, Ahmut c. Holanda – Citação: 73/1995/579/665

⁴⁰⁹ Ahmut v. The Netherlands, 73/1995/579/665, Council of Europe: European Court of Human Rights, 26 October 1996, available at: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,3ae6b69014.html> [accessed 9 June 2023]

⁴¹⁰ (Gil, Estudos sobre Direito da Imigração e do Asilo 2021), pág. 58. A autora quanto ao artigo 8.º CEDH e a jurisprudência TEDH, conclui referindo que: *“Já o art. 8.º da CEDH, de acordo com jurisprudência de Estrasburgo, não confere um direito de entrada ou residência num determinado país em ordem ao*

Também no relatório do observatório da imigração é referido que “No Tribunal de Estrasburgo e logo no acórdão *Abdulaziz* um dos argumentos que sustentaram a não-violação do art.º 8.º da CEDH foi o facto de a constituição da família ter sido posterior à permanência das requerentes no país de acolhimento, considerando o Tribunal que não há violação do respeito pela vida familiar quando “é negada a entrada ou a estada a um estrangeiro que pretende casar com um nacional, ou quando caducarem os seus documentos de estada no país da Convenção.” Mais adiante, faz-se a referência a dois outros acórdãos, “o acórdão *Baghli* afirma que os “laços familiares desenvolvidos durante uma fase em que a situação do estrangeiro é irregular não são determinantes para os efeitos do art.º 8.º, pois a sua situação é precária e aquele não deve ignorar esse facto [...]”. E o “acórdão *Sen* voltou a reforçar a distinção entre situações em que a família já estava constituída e aquelas onde se pretendeu estabelecer uma nova vida familiar.”⁴¹¹

Não obstante, a autora Ana Rita Gil também nos mostra que o TEDH decidiu noutros casos em sentido diverso, atendendo às particularidades do caso em concreto. Veja-se, por exemplo, no Ac. *Sen e Tuquabo-Tekle*⁴¹², onde “os recorrentes possuíam uma autorização de residência permanente e tinham tido dois filhos em território holandês, que aí tinham vivido permanentemente. Este foi, de facto, o elemento decisivo, sem o qual é de presumir que a decisão teria sido outra, por não se dar como provada a impossibilidade de os recorrentes voltarem para o país de origem e de aí estabelecerem a vida familiar.”⁴¹³ (sublinhado nosso)

Ora, perfilhamos não só a linha de raciocínio seguida pelo TEDH, quer em termos gerais, quanto à análise do direito ao reagrupamento familiar, quer nos casos particulares, como também a posição de se entender que, a final, caberá sempre aos Estados de acolhimento a apreciação e decisão dos referidos pedidos nesta matéria.⁴¹⁴ Além disso, se atendermos ao disposto no artigo 8.º da CEDH, que pugna pela não

reagrupamento familiar, a não ser em casos limitados, em que a possibilidade de estabelecimento da vida familiar não é possível noutro local.”

⁴¹¹ Observatório da imigração – Impacto das políticas de reagrupamento familiar em Portugal, fls. 114.

Disponível em:

<https://www.om.acm.gov.pt/documents/58428/177157/ESTUDO+53.pdf/966d8e07-8fea-4088-ad3f-1e2149ce6b38>

Acesso em: 16/02/2024.

⁴¹²*Tuquabo-Tekle e outros v. Holanda*, 60665/00, Conselho da Europa: Tribunal Europeu de Direitos Humanos, 1 de dezembro de 2005, disponível em: <https://www.refworld.org/cases,ECHR,43a29e674.html> [acesso 9 de junho de 2023]

⁴¹³ (Gil, *Estudos sobre Direito da Imigração e do Asilo 2021*), pág. 30.

⁴¹⁴ (Gil, *Estudos sobre Direito da Imigração e do Asilo 2021*), pág. 33. “O mesmo não se verifica nos casos de reagrupamento familiar, tidos como obrigações positivas dos Estados, e em que o TEDH considera que estes possuem mais margem de apreciação.”

interferência da autoridade pública no exercício do direito e respeito pela vida privada e familiar, também não podemos ficar indiferentes ao disposto no n.º 2 da referida norma, na medida em que nela é convencionado que poderá haver lugar a ingerência se a mesma estiver prevista na lei, ou por outros motivos, tais como: se estiver em causa a segurança nacional, a segurança pública, o bem-estar económico do país de acolhimento, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Assim, caberá ao Estado de acolhimento, em primeiro lugar, fazer a análise do pedido de reagrupamento familiar. Este direito nunca poderá ser interpretado como um “direito automático” ou melhor, como um direito *maximum*, nem deverá dar aso a que sejam proferidas decisões arbitrárias. Efetivamente, tem de existir todo um conjunto de ponderações entre aquele que é o exercício do direito à vida familiar de um estrangeiro, e os direitos enquanto seres individuais dos reagrupados, e ainda os interesses do Estado de acolhimento, porque a decisão de autorização deste direito interfere diretamente na vida do requerente do pedido, na da sua família e em toda a sociedade.⁴¹⁵

⁴¹⁵ (Gil, Estudos sobre Direito da Imigração e do Asilo 2021), pág. 59. Em sentido oposto ao nosso. “(...) consideramos que o surgimento desta Diretiva contribuiu para a afirmação da existência de um direito ao reagrupamento familiar. Ela retira margem de discricionariedade aos Estados e confere segurança jurídica aos interessados, segurança essa que o raciocínio do TEDH, exclusivamente alicerçado na ponderação entre os interesses do Estado e os do indivíduo, não possibilitava.”

7. CONCLUSÃO

O presente estudo incidiu sobre o direito ao reagrupamento familiar e sobre os direitos dos membros da família a reagrupar. Os problemas que encontramos ao longo da nossa dissertação foram fundamentalmente quatro: i) a errónea classificação do direito ao reagrupamento familiar no plano Constitucional feita pela jurisprudência em Portugal, ii) a utilização indevida de um meio processual excecional e urgente (a intimação para proteção de direitos liberdades e garantias, nos termos do artigo 109.º CPTA), cujo comando constitucional que obriga à sua existência no plano ordinário (n.º 5 do artigo 20.º da CRP) prevê apenas a defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, e que, com o tempo, tem sido amplamente utilizado para a salvaguarda de outros direitos que não preenchem esse catálogo de direitos, como sejam o direito ao reagrupamento familiar. Tudo isto devido à iii) forte pressão migratória a que o nosso país está atualmente sujeito e, ainda, iv) ao tempo excessivo de tramitação da justiça administrativa.

Perante a atual pressão migratória, o atraso na justiça administrativa e a falta de resposta atempada dos serviços administrativos competentes, que processam e decidem este tipo de pedidos de reagrupamento familiar, levam os interessados a recorrerem aos tribunais administrativos, através de uma ação de carácter excecional, a intimação para a proteção de direitos, liberdades e garantias, invocando que o direito ao reagrupamento familiar beneficia do regime especial dos direitos fundamentais.

Nesse seguimento, a jurisprudência dos tribunais administrativos portugueses, no plano constitucional, atualmente, tem enquadrado o direito ao reagrupamento familiar como um direito fundamental de natureza análoga, aplicando-se assim o regime especial dos direitos fundamentais. Em nossa opinião, conforme o estudo apresentado, leva-nos a concluir que este enquadramento se mostra errado, à luz da nossa Constituição.

Com efeito, o nosso estudo permitiu-nos concluir que o direito ao reagrupamento familiar é um direito material extraconstitucional, um direito reconhecido pelo Direito Comunitário, com natureza de garantia institucional à luz da Constituição inexistindo

mecanismo de tutela específica, na Constituição e, inclusive, na legislação ordinária. A dimensão principal deste direito é a aspiração pessoal do requerente do reagrupamento familiar a viver com a sua família em Portugal, sendo este, sem margem para qualquer dúvida, o direito que está aqui verdadeiramente em causa. Nesse seguimento, é nosso entendimento que o objetivo principal é o exercício da vida familiar, porque a constituição da família em si mesma já se encontra realizada na esfera jurídica do requerente do reagrupamento.

Além disso, o presente estudo possibilitou ainda refletir no seguinte: se o caminho traçado pela jurisprudência é no sentido de proteger os direitos fundamentais, como o direito à família, acabou, por outro lado, por se descurar dos direitos fundamentais dos reagrupados enquanto seres individuais, e que deveram ser protegidos em primeira linha, tal como nos ensina a doutrina. A legislação atualmente em vigor, o procedimento administrativo e os meios processuais utilizados, em momento algum, preveem ou materializam a audição do cidadão reagrupado sobre a presente matéria, o que não nos permite assim perceber se a decisão de reagrupamento com o estrangeiro residente em Portugal é tomada de forma livre e independente, nomeadamente, perceber se estes familiares, no seu país de origem, têm liberdade de escolha, quanto a abandonarem as suas raízes e o seu país. Não nos esqueçamos do papel atual da mulher na sociedade indiana, que assenta numa completa desatenção e desrespeito pelos seus direitos fundamentais⁴¹⁶ sendo estas, as “principais beneficiárias” do direito ao reagrupamento familiar em Portugal.

⁴¹⁶ Vide:

<https://thetricontinental.org/pt-pt/dossie-45-movimento-mulheres-india/>
Acesso em: 13/01/2024.

As políticas⁴¹⁷ de esquerda⁴¹⁸ levaram, em nossa opinião incorretamente⁴¹⁹, a que a imigração em Portugal passasse ser a única solução para um país como o nosso, com a população envelhecida, com uma baixa taxa de natalidade e um sistema de segurança social quase a colapsar.⁴²⁰⁻⁴²¹ A lei e regulamentação atualmente em vigor contêm uma formulação muito genérica, não salvaguardando, assim, de forma cabal, os direitos individuais de todos os intervenientes no procedimento. As normas inscritas e os requisitos exigíveis são os mínimos apenas para justificar um processo célere e a entrada de mais cidadãos estrangeiros.

É necessário fazer-se muito mais nesta matéria. Não basta criar-se uma agência em Portugal (AIMA), anunciar-se politicamente que os procedimentos administrativos e os processos pendentes vão ser eletrónicos e mais céleres para o cumprimento dos prazos e da legislação atualmente em vigor. A imigração deve ser objeto de regras concretas que protejam todos os intervenientes do procedimento; a lei deve ser mais contentora e densificada; a regulamentação deverá conter normas que contemplem uma análise mais profícua dos pedidos de reagrupamento no sentido de garantir que os direitos fundamentais de todos os intervenientes do procedimento se encontram devidamente salvaguardados; os tribunais, quando confrontados com a análise e aplicação da presente matéria, deverão, (i) questionar se, aquele cidadão reagrupado,

⁴¹⁷ (Miranda e Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada 2017), pág. 217. Os autores Jorge Miranda e Rui Medeiros, referem na sua obra o seguinte: “O sentido e o conteúdo efetivo dos direitos fundamentais não são os mesmos em democracia representativa e pluralista, em regime autoritário ou em regime islâmico, em Estado social de Direitos e em regime marxista-leninista.”

⁴¹⁸ (Valles 2021), pág. 23. O autor Edgar Valles, quando fala da política de esquerda em Portugal, mormente, em matéria de entrada de estrangeiros em território nacional, referindo-se aquele quadrante político, que autoriza a entrada “ilimitada” de estrangeiros no nosso país, entendendo que a Europa oferece melhores condições de vida a estas pessoas do que aquelas que têm no seu país de origem. Nesta medida o autor defende que essa ideia seria “... além de idealista, utópica. Se Portugal fosse uma Porta aberta, não haveria política económica que valesse. É completamente diferente planear e estruturar medidas para uma população de 10 milhões de habitantes do que para uma população três vezes superior. Um dos maiores flagelos de um país que alcançou uma grande projeção internacional, mas que não consegue resolver o problema da pobreza - a Índia - reside na enorme população que alberga.” Logo de seguida, o autor refere ainda que: “Enquanto a China, através de uma política de natalidade com foros de crueldade e baseada no princípio «uma família, um filho», conseguiu proporcionar um nível de vida razoável aos seus cidadãos, a Índia aparece com problemas aparentemente insolúveis, devido ao fator demográfico.”

⁴¹⁹ Conforme referido em sede de introdução na nossa dissertação, o combate ao envelhecimento da população deveria ter como medidas prioritárias, a alteração de todo um conjunto de políticas públicas, como, por exemplo, o incentivo à natalidade, a melhoria das condições de vida dos nacionais (ao nível remuneratório, da habitacional, da educação e da saúde), a descida dos impostos, etc.

⁴²⁰ Disponível em:

<https://visao.pt/actualidade/economia/2016-10-17-seguranca-social-falencia-sim-mas-mais-tarde-do-que-o-previsto/>

Acesso em: 05/02/2024.

⁴²¹ Disponível em:

<https://sicnoticias.pt/programas/poligrafo/2022-09-19-Seguranca-Social-vai-comecar-a-entrar-em-defice--1a40de52>

Acesso em: 05/02/2024.

enquanto ser individual, se encontra ou não, esbulhado dos seus direitos pessoais e individuais, e não apenas aplicar e decidir sobre o direito ao reagrupamento familiar como uma unidade, no âmbito do sistema constitucional e, (ii) refletir sobre o enquadramento jurídico do direito ao reagrupamento familiar como uma garantia institucional, nos termos aqui analisados.

Por último, queremos ainda dar nota das intervenções e ponderações legislativas que devem ser tomadas em consideração. Em nossa opinião, urge uma intervenção constitucional que incida sobre as instituições constitucionalmente protegidas, no sentido de as garantias institucionais poderem vir a ser submetidas a um regime próprio de acordo com a sua natureza, e uma ponderação legislativa sobre o efeito suspensivo do recurso no âmbito das ações de intimação para a defesa de direitos, liberdades e garantias, mediante o caso concreto e sob análise dos interesses em presença.

Deixamos o desafio a todos aqueles que estudam o direito constitucional e o direito administrativo: que aprofundem a presente matéria, contribuindo para que, o poder legislativo e o poder jurisdicional, não ponham em causa, por errada interpretação ou aplicação da constituição e das leis, os direitos fundamentais de cada ser humano, nomeadamente daqueles que, eventualmente contra a sua vontade, o estrangeiro residente legal pretenda chamar a viver neste país.

8. BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRINO, José de Melo - *Direitos Fundamentais. Introdução Geral*, 2.^a Edição revista e atualizada (reimpressão), Lisboa, Princípia, 2018.

ALMEIDA, Mário Aroso de; CADILHA, Carlos Alberto Fernandes - *Comentário ao Código de Processo Nos Tribunais Administrativos*, 5.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2021.

ANDRADE, José Carlos Vieira de - *A Justiça Administrativa*, 18.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2020.

ANDRADE, José Carlos Vieira de - *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, 4.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2009.

BATALHÃO, Carlos José (Coordenação) - *Código de Processo nos Tribunais Administrativos - Anotações Práticas*, Coimbra, Almedina, 2020.

BATALHÃO, Carlos José - *Direito, Noções Fundamentais*, 2.^a Edição, Porto, Porto Editora, 2017.

BELEZA, Teresa Pizarro e outros - *Olhares sobre as Migrações, a Cidadania e os Direitos Humanos*, Petrony, 2020.

BRITO, Waldimir - *Lições de Direito Processual Administrativo*, 3.^a Edição, Petrony, 2018.

CAMPOS, Diogo Leite De - *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2.^a Edição Revista e Atualizada, Coimbra, Almedina, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes - *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.^a Edição (22.^a Reimpressão), Coimbra, Almedina, 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital - *Constituição da República Portuguesa, Anotada*, 4.^a Edição, Volume I., Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

CAUPERS, João; EIRÓ, Vera - *Introdução ao Direito Administrativo*, 12.^a Edição, Lisboa, Âncora Editora, 2016.

- CUNHA, Paulo Ferreira Da - *Direitos Fundamentais Fundamentos & Direitos Sociais*, Lisboa, Quid Juris, 2014.
- DAVID, Sofia - *Das intimações - considerações sobre uma (nova) tutela de urgência no Código de Processo nos Tribunais Administrativos*, Lisboa, Almedina, 2005.
- DUARTE, Maria Luísa; LANCEIRO, Rui Tavares - *Tratado de Lisboa*, 4.^a Edição, 3.^a Reimpressão, Lisboa, AAFDL, 2019.
- FONSECA, Isabel Celeste M. - *Curso de Direito Processual Administrativo Teórico-Prático*, Almedina, 2020.
- GIL, Ana Rita - *Estudos sobre Direito da Imigração e do Asilo*, Petrony, 2021.
- GIL, Ana Rita - *Imigração e Direitos Humanos*, 2.^a Edição, Atualizada, Petrony, 2021.
- GOMES, Carla Amado; LEÃO, Anabela Costa - *A Condição de Imigrante - Uma análise de Direito Constitucional e de Direito Administrativo*, Almedina, 2010.
- GOMES, Carla Amado; NEVES, Ana F.; SERRÃO, Tiago (Coord.) - *Comentários à Legislação Processual Administrativa*, 5.^a Edição, Volume II., Lisboa AAFDL, 2020.
- GOMES, Carla Amado - *Temas e Problemas da Justiça Administrativa*, 2.^a Edição, Lisboa, AAFDL, 2019.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar - *Manual de Direito Constitucional*, 3.^a Edição, Revista e Atualizada, Volume I., Coimbra, Almedina, 2009.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar - *Direitos Fundamentais Teoria Geral Dogmática da Constituição Portuguesa*, Coimbra, Almedina, 2023.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS - *Constituição Portuguesa Anotada*, 2.^a Edição, Revista, Atualizada e Ampliada, Volume III., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS - *Constituição Portuguesa Anotada*, 2.^a Edição, Revista, Volume I., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017.
- MIRANDA, Jorge – *Manual de Direito Constitucional Tomo IV Direitos Fundamentais*, 4.^a Edição, Coimbra Editora, 2008.
- MIRANDA, Jorge - *A Constituição Portuguesa Uma Introdução Geral*, Coimbra, Almedina, 2022.

- MIRANDA, Jorge - *Curso de Direito Internacional Público*, 6.^a Edição, Revista e Atualizada, Parede, Príncípia, 2021.
- MIRANDA, Jorge - *Direitos Fundamentais*, 3.^a Edição, Revista e Atualizada, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2022.
- NOVAIS, Jorge Reis - *Direitos Sociais - Teoria Jurídica Dos Direitos Sociais Enquadramento Direitos Fundamentais*, 2.^a Edição, Revista e Reformulada, Reimpressão, Lisboa, AAFDL, 2021.
- OLIVEIRA, A. Sofia Pinto - *A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Âmbito de Aplicação, Direitos e Princípios*, Petrony, 2018.
- OTERO, Paulo - *Instituições Políticas e Constitucional*, Volume I, Coimbra, Almedina, 2022.
- PEREIRA, André Gonçalves; QUADROS Fausto De - *Manual de Direito Internacional Público*, 3.^a Edição, Revista e Aumentada, 12.^a Reimpressão, Almedina, 2018.
- PEREIRA, António Pinto - *Princípios Gerais de Direito*, Petrony, 2019.
- PEREIRA, Júlio A. C. Pereira; PINHO, José Cândido De – *Direito de estrangeiros, Entrada, Permanência, Saída e Afastamento*, Coimbra Editora, 2008.
- PINTO, Manuel Vieira (coordenação) - *Goa, a Índia e Portugal*, Lisboa, Âncora Editora, 2020.
- QUEIROZ, Cristina - *Direito Constitucional Internacional*, Petrony, 2016.
- QUEIROZ, Cristina - *Direitos Fundamentais Sociais*, 2.^a Edição, Petrony, 2020.
- RIBEIRO, Joaquim de Sousa - *Direitos Sociais e Vinculação do Legislador*, Coimbra, Almedina, 2021.
- RODRIGUES, L. Barbosa - *Manual de Direito Constitucional*, Lisboa, Quid Juris, 2023.
- RODRIGUES, L. Barbosa - *Manual de Direitos Fundamentais e de Direitos Humanos*. Lisboa, Quid Juris, 2021.
- ROMÃO, Luís Fernando de França - *O Interesse Público no Contencioso Constitucional e Administrativo*, Lisboa, AAFDL, 2022.
- SHEHABALAYA, Ashutosh - *Made in Índia - A próxima superpotência económica e tecnológica*, Lisboa, 1.^a Edição, Centro Atlântico, Lda., 2006.

SOUSA, Constança Urbano de - *Direito das Migrações*, Coimbra, Almedina, 2022.

VALLES, Edgar - *Nacionalidade e Estrangeiros*, Coimbra, Almedina, 2021.