



WORKSHOP SOBRE DIREITOS DOS MIGRANTES E REFUGIADOS

EM TORNO DO DIREITO A EMIGRAR

I. NEGAÇÃO DE UM DIREITO À EMIGRAÇÃO

1. Conforme assinala ANA RITA GIL, as normas de Direito da União Europeia não consagram um direito geral de entrada dos nacionais de países terceiros no território dos Estados-Membros.
2. Acórdão 27.06.2006, Parlamento Europeu contra Conselho, proc. N.º C-540/03: no que concerne aos nacionais de países terceiros, não existe qualquer obrigação geral para os Estados-Membros de os admitir nos seus territórios. Cabe ao legislador da U.E. decidir da concessão de tal direito, aliás, em cumprimento do previsto no artigo 79.º, do TFUE.
3. ANA RITA GIL considera que existe um direito subjetivo de entrada, consagrado na Diretiva 2016/801, de 11 de maio de 2016, referente ao reagrupamento familiar.
4. As poucas normas de cuja redação resulta expressamente uma vinculação para os Estados-Membros referem-se à recusa do título de residência (cfr. artigos 8.º e 9.º, da Diretiva 2016/801). É o caso da Diretiva 2009/50/CE (referente às condições de entrada e de residência para efeitos de emprego altamente qualificado); da Diretiva 2011/98/UE (relativa ao procedimento e autorização única para efeitos de residência e de trabalho) e da Diretiva 2003/109/CE, de 25/11/2003 (relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração).
5. Importa salientar que RYSZARD CHOLEWINSKI entende que as diretivas não garantem um direito de entrada aos nacionais de países terceiros, podendo os Estados-Membros recusar a entrada desses nacionais, ainda que os mesmos cumpram os critérios de entrada especificados nas regras em vigor.
6. No mesmo sentido, se pronuncia VINCENT COUSSIRAT-COUSTÈRE. O último autor acrescenta que as diretivas consagram cláusulas de escape, que funcionam como reservas de soberania dos Estados, que permitem que se negue a possibilidade de

- entrada no território para fins de salvaguarda da ordem pública, segurança pública ou saúde pública, ou ainda do mercado de trabalho (cfr. artigos 6.º, n.º 1, alínea d), da Diretiva 2004/114/CE; artigo 7.º, n.º 1, alínea d), da Diretiva 2005/71/CE; artigo 5.º, n.º 1, alínea f), da Diretiva 2009/50/CE).
7. Em primeiro lugar, cumpre apurar se os instrumentos consagram um direito de entrada. Depois, se tal como os demais direitos, este pode ser objeto de restrições ou limitações, em nome de valores coletivos.
 8. O Direito da União Europeia consagra, para os cidadãos de Estados-Membros, um direito fundamental de livre circulação, que implica o direito de entrar no território dos demais Estados-Membros (cfr. artigos 20.º, n.º 1, alínea a), 21.º, 45.º e seguintes, do TFUE).
 9. O artigo 45.º, da CFDEU, consagra o direito de liberdade de circulação e permanência, sendo que, no n.º 2 do referido preceito, se admite a possibilidade de extensão desse direito a nacionais de Estados terceiros por ato de direito derivado.
 10. A Diretiva 2003/109/CE (relativa ao estatuto dos nacionais de países terceiros residentes de longa duração - alterada pela Diretiva 2011/51/UE) foi o primeiro instrumento adotado destinado a regular o exercício de um direito de livre circulação por parte de nacionais de países terceiros.
 11. O estatuto é permanente e confere vários direitos aos seus titulares, entre os quais o direito a circular e a exercer atividades económicas ou de outra natureza noutros Estados-Membros (cfr. artigo 14.º). Porém, por não existir um reconhecimento mútuo de títulos de residência, o titular desse direito continua a necessitar de requerer um novo título de residência no Estado para o qual pretende circular, o que significa que o segundo Estado pode recusar a pretensão de residência no seu território.
 12. O artigo 14.º, n.º 3, parágrafo 2.º, refere que o Estado-Membro o poderá fazer por motivos de política do mercado de trabalho, ou seja, estabelecer limitações referentes ao acesso ao mercado de trabalho, bem como dar preferência a cidadãos da União e a nacionais de países terceiros que tenham residência legal e aí recebam subsídio de desemprego.
 13. Ainda assim, do elemento literal, do artigo 14.º, n.º 1, conclui-se que estamos perante um direito subjetivo à circulação para outros Estados-Membros, sendo certo que o

- reconhecimento do direito depende de pedido expresso do estrangeiro (cfr. Acórdão de 08/11/2012, proc. n.º C-40/11);
14. A Diretiva *Cartão Azul* (Diretiva 2009/50/CE, referente às condições de entrada e residência para efeitos de trabalho altamente qualificado) prevê a atribuição de um título de residência específico (o “*cartão azul*”) a quem se deslocar para um Estado-Membro para efeitos de trabalho qualificado.
 15. ANA MARIA GUERRA MARTINS considera que não existe um direito de livre circulação e residência dentro da U.E. equiparado ao que vigora para os nacionais de Estados-Membros.
 16. A propósito da Diretiva 2016/801 (relativa às condições de admissão de nacionais de países terceiros para efeitos de estudos, investigação, etc.), está em causa um verdadeiro direito subjetivo, segundo STEVE PEERS e NICOLA ROGERS, pois os artigos 28.º, 29.º e 31.º preveem que os nacionais de países terceiros que possuam uma autorização de residência ao abrigo deste regime jurídico têm direito a entrar e permanecer num segundo Estado-Membro para o desenvolvimento das atividades para as quais tenha sido concedida a autorização de residência.
 17. A Diretiva 2014/66/UE (relativa à entrada no quadro de transferências dentro de empresas) regula dois tipos de mobilidade: a de curto e longo prazo. Ana Rita Gil considera que está em causa um direito subjetivo de circulação, pois o artigo 22.º, n.º 3, refere o dever de autorização da mobilidade.
 18. No que respeita aos demais nacionais de países terceiros residentes num Estado-Membro, o D.U.E. ainda não regula as condições referentes à possibilidade de se deslocarem para outro Estado-Membro, ainda que beneficiem da abolição de fronteiras internas para viajarem no espaço europeu até três meses.
 19. Artigo 77.º, n.º 1, alínea a), do TFUE: a U.E. tem competências para adotar “*medidas destinadas a assegurar (...) a ausência de controlo de pessoas, quer se trate de cidadãos da União, quer de nacionais de países terceiros, na passagem de fronteiras internas*”.
 20. Artigo 22.º, do Código de Fronteiras Schengen; as “*fronteiras internas podem ser transpostas em qualquer local sem que se proceda ao controlo das pessoas, independentemente da sua nacionalidade*”.

21. Para ANA RITA GIL, da CRP não resulta um direito fundamental geral à entrada e permanência de estrangeiros em território nacional. Está em causa a aplicação do artigo 44.º, da CRP. O artigo 44.º, da CRP, refere-se à deslocação de nacionais.
22. JORGE MIRANDA discorda, entendendo que os estrangeiros com situação regular em território nacional gozam dos direitos consignados neste artigo ((i) o direito de deslocação; (ii) o direito de fixação livre em qualquer parte do território nacional; (iii) direito de emigrar ou de sair do território nacional; (iv) direito de regressar).
23. O Tribunal Constitucional já se pronunciou, nos Acórdãos n.ºs 359/93 e 434/93 que o direito à fixação em qualquer parte do território é um direito dos estrangeiros legalmente autorizados a residir em Portugal.
24. O Tribunal Constitucional, no seu acórdão n.º 442/93, refere que o direito de deslocação de estrangeiros no território nacional pode ser sujeito a requisitos especiais.
25. Ora, na perspetiva de JORGE MIRANDA, se os direitos fundamentais são os direitos das pessoas perante o Estado, então deve-se entender que o direito consagrado no artigo 44.º, da CRP, consagra um direito fundamental. Ademais, de natureza de direito, liberdade e garantia, conforme inserido no Capítulo I, do Título II, da CRP.
26. RICHARD PLENDER entende que o princípio segundo o qual a admissão de estrangeiros releva da discricionariedade de cada Estado é um dos poucos princípios claros de Direito Internacional, seguindo a mesma linha MICHAEL WALZER.
27. Repugna-se a doutrina defendida por THIERRY BAUDET, segundo a qual não existe um direito de entrada de estrangeiros no território de outro Estado e a de que os estrangeiros estão proibidos de entrar no território de outro Estado: é o *ius includendi et excludendi*.
28. O direito geral à liberdade de movimentos é defendido por GIANLUCA BRAGA, sendo certo que o autor admite que os Estados possam restringir o direito de entrada e permanência para salvaguardar os interesses públicos que lhes incumbe prosseguir.
29. O artigo 13.º, n.º 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, prescreve que “[t]oda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher a sua residência no interior de um Estado” e o n.º 2 que “[t]oda a pessoa tem o direito de abandonar o país em que se encontra, incluindo o seu, e o direito de regressar ao seu país”. É com base nos referidos

normativos que LUIGI FERRAJOLI defende que está em causa a proibição de os Estados negarem a emigração, bem como a proibição, para a comunidade internacional, de impedir a imigração e correlativo dever, do Estado de destino, de acolher o estrangeiro.

II. RECONHECIMENTO DO ESTRANGEIRO COMO SUJEITO DE DIREITOS NO DIREITO POSITIVO

30. Em primeiro lugar, a tese do tratamento nacional mínimo, de acordo com a qual cada Estado tem a obrigação de garantir aos estrangeiros um tratamento mínimo, resultante do costume internacional e de princípios gerais de direito. Se o Estado de acolhimento tratasse o estrangeiro abaixo desse nível mínimo, incorreria em responsabilidade. Esta doutrina foi a que mereceu maior acolhimento em 1930, na XV Reunião do 3.º Comité da Conferência de Haia para a codificação do direito internacional.
31. RAINER ARNOLD indica os direitos que se englobam no standard mínimo de proteção:
(i) o reconhecimento de personalidade jurídica; **(ii)** a proibição de tratamentos desumanos; **(iii)** a garantia de procedimentos justos nos casos de detenção; **(iv)** o direito de acesso a um tribunal; **(v)** a proteção da vida e da liberdade contra ações criminosas; **(vi)** a proibição de confisco dos bens e o direito a uma indemnização equitativa em caso de expropriação.
32. Foram, assim, desenvolvidos os direitos fundamentais dos estrangeiros, generalizando-se, na sequência da referida XV Reunião, que o reconhecimento de um grau mínimo de proteção dos estrangeiros é um princípio imposto pelo costume internacional geral.
33. Materializando-se as declarações jusnaturalistas de finais do século XVIII, generalizou-se o reconhecimento de que os direitos humanos são simplesmente reconhecidos e já não concedidos pelos Estados.
34. O estrangeiro não é expressamente mencionado nos instrumentos de proteção dos direitos humanos, com algumas exceções, pois ele beneficia, por força do princípio da universalidade, dos direitos garantidos por esses instrumentos.

35. Importa ter em atenção o artigo 2.º, parágrafo primeiro, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, nos termos do qual “[c]ada um dos Estados-Signatários no presente Pacto compromete-se a respeitar e a garantir a todos os indivíduos que se encontrem no seu território e estejam sujeitos à sua jurisdição, os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem distinção alguma de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra índole, origem nacional ou social, posição económica, nascimento ou qualquer outra condição social”. Estabelece, assim, um dever de proteção para qualquer indivíduo, seja ele nacional ou estrangeiro. Todas as normas do Pacto estão redigidas de forma universalizável, usando-se expressões como “*todos*”. O mesmo sucede com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem.
36. Para a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, é irrelevante a nacionalidade, sendo que LOUIS-EDMOND PETTITI refira que o critério de aplicação da Convenção é o da justiciabilidade: não é necessário qualquer vínculo estável com o Estado em causa, permitindo-se que as pessoas em trânsito num determinado Estado apresentem recursos perante o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. É suficiente que, no momento da adoção da medida controvertida, as autoridades desse Estado exerçam um controlo efetivo sobre as pessoas que se pretendem lesadas.
37. Acresce referir que, para a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, é irrelevante saber se o estrangeiro se encontra em situação regular em território do Estado signatário (caso D. c. Reino Unido).
38. Ainda a propósito da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o Protocolo n.º 4 foi criado de modo a que os Estados aceitassem mais obrigações em relação aos estrangeiros, tendo sido proibidas as expulsões coletivas (artigo 4.º). Ademais, o artigo 1.º, do Protocolo n.º 7, trata de garantias procedimentais que devem ser reconhecidas aos estrangeiros em processo de expulsão.
39. A Convenção Europeia sobre Participação de Estrangeiros na Vida Pública a nível Local garante o direito de voto nas eleições locais.
40. Em acréscimo ao princípio da universalidade, vigora o princípio da proibição da discriminação, que se refere ao conteúdo dos direitos humanos, que é hoje considerada uma norma de *ius cogens*. A este propósito, JORGE MIRANDA defende que as normas de direito internacional não pretendem estabelecer uma homogeneização ou

equiparação plena dos cidadãos dos diversos Estados, mas sim promover um tratamento razoável dos estrangeiros, como pessoas, à luz da consciência ética universal.

41. A Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, aprovada para adesão pela Lei n.º 7/82, de 29 de abril, consagra diversas obrigações aos Estados signatários, designadamente, a *“não encorajar, defender ou apoiar a discriminação racial praticada por qualquer pessoa ou organização”* (artigo 2.º, n.º 1, alínea b)).
42. É, por esse motivo, que o artigo 240.º, n.º 1, alínea a), do Código Penal, prescreve que *“[q]uem: | a) [f]undar ou constituir organização ou desenvolver atividades de propaganda organizada que incitem à discriminação, ao ódio ou à violência contra pessoa ou grupo de pessoas por causa da sua raça, cor, origem étnica ou nacional, ascendência, religião, sexo, orientação sexual, identidade de género ou deficiência física ou psíquica, ou que a encorajem (...) é punido com pena de prisão de um a oito anos”*.
43. Convenção Europeia relativa ao Estatuto Jurídico do Trabalhador Migrante: possui disposições que conferem direito ao tratamento nacional em diversos domínios, como o direito à habitação, mas apenas se aplica aos nacionais dos Estados-Parte e aos imigrantes em situação regular que exerçam uma atividade remunerada no Estado de acolhimento.

III. ORGANISMOS DESTINADOS À PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS ESTRANGEIROS

44. Foi criado, em 1999, o relator especial das Nações Unidas para os direitos humanos dos imigrantes, que reúne informação sobre violação dos direitos humanos dos imigrantes e suas famílias, formula recomendações para prevenir e solucionar casos de violação desses direitos, promove a implementação da Convenção das Nações Unidas para proteção dos trabalhadores imigrantes e membros das suas famílias, realiza visitas aos Estados, para examinar os meios destinados à plena proteção dos direitos humanos dos imigrantes, e elabora relatórios sobre a implementação desses direitos.

IV. A PROTEÇÃO DOS ESTRANGEIROS NA CARTA SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA

45. A CEDH baseia-se no princípio da universalidade, com fundamento na ideia de que estão em causa os valores individuais e universais da dignidade do ser humano. A generalidade dos direitos, salvo os referentes especificamente aos cidadãos da U.E., é reconhecida a todos, independentemente da sua nacionalidade ou residência.
46. Existe um esquema tripartido: os direitos previstos podem ser divididos em três grupos: direitos reservados aos cidadãos; direitos reservados aos residentes em situação regular; e a maioria dos direitos, que é reconhecida a todas as pessoas.
47. É certo que, por força do princípio da proporcionalidade, consagrado no artigo 52.º, da CFUE, o princípio da universalidade pode ser restringido.

V. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA DISCRIMINAÇÃO EM RAZÃO DA NACIONALIDADE

48. O artigo 18.º e o artigo 19.º, do TFUE, consagram expressamente o princípio da proibição da discriminação em razão da nacionalidade.
49. O artigo 18.º, do TFUE, não é claro a respeito de saber se se reporta apenas às discriminações entre nacionais de Estados-membros da U.E. ou abrange também as discriminações em relação a nacionais de países terceiros. A maioria da doutrina, incluindo JOANNA APAP e MARÍA DÍAZ GRÉGO, entendem que está apenas em causa a discriminação entre nacionais de Estados-membros. Já ELSPETH GUILD, STEVE PEERS e ANA RITA GIL entendem que abrange também os nacionais de países terceiros.
50. O Tribunal de Justiça da União Europeia já se pronunciou sobre esta questão (Acórdão de 04.06.2009, “*Vatsouras e Koupatanze*”, processos n.ºs C-22/08 e C-23/08), considerando que a norma não se destina a aplicar em casos de possível tratamento diferenciado entre nacionais de Estados-membros e nacionais de países terceiros.

51. O artigo 18.º não importa um direito a um tratamento igualitário absoluto, sendo possível encontrar justificações objetivas e razoáveis para distinções entre cidadãos nacionais e estrangeiros, desde logo os direitos políticos.
52. Já o artigo 19.º, do TFUE, insta as instituições da U.E. a adotarem medidas para combater a discriminação em razão do sexo, raça ou origem étnica, religião ou crença, deficiência, idade ou orientação sexual, desenvolvida, pela primeira vez, pela Diretiva 2000/43/CE, de 29 de junho de 2000, que implementa o princípio da igualdade de tratamento entre pessoas independentemente de origem racial ou étnica.
53. Apesar de se aplicar aos nacionais de países terceiros (cfr. preâmbulo), de acordo com o artigo 3.º, n.º 2, não se aplica às diferenças de tratamento baseadas na nacionalidade, de modo a evitar, segundo EDOUARD DUBOUT, que as proibições de trabalhar justificadas com o estatuto ilegal no território fossem consideradas discriminatórias.
54. Ainda assim, ANA RITA GIL considera ser possível considerar que as disposições desta Diretiva podem proteger os nacionais de países terceiros contra discriminações baseadas na nacionalidade, com base numa interpretação ampla de “*discriminação racial*”, interpretação que mereceu acolhimento pela Comissão Europeia contra o Racismo e Intolerância do Conselho da Europa e pelo TJUE (Acórdão 10.07.2008, “*Feryn*”, processo C-54/07).
55. A CFDUE consagra, no artigo 20.º, o princípio da igualdade, referindo-se a *todos os direitos*, garantindo-se a *todas as pessoas* e não apenas aos cidadãos.
56. O princípio da não discriminação é consagrado no artigo 21.º, da CFDUE, inspirada pelo artigo 14.º, da CEDH. Está em causa o direito do indivíduo a não ser tratado desfavoravelmente em relação aos demais, ou mesmo privado de qualquer direito ou sujeito a qualquer dever em virtude de qualquer das categorias proibidas, sendo, porém, ausente, a menção da proibição de discriminação em função da nacionalidade ausente, ainda que essa enumeração não seja taxativa.
57. ANA RITA GIL salienta que a CFDUE favorece uma interpretação ampla do âmbito de proteção da proibição da discriminação em favor da nacionalidade, já que eleva o

princípio da igualdade a um princípio-chave da U.E. e se encontra fundada no princípio da universalidade.

VI. O ESTRANGEIRO COMO SUJEITO DE DIREITOS NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

58. A Constituição de 1911 consagra, pela primeira vez, no artigo 3.º, a seguinte norma: “[a] Constituição garante a portugueses e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança e à propriedade”.
59. A Constituição de 1933 consagrava, no seu artigo 7.º, com exceção dos direitos políticos e direitos públicos que se traduzissem em encargos para o Estado, um princípio geral de equiparação dos direitos dos estrangeiros residentes em Portugal aos dos portugueses.
60. O Código Civil de 1966 substituiu o princípio da equiparação pelo da reciprocidade (cfr. artigo 14.º), no que toca ao gozo de direitos civis.
61. Na Constituição de 1976, e nas palavras de ANA RITA GIL, a proteção da dignidade da pessoa humana, consagrada no artigo 1.º, da CRP, está para além da cidadania portuguesa, pois, segundo ANA MARIA GUERRA MARTINS, a base axiológica da dignidade da pessoa humana impõe o reconhecimento a todo o ser humano de um mínimo de direitos fundamentais.
62. A propósito do princípio da universalidade, consagrado no artigo 12.º, que estipula que “[t]odos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição”, JORGE MIRANDA refere que tem por destinatários todos os que fazem parte do povo, sendo que GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA reserva o princípio da universalidade apenas para os membros da comunidade estadual. Por fim, JORGE PEREIRA DA SILVA considera que o artigo 12.º abrange todas as pessoas sob jurisdição nacional, independentemente de serem ou não detentoras da cidadania portuguesa.
63. O Tribunal Constitucional raramente invoca o princípio da universalidade (que é uma questão prévia ao princípio da igualdade), fundando o seu juízo no princípio da equiparação, consagrado no artigo 15.º (cfr. Acórdão n.º 365/2000).

64. O artigo 13.º, da CRP, que consagra o princípio da igualdade não prevê, no seu artigo 13.º, n.º 2, a nacionalidade como critério proibido de discriminação. A este propósito, Jorge Pereira da Silva entende que a nacionalidade está indiretamente prevista nos motivos proibidos de discriminação, por se fazer aí referência aos critérios que presidem à atribuição da nacionalidade originária: a ascendência (*ius sanguinis*) e o território de origem (*ius soli*).
65. Importa reter que a previsão constitucional expressa do princípio da equiparação não implica a inaplicabilidade do artigo 13.º a estrangeiros.
66. Para ANA RITA GIL, o princípio da igualdade não impede que se estabeleçam distinções de tratamento não impede que se estabeleçam distinções de tratamento entre nacionais e estrangeiros, desde que respeitados os corolários constitucionais pertinentes.
67. A propósito do princípio do tratamento nacional, consagrado no artigo 15.º, afirma-se uma específica dimensão de igualdade entre nacionais e estrangeiros (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 296/2015). Existem quatro conjuntos de exceções ao princípio da equiparação: **(i)** direitos políticos; **(ii)** exercício de funções públicas sem natureza predominantemente técnica; **(iii)** outros direitos reservados pela Constituição aos cidadãos portugueses; e **(iv)** direitos reservados por lei aos cidadãos portugueses.
68. Torna-se claro, considerando os artigos 12.º a 15.º, da CRP, que, nos respetivos campos subjetivos de aplicação, se encontram todas as pessoas sob jurisdição nacional, independentemente de serem ou não detentoras da cidadania portuguesa.
69. Está em causa um corolário do princípio da igualdade, que proíbe que alguém seja privilegiado, prejudicado ou privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão da ascendência, da língua ou do território de origem.
70. Para JORGE PEREIRA DA SILVA, a existência ou não de um vínculo de cidadania pode interferir com a titularidade dos direitos e com a vinculação a deveres fundamentais, nos termos definidos nos sistemas de regras e exceções do próprio artigo 15.º, mas não com a medida ou com o conteúdo dos direitos em si mesmos.
71. Surge a questão de saber se a aplicação do princípio da equiparação pressupõe que a presença ou residência em território nacional seja conforme com a lei portuguesa. No

entender de JORGE PEREIRA DA SILVA, sob pena de se colocar em causa a execução de qualquer política de imigração, deve entender-se que apenas é aplicável aos estrangeiros que se encontrem regularmente em território nacional. Para ANA RITA GIL, basta uma residência de facto, pelo que os estrangeiros que residam ilegalmente em território nacional também beneficiam do princípio da equiparação (cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 296/2015).

72. Essa conclusão não prejudica que o Estado português seja obrigado a reconhecer aos estrangeiros em situação irregular o *international human rights standard*. Está em causa a aplicação do artigo 16.º, da CRP: a efetivação dos pactos das Nações Unidas, as convenções do Conselho da Europa e a própria Declaração Universal dos Direitos do Homem não depende de requisitos de cidadania ou de legalidade da permanência no território onde os indivíduos se encontram.
73. A regra da reciprocidade, como condição essencial para acesso dos estrangeiros residentes em Portugal aos direitos de cidadania que estão em causa nos n.os 2 a 4, tem origem no direito dos tratados, mas tem vindo a ser questionada. Desde logo, não pode ser aplicada aos apátridas, revelando-se, ademais, discriminatória dos estrangeiros residentes em Portugal provenientes de países, por exemplo, onde vigoram regimes autoritários.
74. Em 7 de setembro de 1971, foi assinada, entre Portugal e o Brasil, a Convenção sobre a Igualdade de Direitos e Deveres de Brasileiros e Portugueses (Decreto-Lei n.º 126/72, de 22 de abril), revisto pelo Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta, que estabelece dois estatutos de igualdade distintos:
 - a) Estatuto geral de igualdade: deve ser requerido pelos interessados perante as entidades competentes e extingue-se com a perda, pelo beneficiário, da sua cidadania ou cessação da autorização de residência. Os cidadãos ficam sujeitos à lei penal do Estado de residência, não estão sujeitos à extradição, salvo se requerida pelo Governo do Estado de nacionalidade e não poderão prestar serviço militar no Estado de residência. Aos cidadãos apenas é concedida proteção diplomática em países terceiros pelo seu Estado de origem.
 - b) Estatuto especial de igualdade: alarga aos portugueses no Brasil e aos brasileiros em Portugal todos os direitos de participação política próprios dos cidadãos do

país em causa, com exceção dos direitos reservados pelas Constituições aos portadores da sua cidadania de primeiro grau. É atribuído, também, mediante requerimento do interessado e só pode ser reconhecido a quem tenha, pelo menos, 3 anos de residência habitual no Estado de acolhimento, para garantir uma conexão entre o indivíduo e o Estado em que reside mais profunda do que a proporcionada pela mera residência.

75. A cidadania lusófona, criada na CPLP, alicerça-se num autêntico *ius commune* relativo ao princípio do tratamento nacional dos estrangeiros.
76. Em 2000, o Tribunal Constitucional reconheceu a aplicabilidade do princípio da equiparação a estrangeiros que não se encontrem, nem residam em Portugal, desde que tenham uma ligação que não seja meramente esporádica ou fortuita com o território e comunidade nacionais.

VII. O NÃO RECONHECIMENTO DO ESTRANGEIRO COMO SUJEITO DE DIREITOS NO CONTEXTO DO EXERCÍCIO DO *IUS INCLUDENDI ET EXCLUDENDI*

77. O tratamento do estrangeiro está dividido em dois momentos, consoante esteja em causa a sua entrada ou permanência no território (atuação plena do poder discricionário do *ius includendi et excludendi*); ou exista uma relação pacífica com esse território, onde atuariam na sua plenitude os direitos humanos da titularidade do estrangeiro.
78. RUI MOURA RAMOS afirma que o reconhecimento da personalidade jurídica do estrangeiro é um princípio do direito internacional geral. Nenhum estrangeiro tem, em face da ordem jurídica internacional, direito de entrada no território, mas uma vez admitido, fica o Estado vinculado a tratá-lo de modo justo. Neste sentido, se pronunciou o Tribunal Constitucional (cfr. Acórdão n.º 232/2004).
79. Porém, isso não significa aceitar que o estrangeiro seja privado dos direitos humanos ou dos direitos fundamentais de que beneficia por força dos princípios anteriormente enunciados. Assim, esses direitos fundamentais constituem verdadeiras limitações ao *ius includendi et excludendi*.

VIII. A PROTEÇÃO DERIVADA DE DIREITOS DE IMIGRAÇÃO

80. O estrangeiro tem direito de imigração, não por possuir esse direito de forma geral, mas porque lhe é reconhecido um outro direito fundamental (por exemplo, o direito à unidade familiar), que, para ser adequadamente exercido, necessita do reconhecimento do direito à permanência no território. Ou seja, o direito de imigração é instrumental para o exercício do direito à unidade familiar.
81. Cumpre ter presente a importância da interpretação teleológica, sendo que os órgãos de garantia da Convenção Europeia dos Direitos do Homem enfatizam que a Convenção deve ser interpretada de forma a tornar eficaz a proteção dos direitos protegidos, dirigindo-se a interpretação à máxima efetividade dos direitos e não à limitação das obrigações dos Estados (cfr. Decisão *Golder* c. Reino Unido, de 21.02.1975, queixa n.º 4451/70).
82. A efetividade dos direitos fundamentais exige a aplicação do princípio de primazia do fundo sobre a forma, olhando para lá das formalidades, exigindo-se que se assegure aos indivíduos todas as condições indispensáveis ao gozo dos seus direitos, devendo, ademais, as limitações ser interpretadas de forma restritiva (cfr. artigo 18.º, da CEDH).
83. A propósito da proteção derivada, o TEDH considera que alguns direitos são inerentes a outros protegidos diretamente pela CEDH, por serem necessários para a efetivação do direito garantido.
84. Importa, agora, analisar a proteção derivada de direitos não expressamente reconhecidos, mas que se afiguram necessários para tornar efetivos os direitos expressos, por exemplo, na CEDH. Estão em causa os direitos-meio e os direitos-fim. Para se proteger efetivamente o direito ao reagrupamento familiar (direito-fim), é necessário proteger o direito à emigração (direito-meio).
85. FRÉDÉRIC SUDRE fala em interpretação construtiva, pois o TEDH entende que a proteção derivada não impõe propriamente aos Estados obrigações novas, mas sim deveres que resultam do desenvolvimento lógico de um direito inscrito na CEDH.

86. A partir de 1958, passou a referir-se que, apesar de a CEDH não consagrar um direito de entrada ou permanência em território estrangeiro, as decisões tomadas pelos Estados-Parte poderiam resultar na violação de disposições convencionais.
87. Atualmente, entende-se, de forma pacífica, que as prerrogativas soberanas do *ius includendi et excludendi* têm de ser exercidas em respeito dos limites da CEDH, podendo o TEDH oferecer a sua proteção aos estrangeiros que se sintam lesados em matéria de imigração, devendo demonstrar que o Estado em causa violou um direito expressamente protegido pela CEDH.
88. O TEDH tentou nunca colocar em causa a competência dos Estados de controlar a entrada ou de expulsar estrangeiros do território: é nisto que se traduz o princípio *ius includendi et excludendi*.
89. A matéria de controlo da imigração é considerada pelo TEDH como fazendo parte do núcleo duro da soberania dos Estados, reconhecendo-se uma margem de apreciação tendencialmente ampla.
90. A propósito da proibição de tortura ou de tratamentos degradantes (cfr. artigo 5.º, da DUDH; Declaração sobre a Proteção de todas as Pessoas contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes), a mesma tem permitido concluir o direito a permanecer no país de acolhimento: de forma proteger-se o direito do estrangeiro a não ser sujeito a tortura ou a tratamentos degradantes, impõe-se que o Estado expulsante se abstenha de o expulsar e, por isso, aceite a sua permanência em território nacional. Este princípio tem origem no princípio do *non refoulement*, de direito de asilo.
91. No caso *Soering* (o *leading case*; Decisão de 07.07.1989, *Soering* c. Reino Unido, queixa n.º 14038/88), estava em causa a expulsão de um estrangeiro para um país onde o mesmo seria sujeito a pena de morte. O TEDH considerou que a submissão do recorrente à espera no corredor da morte era, em si mesma, um tratamento desumano, por submetê-lo a uma espera que implicaria agonia e angústia, provocadoras de sofrimento psicológico durante um longo período de tempo. Assim, o Estado extraditante não poderia executar a medida de extradição, sob pena de incorrer em violação do artigo 3.º, da CEDH. Esta jurisprudência foi aplicada no caso *Hirsi e outros* c. Itália, em que um grupo de cerca de 200 estrangeiros viajava a bordo

- de embarcações provenientes da Líbia e foram intercetadas próximas de Lampedusa e os estrangeiros foram reconduzidos à Líbia.
92. Está em causa uma dupla proteção dos direitos dos estrangeiros.
 93. Assim, em face dessa interpretação construtiva do CEDH, deve entender-se que o artigo 3.º, da CEDH, protege quaisquer estrangeiros contra expulsões para territórios onde os mesmos possam ser sujeitos a torturas ou a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, oferecendo-se proteção quer o risco dos mesmos provenha das autoridades do Estado de destino quer de terceiros.
 94. O TEDH considera suficiente existir um risco de o estrangeiro ser sujeito a torturas ou a penas ou a tratamentos desumanos ou degradantes, sob pena de ineficácia da proteção oferecida ao estrangeiro.
 95. O mau trato previsível deve ter um nível mínimo de gravidade: caso *Tomasi* (cfr. Decisão de 27.08.1992, *Tomasi* c. França, queixa n.º 12850/87). O TEDH julgou que os castigos corporais durante interrogatórios longos, durante os quais o estrangeiro se encontrava detido, eram, por si só, suficientemente graves e, por isso, reconduzíveis ao artigo 3.º, da CEDH.
 96. Na aferição da gravidade do tratamento, pode considerar-se **(i)** características sócio-políticas do país de acolhimento; **(ii)** situação de violência generalizada; **(iii)** pessoalização do risco sofrido pelo recorrente; **(iv)** grupo sistematicamente sujeito a maus-tratos.
 97. Seguidamente, cumpre referir que o estrangeiro tem de demonstrar que corre riscos reais de ser submetido aos mencionados tratamentos, admitindo o TEDH a inversão do ónus da prova nos casos em que o estrangeiro já tenha sido vítima desses tratos.
 98. A propósito do princípio do *non refoulement*, o mesmo vale na aplicação e desenvolvimento da política comum de imigração, por força da consagração deste princípio também na CFDUE: o artigo 19.º, da CFDUE, tem um âmbito de aplicação mais abrangente do que o da Convenção de Genebra, na medida em que não depende da qualidade de refugiado.
 99. O artigo 19.º, a propósito da expulsão, da CFDUE, consagra uma formulação mais exigente, na medida em que se refere à existência de um “*sério risco*” desses maus-tratos, enquanto, para o TEDH, se basta com a existência de um risco real.

IX. DIRETIVA 2001/40/CE, RELATIVA AO RECONHECIMENTO MÚTUO DE DECISÕES DE AFASTAMENTO DE NACIONAIS DE PAÍSES TERCEIROS

- 100.** Esta diretiva tem como objetivo que uma decisão de afastamento emitida por um Estado-membro seja executada por outro Estado-membro onde o nacional de país terceiro visado se encontre.
- 101.** As decisões de afastamento fundadas no incumprimento da regulamentação nacional relativa à entrada ou à permanência de estrangeiros devem ser sujeitas a reconhecimento mútuo (cfr. artigo 3.º, n.º 1, alínea b)).
- 102.** FRANÇOIS JULIEN-LAFERRIÈRE e NATHALIE JOUANT consideram que, ao prever estes dois fundamentos de expulsão, esta Diretiva dá indicações no que toca aos motivos pelos quais os Estados-Membros podem emanar uma decisão de expulsão. Porém, ANA RITA GIL considera que a enumeração feita no artigo 3.º, n.º 1, alínea b), da Diretiva não consubstancia um limite ao *ius excludendi*, pois nada impede os Estados-Membros de expulsar estrangeiros por outros motivos. A única consequência é que o Estado-Membro requerido não é obrigado a executar a ordem de expulsão emanada.
- 103.** O artigo 6.º impõe que o Estado-Membro de execução proceda a uma análise prévia da situação da pessoa em causa para se certificar que nem os atos internacionais pertinentes, nem a regulamentação nacional aplicável impedem a execução da decisão de afastamento.
- 104.** Logo, o Estado de execução só pode executar a decisão de execução se a mesma não colocar em causa o respeito pelo artigo 3.º, da CEDH, bem como pelos artigos 4.º e 19.º, n.º 2, da CFDUE.

X. DIRETIVA 2003/110/CE RELATIVA AO APOIO EM TRÂNSITO PARA EFEITOS DE AFASTAMENTO POR VIA AÉREA

105. Regula a possibilidade de o Estado-Membro que pretenda proceder ao afastamento de um nacional de país terceiro requerer o trânsito aeroportuário por um outro Estado-Membro, na impossibilidade de o fazer através de um voo direto.
106. O Estado requerido deve ponderar a situação concreta do estrangeiro expulsando, sendo que o preâmbulo da Diretiva sublinha que o trânsito não pode ser requerido, nem concedido se a pessoa correr o risco de ser submetida a tratamentos desumanos ou degradantes, a tortura ou a pena de morte no país de destino ou de trânsito.

XI. DIRETIVA 2008/115/CE (“DIRETIVA RETORNO”)

107. Estabelece normas e procedimentos comuns nos Estados-Membros para o regresso de nacionais de países terceiros em situação irregular, sendo que a estadia irregular de um nacional de país terceiro num Estado-Membro deve terminar com a emissão de uma decisão de retorno (cfr. artigo 6.º, n.º 1).
108. Nos termos do disposto no artigo 6.º, n.º 3, da Diretiva, os Estados-Membros podem abster-se de emitir a decisão de regresso e conceder autorizações de residência autónomas ou de outro tipo que, por motivos compassivos, humanitários ou outros, confirmam o direito de permanência no território (cfr. artigos 122.º e 123.º, da Lei n.º 23/2007).

XII. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA

109. Não contém normas que proíbam expressamente a expulsão de estrangeiros ou lhes garantam derivadamente, à exceção do direito de asilo, um direito de entrada no território de forma a garantir a não sujeição a tortura ou a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.
110. O artigo 33.º, da CRP, consagra algumas garantias respeitantes à extradição, concretizado no Decreto-Lei n.º 437/75, de 16 de agosto.

111. DAMIÃO DA CUNHA refere que a Constituição, no n.º 2 do artigo 33.º, garante a proteção dos estrangeiros que tenham entrado em território nacional de forma regular, por força do princípio da tutela da confiança.
112. A medida judicial de expulsão (cfr. artigos 134.º e seguintes, da Lei n.º 23/2007) pressupõe que, na base da comprovação da expulsão, se encontre um fundamento suficientemente forte que habilite a perda da proteção conferida pelo Estado português ao cidadão estrangeiro.
113. A exigência da judicialidade da decisão de expulsão impõe que a mesma seja legalmente estabelecida, tenha um fundamento legítimo e ponderado, pressupondo uma análise concreta da situação do expulsando. Por conseguinte, ao expulsando deve ser sempre garantido o direito de defesa face aos fundamentos da medida.
114. Não é aplicável, à expulsão, a reserva de jurisdição, importando apenas que sejam asseguradas as exigências da tutela jurisdicional efetiva.
115. A expulsão é uma ordem de saída que um Estado toma autonomamente em relação a estrangeiros que se encontrem no seu território. Ocorre por motivos de ordem interna – não necessariamente de natureza penal.
116. A expulsão é uma medida individual, devendo sancionar um comportamento individual, proibindo-se expulsões coletivas de estrangeiros (cfr. artigo 13.º, do PIDCP; Protocolo n.º 7 à CEDH).
117. A extradição assenta na ideia de reciprocidade do poder punitivo (*aut dedere aut punire*) por parte do Estado extraditante.
118. A extradição é a transferência de um indivíduo que se encontra no território de um Estado para as autoridades de outro Estado, a solicitação deste, por aí se encontrar arguido ou condenado pela prática de um crime, sendo entregue às autoridades desse Estado. Ocorre por motivos de ordem externa – de natureza penal.
119. Em primeiro lugar, a extradição pressupõe, em regra, a reciprocidade, estabelecida por convenção internacional, entre o Estado português e o Estado requisitante (cfr. artigo 33.º, n.ºs 3 e 4, da CRP)
120. O artigo 33.º, n.º 6, da CRP, consagra um limite absoluto ao poder de extradição: não é admitida a extradição, nem a entrega a qualquer título, por crime a

que corresponda, segundo o direito do Estado requisitante, pena de morte ou outra de que resulte lesão irreversível da integridade física; ou por motivos políticos.

- 121.** De acordo com o Tribunal Constitucional, para extraditar, é necessário que seja certa a inaplicabilidade da pena.
- 122.** A CRP consagra, ainda, uma limitação relativa (cfr. artigo 33.º, n.º 4, da CRP), quando esta tenha por fundamento crime que, segundo o Estado requisitante, deva ser punido com pena de prisão perpétua, indefinida ou ilimitada. Estando em causa penas que não têm um efeito irreversível, é necessário que o Estado requisitante ofereça garantias de que tal pena não será aplicada ou executada, devendo o Estado português averiguar da credibilidade das garantias (cfr. Lei n.º 144/99).

XIII. PENA OU MEDIDA DE SEGURANÇA PRIVATIVA OU RESTRITIVA DA LIBERDADE COM CARÁTER PERPÉTUO OU DE DURAÇÃO INDEFINIDA

- 123.** De acordo com o artigo 33.º, n.º 4, da CRP, é proibida a extradição para os casos em que é aplicável pena ou medida de segurança privativa ou restritiva da liberdade com caráter perpétuo ou duração indefinida, por força do disposto no artigo 30.º, n.º 1, e dos princípios da universalidade, da igualdade, da equiparação dos estrangeiros e apátridas em matéria de direitos fundamentais.
- 124.** No Acórdão n.º 384/2005, o Tribunal Constitucional não julgou inconstitucional uma norma da Convenção Internacional para a Repressão de Atentados Terroristas à Bomba, no sentido de que obriga Portugal à extradição por crimes a que é abstratamente aplicável pena de prisão perpétua, quando exista reciprocidade do dever de extraditar, consagrada em convenção internacional da qual Portugal seja igualmente parte, e o Estado requerente tenha oferecido garantia jurídico-internacionalmente vinculante da não aplicação da pena de prisão superior a 25 anos.

XIV. O DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL

125. O artigo 25.º, da CRP, que consagra o direito à integridade pessoal, é uma norma constitucional com âmbito de aplicação universal, aplicando-se quer a portugueses, quer a estrangeiros, independentemente do seu estatuto legal ou da qualidade de permanência no território.
126. Daqui decorre uma proibição de extradição ou expulsão quando, no país de destino, o estrangeiro possa ser submetido à violação da integridade pessoal, através da tortura, de penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes (cfr. artigo 143.º, da Lei 23/2007).
127. Está em causa, no entender de ANA RITA GIL, uma proibição absoluta.

XV. MANDADO DE DETENÇÃO EUROPEU (LEI N.º 65/2003, DE 23 DE AGOSTO)

128. Constitui uma *“decisão judiciária emitida por um Estado-Membro com vista à detenção e entrega por outro Estado-Membro de uma pessoa procurada para efeitos de procedimento criminal ou para cumprimento de uma pena ou medida de segurança privativas da liberdade”* (cfr. artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 65/2003).
129. Uma indicação inserida no sistema de informação Schengen produz os mesmos efeitos de um mandado de detenção europeu (cfr. artigo 4.º, n.º 4, da Lei n.º 65/2003).
130. Em regra, a pessoa entregue em cumprimento de um mandado de detenção europeu não pode ser sujeita a procedimento penal, condenada ou privada de liberdade por uma infração praticada em momento anterior à sua entrega e diferente daquela que motivou a emissão do mandado de detenção europeu (cfr. artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 65/2003).

XVI. PROTEÇÃO DA UNIDADE FAMILIAR

131. Quer o direito à família, quer a conceção da família como unidade basilar da sociedade pressupõem quer o direito de os membros da família viverem juntos, quer a manutenção dessa unidade. Estão em causa institutos fundamentais da sociedade.

132. De modo a proteger a unidade familiar, reconhece-se que o Estado de acolhimento fique vinculado a permitir a entrada de estrangeiros no seu território, de modo a poderem reunir-se aos familiares aí residentes: é o instituto do reagrupamento familiar (cfr. artigo 8.º, n.º 1, da CEDH); bem como a abster-se de expulsar estrangeiros quando essa medida acarrete a separação da família, limitando-se o *ius excludendi* (artigo 8.º, n.º 2, da CEDH).
133. O artigo 8.º, da CEDH, consagra um direito do indivíduo, gerando obrigações negativas de não interferência e, segundo a jurisprudência do TEDH, obrigações positivas: ao Estado incumbe a obrigação positiva de assegurar que o direito à vida familiar é garantido e respeitado plenamente.
134. O TEDH tem, porém afirmado que, do artigo 8.º da CEDH, não decorre um direito a entrar ou a permanecer no território, enunciando o princípio geral de direito internacional segundo o qual o Estado tem o direito de controlar a entrada de não nacionais no território, mas, o artigo 8.º limita esse poder.
135. FRÉDÉRIC SUDRE divide a evolução da jurisprudência do TEDH: **(i)** o TEDH concede uma proteção reforçada contra as medidas de expulsão dos migrantes profundamente integrados. O TEDH estava sobretudo preocupado em indicar às autoridades internas que esse poder não era discricionário. O TEDH considerou que as exigências de ordem pública que fundamentam as decisões de expulsão não prevalecem sobre as ligações familiares e sobre o grau de integração dos estrangeiros na sociedade de acolhimento; **(ii)** para o TEDH, são mais relevantes os motivos estaduais que justificam a aplicação da medida de expulsão. O TEDH passa a introduzir na sua análise a teoria da margem de apreciação: os Estados possuem margem de apreciação para decidir da expulsão; **(iii)** finalmente, o TEDH decidiu, a partir do caso *Boultif* (Decisão de 02.08.2001, *Boultif* c. França, Queixa n.º 54273/00), sistematizar os critérios de decisão, de forma a ponderar os vários interesses em presença: a existência de uma vida familiar; a existência de descendentes, gravidade do ilícito criminal cometido, possibilidade de a família acompanhar o expulsando (ou seja, se o reagrupamento familiar é a única possibilidade de levar a cabo a vida familiar); idade dos descendentes envolvidos; se a medida estadual em matéria de imigração consiste numa ingerência na mesma.

136. O TEDH tem sido cauteloso quanto à entrada no território nacional. Assim, com base na margem de apreciação dos Estados, o TEDH analisa se, com base num juízo de proporcionalidade – averiguando da realização de um justo equilíbrio entre o interesse geral e os interesses do indivíduo –, o Estado ultrapassou a sua margem de apreciação, indagando se lhe era exigível permitir a entrada em território nacional.
137. Na doutrina portuguesa, ANDRÉ DIAS PEREIRA sustenta a existência de um direito fundamental ao reagrupamento familiar, que constitui uma expressão do princípio da unidade familiar e um *standard* mínimo do mesmo. Já JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS elencam esse direito fundamental como um dos direitos fundamentais novos, entendendo que a ligação familiar efetiva com um estrangeiro residente em território nacional não garante a entrada dos seus familiares.
138. De acordo com os artigos 98.º e seguintes, da Lei n.º 23/2007, não se prevê um período de espera para que o imigrante possa exercer o direito ao reagrupamento familiar, sendo esse direito reconhecido aos titulares de autorização de residência que tenha sido concedida por um período mínimo de um ano.
139. O artigo 106.º, da Lei n.º 23/2007, permite a recusa de um pedido de reagrupamento familiar quando as condições de exercício do direito não se encontrem reunidas, quando o membro da família se encontre interdito de entrar em território português e quando a sua presença represente uma ameaça para a ordem, segurança ou saúde públicas.
140. O direito ao reagrupamento familiar encontra-se ainda previsto para os detentores do estatuto de residentes de longa duração em outro Estado-Membro da U.E. que se desloquem para Portugal (cfr. artigo 118.º, da Lei n.º 23/2007); e para os beneficiários do cartão azul U.E. (cfr. artigo 121.º-A, da Lei n.º 23/2007).
141. Nos termos do disposto no artigo 36.º, da Lei n.º 23/2007, o Estado não pode impedir a entrada dos estrangeiros que tenham a seu cargo filhos menores de nacionalidade estrangeira, com residência legal em Portugal, sobre os quais exerçam efetivamente as responsabilidades parentais e a quem assegurem o sustento e a educação.
142. Em face do previsto no artigo 135.º, da Lei n.º 23/2007, não podem ser expulsos os estrangeiros que tenham efetivamente a seu cargo filhos menores de

nacionalidade portuguesa ou de nacionalidade estrangeira, desde que, em relação aos últimos, exerçam efetivamente as responsabilidades parentais e assegurem o sustento e a educação.

- 143.** De acordo com o artigo 122.º, n.º 4, da Lei n.º 23/2007, permite-se a concessão de autorização de residência aos ascendentes de primeiro grau que sobre esses menores (que nasçam em território português) exerçam efetivamente o poder paternal.
- 144.** Pode ainda ser regularizado o estatuto dos estrangeiros que tenham filhos menores residentes em Portugal, ou com nacionalidade portuguesa, sobre os quais exerçam efetivamente o poder paternal e a quem assegurem o sustento e educação (cfr. artigo 122.º, n.º 1, alínea k), da Lei n.º 23/2007);

XVII. CONVENÇÃO SCHENGEN

- 145.** Em 14 de junho de 1985, os governos da Bélgica, Países Baixos, Luxemburgo, França e República Federal da Alemanha celebraram um acordo relativo à supressão gradual dos controlos das fronteiras comuns. Visava a criação de uma zona de livre circulação (Espaço Schengen) entre os Estados signatários, pela supressão paulatina dos controlos nas fronteiras comuns e, simultaneamente, pela implementação de medidas de segurança compensatórias, para intensificar os níveis de segurança e a ordem pública já existentes nos referidos Estados.
- 146.** A adesão de Portugal e Espanha ao Acordo Schengen e respetiva convenção de aplicação teve lugar, simultaneamente, em 25 de junho de 1991.
- 147.** Objetivo principal do acordo e da convenção Schengen é o contribuir decisivamente para a livre circulação de pessoas, bens e serviços no interior do espaço europeu, com a eliminação das fronteiras internas dos países que o compõem.
- 148.** A Convenção foi revogada parcialmente pelo Regulamento (CE) n.º 810/2009, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de julho de 2009, com as últimas alterações introduzidas pelo Regulamento (UE) 2021/1134, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7 de julho de 2021.

149. Segundo o Considerando (1), do Regulamento n.º 610/2013, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, “[a] política da União relativa às fronteiras externas visa estabelecer uma gestão integrada a fim de assegurar um nível elevado e uniforme de controlo e vigilância, o que constitui um corolário necessário da livre circulação de pessoas na União e um elemento fundamental de um espaço de liberdade, segurança e justiça”.

XVIII. A LEI N.º 23/2007, DE 4 DE JULHO

150. De acordo com o previsto no artigo 4.º, n.º 1, é aplicável a cidadãos estrangeiros e apátridas, não sendo aplicável a “[n]acionais de um Estado-membro da União Europeia, de um Estado parte no Espaço Económico Europeu ou de um Estado terceiro com o qual a Comunidade Europeia tenha concluído um acordo de livre circulação de pessoas”; a “[n]acionais de Estados terceiros que residam em território nacional na qualidade de refugiados, beneficiários de proteção subsidiária ao abrigo das disposições reguladoras do asilo ou beneficiários de proteção temporária”; e a “[n]acionais de Estados terceiros membros da família de cidadão português ou de cidadão estrangeiro abrangido pelas alíneas anteriores” (cfr. artigo 4.º, n.º 2, alíneas a) a c); Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n.º 527/11.9JAPRT.P1.S1, de 21.06.2012).
151. A entrada e saída de território nacional é controlada, relativa aos “*indivíduos que entrem em território nacional ou dele saiam, sempre que provenham ou se destinem a Estados que não sejam parte na Convenção de Aplicação*”, devendo ser efetuada pelos postos de fronteira qualificados para esse efeito e durante as horas do seu funcionamento (cfr. artigo 6.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 23/2007).
152. Mesmo os cidadãos que tenham entrado regularmente no território de uma das partes contratantes podem ser obrigados a declarar esse facto ao SEF, à entrada em território nacional e num prazo de três dias úteis a contar da data de entrada (cfr. artigo 22.º, da Convenção Schengen; artigo 14.º, n.º 1, da Lei n.º 23/2007).
153. Em regra, para entrada ou saída do território nacional, os cidadãos estrangeiros têm de ser portadores de um documento de viagem válido (cfr. artigo 9.º, n.º 1, da Lei n.º 23/2007) e de um visto válido e adequado à finalidade da

deslocação concedido legalmente ou pelas competentes autoridades dos Estados partes na Convenção de Aplicação.

154. A entrada em território nacional depende, ainda, de que os estrangeiros disponham de meios de subsistência “suficientes, quer para o período de estada quer para a viagem para o país no qual a sua admissão esteja garantida” (cfr. artigo 11.º, n.º 1, da Lei n.º 23/2007). A comprovação de meios de subsistência pode ser efetuada pela apresentação de extratos bancários ou pela apresentação de um contrato de trabalho ou contrato-promessa de trabalho.
155. A autorização de residência de longa duração confere um direito de circulação para outros Estados-Membros da U.E..
156. Ao fim de cinco anos de residência no território; inexistindo condenação em pena que ultrapasse um ano de prisão (cfr. artigo 80.º, da Lei n.º 23/2007); existindo alojamento e posses estáveis; seguro de saúde; alojamento; prova de conhecimento de português básico (cfr. artigo 126.º, da Lei n.º 23/2007); pode ser requerido o estatuto de residente de longa duração, que tem caráter permanente.
157. O Estado português não pode impedir a entrada dos estrangeiros que tenham nascido em território português e que aqui residam habitualmente.
158. A propósito da regularização do estatuto, prevê o artigo 122.º, da Lei n.º 23/2007, que pode ser regularizado o estatuto dos filhos de titulares de autorização de residência que tenham já atingido a maioridade e tenham permanecido em território nacional desde os 10 anos de idade. Trata-se de pessoas que não nasceram em território nacional e que, apesar de terem os seus progenitores em Portugal, nunca chegaram a regularizar a sua situação através do reagrupamento familiar.

XIX. DOS PRAZOS LEGALMENTE PREVISTOS E SEU INCUMPRIMENTO

159. Carece de parecer prévio obrigatório do SEF a concessão de vistos quando sejam solicitados vistos de residência e de estada temporária e quando tal for determinado por razões de interesse nacional, por motivos de segurança interna ou de prevenção da imigração ilegal e da criminalidade conexas (cfr. artigo 53.º, n.º 1, alíneas a) e b), da Lei n.º 23/2007).

160. Quando os pareceres forem negativos, são vinculativos (artigo 53.º, n.º 6, primeira parte, da Lei n.º 23/2007). Quando forem positivos, são obrigatórios, mas não vinculativos (cfr. artigo 91.º, n.º 2, do Código do Procedimento Administrativo).
161. Devem ser emitidos no prazo de 7 dias, no caso de vistos de curta duração, ou de 20 dias, nos restantes casos. Findo este prazo, a ausência de emissão de parecer corresponde a parecer favorável (cfr. artigo 53.º, n.º 6, parte final, da Lei n.º 23/2007).
162. O prazo máximo para a emissão de decisão sobre o pedido de visto de estada temporária (para transferência de trabalhadores ou para trabalho sazonal por período superior a 90 dias) é de 30 dias, a contar da instrução do pedido (cfr. artigo 54.º, n.º 3, da Lei n.º 23/2007).
163. Para os vistos de residência, o prazo para a emissão de decisão sobre o pedido é de 60 dias (cfr. artigo 58.º, n.º 4, da Lei n.º 23/2007).
164. No que concerne aos vistos de residência para atividade docente, altamente qualificada ou cultural, o prazo para a decisão é de 30 dias (cfr. artigo 61.º, n.º 3, da Lei n.º 23/2007).
165. Seguidamente, a prorrogação ou permanência para trabalho sazonal é decidida no prazo de 30 dias (cfr. artigo 71.º-A, n.º 2, da Lei n.º 23/2007).
166. O pedido de concessão, bem como de renovação de autorização de residência devem ser decididos, respetivamente, no prazo de 90 e 60 dias (cfr. artigo 82.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 23/2007).
167. O SEF opõe-se à mobilidade dos estudantes do ensino superior no prazo de 30 dias seguintes à receção da comunicação do estudante (cfr. artigo 91.º-A, n.º 6, da Lei n.º 23/2007).
168. A decisão sobre o pedido de concessão ou de renovação de uma autorização de residência é adotada e notificada ao requerente num prazo que não impeça o prosseguimento da atividade em causa, não podendo exceder 90 dias a contar da apresentação do pedido, ou 60 dias, no caso de estudante do ensino superior ou investigador admitido em entidade de acolhimento oficialmente reconhecida nos termos dos artigos 91.º e 91.º-B, da Lei n.º 23/2007.
169. A decisão sobre o pedido de cartão azul U.E. é emitida em prazo não superior a 60 dias (cfr. artigo 121.º-D, n.º 4, da Lei n.º 23/2007).

- 170.** As decisões devem ser fundamentadas, pois, com exceção da oposição à mobilidade dos estudantes anteriormente referida, estão em causa atos administrativos que negam um direito fundamental e, por conseguinte, um direito subjetivo (cfr. artigo 152.º, n.º 1, alínea a), primeira parte, do CPA) ou que, no caso de decisão de expulsão, impõem um dever (cfr. artigo 152.º, n.º 1, alínea a), segunda parte, do CPA).
- 171.** No caso do direito à migração em sentido amplo, a falta de fundamentação gera nulidade do ato administrativo, já que está em causa o conteúdo essencial de um direito fundamental (cfr. artigo 161.º, n.ºs 1 e 2, alínea d), do CPA; Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte de 29.3.2019, processo n.º 01026/14.2BEAVR).
- 172.** Estrategicamente, é aconselhável requerer a concessão de uma providência cautelar, em concreto, de regulação provisória de uma situação jurídica, no caso de indeferimento do requerimento de concessão de visto ou de autorização de residência (cfr. artigo 112.º, n.º 2, alínea e), do CPTA).
- 173.** Por fim, no caso de emissão de decisão de expulsão de território nacional, é aconselhável a apresentação de uma intimação para proteção de direitos, liberdades e garantias (cfr. artigos 109.º e seguintes, do CPTA).

JOANA A. DE OLIVEIRA
ADVOGADA

joanadeoliveira@outlook.com

26/11/2021