



**Universidade do Minho**  
Escola de Direito

Larissa Araújo Coelho

**Investigação de "casamentos brancos" e a proteção dos direitos fundamentais no contexto das políticas de imigração ibero-brasileira**

Larissa Araújo Coelho **Investigação de "casamentos brancos" e a proteção dos direitos fundamentais no contexto das políticas de imigração ibero-brasileira**

UMinho | 2016

janeiro de 2016



**Universidade do Minho**  
Escola de Direito

Larissa Araújo Coelho

**Investigação de "casamentos brancos" e  
a proteção dos direitos fundamentais no  
contexto das políticas de imigração  
ibero-brasileira**

Dissertação de Mestrado  
Mestrado em Direitos Humanos

Trabalho efetuado sob a orientação da  
**Professora Doutora Andreia Sofia Pinto Oliveira**

## DECLARAÇÃO

**Nome:** LARISSA ARAÚJO COELHO

**Endereço eletrônico:** larissacoelho1@gmail.com

**Título da dissertação:**

Investigação de “casamentos brancos” e a proteção dos direitos fundamentais no contexto das políticas de imigração ibero-brasileira.

**Orientadora:**

Professora Doutora Andreia Sofia Pinto Oliveira.

Escola de Direito da Universidade do Minho

**Ano de conclusão:** 2016

**Designação do Mestrado:**

Mestrado em Direitos Humanos.

É AUTORIZADA A REPRODUÇÃO PARCIAL DESTA DISSERTAÇÃO, APENAS PARA EFEITOS DE INVESTIGAÇÃO, MEDIANTE DECLARAÇÃO ESCRITA DO INTERESSADO, QUE A TAL SE COMPROMETE.

Universidade do Minho, \_\_\_ / \_\_\_ / \_\_\_\_

Assinatura: \_\_\_\_\_

## AGRADECIMENTOS

À prof<sup>a</sup> Doutora Andreia Sofia Pinto Oliveira, por ter acolhido a orientação desta dissertação, estando sempre disponível ao debate, ao esclarecimento de dúvidas, primando pela clareza e objetividade na condução deste trabalho, além de incentivar à superação de meus limites.

À equipe docente da Escola de Direito da Universidade do Minho, que ao longo da graduação e mestrado instigaram a busca pelo conhecimento.

À equipe de secretariado da Escola de Direito, na pessoa da Dr<sup>a</sup> Ana Maria Ferreira pela sua simpatia e solicitude.

À prof<sup>a</sup> Doutora Sónia García Vázquez pela solicitude e colaboração inestimável.

Ao Helder, pelo companheirismo, incentivo e paciência, sempre disposto a me ouvir.

Aos meus familiares, especialmente à minha mãe, pelo incentivo e compreensão da distância pois como afirmou Richard Bach, *longe é um lugar que não existe*



## RESUMO

O tema dos casamentos brancos ou casamento de conveniência, insere-se no contexto das políticas migratórias e gestão dos seus fluxos. Com um crescimento na adoção por parte dos Estados de acolhimento de normas restritivas, o casamento passa a ser a via para que cidadãos de países terceiros que não cumprem com os requisitos da legislação de estrangeiros tenham acesso ao território, mercado de trabalho e nacionalidade. Em decorrência deste processo, e com vista a adotar medidas que impeçam a prática de casamentos de conveniência, os Estados adotam métodos de investigação que visam, a partir de presunções, ilidir a dúvida em busca da verdade material. Através de um estudo descritivo-exploratório com uma pesquisa de base bibliográfica e documental, nosso estudo delimita-se territorialmente na análise de três ordens jurídicas, Brasil, Espanha e Portugal, pretendendo através da compreensão do procedimento de investigação desenvolvido em cada um desses sistemas detectar se há ou não violação a direitos fundamentais, especificamente o direito a casar e constituir família, o direito a não discriminação em razão da nacionalidade e o direito à reserva da intimidade e da vida privada. Com o apoio da doutrina e das jurisprudências nacionais, um duplo resultado pode ser verificado. Para os Tribunais o procedimento é lícito, não colocando em causa direitos subjetivos, ao passo que para a doutrina a colisão de direitos não se resolve de forma tão pacífica face o princípio da proporcionalidade e a proteção ao conteúdo essencial.



## **ABSTRACT**

Marriages of convenience are part of migration policies and the management of their flows. With an increasing adoption of restrictive rules by the hosting States, marriage is a way to access the territory by citizens of foreign countries that do not comply with the foreigners' legislation requirements. As a result of this process and with the aim of adopting measures to stop the practice of marriages of convenience, the States adopt investigation methods based on presumptions, rebuttable when searching the material truth. By a descriptive-explanatory study with a bibliographical and documental research, our study limits itself territorially analyzing three countries, Brazil, Spain and Portugal, in order to understand the investigation procedure used in each of those systems and to detect if it exists or not a violation of fundamental rights, specifically the right to marry and constitute a family, the right of non-discrimination against nationality and the right of privacy. With the help of the doctrine and national jurisprudence a double result might be verified. For the Courts the procedure is lawful, not calling into question subjective rights, but for the doctrine the collision of rights is not solved so peacefully, according to the principle of proportionality and the protection of its essential content



## ÍNDICE

Abreviaturas e siglas .....	XI
Introdução .....	01

### CAPÍTULO I

1 Considerações iniciais: para uma definição de casamento branco .....	07
1.1 Dos objetivos do casamento branco: notas sobre o direito de residência e direito à nacionalidade .....	19
2 Aspectos históricos do instituto do casamento branco .....	21
3 O casamento branco no âmbito do negócio jurídico: o caso da simulação .....	27

### CAPÍTULO II

1 A construção normativa do crime de casamento branco .....	33
1.1 De ilícito administrativo a matéria penal: o crime de casamento de conveniência no sistema penal português .....	36
1.2 Matrimônios de complacência como crime de auxílio a imigração ilegal, o sistema espanhol.....	48
1.3 O casamento branco como falsidade ideológica no Estatuto dos Estrangeiros brasileiro.....	54
2 Casamento como via para a imigração: o regime jurídico de entrada e permanência em território nacional .....	60
2.1 O casamento e o reagrupamento familiar perante o regime de imigração português.....	61
2.2 O casamento e o reagrupamento familiar perante o direito dos estrangeiros espanhol.....	67
2.3 O casamento e a reunião familiar perante o Estatuto dos Estrangeiros brasileiro e a legislação complementar .....	72

### CAPÍTULO III

1 O procedimento de investigação aos casamentos brancos .....	77
1.1 A identificação do casamento branco: o método da presunção .....	78

2 O procedimento administrativo de investigação: breves notas .....	83
3 O procedimento sobre a forma de duplo grau de investigação .....	95
3.1 Audiência prévia dos interessados .....	96
3.2 Busca domiciliar .....	103
4 A importância do consentimento matrimonial no decurso do procedimento de investigação.....	110
4.1 Análise prévia ao consentimento matrimonial .....	111

#### CAPÍTULO IV

1 Os direitos fundamentais no procedimento de investigação dos casamentos brancos.....	117
1.1 Direito de casar e constituir família .....	119
1.2 Direito à não discriminação em razão da nacionalidade .....	126
1.3 Direito à intimidade e da reserva da vida privada e familiar .....	131
2 A proporcionalidade no procedimento de investigação: mecanismo para uma solução da colisão de direitos .....	140
 Considerações finais .....	 153
 Bibliografia citada .....	 161
 Jurisprudência citada .....	 169
 Recursos eletrônicos .....	 171

## ABREVIATURAS E SIGLAS

A.A.V.V	-	Vários autores
Ac.	-	Acórdão
ACIDI	-	Alto Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural, I.P.
ACIME	-	Alto Comissariado para a Imigração e Minorias Étnicas
ACM	-	Alto Comissariado para as Migrações
ACR	-	Apelação Criminal
al.	-	Alínea
art.	-	Artigo
BE	-	Bloco de Esquerda
BOE	-	Boletín Oficial del Estado
CADH	-	Convenção Americana sobre Direitos Humanos
c/c	-	Conjugado com
CCiv	-	Código Civil
CDFUE	-	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CDS – PP	-	Partido Popular
CE	-	Constitución Española
CEDH	-	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
Cf.	-	Conforme
CFBR	-	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CIE	-	Carteira de identidade de estrangeiros
CNIg	-	Conselho Nacional de Imigração
CNJ	-	Conselho Nacional de Justiça
CNPD	-	Comissão Nacional de Protecção de Dados
CP	-	Código Penal
CPA	-	Código do Procedimento Administrativo
CPP	-	Código de Processo Penal
CRP	-	Constituição da República Portuguesa
CRegCiv	-	Código de Registo Civil
DICNV	-	Direção Central de Investigação
DEEST	-	Departamento de Estrangeiros

DGRN	-	Dirección General de los Registros y del Notariado
DIPr	-	Direito Internacional Privado
DPF	-	Departamento da Polícia Federal
DUDH	-	Declaração Universal dos Direitos Humanos
GRU	-	Guia de recolhimento da União
IBGE	-	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
inc.	-	Inciso
INE	-	Instituto Nacional de Estatísticas
IRN	-	Instituto dos Registros e Notariado
LC	-	Lei constitucional
LECrim	-	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LO	-	Ley Orgánica
LRP	-	Lei dos Registros Públicos
MJ	-	Ministério da Justiça
MP	-	Ministério Público
MRE	-	Ministério das Relações Exteriores
n.º	-	Número
OPC	-	Órgão de Polícia Criminal
p.	-	Página
pp.	-	Páginas
PALOP	-	Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa
PCP	-	Partido Comunista Português
PEV	-	Partido Ecologista “Os Verdes”
PIDCP	-	Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos
PIDESC	-	Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais
PS	-	Partido Socialista
PSD	-	Partido Social Democrata
REM	-	Rede Europeia das Migrações
RDGRN	-	Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado
RC	-	Ley del Registro Civil
RN	-	Resolução Normativa
RRC	-	Reglamento de Registro Civil
SEF	-	Serviço de Estrangeiros e Fronteira
SNJ	-	Secretaria Nacional de Justiça

ss.	-	Seguintes
STA	-	Supremo Tribunal Administrativo
STC	-	Sentença do Tribunal Constitucional Espanhol
STF	-	Supremo Tribunal Federal
STJ	-	Supremo Tribunal de Justiça
TC	-	Tribunal Constitucional
TCA	-	Tribunal Central Administrativo
TEDH	-	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TJUE	-	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRCoimbra	-	Tribunal da Relação de Coimbra
TRF	-	Tribunal Regional Federal
UE	-	União Europeia
UEFA	-	União das Federações Europeias de Futebol
Vol.	-	Volume



## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende dar sequência ao estudo iniciado na licenciatura e retomado no decorrer do Mestrado em Direitos Humanos, na Universidade do Minho, sobre o procedimento de investigação dos casamentos utilizados como meio para a legalização administrativa de imigrantes no quadro da política imigratória e os limites aos direitos fundamentais que este processo implica, gerando um conflito entre a defesa de bens coletivos e a proteção à intimidade do particular, sob a ótica do Estado de acolhimento.

O casamento é um contrato celebrado entre duas pessoas que pretendem construir família mediante uma plena comunhão de vida. Objeto de estudo das ciências sociais e humanas, o matrimônio passa a ser observado principalmente pela sociologia, história, filosofia, literatura, antropologia, teologia e direito. Neste último, constituirá um dos pilares do Direito da Família, sendo da competência do Direito Internacional Privado quando estamos perante a constituição do estado de casado por cidadãos de nacionalidades distintas, conceituados de *casamentos mistos* ou *transnacionais*<sup>1</sup>, uma vez que passam a existir implicações quanto à legislação a se observar para se aferir da validade e eficácia deste.

O matrimônio foi ponto de conflito por um grande período entre a jurisdição eclesiástica e civil, no entanto, será o casamento civil a principal modalidade adotada nas uniões entre cidadãos de nacionalidade distinta<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> São também expressões que designam essas uniões: *cross-cultural*; *out-marriage* e migrações por amor, cf. Paulo RAPOSO e Paula C. TOGNI, *Os fluxos matrimoniais transnacionais entre brasileiras e portuguesas: género e imigração*, Lisboa, ACIDI, I.P., 2009, p. 37. Sobre a diversidade de termos utilizados pela doutrina para simbolizar a relação entre pessoas de nacionalidade distinta, Raposo e Togni (p. 42) explicam que primeiramente a expressão *casamento misto* se referia a casamentos inter raciais e casamento religiosos em que um dos nubentes não era crente ou professava um credo diferente, encontrado apenas em bibliografia recente relacionado aos casamentos em que um dos cônjuges é estrangeiro, sendo neste sentido empregue por Marzia GRASSI, “Formas migratórias: casar com o passaporte no espaço Schengen. Uma introdução ao caso de Portugal”, in *Etnográfica*, vol. X (2), 2006, pp. 284 – 300 e no relatório resultante do projeto de pesquisa Heirat II, financiado pelo programa Daphne da Comissão Europeia desenvolvido por Olivia SALIMBENI, *Protection and aid measures for female marriage migrants from third countries in the Member States of European Union (Heirat II.) Report, Portugal*. Bruxelas/Florença, European Commission, Università degli Studi di Firenze, 2005, p. 3 e ss. (*mixed marriages*). Compreendendo também a expressão *casamentos interculturais* (do inglês *cross-cultural*) como sinónimo de casamento misto, afirmam os autores ser esta uma visão simplista por vezes estereotipada do que se entende por cultura, sendo problemática a expressão uma vez que dentro de uma mesma sociedade existem diferentes culturas, assim todos os casamentos podem ser considerados interculturais. Em virtude da polissemia do termo casamento misto, RAPOSO e TOGNI, *Os fluxos matrimoniais transnacionais... op. cit.*, 2009, p. 51 utilizam a expressão *casamento transnacional*, uma vez que, segundo os autores, melhor traduz a ideia de fluxos migratórios, de mobilidade humana num contexto globalizado, centrado nos atores e suas escolhas/opções matrimoniais que desencadeiam operações econômicas, políticas e culturais tendo o Estado como mediador. Para fins deste trabalho utilizamos as expressões casamento misto e casamento transnacional com o significado mais recente de união entre sujeitos de nacionalidade distinta.

<sup>2</sup> Cf. Madalena RAMOS e Ana Cristina FERREIRA, “Padrões de casamentos entre imigrantes”, in *VI Congresso Português de Sociologia. Mundos sociais: saberes e práticas*, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Nova de Lisboa, 25 a 28 de junho de 2008 (n.º de série 251), p. 12.

Motivo de especial atenção e preocupação por parte dos Estados de acolhimento, os casamentos transnacionais permitem o acesso ao território e à nacionalidade por parte do estrangeiro, matéria esta que “[...] entra em confronto directo com a política estatal de imigração e com os limites estabelecidos à entrada e permanência dos estrangeiros no território nacional”<sup>3</sup>. Em virtude dos direitos que passam a orbitar a esfera jurídica do estrangeiro casado com um cidadão nacional, este assunto passa a ser prioritário frente às políticas de segurança e de gestão migratória dos Estados, com vista a evitar sua utilização indevida. O casamento assim passa a ser visto como uma “[...] via para a imigração [...]”<sup>4</sup>, resultante de um contrato simulado entre nubentes, designado pelas expressões *casamento de conveniência* ou *casamento branco*, no qual o único objetivo é a obtenção de uma autorização de residência ou acesso à nacionalidade do país de acolhimento, colocando em causa o requisito civilista do consentimento matrimonial. Apesar do recente interesse em matéria imigratória, sobretudo com a criminalização da prática em alguns Estados, o casamento branco e os demais termos que atualmente o designam como sinónimo são figuras que remontam à Idade Média e Moderna com entendimentos autónomos, sobre os quais se debruçaram historiadores, antropólogos e filósofos, mas que não deixam de corresponder à exegese da norma atual.

No contexto da gestão imigratória, o casamento branco aparece inicialmente relacionada ao direito privado, a título de exemplo, em Espanha preliminarmente é observado como sendo o casamento de um *nacional com um imigrante* domiciliado no estrangeiro, cujo objetivo seria facilitar a entrada e permanência em território espanhol de um cidadão estrangeiro. Posteriormente, já numa perspectiva do direito público, compreendendo o direito à nacionalidade e direito dos estrangeiros, passa a abranger também no conceito da prática ilícita o casamento entre um *nacional de país terceiro* com residência legal num Estado com *outro nacional de um país terceiro*, passando a ter em conta as políticas nacionais em matéria de reagrupamento familiar.

Neste enquadramento, afim de determinar no âmbito europeu o perfil dos agentes envolvidos na simulação a Rede Europeia das Migrações (REM) aponta que o casamento branco pode ser verificado em quatro situações-tipo: a) cidadão nacional de um país terceiro residente legal em um dos Estados-membros da União que requer reunião familiar com cidadão também terceiro; b) cidadão nacional de um dos Estados-membros da UE que no uso do direito de residência e livre circulação solicita reagrupamento

---

<sup>3</sup> Cf. Alexandra NEVES, *Os direitos dos estrangeiros: respeitar os direitos do homem*, Lisboa, ACIDI, I.P, 2011, p. 117.

<sup>4</sup> Cf. GRASSI, “Formas migratórias: casar com o passaporte...” *op. cit.*, 2006, p. 283.

familiar com um cidadão estrangeiro em outro Estado-membro; c) cidadão nacional de um país terceiro que intenta pedido de reunificação com um também nacional de país terceiro com base na jurisprudência da União e com referência aos Tratados da UE (a título de exemplo, casos Zambrano, McCarthy e Dereci); e por fim, d) cidadão nacional, residente no seu território de origem, solicita reunião familiar com um nacional de país terceiro<sup>5</sup>. De acordo com o quadro de estudo apresentado pela REM tem interesse para o desenvolvimento desta pesquisa os casos apresentados nas alíneas a) e d), pois que não trataremos especificamente do caso em que o cidadão europeu se encontra em mobilidade, tampouco dos acórdãos do Tribunal de Justiça, uma vez que estes não tiveram impactos significativos nos ordenamentos em análise<sup>6</sup>.

Com vista ao controle e prevenção desta prática que se consubstancia numa fraude à lei de imigração, o ordenamento jurídico de alguns países passa a prever como crime o casamento de conveniência, cujo bem jurídico colocado em causa são a segurança, a ordem e a saúde pública. Com vista a detectar a simulação, o Estado regulamenta um longo procedimento de investigação que se desenrola a partir de indícios, delegando a competência para a descoberta da verdade a órgãos de polícia criminal que através dos meios técnicos como análise documental, audiência dos interessados e busca domiciliar, tentam ilidir as presunções. Quando verificada a sua prática, os ordenamentos jurídicos preveem como consequência sanções, criminais e administrativa.

No entanto, parte da doutrina jurídica considera que os meios empregues pelo Estado no decorrer da investigação são inconstitucionais por violação de direitos fundamentais<sup>7</sup>, apontando como principais direitos a se ter em conta nesse procedimento investigativo, o direito ao casamento, o direito ao respeito pela vida privada e familiar e o direito à não discriminação em função da nacionalidade<sup>8</sup>. Entretanto, em matéria de direitos fundamentais o próprio texto constitucional prevê limites ao seu catálogo de direitos, restringindo, portanto, o âmbito de proteção aos mesmos. Todavia, questionamos

---

<sup>5</sup> Cf. A.A.V.V., *A utilização indevida do direito ao reagrupamento familiar: casamentos de conveniência e falsas declarações de parentesco. O caso português*, Barcarena, Oeiras, Serviço de Estrangeiros e Fronteiras/Rede Europeia das Migrações, Agosto, 2012, pp. 14 – 16; A.A.V.V., *Usos indebidos del derecho de reagrupación familiar: matrimonios de conveniencia y falsos reconocimientos de paternidad. España*, Madrid, Observatorio Permanente de la Inmigración/ Red Europea de Migraciones – EMN, 2012, pp. 8 – 11.

<sup>6</sup> Cf. A.A.V.V., *A utilização indevida do direito ao reagrupamento familiar....*, op. cit., 2012, p. 20.

<sup>7</sup> Cf. Sonia GARCÍA VÁZQUEZ, *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, p. 76.

<sup>8</sup> Na *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho. Ajudar as autoridades nacionais a reprimirem os abusos do direito à livre circulação: manual sobre os casamentos de conveniência entre cidadãos da UE e nacionais de países terceiros no quadro da legislação da UE em matéria de livre circulação dos cidadãos da União*, n.º SWD (2014) 284 final, de 26.09.2014, encontramos a enunciação dos três direitos citados como os mais relevantes para o estudo do casamento de conveniência. Mais sobre ver A.A.V.V., *Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience between EU citizens and non-EU nationals in the context of EU law on free movement of EU citizens*, Brussels, European Commission, 2014, p. 19 e ss, texto disponível em [http://ec.europa.eu/justice/citizen/files/swd\\_2014\\_284\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/citizen/files/swd_2014_284_en.pdf) [01.08.2015]. Na jurisprudência europeia cita-se TEDH, Processo n.º 18643/91, Beres vs. Áustria, acórdão de 06.01.1992; TEDH, Processo n.º 31401/96, Sanders vs. França, acórdão de 16.10.1996; exemplo na jurisprudência portuguesa: TCA Sul, Processo n.º 05523/09, acórdão de 17.12.2009; TRCoimbra, Processo n.º 2051/11.0 TBPBL. C1 JTRC, acórdão de 10.03.2015.

se haverá uma espécie de *limite ao limite* no qual deve o Estado se pautar na realização das investigações de casamentos brancos ou para se apurar a real intenção dos cônjuges poderá o Estado fiscalizar de forma irrestrita as informações e hábitos do casal em busca da confirmação da existência de uma plena comunhão de vida?

Traduzindo a questão para um conflito de direitos, no qual por um lado temos a reserva da intimidade e por outro a proteção a bens coletivos, o princípio da proporcionalidade é chamado à colação como o fiel da balança, que nos auxiliará com base na doutrina e no entendimento jurisprudencial a apreciar se os métodos empregues, bem como os fatos considerados como reveladores da prática criminal, afetam o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Os ordenamentos nacionais que nos servem de base para a análise são Portugal, Espanha e Brasil. A escolha do sistema português faz-se de forma natural por ser neste que desenvolvemos nosso estudo, que passa a discutir e a criminalizar o casamento branco a partir do ano de 2006 com o projeto de lei que deu origem a aprovação da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho. A escolha do sistema jurídico espanhol justifica-se pelo amplo desenvolvimento doutrinário do tema, no entanto, destaca-se o fato de este ser tratado unicamente no foro do registro civil, designado muitas vezes pelo legislador nacional de matrimônios de complacência. E o sistema jurídico brasileiro, embora não preveja em sua legislação de estrangeiros, a expressão “casamento branco” ou qualquer termo conexo, tem discutido a prática na jurisprudência, nomeadamente nos Tribunais Federais de Justiça, à luz do art. 125, inc. XIII da Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980, classificando a ação como falsidade ideológica, justificando o seu estudo pelo fato de que há um escasso desenvolvimento acadêmico quanto ao direito dos estrangeiros e políticas migratórias do ponto de vista jurídico e nenhuma análise sobre o tema concretamente.

Com vista a contribuir em sentido restrito ao esclarecimento sobre o conflito de direitos que envolve a figura e em sentido lato com desenvolvimento do direito dos estrangeiros, acreditamos ser pertinente e atual o debate sobre os casamentos brancos, uma vez que são constantes as alterações às leis de imigração que tendem a tornar cada vez mais restritivas e seletivas a permissão de estrangeiros ao acesso ao território, mercado de trabalho e nacionalidade, deste modo, o casamento torna-se muitas vezes a via para imigrar, sendo utilizado por aqueles que querem contornar as leis nacionais, de forma individual ou através do intermédio de organizações criminosas e agenciadores.

Desta forma, os objetivos que se pretendem alcançar com a pesquisa e se encontram desenvolvidos ao longo dos capítulos são: a) analisar através das óticas

nacionais o que se entende por o casamento branco; b) uma vez que este se encontra relacionado às políticas migratórias, quais as formas legalmente aceitáveis em que o casamento permite o acesso ao território, concretamente o regime jurídico que regula o direito de residência dos familiares estrangeiros dos cidadãos nacionais e o direito de reagrupamento familiar; c) entender o porquê da sua criminalização e como se identifica este crime; d) estudar o procedimento de investigação aos casamentos de conveniência; e) apontar os direitos fundamentais que se encontram em causa em decorrência do processo de investigação, para poder avaliar através ponderação se este conflito tem sido solucionado de forma objetiva com vista a proteger o núcleo essencial dos direitos enfeudados.

A metodologia adotada consiste no procedimento intelectual e técnico aplicado durante a investigação científica para que os objetivos fossem atingidos. Delineando o tema através de um estudo descritivo-exploratório, que se fundamenta numa pesquisa bibliográfica-documental (legislação e jurisprudência). Por se tratar de uma comparação entre três ordens jurídicas, optou-se por se fazer uma explanação didática, em que os sistemas são abordados de forma faseada conforme possam contribuir para o ponto em discussão no capítulo.

O casamento de conveniência, numa perspectiva sociológica, coloca-nos diante de uma situação problemática relativamente à institucionalização dos casamentos mistos e do reagrupamento familiar perante a política de imigração, confrontando o Estado de acolhimento com assuntos como nacionalidade, gênero e desterritorialização. Apesar das estatísticas quanto à sua prática nos países assinalados serem pequenas, num contexto global o seu número é crescente, e por isso mesmo, também aumenta o enfoque ao tema em decisões legislativas e políticas públicas<sup>9</sup>. Porém, mais do que números, o estudo jurídico faz-se de grande importância pois que em causa estão direitos tutelados pela dignidade humana, que fazem parte da esfera do ser pela sua condição de pessoa, e que o arbítrio da Administração pode levar a uma violação de direitos fundamentais.

---

<sup>9</sup> Cf. RAPOSO e TOGNI, *Os fluxos matrimoniais transnacionais... op. cit.*, 2009, pp. 17 – 18.



## CAPÍTULO I

### 1 Considerações iniciais: para uma definição de casamento branco

A celebração dos casamentos de conveniência é um fenômeno que esteve sempre presente na nossa sociedade com finalidades que foram se alterando ao longo do tempo. Elucida Patrícia Orejuda Prieto de Los Mozos, que o tema tem ganho especial atenção e importância por parte dos Estados no continente europeu, principalmente no quesito de luta contra a prática. No entanto, para a citada autora, se há um aumento no interesse sobre a matéria, é porque se ampliam vantagens não apenas em aspectos sociais e jurídicos, mas principalmente no quesito imigratório “[...] el matrimonio se ha convertido en un instrumento eficaz para que los extranjeros que no ostentan la nacionalidad de ningún Estado de la UE logren atenuar el tratamiento discriminatorio que las normas de Extranjería les imprimen [...]”<sup>10</sup>.

A expressão passa a ser frequentemente relacionada à simulação em casamentos mistos, que corresponde aos matrimônios celebrados entre nacionais e estrangeiros, mas também à fraude aplicada ao direito de reagrupamento familiar, no qual estão envolvidos dois cidadãos de país terceiro casados. A finalidade principal de um casamento branco é fazer com que o cidadão estrangeiro que não se encontra no território nacional escape à submissão das restritivas leis de imigração e possa ter acesso a autorização de residência e/ou nacionalidade<sup>11</sup> do país de acolhimento, não sendo querido pelos cônjuges a

---

<sup>10</sup> Cf. Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Doctrina registral en torno a los matrimonios de conveniencia para regularizar la situación de los extranjeros en España”, in *Anuário Espanhol de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Madrid, Iprolex, 2001, p. 1041.

<sup>11</sup> Com a realização de um casamento misto a possibilidade de aquisição de nacionalidade e o direito à autorização de residência passam a orbitar a esfera jurídica dos cônjuges estrangeiro no país de acolhimento. A essa faculdade a doutrina espanhola designa por *beneficios do matrimônio com nacional* (cf. M<sup>a</sup> Pilar DIAGO DIAGO, “Matrimonios por conveniencia”, in *Actualidad Civil*, n.º 14/1, 7 abril 1996, p. 331). Sobre esses benefícios Enrique FERNANDEZ MASIA, “De la ficción a la realidad: la creciente problemática de los matrimonios de conveniencia en España”, in *Revista de Derecho Privado*, Madrid, vol. 82, septiembre, 1998, pp. 630 – 631 afirma serem múltiplas as vantagens que atualmente se conquista com o casamento pois que “[...] no cabe duda que las oportunidades laborales aumentan y los obstáculos administrativos disminuyen en la misma proporción”, em concreto cita como benefício além da aquisição da nacionalidade; entrada no país de destino; expedição de visto; regime mais benéfico para aquisição de autorização de residência; direito de acesso a qualquer atividade tanto por conta alheia quanto própria em condições de igualdade com os nacionais; a esses benefícios se acresce no caso europeu o acesso às liberdades comunitárias, concluindo que “[d]ados estos beneficios derivados del matrimonio con un nacional español, no es de extrañar que cada día con más frecuencia se celebren matrimonios entre un español domiciliado en España con un nacional extranjero domiciliado fuera de España. Si quiere aprovechar las ventajas del matrimonio a los efectos, por ejemplo, de regularizar su estancia en el país o de obtener más fácilmente la nacionalidad del que aparecerá formalmente como su cónyuge”. Sobre o acesso facilitado ao mercado de trabalho pelo cônjuge estrangeiro DIAGO DIAGO, “Matrimonios por conveniencia...” *op. cit.*, 1996, p. 335, afirma que “[l]a Ley de Extranjería establece un sistema de preferencias para la obtención del permiso de trabajo que beneficia a extranjeros que se encuentran en determinadas circunstancias. El estar casado con español o española y no estar separado de hecho o de derecho permite acreditar una especial vinculación con España necesaria para la inclusión en el régimen preferencial establecido por la Ley de Extranjería, para la obtención de un permiso de trabajo”.

produção dos efeitos civis previstos para o casamento<sup>12</sup>. Cabe ressaltar que existem casamentos simulados por outras razões que não serão objeto de análise neste certame.

Na linha do pensamento de María del Pilar Diago Diago, os matrimônios de conveniência podem ser definidos em dois sentidos. Em *sentido amplo*, são casamentos associados à aquisição de algum benefício, levando os nubentes a efetuarem pactos ou acordos prévios cujo objetivo final é aceder ao pretendido benefício, excluindo os verdadeiros efeitos produzidos com o matrimônio, compreendendo uma aparência matrimonial. A título de exemplo de casamentos brancos em sentido amplo temos os casos em que o matrimônio é celebrado com a única intenção de um dos cônjuges ser chamado a abertura de um testamento, no qual a condição de casado é requisito para o beneficiário. Em *sentido restrito*, descreve que além dos caracteres da noção ampla, deve-se verificar peculiaridades<sup>13</sup>. No Glossário de Migração e Asilo publicado pela Comissão Europeia, o casamento de conveniência é definido como a “[c]elebração de casamento ou estabelecimento de uma união de facto com a finalidade única de permitir à pessoa interessada entrar ou residir num Estado-membro”<sup>14</sup>.

Via de regra a celebração destes casamentos têm por base contraprestações financeiras, em que um cônjuge transfere uma quantia em dinheiro ao outro, no entanto, Diago Diago chama a atenção para o fato de que o pagamento não pode ser apontado como requisito essencial, uma vez que alguns são celebrados de forma altruísta, por amizade ou por um posicionamento ideológico contrário à política de imigração, porém, a existência de contraprestação econômica tem se tornado uma prova quase que irrefutável da existência de um casamento simulado<sup>15</sup>.

A proliferação de casos tem levado os Estados a legislarem com vista a uma luta contra os matrimônios fraudulentos, como delimita o prólogo da Resolução do Conselho da União Europeia de 4 de dezembro de 1997 sobre medidas a adotar em matéria de luta

---

<sup>12</sup> Os efeitos jurídicos produzidos pelo casamento são classificados pela doutrina em efeitos pessoais e patrimoniais, sendo que os primeiros estão relacionados às relações entre os cônjuges e seus descendentes e os segundos, regime de bens e direitos sucessórios. A doutrina civilista nos explica que o entendimento dos efeitos do casamento é relevante uma vez que “[...] projetam-se no ambiente social e irradiam as suas consequências por toda a sociedade”, cf. Carlos Roberto GONÇALVES, *Direito civil brasileiro, volume VI: direito de família*, 6ª ed., rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 165. Importa para a compreensão do casamento branco os efeitos pessoais que segundo o art. 1.511 do CCiv brasileiro consiste na plena comunhão de vida, com base na igualdade de direitos e deveres conjugais, igual previsão encontra-se no art. 1.577º do CCiv português. Francisco Pereira COELHO e Guilherme de OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 338, resumem os efeitos pessoais nos seguintes termos “[...] o casamento constitui a família, impõe aos cônjuges um conjunto de deveres e tem efeitos sobre o seu nome e nacionalidade”, ou seja, os efeitos do casamento comportam direitos e deveres. Relativamente aos direitos, aponta a doutrina compreender o direito à nacionalidade e ao uso do nome do cônjuge, quanto aos deveres aos quais estão os cônjuges reciprocamente vinculados temos o respeito, a fidelidade, a coabitação, a cooperação e a assistência. Esse conjunto de direitos e deveres aplicam-se a todos os casamentos sem distinção da nacionalidade dos cônjuges ou gênero. No entanto, esses efeitos não são pretendidos pelos cônjuges nos casamentos de conveniência.

<sup>13</sup> Cf. DIAGO DIAGO, “Matrimonios por conveniência...” *op. cit.*, 1996, p. 329.

<sup>14</sup> Cf. A.A.V.V., *Glossário de Migração e Asilo: uma ferramenta para a melhoria da comparabilidade*, Luxemburgo, Comissão Europeia/Serviço das Publicações da União Europeia, 2012, p. 29.

<sup>15</sup> Cf. DIAGO DIAGO, “Matrimonios por conveniência...” *op. cit.*, 1996, p. 330.

contra os casamentos brancos (97/C 382/01). No contexto europeu, este diploma pode ser reconhecido como um divisor de águas sobre a temática, uma vez que a partir de então estaremos no caminho para a criminalização da prática. Apresentando uma definição-padrão do casamento de conveniência que se encontra subjacente à construção normativa sobre o tema nos ordenamentos dos Estados-membros da UE, a qual reproduzimos *in verbis*, entende-se por “casamento branco” *o casamento entre um nacional de um Estado-membro ou de um nacional de um país terceiro com residência legal num Estado-membro, com um nacional de um país terceiro, tendo por único objetivo contornar as regras relativas à entrada e permanência de nacionais de países terceiros e obter, para o nacional do país terceiro, uma autorização de estadia ou uma autorização de residência num Estado-membro.*

a) *Compreensão do casamento branco no ordenamento jurídico espanhol*

Inicialmente o assunto foi tratado apenas pelo direito privado, que pretendia evitar que fossem celebrados e registrados pelas conservatórias de registro civil os casamentos entre cidadãos nacionais e estrangeiros cujo consentimento proferido pelos nubentes fosse falso, ou seja, simulado.

Dentre as ordens jurídicas estudadas, a Espanha foi o primeiro país a definir a prática. Segundo a Instrucción de 9 de enero de 1995 de la DGRN *sobre el expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero*, era cada vez mais frequente os casos em que um espanhol domiciliado em Espanha pretendia contrair matrimônio fora de Espanha, sendo de suspeitar que por meio desses enlaces se pretendia exclusivamente facilitar a entrada e permanência em território espanhol dos estrangeiros. Em 2006 com a aprovação da Instrucción de 31 de enero de 2006 de la DGRN, *sobre los matrimonios de complacencia*, é definido como aquele casamento cujo consentimento é emitido, por uma ou ambas as partes, de acordo com a forma legal mas mediante simulação, ou seja, sem correspondência com um consentimento verdadeiro, sem uma vontade real e efetiva de contrair casamento excluindo a finalidade e os direitos previstos na lei, na qual a declaração de vontade emitida não corresponde com a vontade real interna, mas cujo objetivo pretendido por uma ou ambas as partes é obter determinados benefícios em matéria de nacionalidade e estrangeiros ou alguma retribuição monetária recebida ou prometida a um dos contraentes.

Na doutrina, o tema tem dito destaque entre internacionalistas e constitucionalistas. Calvo Caravaca e Carrascosa González definem a prática como sendo uma “compra e venda de benefícios legais”<sup>16</sup> com vista a aquisição da nacionalidade ou o reagrupamento familiar, apresentam em aspectos gerais a matéria, destacando a Instrucción DGRN de 31 de enero 2006 cujo conteúdo doutrinário é o mais completo sobre o assunto. Apontando a audiência dos interessados com as partes para compreensão da “[...] verdadeira intención matrimonial” como o ponto máximo da investigação, explicam que se um dos interessados for espanhol basta a análise do consentimento deste para determinar se o casamento é ou não de conveniência. Para concluir com a apresentação das presunções indicadas pela Resolução do Conselho da UE de 1997 que visam auxiliar a Administração Pública<sup>17</sup>.

Sonia García Vázquez com uma argumentação crítica considera que o Estado utiliza o matrimônio como instrumento de controle migratório, argumenta que não se pode considerar constitucionalmente legal as medidas “preventivas” utilizadas muitas vezes de forma indiscriminada e sucessivamente. Para a autora não se pode esquecer que o matrimônio é um direito fundamental com previsão constitucional, e, portanto, a sua negação não deve ser baseada em meras suspeitas, mas sim, em presunções suficientemente fundamentadas<sup>18</sup>.

Alfonso Ortega Giménez faz um longo e profundo estudo sobre os casamentos brancos. Para o autor este é um problema que se encontra intimamente relacionado ao aumento nos fluxos migratórios, especialmente nos países de acolhimento, concluindo que o casamento se mostra uma das medidas mais eficazes para aquisição da nacionalidade, sobretudo por haver um regime mais benéfico previsto no art. 22 do CCiv para o qual o cônjuge estrangeiro que resida por um ano em território nacional tem acesso à nacionalidade. Apresenta os motivos que levam nacionais a “venderem” seus casamentos: dinheiro, altruísmo, inclinação ideológica contrária à política imigratória, ou qualquer outra circunstância, sendo que em qualquer dos casos os contraentes não pretendem cumprir com os efeitos do casamento previstos nos arts. 67 e 68 do CCiv, uma vez que o objetivo principal é a entrada e permanência do estrangeiro em solo nacional. Critica as medidas de regulamentação emitidas pelo Ministério da Justiça direcionadas à DGRN que visam detectar casamentos simulados, para o autor essas medidas são comuns

---

<sup>16</sup> Cf. Alfonso Luis CALVO CARAVACA e Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de familia internacional*, 4ª ed., Madrid, Colex, 2008, pp. 117 – 124.

<sup>17</sup> Cf. CALVO CARAVACA e CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de familia... ibid.*, 2008, pp. 117 – 124.

<sup>18</sup> Cf. GARCÍA VÁZQUEZ, *El estatuto jurídico-constitucional... op. cit.*, 2007, pp. 75 – 77.

e desproporcionadas, que dificilmente garantem uma redução nos casos, pois que é um órgão administrativo o encarregado de analisar e decidir da conveniência ou não existente no casamento misto, decisão essa que pode ser impugnada em sede judicial. Acredita que a decisão judicial tem maior força pois somete por esta via se declarada a nulidade do casamento e é aplicada as sanções correspondentes ao estrangeiro prevista no seu estatuto. Propõe assim uma reforma ao “generoso” art. 22 do CCiv, expressão utilizada pelo autor, no sentido de se ampliar os prazos de concessão da nacionalidade ao cônjuge estrangeiro até ser comprovada a sua efetiva integração, criticando também o pensamento do legislador que ao reformar o art. 22 de acordo com a Ley n.º 36/2002, de 8 de octubre, acreditava que o casamento era a forma mais rápida de integração. Para finalizar, propõe que seja realizada uma reforma também na legislação própria que visa conceder autorização de residência e trabalho, para o qual o casamento não pode ser motivo por si só e os prazos para pedido de reunificação familiar devem ser ampliados<sup>19</sup>.

María do Pilar Diago Diago aborda o tema dos casamentos brancos logo a seguir a aprovação da Instrucción de 9 de enero de 1995. Seu trabalho destaca dois pontos fundamentais para o estudo da matéria, primeiramente aborda os efeitos pretendidos com o casamento, ou seja, os benefícios que passam a ter acesso os estrangeiros casados com nacionais, discorrendo, portanto, sobre o regime da nacionalidade e os benefícios em matéria de estrangeiros (visto, autorização de residência, liberdade de circulação e acesso ao mercado de trabalho). Num segundo momento explana sobre a importância do consentimento matrimonial para a detecção dos casamentos falsos, classificando-o como elemento o qual faz depender não apenas a validade como a própria existência do matrimônio<sup>20</sup>.

Mariano Aguilar Benítez de Lugo e Hilda Grieder Machado concluem que há uma tendência crescente na doutrina que releva o consentimento matrimonial na averiguação de matrimônios de complacência, consideram ser os casamentos brancos uma interpretação restritiva e, portanto, os indícios devem ser suficientes fortes, aos quais não restam dúvidas da existência de uma simulação, justificando portanto uma limitação ao direito fundamental de contrair casamento, apresentam elementos objetivos que por si só não fundamentam a suspeita como diferença de idade entre os cônjuges ou falta de um idioma comum, mas também expõe os motivos que quando presentes afastam as suspeitas

---

<sup>19</sup> Cf. Alfonso ORTEGA GIMÉNEZ, “España: el problema de los denominados ‘matrimonios de conveniencia’”, in *Revista boliviana de derecho*, n.º 17, enero 2014, pp. 90 – 93.

<sup>20</sup> Cf. DIAGO DIAGO, “Matrimonios por conveniencia...” *op. cit.*, 1996, pp. 329 – 337.

citando como exemplo a contribuição financeira para o sustento do casal e uma identidade cultural<sup>21</sup>.

*b) Compreensão do casamento branco no ordenamento jurídico português*

Sob o título casamento de conveniência, o art. 186º da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho é o primeiro diploma português a definir o instituto do casamento branco, adotando uma perspectiva criminal estabelecendo as situações a que se aplica com as respectivas penas. Com a redação alterada em virtude da aprovação da Lei n.º 29/2012, de 9 de agosto, o casamento de conveniência vê o seu âmbito de aplicação alargado abrangendo a simulação praticada com fins migratórios ou de aquisição de nacionalidade tanto por aqueles que declarem viver em união de fato como por parte de titulares do “cartão azul” (cf. Directiva 2009/50/CE do Conselho de 15 de maio de 2009 relativa às condições de entrada e de residência de nacionais de países terceiros para efeitos de emprego altamente qualificado), não abrangendo apenas os casos subjacente a uma certidão de casamento.

Desta sorte, o título do art. 186º passa a ser casamento ou união de conveniência, cujo conteúdo dividido em três números reproduzimos *in verbis*, 1) *quem contrair casamento ou viver em união de fato com o único objetivo de proporcionar a obtenção ou de obter um visto, uma autorização de residência ou um “cartão azul UE” ou defraudar a legislação vigente em matéria de aquisição de nacionalidade é punido com pena de prisão de um a cinco anos*; 2) quem, de forma reiterada ou organizada, fomentar ou criar condições para a prática dos atos previstos no número anterior, é punido com pena de prisão de dois a seis anos; 3) a tentativa é punível.

No entanto, a figura do casamento branco também pode ser encontrada como ilícito administrativo no art. 31º da Lei n.º 37/2006, de 9 de agosto em que o casamento ou união simulada ou de conveniência configura-se como abuso de direito, sendo retirado ou recusado os direitos de residência e os apoios sociais conferidos pelo diploma. Com a entrada em vigor da Lei n.º 23/2007, a sanção criminal passa a ser aplicada também à Lei n.º 37/2006.

Assim, atualmente, com a vigência desses dois diplomas, a definição legal do casamento branco aplica-se ao casamento e a união de fato<sup>22</sup> entre um cidadão português

---

<sup>21</sup> Cf. Mariano AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO e Hilda GRIEDER MACHADO, “El matrimonio de conveniência”, in *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 54, n.º 1879, 2000, pp. 3233 – 3234.

<sup>22</sup> Importa referir que o procedimento de investigação promovido pela Administração Pública ao casamento aplica-se também às uniões de fato, embora no presente trabalho o tema das uniões de fato não seja desenvolvido.

e um estrangeiro (cf. Lei n.º 37/2006 c/c art. 186º da Lei 23/2007 alterado pela Lei n.º 29/2012) e à simulação perpetrada por dois estrangeiros com vista à fraude da reunificação familiar (cf. Lei n.º 23/2007 com a nova redação).

Embora de forma remota a academia tem se pronunciado sobre a questão dos casamentos brancos, podemos citar o estudo de Marzia Grassi, Salimbeni, Paulo Raposo e Paula C. Togni e Pedro Branquinho Ferreira Dias.

Grassi aborda o tema numa perspectiva mais sociológica, com base num estudo de caso com a comunidade cabo-verdiana na Grande Lisboa no ano de 2004. Partindo da afirmação que o casamento é uma via para a imigração, sendo esta uma modalidade em crescimento na Europa, a qual a autora utiliza a expressão “*casar com o passaporte*” originária dos países africanos de língua portuguesa (PALOP), é uma prática vista como uma atividade econômica informal pelos envolvidos, em sua maioria estrangeiros com autorização de residência ou com recém conquistada dupla nacionalidade, na sua visão não consiste num ato criminoso, por isso, como no comércio, quem “vende` o direito a residir na Europa o faz contra o pagamento de uma certa quantia de dinheiro”<sup>23</sup>, a justificativa é que o ato serve como um complemento aos baixos rendimentos obtidos com o trabalho. Observando numa perspectiva econômica conclui Grassi que o autor do ato que dá acesso ao direito de residência é em sua maioria do gênero feminino, desta forma sua análise deve ser entendida em uma perspectiva de gênero<sup>24</sup>. Fundamenta o seu estudo no Relatório Final do projeto Heirat II (2005) realizado por Olivia Salimbeni, que estuda especificamente o caso português. Para Grassi os casamentos transnacionais são vistos como uma ameaça à sociedade em virtude dos problemas sociais que envolvem as comunidades migrantes e a estigmatização do imigrante, porém, o reagrupamento familiar é considerado como o principal motivo para a imigração em Portugal<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> Cf. GRASSI, “Formas migratórias: casar com o passaporte...” *op. cit.*, 2006, p. 283.

<sup>24</sup> Os estudos de cunho sociológico e antropológico sobre o tema relacionam com frequência o casamento branco como uma questão de gênero, aparecendo com maior incidência a mulher como agente nas duas posições, como facilitadora ao território e também como interessada em obter o direito de residência, a justificativa em ambos os casos é a econômica (melhorar situação financeira ou ter acesso facilitado ao mercado de trabalho, bem como inserir-se na sociedade de acolhimento). Já o recurso a organizações criminosas verifica-se uma maior incidência da presença do sexo masculino. GRASSI, “Formas migratórias: casar com o passaporte...” *op. cit.*, 2006, pp. 297 - 298 relata que “[...] as associações de apoio aos imigrantes e à vítimas de violência [veem] os *casamentos com o passaporte* [...] na maioria das vezes como um problema de gênero que prejudica as mulheres, e salientam os riscos que elas enfrentam em estar casadas, durante o período de tempo necessário pela lei do reagrupamento familiar, com pessoas desconhecidas às quais se ligam em posição de subordinação e das quais passam a depender [relatam] maus-tratos e situações de chantagens por parte de cônjuges que através do casamento tinham obtido a autorização de residência” (*itálico no original e interpolação nossa*). Mais sobre imigração e gênero ver RAPOSO e TOGNI, *Os fluxos matrimoniais transnacionais...* *op. cit.*, 2009, p. 35.

<sup>25</sup> Cf. GRASSI, “Formas migratórias: casar com o passaporte...” *op. cit.*, 2006, p. 287 – 289. A reunificação familiar foi o instrumento legal adotado para resolver o problema dos “novos” imigrantes em 1975 pós processo de descolonização. Maria Ioannis BAGANHA, “Política de imigração: a regulação dos fluxos”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais* [online], 73, dezembro, 2005, p. 31, texto disponível em <http://rccs.revues.org/952> [02.09.2015], aponta que “[o] Decreto-lei n.º 308-A/75, de 24 de julho, ao retirar a nacionalidade portuguesa a uma parte substancial desses portugueses [portugueses de descendência africana residentes em território nacional], criou retroativamente uma comunidade estrangeira, ‘imigrante’, de ancestralidade africana, que vai subsequentemente crescer devido a um processo de reunificação familiar” (*interpolação nossa*).

No Relatório, Salimbeni classifica os casamentos transnacionais em seis categorias (casamentos por amor; casamentos combinados; casamentos de conveniência; casamentos forçados; casamentos com vista à reunião familiar e casamentos reparatórios), concluindo a autora, que os casamentos de conveniência têm mais por objetivo o direito à residência do que aquisição da nacionalidade, referindo-se aos mesmos como casamento de conveniência para finalidades econômicas<sup>26</sup>, motivo que se reporta aos casamentos feitos para fusão de patrimônios frequente em zonas rurais<sup>27</sup> e retratado no período medieval e moderno.

Paulo Raposo e Paula Togni, iniciam sua obra dissertando sobre a importância do casamento como forma de integração da comunidade imigrante com a sociedade de acolhimento, afirmando que apesar de ser um fator capaz de aproximar diferentes culturas é mal visto por essa mesma sociedade, porém destacam os autores, que os casamentos transnacionais tendem a crescer com o aumento de viagens e migrações internacionais<sup>28</sup>. “As fronteiras tornaram-se permeáveis e a mobilidade contemporânea movimenta, para além de pessoas, ideias e símbolos culturais que têm provocado uma grande transformação na vida social [...], como por exemplo a ampliação do mercado matrimonial”<sup>29</sup>. Os autores retratam o tema sob a ótica dos casamentos transnacionais, nos quais estão envolvidos apenas nacionais e imigrantes, não abordando o casamento em que o contrato é feito por dois estrangeiros. Ressaltam que foi a partir dos anos 2000 que os casamentos brancos têm destaque midiático e expressão estatística “[...] normalmente vinculados a estratégias dos imigrantes para a obtenção da nacionalidade portuguesa”<sup>30</sup>. Inferem o pensamento de que o Estado e as leis, especialmente as leis de imigração, limitam na escolha do cônjuge, principalmente em virtude da interferência que o *Leviatã* exerce na vida privada dos cônjuges transnacionais. No entanto, o matrimônio aparece muitas vezes como a única via de regularização e permanência do imigrante em território nacional, porém afirmam que nem todos os casamentos em que o motivo principal para sua institucionalização seja a legalização significa ser de conveniência, pois que os nubentes podem ter a real intenção de constituírem família, embora a razão que os faz naquele momento específico optarem pela formalização do casamento seja a regularização administrativa do nubente estrangeiro. Alegam também que o casamento é

---

<sup>26</sup> Cf. SALIMBENI, *Protection and aid measures for female marriage migrants... op. cit.*, 2005, p. 3.

<sup>27</sup> Cf. GRASSI, “Formas migratórias: casar com o passaporte...” *op. cit.*, 2006, p. 285.

<sup>28</sup> Cf. RAPOSO e TOGNI, *Os fluxos matrimoniais transnacionais... op. cit.*, 2009, p. 5 – 15.

<sup>29</sup> Cf. RAPOSO e TOGNI, *Os fluxos matrimoniais transnacionais... ibid.*, 2009, p. 15.

<sup>30</sup> Cf. RAPOSO e TOGNI, *Os fluxos matrimoniais transnacionais... ibid.*, 2009, p. 17.

uma forma eficaz de combater a desertificação demográfica e incentivar a natalidade<sup>31</sup>. Porém, prepondera, na opinião dos autores, por parte das autoridades uma visão de desconfiança aquando a presença de um casamento transnacional, não sendo visto o casamento como uma abertura à integração, segurança e equilíbrio para os imigrantes<sup>32</sup>.

Por fim, Pedro Branquinho Ferreira Dias, inicia seu artigo por explicar o regime jurídico da simulação na doutrina civil portuguesa, adotando uma postura perante a análise do casamento branco do ponto de vista processual, nomeadamente quanto à ação de anulação de casamento por simulação, prevista no art. 1.640º do CCiv. Esta norma estatui que a ação de anulação por simulação pode ser requerida pelos próprios cônjuges ou por quaisquer pessoas prejudicadas com o casamento, não prevendo legitimidade ativa do Ministério Público especificamente para essas ações. O autor defende no seu artigo que o MP “[...] possui legitimidade para intentar ações de anulação de casamento simulado, em virtude de estar em causa o interesse público [...]”<sup>33</sup> interpretando o art. 1.640, n.º 1, *in fine* do CCiv que ao escrever *qualquer pessoa prejudicada pelo casamento*

“[...] poderá defender-se, ainda que através de interpretação extensiva, a possibilidade de o Ministério Público, em face do manifesto prejuízo para o interesse público, ter legitimidade para tal [...] o Ministério Público terá de ter legitimidade para intervir, na qualidade de representante natural do Estado Coletividade (ou Estado Comunidade) e também de defensor da legalidade. A defesa do ordenamento jurídico e do bem comum impõem, portanto, que o Ministério Público possa, dentro do prazo estabelecido na lei, requerer a anulação destes ‘casamentos’. [...] o Estatuto do Ministério Público, [...] nos seus arts. 3º e 5º - já para não falar da Constituição da República (art. 219.º n.º 1) -, encorajam, a nosso ver, este entendimento”<sup>34</sup>.

A posição de Pedro Dias foi recentemente adotada no Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 10 de março de 2015 (Processo 2051/11.0TBPBL.C1) que conclui dispor o MP de legitimidade processual para intentar ação de anulação de casamento baseado em simulação, nos termos do art. 1.635º, al. *d*) do CCiv, quando a simulação se traduziu na realização de um casamento que exclui a finalidade constante da noção do art. 1.577º do CCiv, sendo, portanto, contraído, com o único objetivo de proporcionar aos nubentes a obtenção de um visto, uma autorização de residência ou um “cartão azul UE” ou de defraudar a legislação em matéria de aquisição da nacionalidade. Não constituindo obstáculo o fato de o art. 1.640º, n.º 1 não atribuir legitimidade expressamente ao MP, uma vez que, a construção interpretativa dessa legitimidade pode ocorrer por referência

<sup>31</sup> Cf. RAPOSO e TOGNI, *Os fluxos matrimoniais transnacionais... op. cit.*, 2009, pp. 25; 52 - 53.

<sup>32</sup> Cf. RAPOSO e TOGNI, *Os fluxos matrimoniais transnacionais... ibid.*, 2009, p. 98.

<sup>33</sup> Cf. Pedro Branquinho Ferreira DIAS, “Sobre a legitimidade do Ministério Público para requerer a anulação de casamentos por simulação: o caso particular dos chamados ‘casamentos brancos’”, *in Julgar on line*, 2013, pp. 5 – 6, texto disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Sobre-a-legitimidade-do-MP-para-requerer-a-anulacao-de-casamentos-por-simulacao.pdf>. [02.09.2015].

<sup>34</sup> Cf. DIAS, “Sobre a legitimidade do Ministério Público...” *ibid.*, 2013, p. 6.

ao trecho final do art. 1.640º, n.º 1 do CCiv, interpretando extensivamente, ou por via de uma *extensão teleológica* da razão de ser da legitimação do MP para ações de anulação de casamento prevista no art. 1.639º, n.º 1 e 1.642º do CCiv.

c) *Compreensão do casamento branco no ordenamento jurídico brasileiro*

No Brasil, embora o casamento entre nacionais e estrangeiros também seja uma das vias de acesso à residência e nacionalidade, o direito de residência permanente demonstra ser o principal objetivo para aqueles que buscam realizar um casamento branco. A prática tem se mostrado como opção para os que pretendem burlar a legislação de estrangeiros conhecida por ser burocrática e com um percurso difícil para quem visa o acesso ao mercado de trabalho. Com destaque recente na comunicação social, até ao momento não se verificou desenvolvimento do tema no cenário acadêmico.

A produção científica referente a casamento simulado no espaço nacional relaciona-se à fraude impetrada contra a previdência social, nomeadamente declaração de falsos casamentos com pessoas já falecidas ou doença degenerativa com vista a obtenção de pensão<sup>35</sup>. O caso particularmente tratado em sede do direito dos estrangeiros ainda é um caminho por se descobrir. Embora recentemente o assunto tenha sido motivo para publicação de uma nota pelo Ministério das Relações Exteriores no seu portal da internet alertando os brasileiros que tomem cuidado com os relacionamentos travados com estrangeiros principalmente que conheçam virtualmente<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Situação semelhante narra Fernando Andrade Pires de LIMA e Guilherme Braga da CRUZ, *Direitos de família: constituição do estado de casado*, Vol. 1, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1949, pp. 54 – 55, segundo os autores era comum o casamento simulado com intuito de burlar o Código Civil francês que não permitia disposição testamentária em favor de médico, encarregado por pessoa enferma e confessor, pois que a jurisprudência da época entendia que esse obstáculo não se aplicava se tratasse de cônjuge, assim muitos facultativos contraíam casamento simulado com o paciente enfermo para se tornar herdeiro legítimo. No entanto, com vista a combater a prática entenderam os tribunais declarar nula as disposições testamentárias com fundamento em fraude à lei ao invés de declarar nulidade ao casamento. Na Itália casamentos eram simulados para que a esposa tivesse acesso ao dote.

<sup>36</sup> Lê-se em nota: “O Ministério das Relações Exteriores vem recebendo numerosas queixas de cidadãs brasileiras vítimas de roubos, fraudes e violência cometidos por cônjuges estrangeiros que conheceram pela internet e com os quais tiveram pouco ou nenhum convívio presencial antes do casamento. De acordo com os relatos recebidos, que incluem denúncias de cárcere privado, é frequente, nesses casos, que os maridos estrangeiros mudem completamente de comportamento, logo após a formalização do matrimônio, tornando-se agressivos e manipuladores ou interrompendo repentinamente o contato com as vítimas, após obterem visto de permanência no Brasil. Nessas condições, recomenda-se às brasileiras e aos brasileiros especial cuidado com os relacionamentos virtuais mantidos com estrangeiros com o propósito de celebrar casamento, a fim de protegerem-se contra golpes e situações de risco. Sugere-se, entre outras precauções, buscar obter referência do cidadão estrangeiro por parte de terceira pessoa de conhecimento comum, além de evitar manter contato restrito aos meios de comunicação à distância, previamente ao matrimônio.”, cf. informação obtida na página oficial do Ministério das Relações Exteriores, publicada em 17.10.2013, disponível em <http://www.brasileirosnomundo.itamaraty.gov.br/noticias/alerta-relacionamentos-com-estrangeiros-pela-internet> [08.09.2015]. Na *comunicação social*: em reportagem fundamentada na nota de alerta do MRE veiculada no jornal *El País*, é informado que o Itamaraty não possui dados ao certo sobre o número de casos, mas que afirma ser alto, a reportagem chama ainda atenção para o fato de o estrangeiro entrar no país e de posse do visto nunca mais dar notícia à esposa, cf. Maria MARTÍN, “Casamentos com estrangeiros pela internet tornam-se assunto de Estado”, in *El País*, 24.11.2013, texto disponível em [http://brasil.elpais.com/brasil/2013/11/24/sociedad/1385321768\\_847980.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2013/11/24/sociedad/1385321768_847980.html) [08.09.2015]; “Estrangeiros dão golpe em brasileiras para obter visto permanente no Brasil”, in *Estrangeiros no Brasil: informação atualizada sobre imigração*. 09.03.2014, texto disponível em <http://www.estrangerosbrasil.com.br/2014/03/09/estrangeiros-dao-golpes-em-brasileiras-para-obter-visto-permanente-no-brasil/> [08.09.2015].

O regime jurídico previsto na Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980 alterada pela Lei n.º 6.964 de 9 de dezembro de 1981 e regulamentada pelo Decreto n.º 86.715 de 10 de dezembro de 1981, que aprova o Estatuto do Estrangeiro não aborda diretamente a questão do casamento branco, a norma dedicada à concessão de residência pelo casamento pretende proteger a unidade familiar. Sendo assim, a prática infracional deverá ser entendida através do recurso à hermenêutica jurídica.

Conforme a redação dada pela Lei n.º 6.964/1981 a norma inscrita no art. 75, inciso II, alínea *a*) do Estatuto de Estrangeiros, não se procederá à expulsão quando o estrangeiro tiver cônjuge brasileiro do qual *não esteja divorciado ou separado*, de fato ou de direito, e desde que o casamento tenha sido *celebrado há mais de 5 anos*, numa leitura *a contrário* temos que, detectado a prática de ato criminoso no qual possa ser aplicada a pena de expulsão, cometido por estrangeiro casado com cônjuge nacional, não possuindo a união cinco anos completos à data do registro ou encontrando-se o casal divorciado ou separado, de fato ou de direito, a proteção legal não se aplica. Corrobora a esta interpretação o parágrafo segundo deste mesmo preceito para o qual verificado o divórcio ou separação, de fato ou de direito, a expulsão poderá efetuar-se a qualquer tempo. A regra *proibição de expulsão de estrangeiro casado com cidadão nacional* é entendimento uniforme nos tribunais nacionais concretizada na Súmula do STF n.º 1 aprovada em 1963.

O casamento de conveniência, como destaca a jurisprudência é compreendido como uma simulação ao casamento com finalidade de driblar a lei de imigração e nacionalidade, preenchendo o tipo legal dos crimes de falsidade ideológica (cf. art. 299 do CP) e falsificação de documento (cf. art. 304 do CP) plasmado no art. 125, inciso XIII da Lei 6.815/1980, *in verbis*: constitui infração, sujeitando o infrator às penas aqui cominadas, *fazer declaração falsa em processo de transformação de visto, de registro, de alteração de assentamentos, de naturalização, ou para obtenção de passaporte para estrangeiro, laissez-passer, ou, quando exigido, visto de saída, com pena de reclusão de um a cinco anos e, se o infrator for estrangeiro, expulsão*<sup>37</sup>.

Desta forma, em comum temos que os casamentos de conveniência são matrimônios contraídos de forma simulada, na qual os cônjuges não pretendem constituir família, antes visando adquirir a nacionalidade ou o direito de residir em um determinado

---

<sup>37</sup> Cf. Ac. da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª região de 12 de março de 2009; Ac. da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região de 26 de junho de 2012.

Estado, estando sujeito a um regime mais benéfico do que as demais possibilidades de acesso ao território que constam no estatuto jurídico dos estrangeiros.

A detecção dos casamentos de conveniência é feita por entidade administrativa para tal designada pelo Estado, podendo a mesma ser feita no âmbito civil (inscrição/transcrição no registro civil) e/ou administrativa a qualquer momento no percurso migratório do cidadão estrangeiro, desde que surjam suspeitas. Diante de fatores que fortaleçam a existência de presunções, os Estados têm a faculdade de só conceder ao nacional de país terceiro uma autorização de residência, a título de casamento, após terem mandando verificar pelas autoridades competentes, de acordo com o direito nacional, que o casamento não é um casamento branco e que se encontram preenchidas as restantes condições respeitantes à entrada e permanência. Se essa investigação decorrer durante a estadia do estrangeiro e seja comprovado que o casamento é de conveniência, a autorização de residência, a título do casamento, do nacional de país terceiro será, regra geral, anulada ou não renovada. A inquietação no plano europeu justifica-se sobretudo no fato de que a obtenção de autorização de residência em um país comunitário habilita o estrangeiro a mover-se livremente para os demais Estados-membros<sup>38</sup>.

O casamento branco é um mecanismo utilizado por dois tipos de agentes distintos, em primeiro lugar cabe destacar organizações criminosas que pretendem através dele colocar em território nacional vítimas de redes de prostituição, tráfico de pessoas e trabalho escravo. Mas também há um perfil mais simples, de migrantes individuais que vêm no contrato de casamento a sua autorização de permanência e trabalho ou possibilidade de reunificar familiares que se encontram no país de origem. Esta segunda modalidade é de maioria feminina oriunda de países com laços históricos com o país de destino que buscam na verdade melhores condições de vida e oportunidade de trabalho. Do outro lado, encontram-se nacionais ou estrangeiros legalizados que mediante

---

<sup>38</sup> Mais sobre ver, Ana Laura CABEZUELO ARENAS, “El matrimonio de complacencia”, in Cristina Sánchez-Rodas Navarro (coord), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, Laborum, 2009, p. 121. Como explica José LEITÃO, “Do mercado comum à política comum de imigração”, in *Janus: anuário de relações exteriores*, 2001, texto disponível em [http://janusonline.pt/sociedade\\_cultura/sociedade\\_2001\\_3\\_1\\_7\\_c.html](http://janusonline.pt/sociedade_cultura/sociedade_2001_3_1_7_c.html) [17.11.2015], “[a] imigração foi, inscrita na agenda europeia na década de 80, tendo sido um significativo impulso com base no art. 8º A do Acto Único Europeu”, após a consagração da livre circulação de pessoas com a entrada em vigor do Acordo Schengen (1985) e a Convenção da Aplicação do Acordo Schengen (1990), se começou a discutir sobre a possibilidade de circulação dos imigrantes residentes legalmente, bem como a construção de uma política comum de imigração. Inscrito no título IV do Tratado de União Europeia de Maastricht (1991), a imigração passa a ser considerada assunto comunitário, sendo contemplada também no Tratado de Amsterdão (1997), sendo competente para legislar sobre a política comum de imigração o Conselho Europeu. Mas foi com o Conselho Europeu na sessão especial de Tampere (1999) que o direito de livre circulação pelo espaço europeu é alargado aos cidadãos dos países terceiros, citando as conclusões de Tampere, Aurélia ÁLVAREZ-RODRIGUES, “Estatuto jurídico de los extranjeros en la unión europea y en ordenamiento interno español”, in Carlos Eduardo de Abreu Boucault e Teresa Malatian (orgs.), *Políticas migratorias: fronteras dos direitos humanos no século XXI*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 166, nos diz que o texto afirmava ser contrário “[...] a las tradiciones europeas [que] nega esta libertad a aquellas personas a las que sus circunstancias conducen justificadamente a tratar de acceder a nuestro territorio [...] la Unión há de desarrollar políticas comunes em matéria de [...] inmigración, teniendo em cuenta al mismo tiempo la necesidad de llevar cabo un control coherente de las fronteras exteriores para poner fin a la inmigración ilegal y luchar contra quienes la organizan y cometen delitos internacionales conexos” (*interpolação nossa*), no entanto embora a União passe a uniformizar a política imigratória, os Estados-membros permanecem competentes para regular o estatuto jurídico dos imigrantes que atravessam suas fronteiras nacionais.

recompensa financeira estão dispostos a figurar como futuros esposos perante a Administração Pública, embora nem sempre a contraprestação financeira esteja presente ou possa ser comprovada<sup>39</sup>.

## 1.1 Dos objetivos do casamento branco: notas sobre o direito de residência e direito à nacionalidade

Ao estudar os casamentos brancos no contexto das políticas de imigração dois são os objetivos principais daqueles que visam atingir o território nacional, por um lado temos uma autorização de residência em virtude do casamento, por outro a aquisição da nacionalidade do Estado de acolhimento. Compreendendo o fenômeno na conjuntura das migrações econômicas esses dois objetivos compreendem o caminho para a meta do imigrante, aceder ao mercado de trabalho e promover o seu próprio “*welfare state*”. Com vista a complementar as noções introdutórias sobre o tema, desenvolvemos em breves linhas noções elementares a esses dois temas que fazem parte do direito imigratório.

Sobre a autorização de residência, estamos perante assunto tutelado pelo direito dos estrangeiros<sup>40</sup>, define Paulo Manuel Costa que residência em matéria de imigração

[...] é um critério que permite determinar a ligação que o estrangeiro tem com a comunidade de acolhimento. Por isso, o tipo de residência, bem como a sua duração, poderá influenciar o conjunto de direitos de que o estrangeiro é titular [...]. Em qualquer dos casos, o estrangeiro residente será sempre alguém que se estabelece com um mínimo de continuidade no território [...] e que para isso é autorizado pelas autoridades administrativas<sup>41</sup>.

Em princípio os cônjuges estrangeiros independentemente da sua nacionalidade têm direito a entrar no território do qual seu cônjuge seja nacional e de nele viver desde que

---

<sup>39</sup> Cf. CABEZUELO ARENAS, “El matrimonio de complacencia...” *op. cit.*, 2009, p. 121.

<sup>40</sup> A condição de *estrangeiro* é determinada por exclusão, ou seja, é estrangeiro o indivíduo que não é nacional de um determinado Estado, “[...] a noção de estrangeiro é de ser definida em oposição ao nacional: nacionais são aqueles indivíduos que as leis respectivas de um certo Estado reconhecem como tais; são estrangeiros todos os demais indivíduos habitando o território deste Estado não compreendidos na definição de nacional, dada por aquelas leis” (cf. Yussef Said CAHALI, *Estatuto do estrangeiro*, 2ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 26). Em estudo explicativo sobre a condição de imigrante, Carla Amado GOMES e Anabela Costa LEÃO, *A condição de imigrante: uma análise de direito constitucional e de direito administrativo*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 28, dissertam que “[a] condição de imigrante envolve a determinação de uma *vontade livre* no abandono do país de origem no sentido de ir para o outro Estado em busca de trabalho, educação ou qualquer outro propósito que traduza uma intenção de valorização individual. Por outras palavras, é uma escolha [...]”, desta forma, este imigrante encontra-se sujeito a regras específicas que regulam a sua entrada, estadia e saída do território nacional que compreendem a política de imigração. Para as autoras a classificação de imigrante é dado àquele indivíduo que deixa seu país de origem de forma livre, autodeterminada e cria laços com o país de acolhimento, sendo que sua permanência tem que configurar ser superior a uma visita de curta duração, como exemplo dos turistas, mas também diferencia-se daqueles que abandonam o seu território de origem por razões de perseguições nos quais enquadram-se os refugiados ou asilados, as citadas autoras também não classificam como imigrantes as vítimas de tráfico humano. Cabe-nos ressaltar que no contexto europeu em decorrência do Tratado da União Europeia que instituiu a cidadania europeia, os cidadãos dos Estados-membros não se encontram sujeitos às leis de imigração, uma vez que “[...] não são considerados nem estrangeiros e nem imigrantes” (cf. GOMES e LEÃO, *A condição de imigrante... op. cit.*, 2010, p. 23), encontrando-se sujeitos a uma norma que regula especificamente a entrada, permanência e saída de cidadãos europeus e seus familiares desde que se fixem no território nacional por um período superior a três meses, assim, a aplicação da terminologia estrangeiros ou imigrantes tem vindo a ser empregue sobretudo quando relacionada a cidadãos de países terceiros.

<sup>41</sup> Cf. Paulo Manuel COSTA, *Comunidade política, imigração e coesão social: o caso português*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian/Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 2012, pp. 104 – 105.

satisfaçam as normas que tratam especificamente sobre a solicitação da residência/visto em virtude do casamento regulada nas respectivas leis de estrangeiros. O sistema espanhol e português determinam que ao cônjuge estrangeiro é concedida uma autorização temporária, renovável, e que com o passar dos anos e a manutenção dos requisitos poderá se tornar permanente, ao passo que no Brasil o pedido apresentado pelo cônjuge estrangeiro é diretamente de permanência definitiva.

Quanto à nacionalidade, estamos diante de um direito fundamental previsto no art. 15º da DUDH que afirma que todo o indivíduo tem direito a ter uma nacionalidade, não podendo ninguém ser arbitrariamente privado da sua nacionalidade nem do direito de mudar de nacionalidade. O conceito do vocábulo nacionalidade integra noções sociológicas e político-jurídicas, sobre essa noção escreve Yussef Said Cahali que a “[...] nacionalidade representa o vínculo que une os indivíduos da mesma nação [...]”<sup>42</sup> compreendendo elementos que ligam esses sujeitos entre si e um determinado Estado, nomeadamente uma consciência nacional, a que o autor designa de elemento psicológico e fatores étnicos, religiosos, culturais e idiomáticos, sendo um vínculo público e pessoal, que pode ser adquirido de forma originária ou derivada (por adoção); em conclusão disserta o autor que a “[n]acionalidade é, assim, o estado de dependência, fonte de deveres mas também de direitos, no qual se encontram os indivíduos em face de uma comunidade politicamente organizada”<sup>43</sup>, desta forma, é o Estado que declara quem são os seus nacionais. Portanto, como já expressa o art. 15º da DUDH, a afirmação de que todo indivíduo tem direito a uma nacionalidade nos indica que “[...] deve tê-la desde o seu nascimento [...]”<sup>44</sup> assim estamos perante a nacionalidade originária, também designada de primária ou de origem, enquanto que a aquisição derivada, chamada de nacionalidade adquirida ou secundária, como o próprio termo designa, é adquirida posteriormente ao nascimento, “[...] em função de um fato modificativo [...] por assentimento expresso ou tácito de um Estado [...] [mas que] depende (também) da vontade do indivíduo”<sup>45</sup>, em determinadas situações e conforme a legislação interna a nacionalidade derivada recebe o nome de naturalização, dentre os modos de aquisição derivada previstos nos ordenamentos jurídicos dos Estados, encontra-se o casamento<sup>46</sup>. Sendo, portanto, o

---

<sup>42</sup> Cf. CAHALI, *Estatuto do estrangeiro... op. cit.*, 2010, p. 20.

<sup>43</sup> Cf. CAHALI, *Estatuto do estrangeiro... loc. cit.*

<sup>44</sup> Cf. CAHALI, *Estatuto do estrangeiro... ibid.*, 2010, p. 22.

<sup>45</sup> Cf. CAHALI, *Estatuto do estrangeiro... ibid.*, 2010, pp. 22 – 23 (*interpolação nossa*).

<sup>46</sup> Sobre a aquisição da nacionalidade em razão do casamento nas ordens internas Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonios de conveniencia y nacionalidad española”, in *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n.º 20, 2002, p. 7, adverte que o matrimônio não é causa automática para aquisição da nacionalidade pelo cônjuge estrangeiro, sendo este um pensamento equivocado. Como se pode verificar as legislações que tutelam a aquisição da nacionalidade impõe um limite temporal e material. O primeiro limite relaciona-se com a duração do casamento ou de período de residência em território nacional, o segundo, refere-se à exigência de que no momento do pedido os cônjuges não se encontrem separados, de fato ou direito, tampouco divorciados. Assim temos que, em

casamento uma via de acesso à nacionalidade, objeto de desejo por aqueles que se aventuram pela prática do casamento branco.

## 2 Aspectos históricos do instituto do casamento branco

Entendido hoje como sinônimos as expressões *casamento de conveniência* e *casamento branco*, são utilizadas para designar a simulação contratual em casamentos transnacionais. Originária do direito francês em alusão ao matrimônio não consumado, considera a doutrina que o casamento branco possui um caráter mercantilista e com finalidade distinta à produção dos efeitos próprios do ato e a constituição de família, sendo um fenômeno comum em países com uma forte corrente imigratória<sup>47</sup>.

No entanto, a sua primeira utilização remonta à Idade Média, período no qual essas expressões tinham significados distintos. A noção de *casamento branco*, estava relacionada a um acordo entre os nubentes para que não existissem relações sexuais, ganhando adeptos principalmente dentre aqueles que acreditando ser a união carnal de homem e mulher um ato pecaminoso, pretendiam chegar à santidade. Desta forma, casais com a intenção de após a morte serem considerados santos permaneciam casados, mas sem relações sexuais. Dentre os casos os historiadores citam, Santo Aleixo e Sabina<sup>48</sup>, o

---

Portugal seu regime encontra-se previsto na Lei n.º 37/81, de 03 de outubro republicada em anexo à nona alteração pela Lei Orgânica n.º 9/2015, de 29 de julho (cf. art. 3º e 8º) e o Decreto-lei n.º 237-A/2006, de 14 de dezembro alterado pelo Decreto-lei n.º 43/2013, de 01 de abril (cf. art. 14º) que estipula como prazo mínimo três anos mediante declaração feita na constância do matrimônio (cf. COELHO e OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família... op. cit.*, 2008, pp. 364 – 365); no Brasil a aquisição da nacionalidade é regulada pelo art. 12 da CFBR, estando o regime disposto na Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980 (cf. arts. 112 e 113) e no Decreto Regulamentar n.º 86.715, de 10 de dezembro de 1981 (cf. art. 119 e ss). A aquisição por via do casamento pode ser solicitada após um ano de residência em território nacional, acrescidos os seguintes requisitos: capacidade civil, segundo a lei brasileira; ser registrado como permanente no Brasil; ler e escrever em língua portuguesa; exercício de profissão ou posse de bens suficientes para à manutenção própria e da família; bom procedimento; inexistência de denúncia, pronúncia ou condenação no Brasil ou no exterior por crime doloso a que seja cominada pena mínima de prisão e boa saúde (esse último requisito pode ser dispensado para residentes há mais de dois anos). Dispensar-se-á o requisito da residência, exigindo-se apenas a estada no Brasil por trinta dias quando se tratar de cônjuge estrangeiro casado há mais de cinco anos com diplomata brasileiro em atividade ou cônjuge de estrangeiro que, empregado em Missão Diplomática ou em Repartição Consular do Brasil, contar mais de dez anos de serviços ininterruptos. A al. c) do § 2º do art. 119 do Decreto Regulamentar dispensa a prova de exercício profissional e manutenção para os cônjuges de brasileiro (cf. Jacob DOLINGER, *Direito internacional privado: parte geral*, 4ª ed., atual., Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pp. 156 – 160; CAHALI, *Estatuto do estrangeiro... op. cit.*, 2010, pp 414 – 428), por fim, em Espanha é o art. 22, n.º 2, al. d) do CCiv que determina que para conceder a nacionalidade além de residir por um ano, deverá o estrangeiro estar casado há pelo menos um ano, não estar separado de fato e de direito e ainda ter boa conduta cívica demonstrando estar integrado na sociedade espanhola (cf. art. 22, n.º 4). A redação desse artigo resulta da alteração promovida pela Ley 51/1982, de 13 de julho, que modificou os arts. 17 a 26 do CCiv. Segundo DIAGO DIAGO, “Matrimonios por conveniencia...” *op. cit.*, 1996, p. 332, essa alteração acrescenta o requisito de não estarem os cônjuges no momento do pedido de nacionalidade separados de fato ou de direito, com vista a evitar aquisições de nacionalidade com casamentos simulados em que não há comunhão de vida A Instrucción de 20 de marzo de 1991 justifica a alteração afirmando que para um tratamento mais favorável em matéria de aquisição de nacionalidade por via do casamento, deve ser comprovado convivência normal entre os cônjuges, portanto, sobre o solicitante recai o ônus de provar tal convivência, não podendo ser invocada a presunção de convivência contida no art. 69 do CCiv.

<sup>47</sup> Cf. DIAGO DIAGO, “Matrimonios por conveniencia...” *ibid.*, 1996, p. 330; AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO e GRIEDER MACHADO, “El matrimonio de conveniencia...” *op. cit.*, 2000, p. 3215. Neste sentido, afirma ORTEGA GIMÉNEZ, “Espanña: el problema de los denominados...” *op. cit.*, 2014, p. 76, que os matrimônios brancos são um “[...] fenómeno muy común en los países sometidos a fuerte inmigración [...]”, assim, países como Portugal e Espanha que têm um histórico de emigração ao se tornarem recentemente países de imigração passam a lidar com o problema dos casamentos de conveniência. No Brasil, apesar de um passado construído com ajuda da mão-de-obra imigrante, sobretudo séculos XIX e início do XX, a gestão do processo imigratório depara-se com o fenômeno dos casamentos brancos apenas nos últimos dez anos.

<sup>48</sup> O discurso de defesa do casamento branco proferido por Santo Aleixo a Sabina após o matrimônio, bem como sua concordância é retratado por Balthazar DIAS, *Acto, de Santo Aleixo, filho de Eufemiano, Senador de Roma*, Lisboa, Oficina de Francisco Borges de Sousa, 1791.

senador de Auvergne (França) Injurieux e sua esposa Scolastique e Henrique II e sua mulher Cunegundes, que por conta da renúncia à consumação do casamento foram canonizados<sup>49</sup>. Em sentido contrário, atualmente, a sexualidade é considerada uma das provas de afeto e também do matrimônio<sup>50</sup>.

Outra modalidade de casamento também era verificada, o chamado, *casamento de conveniência*, designado de casamento por compra, arranjado, simulado ou imposto. Nestes a real intenção dos contraentes ou das famílias estava muito mais ligada ao interesse econômico, reprodução, questões políticas ou alianças familiares do que ao livre consentimento das partes<sup>51</sup>.

Immanuel Kant define no século XVIII como *casamento simulado* aquele que não foi consumado através de relações sexuais entre os cônjuges, tenha esta abstenção ocorrido por um pacto entre as partes ou por incapacidade física ou psíquica de um dos envolvidos. Apresenta ainda outra categoria de casamento, chamada casamento morgânico que consistia na união entre pessoas de classes sociais diferentes, especificamente um homem nobre e uma mulher de condições econômicas inferiores cujo contrato previa que tanto a mulher quanto os filhos nascidos desta relação não seriam herdeiros do marido/pai<sup>52</sup>.

Por sua vez, em *A origem da família, da propriedade privada e do Estado* cuja primeira edição data de 1884, que analisa a origem da família com base em três antropólogos, Bachofen, Mac Lennan e Morgan<sup>53</sup>, Friedrich Engels afirma que os casamentos de conveniência são uma realidade constante na nossa história civilizacional, pois que a formação da família se baseia em condições econômicas, concretamente no triunfo da propriedade privada, sendo duas as feições do casamento burguês: são os pais que escolhem a futura esposa de seus filhos nos países de tradição católica, ao passo que, nos países protestantes concede-se ao filho a liberdade de escolher sua esposa dentro da

---

<sup>49</sup> Cf. Jean-Claude BOLOGNE, *Histoire du Mariage en Occident*, Paris, Éditions Jean-Claude Lattès, 1995, tradução portuguesa de Isabel Cardeal, *História do casamento no ocidente*, Lisboa, Temas e Debates Actividades Editoriais, Lda., 1999, pp. 134 – 135; Christopher BROOKE, *The Medieval Idea of Marriage*, Oxford, Orford University, 1989, tradução portuguesa de Clarisse Tavares, *O casamento na idade média*, Mem Martins, Publicações Europa-América Lda, 1991, pp. 54 – 55.

<sup>50</sup> No Direito Canônico, o Código de João Paulo II de 1983 estabelece que a não consumação do casamento poderá ser assimilado às injúrias, uma vez que se presume que há consumação quando há coabitação, até que se prove em contrário, assim como dá incumprimento a uma das finalidades do casamento que é a filiação. Sobre este ponto, BOLOGNE, *História do casamento no ocidente... op. cit.*, 1999, pp. 164 – 165, afirma que a não consumação implica um erro sobre a pessoa, é um vício ao consentimento.

<sup>51</sup> Cf. BROOKE, *O casamento na idade média... op. cit.*, 1991, pp. 137 e 227; Jack GOODY, *The development of the Family and marriage in Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, tradução portuguesa de Ana Barradas, *Família e casamento na Europa*, Oeiras, Celta Editores, 1995, p. 187; COELHO e OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família... op. cit.*, 2008, p. 101.

<sup>52</sup> Cf. Immanuel KANT, *Die Metaphysik der Sitten*, Suhrkamp Verlag, 1797, tradução portuguesa, textos adicionais e notas de Edson Bini, *A metafísica dos costumes*, Bauru, SP, Edipro, 2003, pp. 123 – 124.

<sup>53</sup> Cf. Friedrich ENGELS, *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*, Verlag der Schweizerischen Volksbuchhandlung, 1884, tradução portuguesa de Leandro Konder, *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1980, pp. 7 – 19.

mesma classe. Conclui o autor que o “[...] matrimônio baseia-se na posição social dos contraentes e, portanto, é sempre um matrimônio de conveniência”<sup>54</sup>.

Essa relação entre a simulação de casamento e a ausência de atos sexuais decorre da forte influência da Igreja Católica em toda Idade Média, que passa a partir do surgimento do cristianismo (séc. IV) a deter o monopólio quanto às formalidades para celebração e dissolução do instituto, ao que ficou conhecido por direito matrimonial canônico<sup>55</sup>, fomentando a ideia de que o casamento representava a união de Cristo com a sua Igreja, o considerando como um dos sacramentos, representação que no século XVI foi questionada pela Reforma Protestante, tendo como principal crítico Martinho Lutero que a partir de seus textos como *Do Cativo Babilônico da Igreja* de 1520 e *Manual da bênção matrimonial para os pastores pouco letrados* de 1528 incentiva o pensamento de que o casamento não seria um assunto divino, mas sim um ato terreno e, portanto, sujeito às regras e jurisprudência do Estado<sup>56</sup>. Advém deste debate o fortalecimento da dessacralização do instituto e sua entrega para o Estado, que apenas após a Revolução Francesa será previsto, pela primeira vez, na França como uma garantia constitucional<sup>57</sup>, sendo o maior contributo da Constituição Francesa de 1791 nesta matéria o reconhecimento do casamento como um contrato civil (cf. art. 7º).

Após um longo decurso temporal, o tema dos casamentos brancos volta a ser discutido no século XX, cunhado como a *era das migrações*<sup>58</sup>, em virtude sobretudo das migrações internacionais<sup>59</sup>, que segundo a definição jurídica-doutrinal considera-se migração o ato que compreende a intenção de residir em território alheio, de fixar

---

<sup>54</sup> Cf. ENGELS, *A origem da família...* op. cit., 1980, pp. 70 – 77.

<sup>55</sup> Cf. BOLOGNE, *História do casamento no ocidente...* op. cit., 1999, p. 126. Para GOODY, *Família e casamento na Europa...* op. cit., 1995, pp. 38 - 41, a intenção da Igreja Católica em controlar e tutelar o casamento era uma estratégia para controlar o sistema social, visto que a religião pagã estava inserida nos núcleos domésticos e a “[...] conversão supunha o controle da vida familiar”, conseqüentemente interferiria na aquisição e transmissão de propriedades, influenciou também a agricultura e o comércio fomentando a produção de pão e vinho para seus ritos, assim como passa a controlar a vestimenta das pessoas. Desta forma, exercendo domínio sobre o sistema matrimonial bem como o sucessório possui amplos poderes e controla os fundamentos da sociedade, estando todos os estamentos submetidos a um só poder, o católico. Goody (pp. 77 – 79) argumenta ainda que a mudança ocorrida na Europa tanto no casamento quanto na estrutura das famílias não foram uma evolução de leis e costumes, embora as mudanças não possam ser entendidas como surgimento de novos parâmetros, mas sim, de aspectos e entendimento sobre situações já existentes, os decretos e leis emanados a partir do século IV pela Igreja transformavam em regras determinados costumes em certas regiões ampliando no entanto para todo o domínio cristão, muitas das normas não estavam ligadas à doutrina da fé, muito menos com os Textos Sagrados.

<sup>56</sup> Cf. Antunes VARELA, *Direito de Família*, 1º vol., 5ª ed. rev. atual. e compl., Lisboa, Livraria Petrony, Lda. 1999, p. 195.

<sup>57</sup> Cf. BOLOGNE, *História do casamento no ocidente...* op. cit., 1999, pp. 279 – 282. O casamento civil torna-se obrigatório na maioria dos países europeus, no entanto, a celebração religiosa não é proibida em virtude do respeito ao princípio da liberdade religiosa, porém é considerado juridicamente irrelevante. A existência de dois sistemas paralelos revela na prática uma dupla cerimônia, assim, os ordenamentos jurídicos tendem a reconhecer o civil como obrigatório e o religioso como facultativo cf. VARELA, *Direito de Família...* op. cit., 1999, pp. 196 – 197.

<sup>58</sup> Cf. Stephen CASTLES e Mark J. MILLER, *The age of migrations: international population movements in the modern world*, 4ª ed, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2009.

<sup>59</sup> Cf. Salvador IGLESIAS MACHADO e Miguel BECERRA DOMÍNGUEZ, *La inmigración el reto de siglo XX*, Madrid, Librería-Editorial Dykinson, 2007, p. 24, as migrações internacionais encontram-se associadas a três fatores a) as desigualdades internacionais e internas, b) a maior visibilidade destas desigualdades devido à globalização dos meios de comunicação e c) a globalização dos transportes cada vez mais acessíveis e rápidos. Nos textos legais a migração corresponde ao princípio da liberdade de circulação e residência, configurando-se como um direito humano plasmado no art. 13º da DUDH, toda a pessoa tem o direito de livremente circular e escolher sua residência no interior de um Estado, bem como abandonar o país em que se encontre e o direito de regressar ao seu país, porém, essa faculdade prevista em tratados e constituições, encontra-se sujeita aos limites das políticas imigratórias, que visam controlar quem pode entrar e fixar-se no território de um determinado Estado.

domicílio<sup>60</sup>. A Segunda Guerra (1939 – 1945), é o marco histórico da associação do casamento branco à mobilidade humana, período este estimado como da segunda maior vaga migratória após os movimentos ocorridos no século XIX em decorrência da crise agrícola e das guerras no continente europeu<sup>61</sup>. Com o aumento no fluxo de pessoas que atravessavam as fronteiras, especialmente as migrações provenientes de perseguições, o casamento simulado passa a ser utilizado “[...] com o único fito de se obter determinada nacionalidade, conseguir uma expatriação ou iludir a aplicação de certas disposições legais”<sup>62</sup>.

Enrique Fernandez Masia descreve que em Espanha, nos seis anos seguintes à Guerra houve uma proliferação nos casos de casamentos simulados de pessoas que visavam fugir de internações, deportações ou morte, evitar incorporações a certos serviços ou facilitar a obtenção de licenças de emigração ou imigração<sup>63</sup>. Contudo para a doutrina da época, esta era uma prática tolerada e compreensível “[...] em face do clima de pavor que na época se generalizou em muitos países”<sup>64</sup>. Na década de 70 do século XX, proliferaram sobretudo nos Estados Unidos agências matrimoniais que visam “arranjar” e “acelerar” casamentos mistos, mecanismo que passou a ser muito utilizado por aqueles que pretendiam contornar as leis de imigração<sup>65</sup>. No mesmo sentido, Maria Pilar Diago Diago retrata que muitos foram os motivos para celebrações de casamentos brancos como escapar a perseguições políticas, raciais, troca de sobrenomes que se tornaram perigosos em certos contextos políticos, como também burlar o serviço militar obrigatório para mulheres, impedir deportações, entre várias outras situações<sup>66</sup>.

---

<sup>60</sup> Numa perspectiva doutrinal temos que o vocábulo migração relaciona-se ao movimento, entrada e saída de um território, classificando-se assim em imigração e emigração, no entanto, “[...] o conceito jurídico da conduta de migrar [...] vai além do mero trânsito de passagem, por um aspecto peculiar: a intenção subjetiva de residir no território alheio, o que o Direito designa por *fixação de domicílio*”, cf. Alexandre Rocha PINTAL, *Direito migratório*, 3ª ed., Curitiba, Juruá, 2015, pp. 33 – 34 (*itálico no original*). É neste contexto que as migrações são classificadas conforme a sua natureza em espontânea/voluntária, no qual o deslocamento é voluntário, relacionada a fatores econômicos, e assim designada de migrações econômicas e compulsória/forçada, onde encontramos as deslocamentos por motivo de perseguição política, religiosa, de raça, sexual e de origem, que compõe o quadro dos refugiados e requerentes de asilo. De acordo com essa classificação, a prática do casamento branco é enquadrado no campo das migrações econômicas.

<sup>61</sup> Cf. Eric HOBBSBAWM, *A era do capital (1848 – 1875)*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1982, 92 – 203. Segundo Hobsbawm a pobreza, a fome, a ambição do setor industrial provocados pela expansão do capitalismo e os conflitos existentes marcam os últimos cinquenta anos do século XIX como o de maior migração entre os povos na História. No imaginário da elite europeia o continente estava superpovoado de miseráveis, e quanto mais emigrassem melhor para o mercado interno. Em decorrência deste fato surgem agentes e sociedades que tinham por competência conseguir subsídios para a emigração de seus clientes, fazendo a intermediação entre esses indivíduos e as companhias de navegação. Os principais destinos foram Canadá, Estados Unidos, Brasil e Argentina.

<sup>62</sup> Cf. VARELA, *Direito de Família... op. cit.*, 1999, p. 272

<sup>63</sup> Cf. FERNANDEZ MASIA, “De la ficción a la realidade...” *op. cit.*, 1998, p. 630.

<sup>64</sup> Cf. VARELA, *Direito de Família... op. cit.*, 1999, p. 272.

<sup>65</sup> Cf. RAPOSO e TOGNI, *Os fluxos matrimoniais transnacionais... op. cit.*, 2009, p. 22.

<sup>66</sup> Cf. DIAGO DIAGO, “Matrimonios por conveniencia...” *op. cit.*, 1996, pp. 331 – 339, relata a autora que em 1923 um tribunal francês declarou nulo o casamento entre uma cidadã francesa e um cidadão americano realizado na Turquia, que tinha por objetivo impedir que a cônjuge varoa fosse internada em um campo de concentração. CAHALI, *Estatuto do estrangeiro... op. cit.*, 2010, p. 239, declara que os cônjuges tinham por objetivo “[...] iludir perseguições raciais ou políticas, subtrair-se ao trabalho obrigatório, obter passaporte, adquirindo a nacionalidade ou a cidadania de um pelo outro cônjuge, sem que em momento algum venham a fazer vida marital”.

Em virtude das restrições e proibições nas políticas de admissão com o propósito laboral, os países democráticos com uma história de políticas de imigração seletiva, como o caso europeu, adotam a partir da década de 70 um modelo de imigração zero, ao mesmo tempo em que reconhecem direitos e deveres a cidadãos estrangeiros, como consequência verifica-se um aumento nos fluxos constituídos por familiares<sup>67</sup>

La vigencia generalizada de políticas restrictivas ha dado lugar a que [...] para poder entrar legalmente al país de destino es necesario estar comprendido en alguna de las condiciones establecidas por las políticas de admisión. Las principales suelen agruparse en tres grandes categorías – económica, *familia* y humanitaria [...]<sup>68</sup>.

Segundo a Rede Europeia de Migrações, em decorrência dos ciclos econômicos e crises que provocam uma diminuição nos contratos de trabalho, o reagrupamento familiar torna-se a via mais fácil de aceder legalmente ao território de um Estado, aumentando consequentemente a utilização indevida do instituto<sup>69</sup>. Engrossa o grupo das migrações familiares o aumento da participação feminina e de menores de idade<sup>70</sup>. Entretanto, o casamento transnacional também tem sido apontado como uma das formas para uma rápida integração do imigrante na sociedade de acolhimento, Ortega Gimenez nos informa que este era o pensamento do legislador espanhol aquando da proposição da reforma ao Código Civil em 2002 no que toca à aquisição por parte dos estrangeiros da nacionalidade<sup>71</sup>.

Neste contexto, o casamento branco começa a tornar-se numa preocupação, especialmente para os países europeus, a partir da entrada em vigor da Convenção de Aplicação do Acordo Schengen (1985) que tem em sua base o Acordo de Schengen (1981) que suspende gradualmente o controle das fronteiras comuns dos países signatários, com vista à facilitação da circulação de pessoas e mercadorias, estatuidando o direito de circular e residir livremente na Comunidade Europeia (cf. Tratado da União Europeia, assinado em Maastricht, fevereiro de 1992). O casamento de conveniência é utilizado a partir de agora com o intuito de fixação de residência e aquisição de nacionalidade. Observando-se um crescimento do número de pedidos de reagrupamento familiar nos países signatários aos acordos, verifica-se na sua natureza uma real vontade de fraudar as regras imigratórias, sendo assim,

[...] dada a preocupante extensão do fenómeno com as consabidas consequências sociais e económicas da imigração incontrolada, agravada pelo

<sup>67</sup> Cf. Joaquín ARANGO, “Las migraciones internacionales en un mundo globalizado”, in *Vanguardia Dossier*, n.º 22, Barcelona, 2007, p. 8.

<sup>68</sup> Cf. ARANGO, “Las migraciones internacionales...” *ibid.*, 2007, p. 10 (*italico nosso*).

<sup>69</sup> Cf. A.A.V.V., *Usos indebidos del derecho de reagrupación familiar...* *op. cit.*, 2012, p. 7.

<sup>70</sup> Cf. IGLESIAS MACHADO e BECERRA DOMÍNGUEZ, *La inmigración el reto de siglo...* *op. cit.*, 2007, p. 28.

<sup>71</sup> Cf. ORTEGA GIMÉNEZ, “España: el problema de los denominados...” *op. cit.*, 2014, p. 92.

seu aproveitamento por redes internacionais de prostituição e de escravatura com eventual perigosidade decorrente da sua adoção por movimentos ilegais [...]”<sup>72</sup>,

o Conselho da União Europeia no ano de 1997 aprova a Resolução sobre as medidas a adotar em matéria de luta contra os casamentos brancos. O casamento de conveniência passa agora a ser considerado um problema na gestão da imigração, cabendo às políticas de segurança pública a sua regulação.

Esse foi o entendimento que levou os Estados-membros da União Europeia, no campo de estudo Portugal e Espanha, a legislarem sobre a matéria especialmente quanto à sua criminalização. No Brasil, o assunto ainda não figura como um problema de gestão migratória, apesar de ser uma prática que tem vindo a crescer e ganhando terreno principalmente através de redes sociais e fóruns sites na internet.

Entretanto, o pioneirismo em matéria de criminalização ao casamento branco foi nos Estados Unidos da América na década de 90 do século XX com vista a frear redes e agentes ligados ao crime de tráfico de pessoas que viam o casamento como uma estratégia para a legalização administrativa e obtenção de nacionalidade, incitando assim o surgimento de medidas punitivas que visavam tanto repreender os que infringissem através do casamento as regras de imigração quanto prevenir futuros casos<sup>73</sup>. Na realidade, os casamentos de conveniência revelam dois problemas, por um lado a imigração ilegal, por outro a incapacidade das sociedades, principalmente aquelas que são destino, gerirem a imigração<sup>74</sup>.

Assim, com a integração dos países em comunidades e o processo de globalização, a gestão dos fluxos migratórios deve ser vista como um dos grandes desafios dos próximos anos. Numa perspectiva positiva a “[...] imigração deve ser reconhecida como vetor do desenvolvimento de capital humano [...] segundo uma estratégia de desenvolvimento nacional, é um dos principais fatores que determinam o sucesso dos países, em termos de seu desenvolvimento social e econômico, no mundo contemporâneo [...]”<sup>75</sup>, no entanto, o casamento e a reunificação familiar mostram-se como uma porta de entrada para organizações criminosas<sup>76</sup> ou indivíduos que isoladamente não preenchem

---

<sup>72</sup> Cf. IRN. P.º C.C. 34/2009 SJC – CT de 25 de novembro de 2009, p. 2.

<sup>73</sup> Cf. RAPOSO e TOGNI, *Os fluxos matrimoniais transnacionais...* op. cit., 2009, p. 18.

<sup>74</sup> Cf. RAPOSO e TOGNI, *Os fluxos matrimoniais transnacionais...* ibid., 2009, p. 18.

<sup>75</sup> Cf. Marco Aurélio RUEDIGER e Cesar Cunha CAMPOS, *Imigração como vetor estratégico do desenvolvimento socioeconômico e institucional do Brasil*, Vol 1. Rio de Janeiro: FGV Projetos DAPP, 2013, pp. 8 – 12, obra disponível em <http://fgvprojetos.fgv.br> (04.08.2015).

<sup>76</sup> Alude CALVO CARAVACA e CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de familia ... op. cit.*, 2008, p. 119, que “existen organizaciones criminosas implicadas en la celebración masiva de ‘matrimonios de complacencia’ entre ciudadanos españoles y extranjeros” no entanto, essa realidade encontra-se presente também nos demais países. Essas organizações criminosas utilizam o casamento como forma de regularizar seus parceiros ou vítimas transportadas para outros países para trabalhos forçados ou prostituição.

os requisitos das leis imigratórias, mas que pretendem de alguma forma beneficiar-se com esse processo de integração e desenvolvimento econômico.

### **3 O casamento branco no âmbito do negócio jurídico: o caso da simulação**

Após a compreensão do conceito de casamento branco, da verificação da sua utilização e finalidade ao longo do processo histórico, resta-nos perceber, concluindo essa primeira percepção sobre o tema, como é tratado pela doutrina civilista o casamento simulado.

O vocábulo simular significa fingir, fazer parecer real (o que não é)<sup>77</sup>, na teoria geral dos negócios jurídicos, a simulação tem sido compreendida como uma declaração intencional contrária à verdade, logo, falsa, o que consubstancia uma divergência entre a declaração e a vontade dos envolvidos, que visam enganar terceiros sob uma aparência de negócio. Definido no art. 240º, n.º 2 do CCiv português como o acordo entre declarante e declaratário, no intuito de enganar terceiros, no qual houver divergência entre a declaração negocial e a vontade real do declarante. O negócio simulado é nulo.

A simulação, portanto, consiste num pacto fraudulento entre as partes. Carlos Gonçalves nos seus ensinamentos sobre o negócio jurídico no ordenamento brasileiro, afirma que o vício que subjaz à simulação no negócio jurídico não está relacionado ao consentimento, uma vez que não atinge à vontade na sua formação, nas palavras do autor, em verdade estamos perante uma “[...] desconformidade consciente da declaração, realizada de comum acordo com a pessoa a quem se destina, com o objetivo de enganar terceiros ou fraudar a lei”<sup>78</sup>, considerando-o como um vício social. Esse posicionamento da doutrina reflete no entendimento do legislador brasileiro sobre os casamentos brancos, como veremos a seguir, o consentimento matrimonial não é objeto de análise, tampouco vê-se atribuído o mesmo valor como decorre do sistema espanhol.

Carlos Alberto da Mota Pinto aponta como principais características da simulação a intencionalidade da divergência, o intuito de enganar terceiros e a importância prática do instituto que se traduz na complexidade do mesmo. Distingue simulação entre inocente e fraudulenta, definindo como simulação inocente aquele que tem por finalidade enganar terceiros, mas sem o prejudicar, enquanto que a simulação fraudulenta tem por objetivo

---

<sup>77</sup> Cf. “simular”, in *Dicionário Priberam da Língua Portuguesa* [em linha], 2008 – 2013, disponível em <http://www.priberam.pt/dlpo/simular> [10.09.2015].

<sup>78</sup> Cf. Carlos Roberto GONÇALVES, *Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 481.

prejudicar terceiros ou fraudar a lei<sup>79</sup>. De acordo com Pedro Pais de Vasconcelos, o negócio jurídico concretiza-se, ou seja, exterioriza-se com a declaração, na qual essa declaração deveria ser a tradução da vontade do indivíduo. Porém, quando isto não ocorre, havendo assim uma divergência entre declaração e vontade, estar-se-á perante desacordo intencional ou não intencional. No primeiro as partes têm consciência da fraude que cometem, sendo nesta categoria que o autor enquadra a simulação, o segundo, aponta que as partes de forma inconsciente declaram um conteúdo diverso do pretendido<sup>80</sup>. Sobre a simulação em específico, argumenta que “[...] é praticada com muita frequência e sem grande consciência da sua ilicitude”<sup>81</sup>.

Assim, como características gerais funda-se num negócio bilateral, no qual as partes estão acordadas, a falsa declaração é prestada de forma intencional e tem como objetivo enganar terceiros ou fraudar a lei<sup>82</sup>. A doutrina tradicional classifica a simulação em relativa e absoluta, na qual entende-se por simulação absoluta quando as partes não realizam nenhum negócio, ou seja, fingem celebrá-lo, criando uma ilusão, não produzindo nenhum efeito jurídico. Enquanto na simulação relativa as partes realizam um negócio, mas na verdade pretendem outro negócio, que se encontra oculto.

No entanto, ao casamento simulado não se aplica as regras gerais da teoria do negócio jurídico, uma vez que, o contrato que fundamenta o matrimônio é considerado como um contrato especial do direito de família, no qual, a simulação tem por escopo o vício ao consentimento. O entendimento do contrato de casamento como um *contrato especial* e, portanto, o afastamento das regras gerais compreende o conflito entre duas teorias existentes no direito de família, por um lado institucionalista<sup>83</sup>, por outro

---

<sup>79</sup> Cf. Carlos Alberto da Mota PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 466 – 467.

<sup>80</sup> Cf. Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 681.

<sup>81</sup> Cf. VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil... ibid.*, 2010, p. 681, para o autor o instituto jurídico da simulação é composto por três elementos estruturais “o acordo entre as partes com o fim de criar uma falsa aparência de negócio (*pactum simulationis*); a divergência entre a vontade declarada e a vontade real, isto é, entre a aparência criada (negócio exteriorizado) e a realidade negocial (negócio realmente celebrado); intuito de enganar terceiros” (*itálico no original*).

<sup>82</sup> Cf. GONÇALVES, *Direito civil brasileiro, volume 1... op. cit.*, 2010, pp. 482 – 483.

<sup>83</sup> A teoria institucionalista classifica o casamento como sendo uma “instituição social” e por isso, anterior à existência do direito. Conforme destaca Maria Helena DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família*, 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 41 “[...] surge da vontade dos contraentes, mas cujas normas, efeitos e forma encontram-se preestabelecidos pela lei”, no entanto o matrimônio é um estado no qual os nubentes ingressam, não podendo ser considerado um contrato porque as partes aceitam esse estatuto, não têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo, ou seja, não estabelecem as cláusulas sob as quais aceitam se casar. Flávio TARTUCE, *Direito civil, v. 5: direito de família*, 9ª ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro, Forense, São Paulo, Método, 2014, p. 57, tece críticas a esta posição, pois que segundo o autor “[h]averia aqui uma forte carga moral e religiosa, que vem sendo superada pela doutrina e pela jurisprudência”. O casamento enquanto instituição social é apontado por Diogo Leite de CAMPOS, “O casamento como relação de associação”, in A.A.V.V. *Estudos dedicados aos Professores Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, Direito e Justiça*, Vol. 1, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, p. 422, como um conceito ligado a um pensamento tradicionalista no qual o marido detém o poder, ao passo que o matrimônio era uma realidade superior que impunha seus interesses àqueles que integravam o grupo familiar, a fase contratual poderia ser considerada apenas no momento em que os nubentes manifestam sua vontade. Washington de Barros MONTEIRO e Regina Beatriz TAVARES DA SILVA, *Curso de direito civil, 2: direito de família*, 42ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 99 concluem que a ideia de matrimônio é contrária ao regime jurídico do contrato, considerá-lo como tal é “[...] equipará-lo a uma venda ou a uma sociedade, colocando em plano secundário seus nobres fins”. A solenidade do ato e intervenção de um terceiro como testemunha que dá fé às declarações também é apontada como sendo uma característica institucional do casamento, enquanto o contrato se faz por meio da autonomia da vontade o casamento necessita da intervenção de uma autoridade civil ou religiosa que sancione e homologue o acordo. A vontade apenas se faz presente no matrimônio para estipulação do regime de bens, porém mesmo este encontra-se entre os limites da lei.

contratualista<sup>84</sup>. O Código Civil português de 1867, conhecido por Código de Seabra, já o classificava como um contrato em particular. O casamento como um contrato especial advém da compreensão doutrinária de que embora as partes sejam livres para escolher seus cônjuges e aceitar ou não se casar, não podem dispor quanto ao conteúdo dos direitos e deveres inerentes ao casamento, que são os mesmos, considere este ser um contrato ou instituição, bem como quanto à forma de dissolução, “[...] porque não lhes é possível modificar a disciplina legal de suas relações, tendo uma vez ao estado matrimonial [...]”<sup>85</sup>, a autonomia da vontade encontra-se limitada quanto ao conteúdo, pois que são verdadeiras normas de *ius cogens*, logo, imperativo, preestabelecido, ao qual os cônjuges apenas aderem<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> Para a teoria contratualista o casamento é um *contrato* que tem origem na declaração de vontade das partes, manifestada livremente, também designado livre consentimento dos nubentes. O contratualismo fundamenta-se no próprio direito canônico que previa que entre os batizados se faria um contrato matrimonial. Para seus seguidores, o casamento “[...] é um *contrato civil*, regidos pelas normas comuns a todos os contratos” (cf. DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro... op. cit.*, 2010, p. 40). Contudo este posicionamento tem sofrido alteração pois que não se aplica ao contrato de casamento os efeitos econômicos e patrimoniais que estão nas raízes do negócio jurídico clássico, assim, designam de contrato especial ou *sui generis*. Porém, conforme elucidada a doutrina, será a própria autonomia da vontade que colocará os negócios familiares pessoais, no qual encontra-se o casamento, fora do âmbito de aplicação das regras do negócio jurídico, pois esta é uma matéria na qual as partes não podem fixar livremente o seu conteúdo (cf. PINTO, *Teoria geral do direito civil... op. cit.*, 2005, p. 397), não preenchendo assim o elemento básico do universo dos negócios jurídicos. COELHO e OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família... op. cit.*, 2008, pp. 196 – 197, no entanto afirmam que a autonomia é limitada pois quanto aos efeitos pessoais (direitos e deveres dos cônjuges) as partes não dispõem de liberdade visto que são fixados imperativamente pela lei, entretanto são as partes livres para escolher com quem irão casar, para optar por um regime de bens, assim como são livres quanto à escolha entre celebração de casamento religioso ou civil, e também para exercerem o ato pessoalmente ou por intermédio de procurador. Neste sentido, M. F. C de SAVIGNY, *Sistema del derecho romano actual*, Tomo II, Trad. M. Ch. Guenoux, Madrid, F. Góngora y Compañía, Editores, 1879, p. 361, já dissertava que não está errado chamar de contrato o reconhecimento do casamento como uma relação de direito que depende de uma manifestação da vontade, porém, não será um contrato ao qual se aplique as regras do negócio jurídico, mas um contrato especial, autônomo, que se distingue dos demais em virtude do seu fim, da sua natureza social, que produz efeitos jurídicos entre as partes e para com a sociedade, a que a doutrina recente designa de *contrato de direito de família*.

Uma terceira teoria tem sido defendida por juristas como Antunes VARELA, *Direito de Família... op. cit.*, 1999, pp.184 – 190, chamada de teoria mista ou eclética, para a qual, considera-se o casamento um negócio jurídico bilateral especial ou ato complexo, em que na formação seria um contrato e no conteúdo uma instituição, ou seja, o “casamento-fonte” é o ato de onde advém a situação jurídica, subsumida aos contratos, ao passo que, o “casamento-estado” ou seja, as normas que regularam a união no transcorrer do matrimônio são de caráter institucional. Assim “[...] o casamento de um lado como ato jurídico (*matrimonium in fieri*) e de outro, como relação jurídica (*matrimonium in facto*) – o primeiro tendo em vista a celebração, e o segundo como relação de vida” (cf. Caio Mário da Silva PEREIRA, *Instituições de direito civil: direito de família*, vol. 5, 21ª ed., rev. e atual por Tânia da Silva Pereira, Rio de Janeiro, Forense, 2013, pp. 77 – 78). Nesta linha segue TARTUCE, *Direito civil*, v. 5... op. cit., 2014, p. 58, que justifica seu posicionamento com o argumento que a primeira teoria encontra-se superada pela “[...] aplicação da autonomia privada em sede de casamento e pelo reconhecimento de novas entidades familiares” ao passo que a segunda teoria também não é defensável pelo contrato ser uma figura muito ligada à visão clássica do negócio jurídico, ou seja, ser um negócio bilateral ou plurilateral; que cria, modifica ou extingue direitos e deveres e principalmente tem uma componente patrimonial. O entendimento doutrinário e legal de casamento não comporta uma prestação patrimonial.

<sup>85</sup> Cf. DINIZ, *Curso de direito civil brasileiro... op. cit.*, 2010, p. 41.

<sup>86</sup> Camilo de Lélis Colani BARBOSA, *Direito de família: manual de direitos do casamento*, São Paulo, Suprema Cultura, 2003, p. 19, sintetiza essa discussão argumentando que a natureza jurídica do casamento será reflexo das condições encontradas num determinado tempo em certo lugar, ficando assim na dependência da “[...] tendência histórica adotada pelo direito de um determinado país e determinada época”. Como contrato de direito da família a doutrina aponta como características do casamento oito pontos: negócio pessoal, negócio solene, não exigência de diversidade de sexos, inadmissibilidade de submissão a termo ou condição, estabelecimento de comunhão de vida, regulamentado por norma de *ius cogens*, estrutura monogâmica, dissolubilidade, cf. COELHO e OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família... op. cit.*, 2008, pp. 201 – 212; Cristiano Chaves de FARIAS e Nelson ROSENVALD, *Curso de direito civil*, vol. 6: *direito de família*, 4ª ed., rev., ampl. e atual., Salvador, Editora JusPodivm, 2012, pp. 192 – 194; Catalina M. MORAGUES VIDAL, *El derecho de familia en España*, Barcelona, Fundación Cidob, s/d., p. 114. Além de ser um contrato especial, a própria disciplina do direito de família é considerada um ramo especial do direito pois que apesar de ser classificada como uma das subdivisões do direito privado, está regulamentada por normas imperativas, de ordem pública, às quais as partes não podem dispor conforme suas convicções, “[...] a larga intervenção de órgãos do Estado na constituição, na vida e na extinção das relações familiares, quer de juiz, quer do Ministério Público, quer de órgãos da Administração como o conservador do registro civil e os organismos de segurança social” (cf. COELHO e OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família... op. cit.*, 2008, p. 144), justifica-se devido à importância social das matérias que regula, “[c]om efeito, o casamento é constituído de um conjunto de normas imperativas, cujo objetivo consiste em dar à família uma organização social moral compatível com as aspirações do Estado e a natureza permanente do homem, definida em princípios insculpidos na Constituição [...] e nas leis civis” (cf. GONÇALVES, *Direito civil brasileiro, volume VI... op. cit.*, 2009, p. 27). Mais sobre ver Pablo Stolze GAGLIANO e Rodolfo PAMPLONA FILHO, *Novo curso de direito civil, volume VI: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional*. São Paulo, Saraiva, 2011, pp. 59 – 60.

Dissertando sobre a simulação do casamento, Antunes Varela afirma que “[...] consiste especialmente no acordo das partes em não se sujeitarem às obrigações e não exercitarem os direitos que, essencialmente, decorrem do matrimônio”<sup>87</sup>, informa o autor que o tema inicialmente não mereceu a atenção dos civilistas pois que era pouca a relevância atribuída ao consentimento dos nubentes em detrimento da proteção a “[...] estabilidade da instituição e até [aos] interesses morais e patrimoniais de terceiros”<sup>88</sup>. Cabezero Arenas determina que a simulação tem dois requisitos, a) busca-se um fim secundário distinto da constituição de família e b) os contraentes não pretendem assumir os deveres matrimoniais. Ressalta, no entanto, que, apesar do fim pretendido ser diverso, se porventura os deveres forem avocados, estaremos perante um “[...] matrimonio interesado [...]”<sup>89</sup>, porém um casamento válido.

A doutrina seguida por Cabezero Arenas afirma que em sede de casamento simulado não se aplica a distinção entre simulação absoluta e relativa, distintamente do regime aplicável aos negócios jurídicos, justificando no fato de que a simulação matrimonial não é um negócio que visa encobrir outro, ou seja, quando os contraentes afastam a produção dos efeitos jurídicos – direitos e deveres – em verdade, “[...] suprimen o prescinden del matrimonio, sin que se haya concluído negocio alguno en su lugar”<sup>90</sup>, deste modo, a exclusão de alguns dos deveres matrimoniais não permite que se classifique a simulação como relativa, a renúncia aos deveres, parcial ou totalmente, atenta contra o fim do casamento, sendo assim, a simulação é absoluta, pois que é essencial para a caracterização do matrimônio a produção dos efeitos civilmente previstos, consubstanciando na prática a plena comunhão de vida. Com posição contrária, Abílio Neto defende que “[h]avendo simulação parcial ou relativa o casamento é válido”<sup>91</sup>. Cabezero Arenas afirma que dada a simplicidade do instituto do casamento, não é possível desligar da declaração de consentimento os direitos e deveres civis, e mais, com a possibilidade do divórcio não há porque se falar em uma hipótese de simulação parcial<sup>92</sup>.

Acrescentam Calvo Caravaca e Carrascosa Gonzáles, de que a figura dos casamentos brancos não se aplica o instituto da *fraude à lei*. Os autores classificam-no como um negócio simulado nulo pois que não altera o conteúdo uma vez que não existe

---

<sup>87</sup> Cf. VARELA, *Direito de Família... op. cit.*, 1999, p. 271.

<sup>88</sup> Cf. VARELA, *Direito de Família... ibid.*, 1999, p. 272 (*interpelação nossa*).

<sup>89</sup> Cf. CABEZUELO ARENAS, “El matrimonio de complacência...” *op. cit.*, 2009, pp. 120 – 121, no mesmo sentido COELHO e OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família... op. cit.*, 2008, p. 235.

<sup>90</sup> Cf. CABEZUELO ARENAS, “El matrimonio de complacência...” *op. cit.*, 2009, pp. 124 – 125.

<sup>91</sup> Cf. Abílio NETO, *Código Civil anotado*, 12ª ed. actual., Lisboa, Ediforum Edições Jurídicas, Lda., 1999, p. 1222.

<sup>92</sup> Cf. CABEZUELO ARENAS, “El matrimonio de complacência...” *op. cit.*, 2009, pp. 125 – 126.

nenhum valor jurídico<sup>93</sup>, a simulação é do consentimento e, portanto, não se aplica o regime geral civilista da simulação.

Destacando o consentimento, Fernandez Mosía lembra que o modelo matrimonial atual atribui um papel fundamental à autonomia da vontade das partes, a que designa por “[...] la privatización del Derecho matrimonial”<sup>94</sup>. O consentimento é, portanto, o requisito por excelência, sendo a simulação consciente e querida, que opõe vontade e declaração, partindo de um acordo entre as partes.

Pedro Branquinho Ferreira Dias aponta o regime sancionatório como outra diferença entre a simulação nos negócios jurídicos em geral e no regime matrimonial. Dissertando sobre o sistema português, descreve o autor que nos negócios jurídicos três categorias podem ser fixadas na determinação de uma invalidade, a inexistência, a nulidade ou anulabilidade do negócio, ao passo que, no casamento só se aplica o regime da anulabilidade<sup>95</sup>. A anulação fundada na falta de vontade encontra-se expressa no art. 1.640º do CCiv, concretamente no seu primeiro número escreve que a anulação por simulação pode ser requerida pelos próprios cônjuges ou por qualquer pessoa prejudicada com o casamento. Em comentário ao preceito, Abílio Neto disserta que “[a] anulabilidade do casamento simulado não pode ser aposta aos terceiros que acreditam de boa fé, na validade do casamento”<sup>96</sup>.

Assim, o contrato de casamento é atípico e por isso não se aplicam à simulação do mesmo as regras gerais do negócio jurídico.

---

<sup>93</sup> Cf. CALVO CARAVACA e CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de familia... op. cit.*, 2008, p. 119, nas palavras dos autores, “[s]e trata de ‘simulación absoluta’ parece un matrimonio, pero el matrimonio no existe ni tampoco outro tipo de negocio legal (*colorem habet, substantiam vero nullam*)” (*itálicos no original*).

<sup>94</sup> Cf. FERNANDEZ MASIA, “De la ficción a la realidad...” *op. cit.*, 1998, p. 629.

<sup>95</sup> Cf. DIAS, “Sobre a legitimidade do Ministério Público...” *op. cit.*, 2013, p. 3.

<sup>96</sup> Cf. NETO, *Código Civil... op. cit.*, 1999, p. 1222.



## CAPÍTULO II

### 1 A construção normativa do crime de casamento branco

A dogmática do direito penal elucida-nos que o conceito de crime é uma criação da sociedade, que em virtude do contrato social e a pretendida ordem social classifica certas condutas como ilícitas as quais cabe ao legislador através da lei transformá-las em figuras típicas, deste modo, a lei “[...] permitirá a aplicação do anseio social aos casos concretos”<sup>97</sup>. Michel Foucault em *Vigiar e Punir* afirma que “[é] verdade que é a sociedade que define, em função de seus interesses próprios, o que deve ser considerado como crime: este, portanto, não é natural”<sup>98</sup>, o Direito com vista a uma teoria do crime, o conceitua sob uma ótica material, formal e analítica. Deste modo, o conceito material de crime, segundo a doutrina de Guilherme Nucci, é a “[...] conduta que ofende um bem juridicamente tutelado, merecedora de pena”<sup>99</sup>, assim por ser um conceito aberto, como o próprio autor explica, complementa-se com o conceito formal, que se traduz na conduta proibida por lei, disserta o autor que “[q]uando a sociedade entende necessário criminalizar determinada conduta, através dos meios naturais de pressão, leva sua demanda ao Legislativo, que, aprovando uma lei, materializa o tipo penal”<sup>100</sup> em respeito ao princípio da legalidade, do latim *nullum crimen, nulla poena sine lege*. O conceito analítico, construção da ciência do direito determina ser o crime

[...] uma conduta típica, antijurídica e culpável, [...] [ou seja] uma ação ou omissão ajustada a um modelo legal de conduta proibida (tipicidade), contrária ao direito (antijuridicidade) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito<sup>101</sup>.

Deixando à parte o estudo dos elementos que compõe o conceito analítico, interessa-nos compreender a noção de crime pois que por ser esta fruto dos anseios de determinada comunidade deparamo-nos em alguns casos com uma mesma conduta que receberá tratamento diferenciado nos países por parte do legislador nacional, especialmente

<sup>97</sup> Cf. Guilherme de Souza NUCCI, *Manual de direito penal*, 10ª ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 329 (ebook).

<sup>98</sup> Cf. Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir: naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, tradução portuguesa de Raquel Ramalhete, *Vigiar e punir: nascimento da prisão*, 29ª ed., Petrópolis, Editora Vozes, 2004, p. 235 (ebook).

<sup>99</sup> Cf. NUCCI, *Manual de direito penal... op. cit.*, 2014, p. 329.

<sup>100</sup> Cf. NUCCI, *Manual de direito penal... ibid.*, 2014, p. 330.

<sup>101</sup> Cf. NUCCI, *Manual de direito penal... loc. cit.* Mais sobre a teoria do crime ver Fernando CAPEZ, *Curso de direito penal: parte geral, volume 1 (arts. 1º a 120)*, 7ª ed., rev. e atual., de acordo com as Leis n.º 10.741/2003 Estatuto do Idoso), 10.763/2003 e 10.826/2003, São Paulo, Saraiva, 2004, pp. 105 – 108; Jorge de Figueiredo DIAS, *Direito penal: parte geral*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 106 -114.

quando a conduta passa a ser observada por fatores que apenas recentemente mereceram chancela dos Estados.

A simulação do casamento para fins migratórios só passa a ser considerada crime nos finais do século XX nos Estados Unidos e na última década, já em pleno século XXI, em alguns países do continente europeu, em decorrência não apenas do aumento dos fluxos migratórios, mas da qualidade dessas correntes. Sabemos que as migrações econômicas têm no seu espírito o acesso ao mercado de trabalho por pessoas que buscam melhores oportunidades de trabalho e qualidade de vida, no entanto, as políticas securitárias que tem se tornado opção dos Estados sobretudo daqueles internacionalmente reconhecidos como Estados-receptores, deve-se não apenas a uma tentativa de proteção do trabalhador nacional, mas visa proteger seus nacionais e estrangeiros residentes de outros males que em decorrência do progresso tecnológico e a globalização econômica acaba por empoderar organizações criminosas. Sobre essa perspectiva, Demetrios Papademetriou aponta como preocupante a relação entre o aumento dos níveis de abertura do mercado de trabalho e a facilidade para o financiamento de atividades e movimentações terroristas<sup>102</sup>. Mas não só, o mercado de trabalho bem como o desenvolvimento econômicos dos países são polos atrativos para organizações que traficam pessoas com vista sobretudo à exploração sexual e trabalho escravo.

Portanto, foi a intensificação da utilização do casamento branco por redes do crime internacional organizado, utilizando por vezes agências matrimoniais, que desperta primeiramente nos Estados Unidos e depois na Europa o ensejo de criminalizar a conduta. Como já apontado, o estudo desenvolvido pela REM traça quatro situações-tipo com o perfil dos agentes envolvidos na simulação: a) cidadão nacional de um país terceiro residente legal num dos Estados-membros da União que requer reunião familiar com cidadão também terceiro; b) cidadão nacional de um dos Estados-membros da UE que no uso do direito de residência e livre circulação solicita reagrupamento familiar com um cidadão estrangeiro em outro Estado-membro; c) cidadão nacional de um país terceiro que intenta pedido de reunificação com um também nacional de país terceiro com base na jurisprudência da União e com referência aos Tratados da UE (a título de exemplo, casos Zambrano, McCarthy e Dereci<sup>103</sup>); e por fim, d) cidadão nacional, especificamente

---

<sup>102</sup> Cf. Demetrios G. PAPADEMETRIOU, “Gerir melhor as migrações internacionais: princípios e perspectivas para maximizar os benefícios das migrações”, in Demetrios G. Papademetriou (coord.), *A Europa e os seus imigrantes no século XXI*, Lisboa, Fundação Luso-Americana, 2008, p. XIV.

<sup>103</sup> Cf. Ac. de 8 de março de 2011 do TJUE (Grande Sessão), processo n.º C-34/09 caso Ruiz Zambrano vs. ONEm (Bélgica); Ac. de 5 de maio de 2011 do TJUE (Terceira Secção), processo n.º C-434/09 caso Shirley McCarthy vs. Secretary of State for the Home Department (Reino Unido) e Ac. de 15 de novembro de 2011 do TJUE (Grande Sessão), processo n.º C-256/11 caso Dereci e outros vs. Bundesministerium für Inneres (Áustria). Nos três acórdãos o TJUE é confrontado com a interpretação sobre a aplicação da Directiva 2004/38/CE de 29 de abril de 2004 relativa a livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas

dos territórios em análise, que solicitam reunião familiar com um nacional de país terceiro<sup>104</sup>.

Como já esclarecido, o objetivo dos casamentos de conveniência consiste em fraudar a lei de imigração e a lei de nacionalidade visando através do casamento beneficiar-se do tratamento mais favorável concedido pelos Estados para a aquisição da autorização de residência e nacionalidade do Estado de acolhimento, uma vez que, a exemplo da posição brasileira, a unidade familiar deve prevalecer no decorrer da análise do pedido. No entanto, a conduta delitativa ofende os bens jurídicos que a norma visa proteger. As políticas de imigração dos Estados tendem a concordar com a identificação dos bens jurídicos colocados em causa quando uma norma imigratória é violada, quais sejam, a segurança pública, a ordem pública e a saúde pública<sup>105</sup>. Como uma infração em matéria imigratória, o casamento de conveniência colide com a proteção a bens comunitários, atingindo, portanto, toda a sociedade.

Produto social, a prática do casamento branco nos países que compreendem o acervo territorial deste trabalho depara-se com sanções díspares que vão da denegação da realização do casamento no registro civil ou anulação do matrimônio à aplicação de pena de prisão e expulsão aos envolvidos. Constituindo um tipo legal de crime autónomo

---

famílias nos territórios dos Estados-membros. Quanto aos fatos os pedidos encontram-se ligados à recusa por parte da Administração Pública em conceder uma autorização de residência a familiar pertencente a um Estado terceiro, de um cidadão europeu, que não se encontram perante mobilidade. O TJUE pronuncia-se no sentido de esclarecer que o direito da União não se opõe a que um Estado-membro recuse a um nacional de um Estado terceiro a residência no seu território, quando esse nacional pretenda residir com um membro da sua família que é cidadão da União, e que nunca exerceu o seu direito de livre circulação (cf. McCarthy e Dereci), desde que tal recusa não comporte, para o cidadão da União em causa, a privação do gozo efetivo dos direitos conferidos pelo estatuto de cidadão da União (cf. Zambrano).

<sup>104</sup> Cf. A.A.V.V., *A utilização indevida do direito ao reagrupamento familiar...* op. cit., 2012, pp. 14 – 16; A.A.V.V., *Usos indebidos del derecho de reagrupación familiar...* op. cit., 2012, pp. 8 – 11. O tema dos casamentos brancos, ressurge na Europa envolto nos processos migratórios mais recentes, cf. RAPOSO e TOGNI, *Os fluxos matrimoniais transnacionais...* op. cit., 2009, p. 130. Como verificado na nota anterior, a interpretação do TJUE sobre a aplicação da Directiva 2004/38 nos esclarece que esta não se aplica à reunião de familiares estrangeiros a cidadãos nacionais de um Estado-membro que não se encontrem no pleno exercício da liberdade de circulação e residência. No entanto, por exemplo, no caso português, a Lei n.º 37/2006, de 9 de agosto, apesar de transpor para a ordem nacional a citada Directiva 2004/38 determina no art. 3.º, n.º 5 que as normas aplicam-se de forma extensiva aos familiares de cidadãos de nacionalidade portuguesa, independentemente da sua nacionalidade, ou seja, o cidadão português titular do direito de reunião familiar não precisa encontrar-se num país distinto do seu de origem para requerer o pedido de reunião de um familiar nacional de Estado terceiro.

<sup>105</sup> A segurança deve ser entendida como um conceito abrangente no qual se incluem dimensões políticas, económicas, sociais, culturais e ecológicas. Em estudo coordenado por Luís FONTOURA, *Segurança e Defesa Nacional: um conceito estratégico*, Coimbra, Almedina, 2013, pp. 40 – 43; 96, requerido pelo Ministério da Defesa Nacional português, para desenvolvimento da proposta de *Revisão do conceito estratégico de defesa nacional*, o conceito de segurança deve comportar a segurança nacional e coletiva (na qual compreende-se segurança militar, segurança de independência e soberania, segurança social, segurança humanitária e jusfundamental); independência nacional; contribuir para um espaço de liberdade, segurança e justiça; garantir o respeito da ordem constitucional, das instituições democráticas e das convenções internacionais e integridade do território. Considera como pilar para segurança nacional o crescimento económico, a diplomacia e as forças armadas, sendo apontado dentre os fatores de risco e ameaça a imigração clandestina. Quanto à saúde pública, apenas as doenças infecciosas graves justificam a aplicação de uma medida restritiva, sendo estas definidas pela Organização Mundial de Saúde. Na presença de indícios, os Estados podem submeter o familiar estrangeiro a um exame médico. Em comentário à Directiva 2004/38/CE, a Direcção-Geral da Justiça, Liberdade e Segurança da Comissão Europeia afirma que as medidas a serem adotadas em razão da segurança pública, bem como ordem e saúde pública, devem respeitar o princípio da proporcionalidade baseando-se exclusivamente no comportamento da pessoa em causa, sendo indispensável que a ameaça seja real, atual e suficientemente grave. Antes da aplicação de uma medida restritiva de direitos, deve o Estado ter em conta a sua integração na sociedade de acolhimento, bem como, período de residência, idade, estado de saúde, situação familiar e económica e os laços ainda existente com o país de origem. Estando sempre à disposição do interessado o acesso às vias de recurso judicial e administrativo (cf. A.A.V.V., *Direito dos cidadãos da União e dos membros da sua família de circular e residir livremente na União: como tirar o máximo proveito da Directiva 2004/38/CE*, Bruxelas, Comissão Europeia/Direcção-Geral da Justiça, Liberdade e Segurança da Comissão Europeia, s/d., pp. 22 – 25).

designado de casamento de conveniência, mas também sendo compreendido como auxílio à imigração e falsidade ideológica, dedicaremos algumas linhas para a análise da sanção aplicada ao casamento simulado no contexto das migrações nos países em destaque.

### 1.1 De ilícito administrativo a matéria penal: o crime de casamento de conveniência no sistema penal português

Em Portugal aparece pela primeira vez o tema dos casamentos brancos com a publicação do Decreto-lei n.º 34/2003, de 25 de fevereiro<sup>106</sup>. O art. 93º, n.ºs 1 e 2 determinava que a autorização de residência emitida ao abrigo do reagrupamento familiar é cancelada quando o casamento tiver por fim único permitir ao beneficiário do reagrupamento a entrada e a residência legal no país, também sendo motivo para cancelamento quando o titular do direito de residência perca a qualidade de residente e o membro da família não beneficie, ainda, de uma autorização de residência autónoma, sendo a expulsão consequência direta (cf. art. 99, n.º 1, al. a))<sup>107</sup>, em termos criminais, a investigação pautava-se pela responsabilização por via da falsificação de documentos e auxílio a imigração ilegal.

---

<sup>106</sup> Diploma que aprova as condições de entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território português, republica 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 e pelo Decreto-lei n.º 4/2001, de 10 de dezembro.

<sup>107</sup> O diploma anterior Decreto-lei n.º 244/98, de 8 de agosto que regulamentava o regime jurídico dos estrangeiros embora tenha entrado em vigor após a publicação da Resolução do Conselho da UE de 7 de dezembro de 1997 não faz nenhuma referência aos casamentos brancos, tampouco a sua prevenção ou punição, cf. IRN. P.º C.C. 34/2009 SJC – CT de 25 de novembro de 2009, p. 2. RAPOSO e TOGNI, *Os fluxos matrimoniais transnacionais...* op. cit., 2009, pp. 97 – 98, apontam que foi no ano de 2003 que a “[...] matrimonialidade entre imigrantes e cidadãos portugueses foi pela primeira vez discutida em Portugal, após a disponibilização dos dados estatísticos referentes ao ano de 2002 pelo INE [...] A suspeição da veracidade das intenções dos casamentos celebrados é a base da argumentação, relacionando-os de maneira directa com um estatuto jurídico de marginalidade dos imigrantes [...] o casamento torna-se uma forma ‘segura’ de adquirir a regularização em Portugal”. Com grande destaque na comunicação social nesse mesmo ano, é possível verificar através das notícias os mecanismos empregues e a evolução legislativa na matéria. Em notícia publicada no jornal *O Público* de 26.10.2003 é descrito que um estrangeiro “[...] vestido de turista. Tratou de saber como podia obter uma autorização para residir e trabalhar no país. Aconselharam-no a arranjar uma esposa” acrescentando a mesma notícia que “[o]s casamentos mistos duplicaram nos últimos cinco anos, muito por obra da recente corrente migratória que transformou Portugal num país de acolhimento”. Em sua grande maioria os nubentes são originários do Brasil e PALOP, seguido de Paquistão, Índia, Romênia, Ucrânia e Marrocos. A lei de imigração passa a ser apontada como a principal incentivadora aos casamentos, pois que instituiu um regime restritivo de entrada e permanência de imigrantes que dependiam de uma aprovação prévia de um contrato de trabalho, além de instituir o sistema de cotas assim, “[o] casamento surge como uma espécie de tábua de salvação”. O despoletar da atenção das autoridades políticas e administrativas para o assunto dos casamentos simulados envolveu jogadores de futebol, apontados pelo *O Público* como os casos do “[...] russo Mostovoi (Benfica) ou búlgaro Kostov (Sporting) [...] que casavam para se naturalizar”, por fim, completa a notícia que “[s]eguindo o Serviços de Estrangeiros e Fronteiras (SEF), que está a investigar os chamados ‘casamentos brancos’, dispararam os pedidos de autorização de residência por via do artigo 87 da lei 34/2003, que inclui, entre outras, as vertentes matrimonial e união de facto”, cf. Ana Cristina PEREIRA, “Casamentos entre portugueses e estrangeiros duplicaram em cinco anos”, in *O Público* [online], 26.10.2003, texto disponível em <http://www.publico.pt/destaque/jornal/casamentos-entre-portugueses-e-estrangeiros-duplicaram-em-cinco-anos-206916> [04.09.2015]. VARELA, *Direito de Família...* op. cit., 1999, pp 271 – 272, confirma que o interesse jurídico do casamento simulado é renovado quando “[...] as regras do *football* proibiram a utilização, pelos clubes nacionais, de um número de jogadores estrangeiros superior a certo limite e os clubes interessados em iludir a limitação, promoveram o casamento (simulado) de alguns jogadores estrangeiros com esposas de nacionalidade portuguesa” (*italico no original*). Com a assinatura do Acordo Luso Brasileiro sobre contratação recíproca de nacionais (Acordo Lula - 2003), verificou-se uma queda nos pedidos de reagrupamento familiar subjacente a um casamento misto, consequentemente uma redução nos casos de casamento de conveniência. Sobre o casamento branco dos jogadores de futebol, comenta DIAS. “Sobre a legitimidade do Ministério Público...” op. cit., 2013, pp. 4 – 5, que este se deu em virtude de mudanças ocorridas nas regras da *UEFA* com vista a limitar a utilização de jogadores estrangeiros nos campeonatos nacionais.

Novamente referenciado na Lei n.º 37/2006, de 9 de agosto que regula o exercício do direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União Europeia e dos membros das suas famílias no território nacional, transpondo para a ordem interna a Directiva n.º 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril, acolhe referência ao casamento de conveniência ou simulado como uma das possibilidades de abuso de direito (cf. art. 31º), sendo a sanção a recusa e retirada dos direitos de residência e os apoios sociais conferidos pela presente lei. Este diploma visa regular o exercício do direito de livre circulação e residência e o regime jurídico do direito de residência permanente no território nacional tanto dos cidadãos comunitários quanto de seus familiares. Sendo assim, é a família o elo de ligação entre os direitos de liberdade de circulação e residência e o cidadão nacional de país terceiro (cf. art. 15º), embora o sentido de família na norma não esteja restrita apenas aos estrangeiros.

No entanto, a sua definição normativa foi introduzida com a entrada em vigor 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, regulamentada pelo Decreto Regulamentar n.º 84/2007, de 5 de novembro, diplomas que recentemente sofreram alterações, respectivamente pela Lei n.º 29/2012, de 9 de agosto e pelo Decreto Regulamentar 15-A/2015, de 2 de setembro<sup>108</sup>. O objetivo do ordenamento com a consagração autônoma do instituto é “[...] prevenir a fraude ou a simulação de relações de parentesco para efeitos da concessão do direito de residência, nomeadamente por via do reagrupamento familiar, bem como para a aquisição da nacionalidade por via do casamento com cidadãos portugueses”<sup>109</sup>.

Embora não constitua um tema com relevância social na sociedade portuguesa, como afirma o Serviço de Estrangeiros e Fronteiras em estudo temático<sup>110</sup>, em virtude do baixo índice quantitativo na incidência do crime, não podemos deixar de lembrar que Portugal como Estado-membro da União Europeia e signatários dos acordos de livre

---

<sup>108</sup> A Lei n.º 29/2012, de 9 de agosto constitui a primeira alteração à Lei n.º 23/2007, até o momento já se encontram publicadas no Diário da República mais duas alterações: a Lei n.º 55/2015, de 23 de junho e a Lei n.º 63/2015, de 30 de junho, entretanto, a norma que promove alteração ao tema dos casamentos brancos é apenas a Lei n.º 29/2012, assim, quando nos referirmos à alteração do diploma 23/2007, estaremos fazendo remissão apenas ao conteúdo da norma de 2012. Por sua vez, o Decreto Regulamentar n.º 84/2007, de 5 de novembro teve o seu texto alterado pelo Decreto Regulamentar n.º 2/2013, de 18 de março e pelo Decreto Regulamentar n.º 15-A/2015, de 2 de setembro.

<sup>109</sup> Comentário ao art. 186º casamento ou união de conveniência, cf. A.A.V.V., *A lei de estrangeiros documentada e comentada*, Legispedia do Serviços de Estrangeiros e Fronteiras, disponível em <https://sites.google.com/site/leximigratoria/> [30.08.2015]. Antes da criminalização do casamento de conveniência havia uma maior dificuldade na detecção dos mesmos, em primeiro lugar por só serem investigados os casos em que havia uma suspeita de auxílio a imigração ilegal e em segundo por a maioria dos casamentos mistos realizados no estrangeiro não serem posteriormente registrados em Portugal, cf. “Noivos por conveniência aumentam em Portugal”, in *TVI24*, 24.07.2006. texto disponível em <http://www.tvi24.iol.pt/legalizar/casamentos/noivos-por-conveniencia-aumentam-em-portugal> [04.09.2015]; RAPOSO e TOGN, *Os fluxos matrimoniais transnacionais... op. cit.*, 2009, p. 99.

<sup>110</sup> Cf. A.A.V.V., *A utilização indevida do direito ao reagrupamento familiar... op. cit.*, 2012, p. 7. Aponta o SEF que, “[a] caracterização da prática do casamento de conveniência não permite uma concreta identificação material ou estatística de padrões ou tipologias, em razão da recente criminalização do fenómeno, bem como da ausência de metodologias, fontes e critérios harmonizados para a produção de informação” (cf. A.A.V.V., *A utilização indevida do direito ao reagrupamento familiar... ibid.*, 2012, p. 25)

fronteira tem figurado no cenário internacional em muitos casos não como país de destino, mas “porta de entrada” para migrantes que pretendem se dirigir aos países situados ao norte europeu, como consta no Ac. do Supremo Tribunal Administrativo de 14 de julho de 2009, esta questão assume relevância social fundamental, pois que os seus efeitos projetam-se para além da esfera jurídica dos nubentes, extravasando para a sociedade no seu todo. Sendo assim, somos de concluir que o pequeno número de casos de casamentos de conveniência no país até ao momento não reduz a importância do estudo da prática, uma vez que um maior aprofundamento e melhor entendimento sobre o tema nos permite ter uma compreensão do fenómeno com vista a uma eficaz política de prevenção, principalmente num período de grandes movimentações entre fronteiras e conflitos no qual o continente Europeu desponta como o principal destino daqueles que buscam a sobrevivência. As medidas de prevenção e detecção da fraude são da competência do Ministério Público, enquanto autoridade judiciária, e dos Serviços de Estrangeiros e Fronteiras e Polícia Judiciária, enquanto órgãos de polícia criminal.

Elevado à categoria de crime em 2007 com a entrada em vigor do art. 186º da Lei n.º 23/2007, de 4 de julho, estatui a norma que quem contrair casamento com o único objetivo de proporcionar a obtenção ou de obter um visto ou autorização de residência ou defraudar a legislação vigente em matéria de aquisição da nacionalidade é punido com pena de prisão de um a quatro anos. Prevendo ainda uma moldura penal agravada de pena de prisão de dois a cinco anos, para quem de forma reiterada ou organizada, fomentar ou criar condições para a prática do casamento de conveniência. A tentativa também é punível.

O texto legal indica-nos, portanto, que figuram como autores do crime o nacional de um Estado (*quem com o único objetivo de proporcionar a obtenção*), o estrangeiro (*quem pretende obter um visto ou uma autorização de residência ou defraudar a legislação vigente em matéria de aquisição da nacionalidade*), portanto esta atuação é individual (*quem*) ou com a participação de vários elementos (*organizada*), cometida uma única vez ou de forma sucessiva (*reiterada*). A consequência legal prevista no art. 186º aplica-se portanto à infração cometida no pedido de reagrupamento familiar segundo as regras da Lei n.º 23/2007 e seu Regulamento indicado pela expressão *obter um visto ou autorização de residência*, como também aos pedidos de cartão de residência ao abrigo da Lei n.º 37/2006, devendo, portanto, ser conjugada ao art. 31º da mesma, remissão feita pela expressão *defraudar a matéria de aquisição da nacionalidade*, pois que a faculdade

de aquisição de nacionalidade por via do casamento ocorre apenas no caso em que um dos cônjuges seja nacional.

No estudo conjunto levado a termo pelo Serviços de Estrangeiros e Fronteiras e a Rede Europeia das Migrações a criminalização da prática é apontada como relevante para a prevenção no que toca

[...] ao abuso do direito ao reagrupamento familiar, violação das regras do regime de entrada e permanência de cidadãos estrangeiros, bem como da lei da nacionalidade, e eventuais impactos transversais na sociedade (económicos, sociais, culturais, segurança e bem-estar)<sup>111</sup>.

A redação do art. 186º da Lei de Estrangeiros, vem a ser a concretização da transposição das seguintes diretivas: Directiva 2003/86/CE do Conselho e Directiva 2002/90/CE do Conselho conjugada com a Decisão-Quadro do Conselho de 28 de novembro de 2002.

A Directiva 2003/86/CE do Conselho, de 22 de setembro de 2003 relativa ao reagrupamento familiar, indica estar no campo de atuação dos Estados-membros a possibilidade de indeferir um pedido de entrada e residência para efeitos de reagrupamento familiar, retirar ou não renovar a autorização de residência dos familiares, se se demonstrar que a) forem utilizadas informações falsas ou enganosas, documentos falsos ou falsificados, ou foi cometido qualquer outro tipo de fraude ou utilizados meios ilegais; b) o casamento ou a parceria que tiver por único fim permitir à pessoa interessada entrar ou residir num Estado-membro, ressalvando que ao ser realizada a avaliação desses preceitos os Estados-membros podem atender ao fato de os casamentos ou a parceria ter sido celebrado depois de emitida a autorização de residência ao requerente do reagrupamento (reagrupante).

Prevê ainda o diploma europeu que os Estados-membros podem efetuar inquéritos e controles específicos quando existir uma presunção fundamentada de fraude ou de casamento ou união de conveniência, podendo ainda o controle ser efetuado aquando da renovação da autorização de residência de familiares.

A construção da concepção criminal é complementada pela Directiva 2002/90/CE do Conselho de 28 de novembro de 2002, relativa à definição do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares para a qual devem os Estados-membros adotar sanções adequadas a) contra quem auxilie intencionalmente uma pessoa que não seja nacional de um Estado-membro a entrar ou a transitar através do território de um Estado-membro, em infração à legislação de estrangeiro nacional e b) contra quem, com fins lucrativos, auxilie

---

<sup>111</sup> Cf. A.A.V.V., *A utilização indevida do direito ao reagrupamento familiar...* op. cit., 2012, p. 10.

intencionalmente uma pessoa que não seja nacional de um Estado-membro a permanecer em território de um Estado-membro, em infração à legislação nacional em matéria de residência de estrangeiros. Acrescenta o diploma que os Estados-membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que as sanções sejam aplicadas igualmente a quem incite, seja cúmplice ou tente praticar um ato considerado infração à legislação nacional de imigração.

Por sua vez, a Decisão-Quadro do Conselho, de 28 de novembro de 2002, relativa ao reforço do quadro penal para a prevenção do auxílio à entrada, ao trânsito e à residência irregulares especifica que com vista ao combate do auxílio à imigração clandestina, não apenas quando esse auxílio se traduz na passagem irregular na fronteira, mas também quando é praticado com o objetivo de alimentar redes de exploração de seres humanos, os Estados-membros devem tomar as medidas necessárias para garantir que a infração de auxílio à imigração ilegal com finalidade lucrativa ou não prevista na Directiva 2002/90/CE sejam passíveis de sanções penais efetivas proporcionadas e dissuasivas, susceptíveis de conduzir, dentre as medidas previstas, à expulsão. Prevê ainda o diploma a possibilidade de verificado que se a infração foi cometida com intuito lucrativo se deve aplicar pena privativa de liberdade, com agravante para quando o agente atuante seja uma organização criminosa.

Durante os trabalhos preparatórios à aprovação da Lei de Estrangeiros de 2007, afirmava a Proposta de Lei n.º 93/X que visava aprovar o regime jurídico de entrada, permanência e saída de estrangeiros em território nacional, publicado no Diário da Assembleia da República, II Série A, n.º 1 de 16 de setembro de 2006, na exposição de motivos, que o reforço à luta contra imigração ilegal fundamenta-se em cinco medidas, dentre elas a criminalização dos casamentos de conveniência, com o objetivo de dissuadir a utilização deste meio como forma de defraudar a legislação em matéria de imigração e nacionalidade. Desta forma, quem casar com um estrangeiro com este intuito passa a cometer um ilícito criminal punível com pena de prisão de um a quatro anos<sup>112</sup>. O Bloco de Esquerda apresentou proposta de eliminação do art. 186º tendo sido rejeitada com votos contra do PS, PSD e CDS-PP e abstenção do PCP.

---

<sup>112</sup> As outras medidas previstas pelo diploma são: a) agravação da moldura penal do crime de auxílio à imigração ilegal; b) revisão ao regime das coimas aplicadas às entidades empregadoras de imigrantes em situação ilegal, agravando-as e fazendo-as depender do número de trabalhadores empregues e não da dimensão da empresa; c) concessão de autorização de residência a vítimas do tráfico de pessoas e de ações de auxílio à imigração ilegal que colaborem com a justiça e por fim, d) introdução de medidas que tornem mais eficaz a execução de ordens de expulsão, em especial de imigrantes em situação ilegal, de forma a dissuadir a imigração clandestina, promover canais legais de imigração e a preservação da ordem pública.

Como consequência da criminalização do casamento branco, além da medida privativa da liberdade, destaca ainda o projeto de lei uma medida administrativa que se traduz no cancelamento da autorização de residência, como veio a ser concretizado no art. 108º<sup>113</sup> emitida ao abrigo do direito ao reagrupamento familiar quando o casamento que subjaz o pedido tenha por fim único permitir à pessoa interessada entrar e residir no país, para tal deve ser tido em consideração no momento da decisão, a natureza e solidez dos laços familiares e tempo de residência pretérito da pessoa em território nacional, bem como a existência de laços familiares, culturais e sociais com o país de origem. Para tanto, devem ser efetuados inquéritos e controles específicos quando existem indícios fundados de casamento de conveniência. A decisão de cancelamento, no entanto, é proferida após audiência dos cidadãos estrangeiros, que vale, para todos os efeitos como audiência dos interessados, devendo a mesma ser notificada ao interessado com indicação dos seus fundamentos, mencionar o direito de impugnação judicial bem como o prazo. A impugnação judicial dá-se perante o tribunal administrativo e possui efeito suspensivo. A decisão de cancelamento deveria na altura do projeto ser comunicada por via eletrônica ao antigo ACIME.

Em 2011, o tema retorna a ser debatido na primeira alteração à Lei n.º 23/2007, de 4 de julho. A Proposta de Lei n.º 54/XI/2ª que dá origem à Lei n.º 29/2012, de 9 de agosto, teve por objetivo principal introduzir um novo tipo de autorização de residência, denominado de cartão azul da União Europeia e criminalizar o emprego ilegal de cidadãos estrangeiros<sup>114</sup>. Desta sorte, a nova redação do art. 186º passa a englobar não apenas o casamento como na versão de 2007, mas casamento ou união de conveniência, abarcando assim as uniões de fato que ensejam pedidos de reagrupamento familiar, mas também as autorizações de residência concedidas ao abrigo do “cartão azul”, citando a letra da lei temos que quem contrair casamento ou viver em união de fato com o único objetivo de proporcionar a obtenção ou de obter um visto, uma autorização de residência ou um “cartão azul UE” ou defraudar a legislação vigente em matéria de aquisição de nacionalidade é punido com pena de prisão de um a cinco anos; quem, de forma reiterada

---

<sup>113</sup> Essa medida encontra-se sem alterações no art. 108º da Lei n.º 23/2007, cuja aplicação é conjugada com o art. 69º do Decreto Regulamentar 84/2007 para o qual o cancelamento da autorização de residência previsto no art. 108º, n.º 7 da Lei de Estrangeiros, opera independentemente de processo de outra natureza, desde que, no respectivo procedimento, seja produzida prova de que o casamento, a união de fato ou a adoção teve por fim único permitir ao beneficiário do reagrupamento familiar a entrada e a residência no país.

<sup>114</sup> O cartão azul diz respeito à transposição da Directiva n.º 2009/50/CE do Conselho, de 25 de maio de 2009 que permite a entrada e residência de nacionais de países terceiros para efeitos de empregos altamente qualificados, que consiste na prática em uma autorização de permanência especial para trabalhadores estrangeiros altamente qualificados. Já a criminalização ao emprego ilegal de estrangeiros corresponde à Directiva n.º 2009/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de junho de 2009 que estabelece normas mínimas sobre sanções e medidas contra os empregadores de nacionais de países terceiros em situação irregular, destinada às situações a que a atividade é praticada de forma reiterada e em condições de trabalho abusivas.

ou organizada, fomentar ou criar condições para a prática dos atos previstos é punido com pena de prisão de dois a seis anos, sendo a tentativa punível. A Proposta abarcava também alteração na medida da pena, no qual os limites passariam a ser de um a seis anos de pena de prisão para a infração prevista no art. 186º, n.º 1 e de dois a oito anos para o n.º 2. Esta proposta de alteração na versão de substituição foi apresentada pelo PS com votos a favor do PSD, PS, CDS-PP e abstenções do PCP, BE e PEV.

O cancelamento da autorização de residência previsto no art. 108º não sofre alterações quanto ao seu conteúdo após a atualização levada a cabo pela Lei n.º 29/2012 e sucessivas revisões. A nova redação do art. 69º do Decreto Regulamentar 84/2007 alterado pelo Decreto n.º 15-A/2015, além de referir-se ao cancelamento da autorização de residência previsto no art. 108º da Lei de Estrangeiros, deve ser lido em conjugação com o art. 121º-A, n.º 2 da Lei de Estrangeiros, assim, será cancelado o título de autorização de residência concedido ao abrigo do reagrupamento familiar dos beneficiários do cartão azul UE desde que no procedimento para concessão do direito se produza prova de que o casamento, que lhe subjaz teve por fim único a entrada e residência no país. Neste sentido, verificada a prática do crime de casamento branco, do ponto de vista administrativo serão realizados inquéritos e controles específicos, bem como audiência com o cidadão estrangeiro para emissão da decisão de cancelamento da autorização de residência ao abrigo do reagrupamento familiar. A decisão de cancelamento é comunicada por via eletrónica ao ACIDI, I.P.<sup>115</sup>, e ao Conselho Consultivo<sup>116</sup>, sem prejuízo das normas aplicáveis em matéria de proteção de dados pessoais.

O art. 108º dedica-se exclusivamente aos casos de reagrupamento familiar, enquanto as medidas gerais de cancelamento de autorização de residência encontram-se previstas no art. 85º da Lei de Estrangeiros, assim, é o art. 108º a norma por excelência que trata do cancelamento da autorização de residência aquando comprovação de um casamento branco, que é operado independentemente de qualquer outro processo, seja

---

<sup>115</sup> De acordo com o art. 3º, n.º 1 do Decreto-lei n.º 167/2007, de 3 de maio, o ACIDI, I.P. tem por missão colaborar na concepção, execução e avaliação das políticas públicas, transversais e setoriais, relevantes para a integração dos imigrantes e minorias étnicas, bem como promover o diálogo entre as diversas culturas, etnias e religiões. Essas atribuições atualmente correspondem ao Alto Comissariado para as Migrações (ACM).

<sup>116</sup> O Conselho Consultivo para Assuntos da Imigração é previsto no art. 6º do Decreto-lei n.º 167/2007, sendo sua missão assegurar a participação e a colaboração das associações representativas dos imigrantes, dos parceiros sociais e das instituições de solidariedade social na definição das políticas de integração social e combate a exclusão. Compete ao órgão (cf. n.º 4 do art. 6º) pronunciar-se sobre projetos de diploma relativamente aos direitos dos imigrantes; participar na definição de políticas de integração social que visem a eliminação das discriminações e promovam a igualdade; participar na definição de medidas de ações que visem a melhoria das condições de vida dos imigrantes e acompanhar sua execução; participar na defesa dos direitos dos imigrantes com respeito pela sua identidade e cultura, formulando propostas com vista à sua promoção e exercer outras competências que lhe sejam atribuídas por lei.

criminal, disciplinar ou outro (cf. art. 69º do Decreto Regulamentar 84/2007 alterado pelo Decreto 15-A/2015)<sup>117</sup>.

Face ao exposto, verifica-se que a criminalização do casamento de conveniência consiste em uma *medida preventiva*, que visa através da tipificação da prática em lei extravagante<sup>118</sup> coibir ou impedir a utilização do matrimônio como via de acesso à nacionalidade e à residência. Para compreendermos a tipificação como medida preventiva, temos de recorrer à discussão doutrinal sobre a finalidade da pena.

Em sede da teoria geral do direito penal, a finalidade da pena é compreendida por duas teorias, de um lado a teoria absoluta na qual a pena é vista como um instrumento de retribuição ou expiação, como exemplo histórico cita-se a Lei de Talião e a teoria relativa, para a qual a pena é um instrumento de prevenção. Com o desenvolvimento do Estado de Direito, é pacífico na doutrina o entendimento de que a pena criminal é uma medida de prevenção. Por sua vez, esta teoria subdivide-se em dois subtipos, a doutrina da prevenção geral e a doutrina da prevenção especial ou individual. Na primeira, a pena é concebida como um mecanismo que atua de forma psicológica “[...] *sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes* através da *ameaça* penal estatuída pela lei [...]”<sup>119</sup>, podendo ser por sua vez entendida como uma medida de prevenção geral negativa ou de intimidação, que visualiza a pena como um sofrimento ou uma medida de prevenção geral positiva ou de integração, na qual a pena “[...] serve para manter e reforçar a *confiança* da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela e bens jurídicos [...]”<sup>120</sup>, a essa integração Jorge de Figueiredo Dias designa de resolução de conflito social suscitado pelo crime com vista à restauração da paz jurídica<sup>121</sup>.

Por sua vez, a pena como instrumento de prevenção especial é entendida como um mecanismo que atua sobre a pessoa no sentido de evitar o cometimento de novo crime,

---

<sup>117</sup> Cf. Comentário n.º 1 ao art. 108º cancelamento da autorização de residência, cf. A.A.V.V., *A lei de estrangeiros documentada...* op. cit., consulta realizada em 30.08.2015. Por ser uma sanção a decisão de cancelamento nos termos do art. 114º, n.º 1, al. b) do Código de Procedimento Administrativo (aprovado pelo Decreto-lei n.º 4/2015, de 07 de janeiro) é notificada ao interessado devendo conter o texto integral do ato administrativo, incluindo a respectiva fundamentação; a identificação do procedimento administrativo incluindo a indicação do autor do ato e a data do mesmo; a indicação do órgão competente para apreciar a impugnação administrativa do ato e o respectivo prazo (cf. als. a), b) e c) do n.º 2 do art. 114º do CPA). O ato administrativo de cancelamento à autorização de residência de acordo com o art. 51º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (Lei n.º 15/2002, de 22 de fevereiro, alterada pelo Decreto-lei n.º 214-G/2015, de 02 de outubro) enquadra-se nos atos suscetíveis de lesar direitos ou interesses legalmente protegidos, assim, além do ato ser impugnável o seu recurso tem efeito suspensivo, pois que um dos efeitos do cancelamento é a medida de afastamento do interessado do território nacional (cf. Comentário n.ºs 5 e 6).

<sup>118</sup> A dogmática jurídico-penal distingue entre o designado de direito penal clássico ou primário correspondente aos crimes previstos no Código Penal relacionados de forma direta ou indireta aos direitos, liberdades e garantias e o direito penal extravagante, também conhecido por direito penal secundário ou direito penal administrativo no qual encontra-se leis avulsas que não integram o Código ligados aos direitos sociais e à organização económica. Enquanto o primeiro, visa a defesa da esfera pessoal, embora não exclusivamente individual, a segunda tem por escopo a tutela da esfera social, da comunidade, cf. DIAS, *Direito penal... op. cit.*, 2007, p. 121.

<sup>119</sup> Cf. DIAS, *Direito penal... ibid.*, 2007, p. 50. (itálicos no original)

<sup>120</sup> Cf. DIAS, *Direito penal... ibid.*, 2007, p. 51 (itálico no original)

<sup>121</sup> Cf. DIAS, *Direito penal... ibid.*, 2007, pp. 51 - 53

ou seja, tem por finalidade a prevenção da reincidência. Também esta concepção é analisada numa vertente negativa e positiva, a primeira com base na ideia de intimidação individual percebe a pena no sentido de defesa social em que a segregação do indivíduo proporcionada pela pena de prisão o atemoriza ao ponto de evitar que o cometimento do ato se repita. A segunda vertente fundamenta-se no entendimento de ser a pena uma medida de reinserção social. Deixando de parte toda a crítica desenvolvida na doutrina relativamente à teoria da finalidade da pena, embora o direito penal português posicione-se em defesa de que a pena visa a prevenção da reincidência ou seja, tem por função a socialização do indivíduo e a tutela dos bens jurídico-penais num sentido de confiança da comunidade no restabelecimento da paz jurídica abalada pelo crime<sup>122</sup>, uma exceção à regra é prevista pela doutrina, na qual acreditamos encontra-se a classificação adequada para o sentido preventivo da pena aplicada ao crime de casamento de conveniência.

Como disserta Figueiredo Dias, “[...] o pensamento da prevenção individual positiva depara com dificuldades naqueles casos em que uma socialização se mostra **desnecessária**, em que o agente se não revela *carente de socialização*”<sup>123</sup>, logo a ideia de pena como meio de ressocialização não é aplicada, estando mais adequado o entendimento da teoria de prevenção especial negativa, no qual a pena traduz-se como defesa social. A doutrina aponta como constante na lista dos casos em que a pena representa uma defesa social os crimes económicos (a título de exemplo, crimes fiscais, atuação ilícita do mercado, contrabando)<sup>124</sup>.

Entendendo que o bem jurídico<sup>125</sup> colocado em causa no crime de casamento por conveniência é a segurança nacional e ordem pública através do abuso ao direito de residência e de aquisição da nacionalidade, a simulação atinge toda a sociedade, não necessitando os envolvidos de medidas de ressocialização, logo estamos perante uma pena que tem por finalidade a defesa social.

Entendemos que o crime de casamento branco se enquadra no contexto dos problemas pós-modernos gerados por um crescente processo de globalização, no qual a ação humana e o desenvolvimento tecnológico se revelam como “[...] susceptíveis de

---

<sup>122</sup> Como explica DIAS, *Direito penal... op. cit.*, 2007, pp. 75 – 84, a reforma do Código Penal de 1995 determina ser o fim da pena a prevenção da prática futura de crimes adotando a concepção preventiva em sua perspectiva geral e especial, ganhando relevância o princípio da culpa que passa a ser o limite inultrapassável para a determinação da sua moldura.

<sup>123</sup> Cf. DIAS, *Direito penal... ibid.*, 2007, p. 57. (*itálico e negrito no original*)

<sup>124</sup> Cf. DIAS, *Direito penal... ibid.*, 2007, pp. 54 – 58.

<sup>125</sup> A noção de bem jurídico não é pacífica na doutrina, de modo geral, DIAS, *Direito penal... ibid.*, 2007, pp. 114 - 120 a define como a “[...] expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objecto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso [...] onde se encontre *reflectido* num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido” (*itálico no original*).

produzir **riscos globais** [...] susceptíveis de serem produzidos em *tempo e lugar* largamente distanciados da acção que os originou [...]”<sup>126</sup> situação que tem sido considerada como o atual “paradigma penal das sociedades democráticas”<sup>127</sup> a que o direito penal ainda tenta se adequar para uma resposta eficaz. Conforme argumenta Figueiredo Dias, “[a] ciência do direito penal começa a reagir a estas dificuldades. Reconhecendo que não pode ficar à espera que se verifiquem resultados lesivos [...]”<sup>128</sup> à comunidade.

As medidas adotadas pela legislação que ensejam a ideia de prevenção são, especificamente, o indeferimento do pedido de reunião familiar em caso de incumprimento às formalidades exigidas legalmente (cf. art. 106º da Lei de Estrangeiros); o cancelamento do direito à residência (cf. art. 108º); a condenação a pena privativa de liberdade (cf. art. 186º) e a recusa ou retirada do direito de residência e apoio social (cf. art. 31 da Lei n.º 37/2006).

No entanto, embora a ação subjacente ao tipo seja o casamento e união de fato simulados, estes não constituem uma medida tipificada no capítulo *Dos crimes contra a família* previsto na Secção 1, Capítulo 1, Título IV do Código Penal do qual fazem parte o crime de bigamia (cf. art. 247º), falsificação de estado civil (cf. art. 248º), subtração de menor (cf. art. 249º) e violação da obrigação de alimentos (cf. art. 250º). Porém, do CP são consideradas medidas preventivas podendo ser associados à violação ao reagrupamento familiar os regimes previstos nos arts. 248º e 256º do CP, que se referem respectivamente à falsificação de estado civil e falsificação de documentos<sup>129</sup>.

---

<sup>126</sup> Cf. DIAS, *Direito penal... op. cit.*, 2007, pp. 134 – 135 (*negrito e itálicos no original*)

<sup>127</sup> Mais sobre o novo paradigma também considerado crise do direito penal ver DIAS, *Direito penal... ibid.*, 2007, p. 133 e ss.

<sup>128</sup> Cf. DIAS, *Direito penal... ibid.*, 2007, p. 136.

<sup>129</sup> Cf. A.A.V.V., *A utilização indevida do direito ao reagrupamento familiar... op. cit.*, 2012, pp. 18 – 19. O regime jurídico da falsificação do estado civil, constante no art. 248º do CP é aplicado a quem fizer figurar no registro civil de nascimento inexistente ou de maneira a pôr em perigo a verificação oficial de estado civil ou posição jurídica familiar, usurpar, alterar, supuser ou encobrir o seu estado civil ou posição jurídica familiar de outra pessoa. A prática deste crime é punida com pena privativa de liberdade até dois anos ou com pena de multa até duzentos e quarenta dias. Quanto ao crime previsto no art. 256º sob a epígrafe falsificação ou contrafação de documento, com redação dada pela Lei n.º 59/2007, de 04 de setembro, quem com intenção de causar prejuízo a outra pessoa ou ao Estado, de obter para si ou para outra pessoa benefício ilegítimo, ou de preparar, facilitar, executar ou encobrir outro crime, fabricar ou elaborar documento falso, ou qualquer dos componentes destinados a corporizá-lo; falsificar ou alterar documento ou qualquer dos componentes que o integram; abusar da assinatura de outra pessoa para falsificar ou contrafazer documento; fizer constar falsamente de documento ou de qualquer dos seus componentes fato juridicamente relevante; usar documento falso e por qualquer meio, facultar ou detiver documento falsificado ou contrafeito. O crime é punido com pena de prisão até três anos ou pena de multa, sendo a tentativa também punível. A sanção é agravada se a falsificação ou contrafação disserem respeito a documento autêntico ou com igual força, sendo o agente punido com pena de prisão de seis meses a cinco anos ou pena de multa de sessenta a seiscentos dias. No entanto, se esses fatos forem praticados por funcionário, no exercício das suas funções, a pena de prisão é elevada para a moldura de um a cinco anos. A aplicação do regime previsto no art. 256º do CP é conjugada ao art. 255º do mesmo diploma que define em termos gerais o que devemos entender por documento, sendo este, a declaração corporizada em escrito, ou registrada em disco, fita gravada ou qualquer outro meio técnico, inteligível para a generalidade das pessoas ou para um certo círculo de pessoas que, permitindo reconhecer o emitente, é idónea para provar fato juridicamente relevante, quer tal destino lhe seja dado no momento da sua emissão quer posteriormente; bem assim materialmente feito, dado ou posto numa coisa para provar fato juridicamente relevante e que permite reconhecer à generalidade das pessoas ou a certo círculo de pessoas o seu destino e a prova que dele resulta. Por documento de identificação ou de viagem, o preceito esclarecer ser o cartão de cidadão, o bilhete de identidade, o passaporte, o visto, a autorização ou título de residência, a carta de condução, o boletim de nascimento, a cédula ou outros certificados ou atestados a que a lei atribui força de identificação das pessoas, ou do seu estado ou situação profissional, donde possam resultar direitos ou vantagens, designadamente no que toca à subsistência, aboletamento, deslocação, assistência médica, saúde ou meios de ganhar a vida ou de melhorar o seu nível.

Ainda em sede criminal, destaca-se a Lei Quadro da Política Criminal, Lei n.º 17/2006, de 23 de maio, que regula a condução da política criminal autorizando a definição dos objetivos, prioridades e orientações em matéria de prevenção da criminalidade proposta pelo governo à Assembleia da República através das denominadas leis sobre política criminal. Desde a sua entrada em vigor tutelou até ao momento três normas que pretendem estabelecer os objetivos gerais e específicos da política criminal prosseguida durante biênios, fixando as prioridades a incidir que se estende desde o policiamento pelas forças de segurança até à execução das penas. Destas três normas, apenas na Lei n.º 38/2009, de 20 de julho que define os objetivos, prioridades e orientações da política criminal para o biênio 2009-2011 determina ser o crime de casamento de conveniência no âmbito da legislação avulsa um crime de investigação prioritária tendo em conta a gravidade do mesmo e a necessidade de evitar a sua prática futura (cf. arts. 4º, n.º 1, al. *f*). Nas fundamentações à lei, justifica o legislador que a inclusão do casamento de conveniência nos crimes de investigação prioritária pretende impedir a utilização deste meio como forma de defraudar a legislação em matéria de imigração e nacionalidade. Conforme consta de declarações do SEF no Ac. do STA de 30 de agosto de 2009, esse reconhecimento do legislador demonstra a natureza gravosa e danosa de tais condutas ao Estado português.

A legislação anterior, Lei n.º 51/2007, de 31 de agosto referente ao biênio 2007 – 2009 e a que atualmente se encontra em vigor, a Lei n.º 72/2015, de 20 de julho para o biênio 2015-2017 não preveem o casamento branco como crime de prevenção e investigação prioritária. O primeiro diploma consagra como tal o crime de auxílio a imigração ilegal (cf. art. 3º, al. *f*) e art. 4º, als. *d*) e *f*). A atual norma em sua fundamentação relaciona o crime de falsificação de documento, considerado crime de investigação prioritária (cf. art. 2º, al. *h*)) como instrumento que serve de meio para a prática dos crimes de tráfico de pessoas e de auxílio à imigração ilegal, porém apenas o primeiro consta na lista das prioridades a serem prevenidas.

Como consequência da criminalização do casamento branco, o Instituto dos Registos e Notariado (IRN), com vista a evitar a responsabilização disciplinar e criminal dos seus agentes em decorrência do disposto no art. 186º, n.º 2 da Lei de Estrangeiros que prevê punição para aquele que criar condições para a prática do crime, passa a auxiliar o SEF no combate aos casamentos brancos, suspendendo o processo preliminar de casamento quando haja suspeita no pedido apresentado por um casal transnacional em uma Conservatória do Registro Civil em território nacional, dando a conhecer sobre o

mesmo ao SEF e ao Ministério Público. Para isso, emite em 2009 o parecer P.º C. C n.º 34/2009 SJC-CT, de 25 de novembro, que vem esclarecer o conservador sobre o procedimento a adotar diante de suspeita de casamento branco, concluindo que este “[...] constitui um crime público, e [que] a constitucionalidade da norma incriminadora (cf. art. 186º da Lei n.º 23/2007) nunca foi posta em causa, [assim] de forma alguma pode estar constitucionalmente garantido o direito a celebrá-lo”<sup>130</sup>, desse modo, ao comunicar ao MP e ao SEF sobre os indícios de fraude, deve aguardar a decisão, uma vez que às conservatórias não compete a investigação de crimes, desta forma,

[n]o caso de existirem factores que apoiem a presunção de que se trata de casamento de conveniência, a celebrar ou a transcrever, o conservador deve comunicá-lo ao SEF para efeitos de investigação, com conhecimento do Ministério Público, e suspender o respectivo processo de casamento, que ficará a aguardar o resultado dessa comunicação<sup>131</sup>.

Sobre o art. 186º da Lei de Estrangeiros, o parecer do IRN P.º C. C. 24/2010 SJC-CT esclarece que

[a] ratio legis do preceito que criminaliza o casamento de conveniência evidencia que a situação que tal normativo quer proibir é a do casamento ser contraído com o único objetivo de, por esse meio, o estrangeiro se instalar definitivamente em qualquer país do espaço Schengen, esteja ele já a viver num desses países, nomeadamente Portugal, ou não<sup>132</sup>

Quanto aos sujeitos que mais frequentemente estão envolvidos com o crime de casamento branco, destaca o parecer do IRN P.º C.C n.º 64/2003 DSJ que são considerados nacionalidades de risco: Índia, Paquistão, Bangladesh, Nepal, China, países árabes e Magrebe desde janeiro de 2003, de acordo com a jurisprudência e a comunicação social essas são as nacionalidades mais envolvidas com a prática cometida por organizações criminosas<sup>133</sup>. Grassi refere que recorrem aos casamentos organizados em agências matrimoniais sobretudo mulheres originárias de países da ex-União Soviética e pessoas de ambos os sexos de nacionalidade brasileira<sup>134</sup>, já os casamentos em que a

<sup>130</sup> Cf. IRN. P.º C.C. 34/2009 SJC – CT de 25 de novembro de 2009, p. 7 (*interpolação nossa*).

<sup>131</sup> Cf. IRN. P.º C.C. 34/2009 SJC – CT de 25 de novembro de 2009, p. 9. Sobre situação conexa, delibera o IRN no P.º C. C. 24/2010 SJC-CT que também deve ser comunicado ao SEF e ao MP sobre a solicitação de certificado de capacidade matrimonial por nacional português que pretenda se casar no estrangeiro com um cidadão estrangeiro, tenha esse pedido sido feito em consulado ou diretamente na conservatória de registo civil, cf. art. 163º do CRegCiv. Deliberando ainda que é manifestamente irrelevante a situação irregular do nubente estrangeiro ou a falta de um título de residência válido tanto em território nacional quanto no espaço Schengen, pois que a situação administrativa regular “[...] não é por si só determinante da inexistência do crime *sub judicio* nem a sua situação ilegal é *per se* factor obstativo da instauração (e celebração) do casamento, como já ficou decidido no P.º C. C. 14/2011 SJC-CT” (cf. IRN. P.º C. C. 24/2010 SJC-CT, 12 de dezembro de 2011, p. 3). se for detectado no processo preliminar de casamento desencadeado pelo pedido de certificado de capacidade matrimonial a intenção da prática do crime de casamento branco, deve ser recusada a emissão do certificado por “[...] violar princípios fundamentais da ordem pública internacional do Estado português” (cf. IRN. P.º C. C. 24/2010 SJC-CT, 12 de dezembro de 2011, p. 4). Mais sobre orientação a processo preliminar de casamento entre nacional e estrangeiros em Portugal ver IRN. P.º C. C. 68/2010 SJC-CT, 12 de dezembro de 2011.

<sup>132</sup> Cf. IRN. P.º C. C. 24/2010 SJC-CT, 12 de dezembro de 2011, p. 3

<sup>133</sup> Cf. “Caso dos casamentos por conveniência conhece sentença”, in *Correio da Manhã* [online]. 06.07.2011, texto disponível em <http://www.cmjornal.xl.pt/nacional/portugal/detalhe/caso-dos-casamentos-por-conveniencia-conhece-sentenca.html> [05.09.2015]. “Desmantelada rede de casamentos de conveniência com ligações a Portugal”, in *Expresso* [online]. 20.11.2012, texto disponível em <http://expresso.sapo.pt/actualidade/desmantelada-rede-de-casamentos-de-conveniencia-com-ligacoes-a-portugal=f768423> [05.09.2015].

<sup>134</sup> Cf. GRASSI, “Formas migratórias: casar com o passaporte...” *op. cit.*, 2006, p. 296.

imigração se dá a título individual sem intermediários e redes quando muito conta com a presença de outros parentes ou amigos, estão no topo da lista brasileiros e nacionais dos PALOP<sup>135</sup>.

## **1.2 Matrimônios de complacência como crime de auxílio à imigração ilegal, o sistema espanhol**

Tem sido crescente o número de casos de casamentos brancos entre nacionais espanhóis e estrangeiros ou entre estrangeiros residentes em Espanha, apontam os estudos de Alfonso Luis Calvo Caravaca e Javier Carrascosa González. Regra geral, os envolvidos segundo os autores, acordam entre si que nunca haverá convivência matrimonial ou vontade de formar uma família, separando-se de pessoas e bens ou requerendo o divórcio, que de acordo com o art. 81, n.º 1 do CCiv espanhol pode ocorrer três meses depois da celebração do casamento<sup>136</sup>.

A detecção dos casamentos de conveniência está inserida em três vertentes, uma civil, assente nos procedimentos ocorridos para o registro civil, pois que para o pleno reconhecimento dos efeitos produzidos pelo matrimônio é necessário à sua inscrição no Registro Civil (cf. art. 61 do CCiv), vertente esta, com maior desenvolvimento no ordenamento espanhol a que nos dedicaremos no próximo capítulo, mas que enquadra o matrimônio de complacência como ilícito administrativo; outra administrativa, vinculada aos requisitos de entrada e permanência previstos da Lei de Estrangeiros que permitem o reagrupamento familiar e por fim, uma perspectiva criminal, quando o fato preencha os requisitos inscritos no Código Penal enquadrado na secção dos delitos contra os direitos dos cidadãos estrangeiros.

Em Espanha, o casamento branco no âmbito penal conforme delibera a Circular n.º 1/2002, de 19 de febrero sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería, criminaliza os agentes no tipo penal de *auxílio à imigração ilegal*. Analisando, portanto, o cometimento de um crime, diferentemente do ordenamento português, o casamento de conveniência em Espanha não autonomiza a tipificação legal, não havendo previsão seja no Código Penal seja em lei

---

<sup>135</sup> Cf. “Casamentos de conveniência são cada vez mais investigados pelas autoridades”, in *Jornal de Notícias* [online]. 09.09.2012, texto disponível em <http://m.jn.pt/m/newsArticle?contentId=2760394&related=no> [04.09.2015]; “Casamentos gays usados em fraude”, in *Correio da manhã* [online]. 24.04.2013, texto disponível em <http://www.cmjornal.xl.pt/nacional/portugal/detalhe/casamentos-gays-usados-em-fraude.html> [05.09.2015].

<sup>136</sup> Cf. CALVO CARAVACA e CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de familia... op. cit.*, 2008, p. 119.

especial do crime designado de casamento por complacência<sup>137</sup>. O ato é subsumido ao crime previsto no art. 318 bis, adicionado ao Código Penal em decorrência da publicação da Ley Organica n.º 4/2000, de 11 de enero, sobre derecho y libertades de los extranjeros en España y su integración social, sob o Título XV bis “Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros” que deve ter sua leitura sempre associada ao Título XV “De los delitos contra los derechos de los trabajadores”<sup>138</sup>.

Para o art. 318 bis, n.ºs 1 e 2, aquele que intencionalmente ajude uma pessoa que não seja nacional de um Estado membro da União Europeia a entrar em território espanhol ou transitar através do mesmo de modo a deixar de forma vulnerável a legislação de entrada ou trânsito de estrangeiros, será sancionado com pena de multa de três a doze meses ou prisão de três meses a um ano, não havendo punição quando o objetivo do autor for unicamente prestar ajuda humanitária. Sendo agravada a pena nos casos em que o fato é cometido com intenção de lucro. É considerada entrada ilegal a efetuada mediante fraude ao se empregar documentos falsos no qual se pretenda ocultar a verdadeira identidade, bem como documentação que, não sendo fisicamente falsa não corresponda à realidade dos fatos visando assim iludir o controle administrativo<sup>139</sup>.

Em seguida, prevê a norma (n.º 3) que a moldura penal será agravada para pena de prisão de quatro a oito anos quando concorra alguma das seguintes circunstâncias: a) quando os fatos são cometidos por uma organização criminosa, sendo que, quando se trate de chefes, administradores ou encarregados dessas organizações ou associações, será aplicada a pena em sua metade superior, que poderá ser ainda elevada ao valor total; b) quando colocar em perigo de vida as pessoas objeto da infração, ou se tiver criado um perigo de causar graves lesões, a pena passa a ser de prisão de seis a doze anos se o ato for realizado por agente ou funcionário público que se prevaleça de sua autoridade (n.º 4).

O ordenamento jurídico espanhol distingue a sanção bem como a moldura penal de acordo com a finalidade a que o ato tenha sido praticado, assim, aponta a Circular

---

<sup>137</sup> Cf. A.A.V.V., *Usos indebidos del derecho de reagrupación familiar... op. cit.*, 2012, p. 21, “[...] contraer matrimonio de manera simulada [en España], [...] no constituye delito alguno en sí mismo” (*interpolação nossa*).

<sup>138</sup> Antes das modificações introduzidas pela LO 4/2000 a criminalização do casamento por conveniência encontrava-se dispersa pelo Código Penal sobre as rúbricas a) “De los delitos contra los derechos de los trabajadores” no qual incorria na prática de crime quem empregasse um estrangeiro sem permissão de trabalho (cf. art. 312), promovesse a facilitação da imigração clandestina com vista ao trabalho (cf. art. 313) e por fim a incriminação daquele que cometesse discriminação em local de trabalho por razão de raça, etnia ou nacionalidade; b) “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales” que se dedicava criminalizar a prostituição e corrupção de menores, abarcando também o tráfico de pessoas com o propósito de exploração sexual (cf. art. 188 n.º 2), cf. Circular n.º 1/2002 de 19 de febrero.

<sup>139</sup> A Circular n.º 1/2002 reconhece que existe uma dificuldade para detecção nesses movimentos migratórios de documentos falsos, principalmente daqueles, conforme designação do próprio diploma “mascarados de veracidad” que aparentam uma legalidade, exigindo, portanto, um maior esforço de investigação.

n.º1/2002 que essa distinção traduz um problema referente ao concurso de crime<sup>140</sup>, ou seja, se o casamento branco não tiver por intenção o acesso ao mercado de trabalho, ou seja, não visar uma autorização para trabalhar em território nacional o crime cometido preenche o art. 318 bis do CP classificado apenas como auxílio à imigração ilegal.

No entanto, se a prática visar o acesso ao trabalho aplica-se a medida penal do art. 313 do CP no qual a pena de prisão será de dois a cinco anos e multa de seis a doze meses para quem determine ou favoreça a imigração de pessoas para outro país com base num contrato ou colocação de trabalho simulado. No caso de casamento simulado com fim de traficar pessoas para exploração sexual, a pena será de cinco a dez anos com pena de multa de doze a vinte e quatro meses se a vítima for menor de dezesseis anos e pena de prisão de quatro a seis anos e pena de multa de doze a vinte e quatro meses (cf. art. 318 bis, n.º 1 e 2 c/c art. 188, n.º 2 do CP). Quando o tráfico de pessoas for realizado por organização criminosa a pena de multa será de seis a oito anos de prisão (cf. art. 177 bis, n.º 6 do CP).

O crime de falsidade documental pode ser verificado quando o casamento foi celebrado com base na apresentação de documentos falsos no processo preliminar de casamento, com moldura penal de seis meses a três anos de prisão e multa de seis a doze meses (cf. art. 392, n.º 1 c/c 390, n.º 1 do CP), sendo também considerado crime o uso de documento, despacho, certificação ou documento de identidade falsa realizado por quem não está legitimado a fazê-lo (cf. art. 400 bis do CP). Prevê ainda a Circular, que a pena não é agravada pela quantidade de vítimas. O recurso encontra-se previsto na Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Conclui a Circular n.º 1/2002 que a posição do cidadão estrangeiro nos casos de entrada ilícita, como se classifica administrativamente o casamento branco através da tipificação como auxílio à imigração ilegal acaba por situá-lo por um lado como vítima de um delito de tráfico ilegal e por outro como autor, responsável pela infração administrativa que pode acarretar sua expulsão ou devolução do território nacional, sendo agravada quando atua em colaboração com as organizações criminosas.

Porém, o maior desenvolvimento legal pelo ordenamento jurídico espanhol sobre o tema dos casamentos brancos dá-se numa ótica civilista, cuja pretensão é a prevenção à prática da fraude, portanto, tem destaque as normas que visam direccionar e esclarecer os oficiais do Registro Civil para a detecção dos casos, cujo enfoque recai sobre a

---

<sup>140</sup> Cf. A.A.V.V., *Usos indebidos del derecho de reagrupación familiar... op. cit.*, 2012, p. 21, “[l]a posibilidad de que el matrimonio fraudulento resulte analizado por los tribunales penales españoles solo se da si esa simulación va conectada a outro hecho delictivo [...]” como o favorecimento a imigração ilegal ou falsificação de documentos.

elucidação do consentimento matrimonial no processo preliminar de casamento, como consequência, boa parte da jurisprudência espanhola que retrata o tema encontra-se nas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN).

Neste sentido, várias são as resoluções emanadas pela DGRN que visam identificar e dar as diretrizes para que os conservadores tanto em Espanha quanto no estrangeiro (embaixadas e consulados) se pautem na tentativa de detecção de casamentos de conveniência<sup>141</sup>. A primeira norma específica sobre a questão, ganha publicidade com a aprovação da Instrucción de 9 de enero de 1995, como já descrito, começa por afirmar que com o aumento de casamentos entre um espanhol domiciliado em Espanha e um estrangeiro domiciliado fora de Espanha muitos são os motivos para se suspeitar que através dessas uniões se pretende exclusivamente facilitar a entrada e permanência do estrangeiro em território nacional, em virtude disso, é necessário garantias formais e materiais de que a real intenção seja formação de uma família.

Para tal, prevê a instrução um duplo grau de investigação, um *a priori*, no qual se pretende evitar a celebração de matrimônios de conveniência e outro *a posteriori* através de ação judicial que pode ser exercida pelo Ministério Fiscal. Como destaca no seu preâmbulo, a DGRN não tem competência sobre as matérias relacionadas à legislação de estrangeiros, podendo unicamente ditar instruções correspondentes ao Registro Civil, mas que não visam limitar o direito fundamental de contrair matrimônio. A Instrucción de enero de 1995 visava capacitar o conservador do Registro Civil a verificar a autenticidade do consentimento dos contraentes em fase de processo preliminar de casamento, desta forma desenvolve matérias contidas no Reglamento de Registro Civil (RRC) nomeadamente a delimitação da competência para instrução do procedimento, passa a exigir a assinatura de ambos os nubentes no pedido inicial, faz ainda referência a intervenção do Ministério Fiscal, expõe sobre a expedição de certificado de capacidade matrimonial, prevê a faculdade do casamento por meio de procurador e destaca como sendo trâmite fundamental a audiência reservada e por separado dos nubentes<sup>142</sup>.

Com base no exposto, a questão principal regulamentada pela Instrucción de 1995 é uma análise ao *consentimento matrimonial*. A Constituição Espanhola (CE) em seu art. 32, n.º 1 determina que o homem e a mulher têm direito a contrair matrimônio com plena

---

<sup>141</sup> Mais sobre ver: Alberto PANIZO Y ROMO DE ARCE, “Síntese legislativa del tratamiento em España de los matrimonios de complacencia”, in *Revista de Derecho Privado*, 91, n.º 2, Madrid, Mar./Abr. 2007; A.A.V.V., *Usos indebidos del derecho de reagrupación familiar... op. cit.*, 2012, p. 12.

<sup>142</sup> FERNANDEZ MASIA, “De la ficción a la realidad...” *op. cit.*, 1998, p. 635 ressalta que a Instrucción de 1995 possui uma posição contrária à Instrucción também da DGRN de 22 de março de 1974 pois que esta “[...] se trataba de impedir dilaciones y complejidades en el procedimiento que podía dar lugar el expediente cuando se trataba de matrimonio mixtos”.

igualdade jurídica<sup>143</sup>, porém, em seguida (n.º 2) remete para o Código Civil a regulação das formas do matrimônio, a determinação da idade nupcial, a capacidade, o desenvolvimento dos direitos e deveres dos cônjuges bem como as causas de separação, dissolução e os seus efeitos. Essas matérias estão reguladas dos arts. 42 a 107 do CCiv.

Considerado como “[...] ingrediente básico del matrimonio”<sup>144</sup> o art. 45 do CCiv é peremptório ao afirmar que não há matrimônio sem consentimento matrimonial, preceito esse que é complementado pelo art. 73, n.º 1 do CCiv<sup>145</sup> para o qual é nulo qualquer que seja a sua forma de celebração o matrimônio celebrado sem consentimento matrimonial, pois que é através do consentimento que os nubentes manifestam sua vontade de aceitar os direitos e deveres decorrentes do casamento, “[...] se quiere a la otra persona según un determinado esquema negocial que tiene un contenido propio, no extendible al mero querer vivir juntos”<sup>146</sup>.

A colação do consentimento se faz através da aplicação das normas do Direito Internacional Privado. De acordo com o art. 9, n.º 1 do CCiv as questões relativas ao casamento são do foro pessoal uma vez que modificam o estado civil, logo a lei no caso em concreto deve ser aplicada de acordo com a lei pessoal ou melhor, lei da nacionalidade<sup>147</sup>. Portanto, é competente a lei pessoal para avaliar questões como se o consentimento é real ou aparente, os efeitos do consentimento viciado ou simulado, o prazo para intentar ações de nulidade e as pessoas legitimadas para tal, porém, há que se ressaltar que diante de leis estrangeiras que permitam celebração de casamentos brancos

---

<sup>143</sup> Com igual redação o art. 44 do CCiv afirma que o homem e a mulher têm direito a contrair matrimônio. Com a aprovação da Ley 13/2005, de 1 de julio, passa a ser reconhecido juridicamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, ganhando nova redação a 2ª parte do art. 44 do CCiv na qual têm-se que o matrimônio terá os mesmos requisitos e efeitos quando ambos os contraentes sejam do mesmo ou de sexo diferentes.

<sup>144</sup> Cf. FERNANDEZ MASIA, “De la ficción a la realidad...” *op. cit.*, 1998, p. 629.

<sup>145</sup> No projeto de lei de reforma à regulação do casamento do Código Civil publicado no Boletín Oficial de las Cortes Generales em março de 1980 previa no art. 73, n.º 5 que seria considerado nulo o matrimônio simulado. No entanto, após discussões a Comissão aprova o texto com a seguinte redação art. 73, n.º 1 “es nulo [...] el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial” preceito complementado pelo art. 45, 1ª parte “no hay matrimonio si consentimiento matrimonial”, a alteração foi proposta pela bancada socialista cf. Luis Ignacio ARECHEDERRA ARANZADI, “Ius nubendi y simulación matrimonial (comentario a la RDGRN de 30 de mayo de 1995)”, in *Derecho Privado y Constitución*, Madrid, n.º 7, septiembre-diciembre, 1995, pp. 302 - 303.

<sup>146</sup> Cf. FERNANDEZ MASIA, “De la ficción a la realidad...” *op. cit.*, 1998, p. 629. Ao analisar a Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 9 de octubre (2º), que trata de um o recurso a um indeferimento de um pedido de autorização de casamento acusado pelo Ministério Fiscal de ter por objetivo a obtenção de nacionalidade, pronuncia-se a DGRN que perante o conflito de direitos e sendo o *ius nubendi* um direito fundamental reconhecido a nível internacional e constitucional, qualquer limitação deve fundar-se em uma certeza racional absoluta quanto ao obstáculo que impeça legalmente que o ato se concretize e portanto, outras diligências que poderiam ser efetuadas além de atrasar a celebração não chegariam necessariamente a clarificar de modo indubitável a vontade interna, visto ser muito raro a existência de provas diretas de uma simulação de consentimento, conclui por autorizar a realização do matrimônio, ARECHEDERRA ARANZADI. “Ius nubendi y simulación matrimonial...” *op. cit.*, p. 308 invoca que com base nesta afirmação presente na Resolución seria de se considerar inconstitucional a Instrucción de 9 de enero de 1995 por limitar o direito a contrair matrimônio. Esta posição no entanto não foi partilhada pela doutrina.

<sup>147</sup> Alfonso-Luis CALVO CARAVACA e Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonios de conveniencia y turismo divorcista: práctica internacional española”, in *Actualidad Civil*, n.º 6, 1998, p. 129 afirmam que “[...]a regulación del matrimonio en DIPr. español es deficiente, fragmentaria e incompleta” pois que como afirmam AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO e GRIEDER MACHADO, “El matrimonio de conveniencia...” *op. cit.*, 2000, pp. 3213 - 3214, o sistema de DIPr espanhol “[...] carece de una norma de conflicto que expresamente designe la ley aplicable al consentimiento matrimonial”, sendo o consentimento vinculado com “[...] el estado civil y con los derechos y deberes de familia [...]” consequentemente será interpretado no âmbito do art. 9, n.º 1 do CCiv que “[...] conduce a la aplicación de las leyes nacionales de los respectivos contrayentes”.

a ordem pública internacional espanhola (cf. art. 12, n.º 3 CCiv) afasta a aplicação da norma estrangeira<sup>148</sup>.

A já citada Circular n.º 1/2002, pretende delimitar e explicar a competência dos fiscais provenientes do Ministério Fiscal em matéria de estrangeiros, especificando as situações nos campos civil, penal e contencioso-administrativo, integrando o tema com a Ley Orgánica n.º 4/2000, de 11 de enero sobre derecho y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada pela Ley Orgánica n.º 14/2003, de 20 de noviembre.

Compete aos fiscais acompanhar o processo preliminar de casamento a cargo do conservador no Registro Civil com vista à defesa da legalidade e do interesse público, devendo proceder à denúncia judicial na presença de qualquer impedimento ou obstáculo. Diante de um matrimônio de conveniência deverá o fiscal solicitar a nulidade do ato.

No entanto, aquando de um casamento celebrado no exterior, essa competência recai sobre o Canciller del Consulado (cf. art. 54 RRC), ou seja, o cônsul. Sua intervenção torna-se ainda mais incisiva no processo de investigação aos casos de matrimônios já celebrados, no qual, pode arguir a nulidade por via judicial. Prevê ainda a Circular, que aqueles que praticam ou fomentam casamentos brancos podem ter sua atuação tipificada em matéria criminal como ato de promoção, favorecimento ou facilitação de imigração ilegal<sup>149</sup>. Assim, sendo declarada a nulidade civil do casamento por ser considerado de conveniência deverá ser remetido para o Juzgado de Instrucción competente que determinará a aplicação e medida da pena.

Em 2006 verificando-se um aumento na imigração ilegal, de igual forma nos casos de casamentos brancos, é publicada a Instrucción de 31 de enero de 2006. Começa o presente diploma por apontar que como uma realidade social os enlaces se dão frequentemente mediante um preço e um acordo tácito ou expresso de que nunca haverá convivência marital autêntica, nem vontade de fundar família pois que passado um ano será decretado separação judicial ou divórcio, destacando que a problemática não se restringe apenas ao campo da aquisição de nacionalidade ou infração a lei de estrangeiros, uma vez que acolhendo um casamento por conveniência como se fosse válido, poderá

---

<sup>148</sup> Cf. CALVO CARAVACA e CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonios de conveniencia y turismo divorcista...” *op. cit.*, 1998, p. 130; AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO e GRIEDER MACHADO, “El matrimonio de conveniencia...” *op. cit.*, 2000, p. 3214.

<sup>149</sup> O auxílio à imigração ilegal também designado de tráfico de imigrantes é definido pelo *Protocolo contra o tráfico ilícito de migrantes por terra, mar e ar, que complementa a Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional* (Anexo III da Resolução 55/25 da Assembleia Geral, de 15 de novembro de 2000) no art. 3º como sendo a facilitação da entrada ilegal de uma pessoa em um Estado Parte do qual não seja nacional ou residente permanente, com o fim de obter, direta ou indiretamente, benefícios financeiros ou outros benefícios materiais. São partes desse Protocolo a União Europeia (cf. Decisão do Conselho 2006/616/CE), Portugal (cf. Resolução da Assembleia da República n.º 32/2004, de 2 de abril ratificado pelo Decreto do Presidente da República n.º 19/2004, de 2 de abril), Espanha (Instrumento de ratificación del Protocolo – BOE n.º 295, de 10.12.2003) e o Brasil (cf. Decreto n.º 5.016, de 12 de março de 2004). Mais sobre ver A.A.V.V., *Glossário de Migração e Asilo... op. cit.*, 2012, p. 27.

estar em pauta no momento da dissolução assuntos como partilha de bens e alimentos. Chamando atenção para a Recomendação (n.º 9) adotada em Estrasburgo a 17 de março de 2005, relativa à luta contra a fraude documental em matéria de estado civil resultante da Assembleia Geral de Edimburgo, realizada no ano anterior pela Comissão Internacional do Estado Civil que constituiu um grupo de trabalho específico para trocar informações e experiências sobre como combater os matrimônios brancos.

De forma completa e detalhada a Instrucción de 2006 descreve os matrimônios de complacência fundamentando-o em seus objetivos (aquisição de nacionalidade, permissão de residência e reagrupamento familiar) afirmando que a obtenção indevida de nacionalidade ou residência utiliza além da simulação de casamentos, a falsificação documental ou o falso reconhecimento de filiação. Analisa do ponto de vista do direito privado nacional e internacional, a necessidade de estabelecer a lei aplicável ao caso em concreto, concebendo o matrimônio como um negócio jurídico que tem no consentimento o elemento essencial para sua formação, concluindo com base nos arts. 45, n.º 1 e 73, n.º 1 do CCiv que os matrimônios simulados são nulos qualquer que seja a sua forma de celebração pois o matrimônio celebrado sem consentimento é nulo. Segue para uma abordagem constitucional no qual defende que o direito fundamental a contrair matrimônio livremente (cf. art. 32 CE) não ampara a realização de matrimônios de conveniência e remete a instrução do procedimento de investigação às diretrizes da Instrucción de 9 de enero de 1995 e da Resolución do Conselho de 1997.

A sanção civil prevista para os casamentos brancos é o cancelamento do assento no Registro Civil no caso de casamentos já celebrados (cf. art. 95, n.º 2 da Ley del Registro Civil e arts. 163 e 164 do Reglamento del Registro Civil) ou indeferimento do pedido de inscrição e da autorização a casar decorrente do procedimento preliminar. Prevendo ainda, a ação de nulidade intentada pelo Ministério Fiscal, com recurso para a Dirección General de los Registros y del Notariado.

### **1.3 O casamento branco como falsidade ideológica no Estatuto dos Estrangeiros brasileiro**

O tema dos casamentos brancos não possui no Brasil uma abordagem direta como no caso europeu. Somando-se a esse fato as constantes alterações das recomendações e resoluções que regulam o regime jurídico para concessão de autorização de permanência, ou visto em função do casamento, reunião familiar e/ou união estável, o desenvolvimento

científico sobre o tema se torna insipiente, debruçando-se sobre o mesmo apenas a comunicação social especialmente a partir do ano de 2012, não se encontrando referências antes desta data<sup>150</sup>. O Brasil possui um longo histórico de migrações, no entanto, a partir da década de 80 do século XX passou a ser eminentemente um exportador de mão-de-obra, com um fluxo maciço de emigrantes sobretudo para os Estados Unidos e Europa. A imigração neste período passa a ser especialmente fronteiriça, sendo o objetivo principal o acesso ao mercado de trabalho<sup>151</sup>, entretanto, conforme dados divulgados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), com base nos censos demográficos publicados nos anos 2000 e 2010 evidenciam que há uma redução em aspectos gerais na quantidade de estrangeiros que residem no país<sup>152</sup>.

Neste cenário, a construção do nosso estudo fundamenta-se na produção jurisprudencial dos tribunais de segunda instância nacionais, especificamente as várias secções dos Tribunais Regionais Federais<sup>153</sup> que têm se debruçado sobre a matéria, emanando acórdãos com decisões díspares, não existindo até o momento tendência a uma uniformização.

---

<sup>150</sup> Cita-se três reportagens que se dedicam em exclusivo numa tentativa de elucidação sobre a prática do casamento branco em território nacional. Duas foram publicadas pelo jornal *Folha de São Paulo* no ano de 2012 que apresentam casos de pessoas envolvidas com casamentos brancos e explicam as diligências efetuadas pelo Departamento da Polícia Federal na apuração dos mesmos (cf. María MARTÍN, “Estrangeiros tentam visto com ‘casamento de aluguel’”, in *Folha de São Paulo* [online], 08.07.2012, texto disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/53342-estrangeiros-tentam-visto-com-casamento-de-aluguel.shtml> [10.09.2015]; María MARTÍN, “Polícia Federal faz vistorias em busca de fraudes em casamentos”, in *Folha de São Paulo* [online], 08.07.2012, texto disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2012/07/1116993-policia-federal-faz-vistorias-em-busca-de-fraudes-em-casamentos.shtml> [10.09.2015]), e uma transmitida pelo programa televisivo *Fantástico* do canal Rede Globo edição do dia 23.09.2012 sob o título “Mulheres cobram até R\$ 40 mil para se casarem com estrangeiros no país” (cf. “Mulheres cobram até R\$ 40 mil para se casarem com estrangeiros no país” in *Fantástico*, Rio de Janeiro/São Paulo, Rede Globo, 23.09.2012. Programa de TV disponível em <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2012/09/mulheres-cobram-ate-r-40-mil-para-se-casarem-com-estrangeiros-no-pais.html> [10.09.2015]) Além da *Operação Panorama* levada a cabo pela Polícia Federal com vista a apurar um esquema de imigração ilegal de estrangeiros para o Brasil através da falsificação de documentos e de aliciamento de mulheres brasileiras para a realização de casamentos simulados sendo tratado portanto como uma questão incidental (Cf. Ac. da 7ª Turma do TRF da 4ª Região, de 19 de julho de 2005 (habeas corpus n.º 25655 PR 2005.04.01.025655-4)). As principais nacionalidades apontadas pela comunicação social que entraram no país nesse período e tentaram fixar sua permanência através do casamento branco foram alemães, espanhóis, franceses e ingleses. O contato tem sido feito através de redes sociais, especialmente o *Facebook*. cf. Eduardo CALVACANTI, “Casamento internacional: o dote vem em euros”, in *LeiaJa* [online]. 25.07.2012, texto disponível em <http://www.leiaja.com/coluna/2012/casamento-internacional-o-dote-vem-em-euros> [08.09.2015]. Mais sobre: “Europeus pagam R\$ 3 mil para casar com brasileiros”, in *Exame.com* [online], 23.07.2012, texto disponível em <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/europeus-pagam-r-3-mil-para-casar-com-brasileiros> [08.09.2015]; “Estrangeiros tentam visto com ‘casamento de aluguel’”, in *Federação Nacional dos Policiais Federais*, 09.07.2012, texto disponível em <http://fenapef.org.br/phenapef/noticia/index/38964> [08.09.2015]. Na doutrina, RAPOSO e TOGNI, *Os fluxos matrimoniais transnacionais... op. cit.*, 2009, p. 123 e DIAS, “Sobre a legitimidade do Ministério Público...” *op. cit.*, 2013, p. 5 identificam a comunidade portuguesa de sexo masculino como a que mais tem utilizado da estratégia dos casamentos de conveniência para adquirir autorização de residência no Brasil.

<sup>151</sup> No cenário internacional ganha destaque a partir do biênio 2008-2009, em decorrência da crise econômica que afetou sobretudo os Estados Unidos e os países europeus e do aquecimento da economia nacional, o que na prática provocou não apenas o ingresso de estrangeiros como principalmente, o retorno de parte dos emigrados em busca de oportunidades de trabalho. Soma-se a esse fato o fluxo de migrantes haitianos que em virtude do terremoto no ano de 2010 conquistaram o direito a um visto humanitário.

<sup>152</sup> Cf. A.A.V.V., *Censo demográfico 2000: migrações e deslocamento. Resultado da amostra*, Rio de Janeiro, IBGE, 2003, dados disponíveis em [http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/88/cd\\_2000\\_migracao\\_deslocamento\\_amostra.pdf](http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/88/cd_2000_migracao_deslocamento_amostra.pdf) [10.09.2015] e A.A.V.V., *Censo demográfico 2010: nupcialidade, fecundação e migração. Resultado da amostra*, Rio de Janeiro, IBGE, 2012, dados disponíveis em [http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/98/cd\\_2010\\_nupcialidade\\_fecundidade\\_migracao\\_amostra.pdf](http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/98/cd_2010_nupcialidade_fecundidade_migracao_amostra.pdf) [10.09.2015], entre os anos 2000 a 2010 os números censitários mostram um decréscimo na fixação de estrangeiros no território nacional, de 510.067 nos anos 2000 para 431.319 em 2010, sendo que de 2006 a 2010 fixaram residência 85.622 estrangeiros. No entanto, esses números tendem a descer ainda mais com a crise econômico-política que se instala no país nos últimos dois anos.

<sup>153</sup> Aos juízes federais compete processar e julgar os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, as causas referentes à nacionalidade e à naturalização (cf. art. 109, inc. X da CFBR). CAHALI, *Estatuto do estrangeiro... op. cit.*, 2010, p. 239, escreve que “[o] direito brasileiro não cuida expressamente do chamado casamento fiduciário, fictício ou simulado, instituto de grande interesse em matéria de expulsão de estrangeiros, e que terá sido quicá a razão de ter estabelecido o Estatuto a condição de ter sido o casamento celebrado há mais de cinco anos”.

O casamento de conveniência, como destaca a jurisprudência é compreendido como uma simulação ao casamento com finalidade de driblar a lei de imigração e nacionalidade, preenchendo o tipo legal dos crimes de falsidade ideológica (cf. art. 299 do CP) e falsificação de documento (cf. art. 304 do CP) plasmado no art. 125, inciso XIII da Lei 6.815/1980, *in verbis*: constitui infração, sujeitando o infrator às penas aqui cominadas *fazer declaração falsa em processo de transformação de visto, de registro, de alteração de assentamentos, de naturalização, ou para obtenção de passaporte para estrangeiro, laissez-passer, ou, quando exigido, visto de saída, com pena de reclusão de um a cinco anos e, se o infrator for estrangeiro, expulsão*<sup>154</sup>.

Embora o Código Penal estatua o crime de simulação de casamento no art. 239, o casamento branco não pode ser subsumido à norma, pois que a simulação em questão deve ser praticada com o intuito de enganar o nubente ou seu representante legal<sup>155</sup>, nas palavras de Cezar Roberto Bitencourt “[...] consiste na vontade consciente de enganar o outro contraente simulando casamento, por meio de engano”<sup>156</sup>. Visando proteger a formação da família, o art. 239 tem como sujeito ativo qualquer pessoa que simule o casamento ou tenha consciência do mesmo, como por exemplo, os magistrados e oficiais do Registro Civil, sendo sujeito passivo a pessoa enganada, no caso o outro nubente ou seu representante e de forma incidental o próprio Estado<sup>157</sup>. Segundo os ensinamentos de Néelson Hungria, a simulação, deve resultar “[...] para o outro contraente na convicção de que está casando seriamente”<sup>158</sup>, por isso, afirma Bitencourt que “[s]e os dois contraentes simulam o casamento, não se configura este crime, uma vez que faltou o engano de outra pessoa”<sup>159</sup>. Neste sentido, Fernando Capaz e Stela Prado em comentário a este crime esclarecem que o mesmo pode ser verificado por exemplo, quando um dos nubentes contrata autoridade para celebração do ato que não está investida pelo Estado com poderes de celebração de casamento com pretensão de enganar o outro nubente<sup>160</sup>. Como se pode verificar, a distinção entre a simulação de casamento do art. 239 e o casamento branco consiste na consciência por ambos os cônjuges quanto à prática do ilícito, não há um cônjuge que seja vítima da simulação.

---

<sup>154</sup> Cf. Ac. da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª região de 12 de março de 2009; Ac. da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região de 26 de junho de 2012.

<sup>155</sup> Quando o nubente for menor de idade o consentimento deve ser dado pelo seu representante legal (ascendente, tutor ou curador), ou seja, aquele que detenha a responsabilidade paternal.

<sup>156</sup> Cf. Cezar Roberto BITENCOURT, *Código penal comentado*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 3297 (ebook).

<sup>157</sup> Cf. BITENCOURT, *Código penal... ibid.*, 2012, p. 3296.

<sup>158</sup> Cf. Néelson HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, v. 8, 1981, p. 344, *apud* BITENCOURT, *Código penal... ibid.*, 2012, p. 3296.

<sup>159</sup> Cf. BITENCOURT, *Código penal... ibid.*, 2012, p. 3296. Na mesma linha, Fernando CAPEZ e Stela PRADO, *Código penal comentado*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 640 (ebook) afirmam que “[n]ão havendo engano de outrem (cônjuge ou seu representante legal), não há configuração do crime”.

<sup>160</sup> Cf. CAPEZ e PRADO, *Código penal comentado... ibid.*, 2012, p. 640

O crime de falsidade ideológica, previsto no art. 299 do CP compreende a omissão, em documento público ou particular, de declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigações ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. A pena prevista é de reclusão de um a cinco anos e multa, se o documento é público. Se o documento for particular a pena de reclusão tem por moldura um a três anos e multa. No parágrafo único a pena agrava-se em um sexto se o crime for cometido por funcionário público prevalecendo-se do seu cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil.

Na falsidade ideológica o documento “[...] é formalmente perfeito, sendo, no entanto, falsa a ideia nele contida”<sup>161</sup>, ou seja, é falsa a declaração, o conteúdo, contido no documento. O sujeito ativo tem legitimidade perante a lei para emissão do documento, porém o conteúdo declarado difere da realidade. Constitui crime uma vez que o bem jurídico tutelado é a fé pública quanto ao conteúdo do documento, sendo punido tanto a omissão quanto a inserção de declaração falsa ou diversa da que deveria constar no documento. “É imprescindível que a falsidade diga respeito a elemento essencial do documento público ou particular, isto é, a fato juridicamente relevante, sob pena de o fato ser atípico”<sup>162</sup>. Sobre a falsidade ideológica pronunciou-se o STJ no Habeas Corpus n.º 42727/DF, 5ª Turma esclarecendo que para a caracterização do delito de falsidade ideológica não é necessária a efetiva ocorrência de prejuízos, sendo suficiente a potencialidade de um evento danoso.

Age em concurso material de crime quem utiliza documento cujo conteúdo seja falso (cf. art. 304 do CP), porém para parte da doutrina a utilização deve ser “[...] de acordo com o fim a que se destina, [...] embora o tema não seja pacífico na doutrina [...] a simples posse do documento não configura o crime [...] sendo necessária a sua efetiva utilização”<sup>163</sup>. Capez e Prado sobre o uso de documento falso afirmam que é “[...] necessário que o agente tenha ciência da falsidade do documento, do contrário o fato é

---

<sup>161</sup> Cf. CAPEZ e PRADO, *Código penal comentado... op. cit.*, 2012, p. 743. “O documento deve, portanto, expressar manifestação de vontade ou a exposição de um fato relevante [...] o escrito deve ter o potencial de gerar consequências no plano jurídico, ou, em outras palavras, deve ter valor probatório por si só” cf. Victor Eduardo Rios GONÇALVES, *Direito penal esquematizado: parte especial*, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 668.

<sup>162</sup> Cf. CAPEZ e PRADO, *Código penal comentado... op. cit.*, 2012, p. 744.

<sup>163</sup> Cf. CAPEZ e PRADO, *Código penal comentado... ibid.*, 2012, p. 753. Com redação dada pela Lei n.º 7.209, de 11 de julho de 1984, o concurso material tem previsão no art. 69 do Código Penal, estipulando que quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas da liberdade em que haja incorrido. Caso para um dos crimes seja aplicada pena restritiva da liberdade não suspensa, para os demais crimes será incabível a substituição por pena restritiva de direito como prestação pecuniária ou prestação de serviço à comunidade ou entidade pública. O condenado cumprirá as penas simultaneamente desde que sejam compatíveis entre si e sucessivamente as demais.

atípico por ausência do dolo”<sup>164</sup> nesta hipótese o agente só poderá ser responsabilizado pela prática do crime se após ciente da falsidade continuar a usar o documento.

Uma vez que a falsidade ideológica e de documentação são realizadas no âmbito de fraude ao Estatuto dos Estrangeiros, preenche-se o conteúdo do parágrafo único do art. 309º do CP, sob a epígrafe *fraude de lei sobre estrangeiros*, introduzido pela Lei n.º 9.426/96, de 24 de dezembro de 1996, que considera crime com pena de reclusão de um a quatro anos e multa atribuir a estrangeiro falsa qualidade para promover-lhe a entrada em território nacional. A imputação a uma qualidade falsa (profissão, estado civil, etc) pode ser realizada por escrito ou oralmente<sup>165</sup>. Deste modo a imputação legal dá-se pela conjugação das normas constante no art. 309 com os arts. 299 e 304, todos do Código Penal.

O preenchimento dos tipos penais de falsificação ideológica e de documento congregados no art. 125, inc. XIII do Estatuto de Estrangeiros ocorre no momento de solicitação de visto de permanência em razão do casamento, reunião familiar ou união estável, a qual é prestada declaração de que os cônjuges não se encontram divorciados ou separados, de fato ou de direito (cf. art. 75, n.º 2, al. *a*) do Estatuto), descreve o Ac. da 1ª Turma do TRF da 3ª Região de 26 de junho de 2012, que o requerente do visto insere declaração falsa no seu processo de permanência definitiva no Brasil, consistente na afirmação de que era casado e coabitava com a coarguida.

Corroborando com essa posição, o Ac. da 7ª Turma do TRF da 4ª Região de 10 de junho de 2003, ao descrever os fatos narra que o arguido fez declaração falsa do seu estado civil, em processo de pedido de permanência definitiva no Brasil, afirmando ser casado e não estar divorciado ou separado de fato ou de direito, quando, na verdade, estava separado de fato de seu cônjuge desde a data do casamento de direito, sendo que o negócio jurídico apenas foi celebrado com a finalidade de fazer com que o denunciado obtivesse sua permanência definitiva no Brasil e em razão de promessa de pagamento de R\$ 400,00 à sua “esposa”.

No voto do Desembargador Federal Fábio Rosa, relator no acórdão supracitado de junho de 2003, declara que a respeito da prática de fraude para obtenção de visto de permanência definitiva esta deve ser analisada na seara criminal ainda que seja falsa a declaração de estado civil, não sendo necessário para solução da controvérsia suspender a ação para que o juízo civil se pronuncie sobre o estado civil dos envolvidos, como consta

---

<sup>164</sup> Cf. CAPEZ e PRADO, *Código penal comentado... op. cit.*, 2012, p. 754.

<sup>165</sup> Cf. CAPEZ e PRADO, *Código penal comentado... ibid.*, 2012, p. 764.

no art. 92 do Código de Processo Penal. Porém, para o Ministério Público, há uma espécie de dependência entre o estado civil das pessoas, que deve ser analisada nos moldes do direito civil para produção de prova, resultando assim da análise da certidão de casamento o reconhecimento do crime na ótica penal, embora reconheça que o juízo criminal possa apreciar a utilização e confecção indevida de tais documentos amoldando-os a algum tipo penal.

Entretanto, acaba o tribunal por se pronunciar no sentido da aplicação do art. 125, inc. XIII do Estatuto, embora reconheça o casamento como negócio jurídico simulado o crime que consubstancia aplicação de sanção aos arguidos é a falsidade ideológica (falsa declaração prestada em escritura pública e em declaração vertida em instrumento particular), *in verbis*, *não há como deixar de reconhecer que os acusados, deliberadamente, fizeram declaração não condizente com a verdade em processo de transformação de visto, apresentando documentos ideologicamente falsos para obter a permanência definitiva de estrangeiro no Brasil*. A comprovação da separação de fato, bem como do vício ao consentimento, apenas serve para dar força ao emprego do art. 125, inc. XIII. Segundo Yussef Said Cahali, o dispositivo contido na norma do art. 125, XIII aplica-se a “[...] todos aqueles casos de integração *in fraudem legis*, em que a nacionalidade brasileira é buscada ou obtida pelo estrangeiro por meio de registros fraudulentos”<sup>166</sup>. No entanto, destaca o autor que a fraude cometida pelo estrangeiro cuja finalidade seja a entrada e permanência no território nacional deve ser perpetrada com consciência, ou seja,

[...] é necessário que o estrangeiro tenha obtido a entrada ou permanência com violação consciente dos preceitos legais que regem a matéria: “É preciso, em suma, que o estrangeiro tenha procedido dolosamente ou com intenção predeterminada de burlar a lei ou enganar as autoridades brasileiras; praticar fraude, realmente, é agir de má-fé, com dolo, engano ou burla; sem a existência do dolo, ou melhor, sem a intenção direta ou consciente de violar o [item I do art. 65 do Estatuto], não se caracteriza o ilícito nele previsto”<sup>167</sup>

Compete ao Departamento da Polícia Federal (DPF), de acordo com o art. 12 da Portaria n.º 2.877, de 30 de dezembro de 2011, coordenar o registro de estrangeiros e controle migratório, prevendo também o mesmo diploma no art. 1º, inc. I, dentre as várias finalidades que deve o DPF apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União, sendo a imigração matéria de

<sup>166</sup> Cf. CAHALI, *Estatuto do estrangeiro... op. cit.*, 2010, p. 207.

<sup>167</sup> Cf. Yussef Said CAHALI, “Situação jurídica do estrangeiro no Brasil”, 1976, p. 115 *apud* CAHALI, *Estatuto do estrangeiro... op. cit.*, 2010, pp. 206 – 207 [*interpolação nossa*]. Em matéria de expulsão do estrangeiro por fraude, a aplicação do art. 125, XIII do Estatuto dos Estrangeiros deve ser conjugada com o art. 65, § único, al. a) do mesmo diploma que determina é passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou a moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à convivência e aos interesses nacionais. Parágrafo único: é passível, também de expulsão o estrangeiro que, praticar fraude a fim de obter a sua entrada ou permanência no Brasil.

competência privativa da União (cf. art. 22, inc. XV da CFBR). Assim, cabe ao DPF, receber os pedidos de solicitação de visto de permanência, bem como promover diligências para investigação da veracidade dos fatos apresentados, definido pela Portaria MJ n.º 04, de 7 de janeiro de 2015 que dispõe sobre os procedimentos de permanência definitiva e registro de estrangeiros, com base nas modalidades de reunião familiar, prole, casamento e união estável, de prorrogação de visto temporário, entre outras matérias emanada pelo Ministério da Justiça. O pedido e os documentos devem ser apresentados perante unidade do DPF mais próxima à residência do interessado.

## **2 Casamento como via para a imigração: o regime jurídico de entrada e permanência em território nacional**

O regime jurídico que regula a entrada e permanência do familiar estrangeiro é distinto consoante o requerente do pedido ou chamante seja um nacional ou um estrangeiro de país terceiro, que na prática traduz-se muitas vezes num tratamento legislativo diferente como nos casos de Portugal e Espanha que estabelecem as linhas de orientação para ambas as situações em diplomas normativos separados. Assim, especificamente no caso do casamento como elo que fundamenta o pedido de entrada e residência se o requerente for um nacional estaremos diante de um pedido que dará origem a um cartão de residência, enquanto que no caso em que o requerente seja um nacional de país terceiro estaremos diante da figura do reagrupamento familiar<sup>168</sup>. Dentre as solicitações de permanência em função da família Papademetriou declara que “[...] de longe o grupo mais numeroso tem correspondido e continua a corresponder ao reagrupamento familiar [...] elemento central e o multiplicador-chave de todos os sistemas migratórios”<sup>169</sup>.

Porém alguns imigrantes utilizam ou criam laços familiares seja com nacionais do país de acolhimento, seja com outro imigrante que resida legalmente no destino para atingir o seu verdadeiro objetivo que seria o mercado laboral ou a nacionalidade de certo Estado, dispostos, portanto, a fraudar o sistema, quanto aos dados referentes à “[...] própria identidade da pessoa e/ou documentação que permite o acesso ao direito de

---

<sup>168</sup> Apesar da terminologia reagrupamento familiar estar constantemente relacionada ao pedido em que os interessados são dois estrangeiros, a Lei n.º 37/2006 em seu artigo 3º utilizar a expressão *reunir* para determinar o deslocamento do familiar de nacional português ou cidadão da UE que passará a residir com o mesmo em território nacional.

<sup>169</sup> Cf. PAPADEMETRIOU, “Gerir melhor as migrações internacionais...” *op. cit.*, 2008, pp. XX – XXI.

entrada”<sup>170</sup>, sendo neste quadro que o casamento, bem como as ligações familiares, passa a ser utilizado como via para a imigração.

Apesar da expressão casamento branco encontrar-se muitas vezes referenciado na doutrina e principalmente na jurisprudência a casamentos transnacionais, em que a fraude na simulação do consentimento matrimonial para fins imigratórios é encenada por um nacional e um estrangeiro, o abuso ao reagrupamento familiar também se verifica. Marzia Grassi apresenta esta realidade como um comércio praticado por “[...] certas categorias de imigrantes que têm autorização de residência, mas que precisam complementar os baixos rendimentos obtidos em trabalhos, a maioria das vezes irregulares quanto aos benefícios sociais”<sup>171</sup>, baseando-se no estudo de campo realizado na Grande Lisboa, junto à comunidade cabo-verdiana, conclui a pesquisadora ser esta uma prática de economia informal.

Também se debruça sobre a utilização do reagrupamento familiar como fraude à lei de imigração numa abordagem jurídica o estudo desenvolvido pela Rede Europeia de Migrações, que no caso Português recebe colaboração dos Serviços de Estrangeiros e Fronteiras, tendo como objetivo “[...] identificar medidas legislativas e práticas adoptadas na prevenção da utilização indevida do direito o reagrupamento familiar [...] focalizado nos casamentos de conveniência [...]”<sup>172</sup>.

No entanto, temos que ter em atenção que embora casar para imigrar seja uma prática que tem vindo a ser condenada pelos Estados, inclusive tipificada como crime, imigrar para casar não é um ato ilícito, sendo a relação familiar fundamento e meio de aceder ao território de um Estado de forma lícita.

Desta sorte, dedicaremos algumas linhas à compreensão do regime jurídico de entrada e permanência em território nacional que subjaz os pedidos em virtude do casamento e reagrupamento familiar.

## **2.1 O casamento e o reagrupamento familiar perante o regime de imigração português**

A expressão Portugal como país de imigração deve-se segundo a doutrina a dois momentos históricos vivenciados no século XX, o primeiro fruto do 25 de Abril e do

---

<sup>170</sup> Cf. PAPADEMETRIOU, “Gerir melhor as migrações internacionais...” *op. cit.*, 2008, p. XXII.

<sup>171</sup> Cf. GRASSI, “Formas migratórias...” *op. cit.*, 2006, p. 283.

<sup>172</sup> Cf. A.A.V.V., *A utilização indevida do direito ao reagrupamento familiar...* *op. cit.*, 2012, p. 07. Mais sobre ver A.A.V.V., *Usos indebidos del derecho de reagrupación familiar...* *op. cit.*, 2012, p. 07 e ss.

processo de descolonização tornando-se destino de emigrantes e antigos colonos, que em virtude do Decreto-lei n.º 308-A/75, de 24 de julho, que retira a nacionalidade portuguesa a uma parte substancial dos portugueses-colonos, como explica Maria Ioannis Baganha, “[...] criou retroativamente uma comunidade estrangeira, ‘imigrante’, de ancestralidade africana, que vai subseqüentemente crescer devido a um processo de reunificação familiar”<sup>173</sup>, sendo portanto, a reunificação familiar o instrumento legal adotado para resolver o problema dos “novos” imigrantes em 1975<sup>174</sup>. O segundo momento, é apontando como decorrente da adesão à União Europeia, em 1986, em que a imigração passa a ser vista como mão-de-obra barata e informal sobretudo para a construção civil e serviços de limpeza, industriais e domésticos<sup>175</sup>. Contudo, ao mesmo tempo torna-se porta de entrada, juntamente com Espanha, Itália e Grécia, de trabalhadores não comunitários oriundos do norte de África, da África subsaariana e do mediterrâneo oriental, que tinham por destino os países do norte europeu que passaram a adotar medidas restritivas para entrada<sup>176</sup>. Assim, a fixação de imigrantes em Portugal, que permite a utilização da alcunha de país de imigração firma-se sobretudo em finais da década de 1990 e início dos anos 2000, passando a figurar no mapa migratório de pessoas originárias dos países africanos de língua portuguesa, em seguida do Brasil, e mas recentemente, Europa do Leste, atraídos pela “[...] modernização e internacionalização da economia portuguesa [...]”<sup>177</sup> que em decorrência dos fundos econômicos europeus, teve como consequência uma expansão do mercado de trabalho, sobretudo em setores que não exigiam qualificação dos trabalhadores.

Com uma constante produção e alterações legislativas no regime legal dos estrangeiros, o diploma que atualmente visa regular a entrada, permanência e saída de cidadãos de Estado terceiro no território nacional é a Lei n.º 23/2007, de 4 de julho alterada pela Leis n.ºs 29/2012, 56/2015 e 63/2015. A justificativa para a aprovação de um novo estatuto, escreve Paulo Manuel Costa foi apresentada no anteprojeto de proposta de lei submetido à discussão pública. Neste documento afirma o legislador que era

---

<sup>173</sup> Cf. BAGANHA, “Política de imigração...” *op. cit.*, 2005, p. 31.

<sup>174</sup> Juridicamente o termo *emigração* aplica-se a quem sai de seu país de origem cuja finalidade seja instalar-se em outro, conforme dispõe A.A.V.V., *Glossário sobre migrações*, n.º 22, Genebra, OIM, 2009, p. 24, o que por conseguinte não se configurou pois que por um lado, Portugal recebe seus nacionais de origem ultramarina, visto que tratava-se de fato de portugueses que viveram e constituíram família nos países africanos de língua portuguesa antes dos processo de independência e por outro lado retornavam cidadãos lusitanos que foram para esses países anos antes com vista a uma tentativa do governo na manutenção das terras e pretendendo evitar o conflito passa a incentivar a emigração e a fixação de portugueses sobretudo em Angola e Moçambique (cf. Francisco José Terroso CEPEDA, *Emigração portuguesa: um fenómeno estrutural*, Bragança, Instituto Politécnico de Bragança, 1995, p. 41 e ss. Assim, concluímos que o termo adequado a esta situação seria acolhimento e não imigração.

<sup>175</sup> Cf. Maria Lucinda FONSECA, *et. al.*, *Reunificação familiar e imigração em Portugal*, Lisboa, ACIME, 2005, p. 17 (Observatório da Imigração; 15).

<sup>176</sup> Cf. FONSECA, *Reunificação familiar e imigração em Portugal... ibid.*, 2005, loc. cit.

<sup>177</sup> Cf. Alexandre ABREU e João PEIXOTO, “Demografia, mercado de trabalho e imigração de substituição: tendências, políticas e prospectiva no caso português”, in *Análise Social*, vol. XLIV, 2009, p. 738.

necessário adotar um quadro jurídico coerente e responsável, que estivesse de acordo com a realidade social e que visava promover a imigração e combater a imigração ilegal<sup>178</sup>. Para Costa essas constantes e sucessivas alterações legislativas nada mais visam do que provocar instabilidades seja na comunidade quanto nas instituições públicas, fomentando a incerteza e insegurança nos imigrantes em relação ao entendimento do seu estatuto jurídico na sociedade de acolhimento, apontando ainda que

[...] o efeito mais negativo desta gestão política dos fluxos migratórios foi a construção junto da opinião pública de uma imagem negativa da imigração e dos imigrantes, marcando-os como uma ameaça ou um perigo à comunidade. Com isso, tornou-se mais difícil a construção de uma política de imigração adequada que tivesse em conta a satisfação das necessidades do País e que o posicionasse para a competição internacional pela atracção de imigrantes (em particular dos altamente qualificados)<sup>179</sup>.

Especificamente sobre a regulamentação da concessão de autorização de residência ao cônjuge estrangeiro, a Lei n.º 23/2007 disciplina o regime jurídico para aquisição ao direito de reunificação familiar ou reagrupamento familiar, termo utilizado na legislação, no qual estão envolvidos **dois estrangeiros**, plasmado na Subsecção IV da Lei n.º 23/2007 com alteração da Lei n.º 29/2012, que compreende os arts. 98º a 108º, complementado pelo Decreto Regulamentar n.º 84/2007 com a redação do Decreto Regulamentar n.º 15-A/2015.

Tem direito a solicitar a reunião familiar, o cidadão com autorização de residência válida que tenha familiares fora do território nacional, que com ele tenha vivido em outro país, dele dependam ou coabitem, independente dos laços familiares serem anteriores ou posteriores à entrada do residente. Também é válido o pedido de reagrupamento familiar aos membros da família que tenham entrado legalmente em território nacional e que dependam ou coabitem com o titular de uma autorização de residência válida<sup>180</sup>. A reunificação é concedida ao estrangeiro que seja titular de uma autorização de residência de duração igual ou superior a um ano, não sendo exigido permanência de um ano em território nacional anterior ao pedido de reunificação<sup>181</sup>.

O pedido de reagrupamento em razão do casamento deve ser feito junto da direcção ou delegação regional do SEF da área de residência (cf. art. 2º, als. *i*) e *j*) do Decreto-lei

---

<sup>178</sup> Cf. COSTA, *Comunidade política, imigração e coesão social...* op. cit., 2012, p. 85.

<sup>179</sup> Cf. COSTA, *Comunidade política, imigração e coesão social...* ibid., 2012, pp. 95 – 96.

<sup>180</sup> O direito ao reagrupamento familiar também é extensível aos refugiados nos termos previsto na Lei n.º 27/2008, de 30 de junho alterada pela Lei n.º 26/2014, de 05 de maio que estabelece as condições e procedimento de concessão de asilo, de refúgio e de proteção subsidiária. Ao se referir à *convivência anterior, dependência e coabitação*, não objetiva a norma delimitar de forma cumulativa esses requisitos, pelo contrário, pretende apenas exemplificar linhas gerais na qual se enquadra os princípios que compõem o reagrupamento, notadamente em função de fatores como tempo de constituição familiar, grau de parentesco, idade dos interessados e situação econômica (cf. comentário ao art. 98º direito ao reagrupamento familiar, A.A.V.V., *A lei de estrangeiros documentada...* op. cit., consulta realizada em 30.08.2015).

<sup>181</sup> Comentário n.º 2 ao art. 98º direito ao reagrupamento familiar, cf. A.A.V.V., *A lei de estrangeiros documentada...* ibid.

n.º 252/2000, de 16 de outubro, alterado pelo Decreto-lei n.º 240/2012, de 06 de novembro)<sup>182</sup>, devendo a Administração se pronunciar no prazo de três a seis meses. Deferido o pedido, é comunicado ao Ministério dos Negócios Estrangeiros por via eletrónica, acompanhado de cópia digitalizada das peças processuais relevantes e notificado o titular do direito, sendo informado de que seus familiares deverão dirigir-se à missão diplomática ou posto consular de carreira da respectiva área de residência, para solicitação do respectivo visto. A autorização de residência do familiar estrangeiro fica temporalmente vinculada ao período de permanência do requerente, exceto em caso de separação de pessoas e bens; divórcio; viuvez; acusação do Ministério Público pela prática do crime de violência doméstica, podendo ser então concedida uma autorização de residência por dois anos. Porém será autônoma a autorização de residência concedida ao cônjuge que este esteja *casado há mais de cinco anos* com o reagrupante. Depreende-se desta norma que o Estado português considera um casamento de cinco anos como sendo um relacionamento seguro e consolidado, o que afasta a análise de casamentos brancos<sup>183</sup>.

Passemos agora à análise da autorização de residência (cartão de residência) em razão do casamento quando se encontra presente um **cidadão nacional e um cidadão de país terceiro**. Esta segunda modalidade é tutelada pela Lei n.º 37/2006, de 9 de agosto, que 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 Directiva n.º 2004/38/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 29 de abril. A presente lei aplica-se a todos os cidadãos da União Europeia que se desloquem ou residam em Portugal, assim como aos portugueses que pretendam reunir seus familiares independente da sua nacionalidade (cf. art. 3º, n.º 5). A determinação do cônjuge estrangeiro como familiar do cidadão nacional, está prevista no art. 2º, al. e),

---

<sup>182</sup> Os documentos necessários para instrução do pedido são, comprovativo autêntico do vínculo familiar ou da união de fato; cópia autenticada dos documentos de identificação dos familiares do requerente; comprovativo de que dispõe de alojamento; comprovativo de que dispõe de meios de subsistência suficiente para suprir as necessidades familiares definido na Portaria n.º 1.563/2007, de 11 de dezembro; requerimento do membro da família para consulta do registo criminal português pelo SEF, sempre que este tenha permanecido em território nacional mais de um ano nos últimos cinco anos; certificado do registo criminal emitido pela autoridade competente do país de nacionalidade do membro da família e do país em que este reside há mais de um ano; cópias autenticadas dos documentos de viagem dos familiares e documentos que atestem o cumprimento das condições de exercício do direito ao reagrupamento familiar. A necessidade da apresentação do documento de viagem (passaporte) justifica-se pois que ao abrigo do art. 64º da Lei n.º 23/2007 quando o familiar encontra-se fora do território nacional em caso de deferimento do pedido de reagrupamento é realizado um comunicado à Direcção Geral dos Assuntos Consulares e Comunidade Portuguesa, que deve promover junto aos serviço consular competente a emissão de visto de residência para efeitos de reagrupamento, com vista a possibilitar a sua entrada em território nacional. Se o familiar já se encontrar em Portugal, a cópia do documento permite verificar a legalidade da sua entrada e permanência, cf. comentário n.º 2 ao art. 103º pedido de reagrupamento familiar, A.A.V.V., *A lei de estrangeiros documentada... op. cit.*, consulta realizada em 30.08.2015.

<sup>183</sup> Comentário n.º 5 ao art. 107º residência dos membros da família”, cf. A.A.V.V., *A lei de estrangeiros documentada... ibid.*, consulta realizada em 30.08.2015.

preceito que se aplica também ao parceiro com quem um cidadão da União vive em união de fato.

Os familiares de cidadãos da União que não possuam a nacionalidade de um dos Estados-membros são admitidos no território nacional mediante a apresentação de um passaporte válido, estando sujeito ou não à obrigação de visto de entrada conforme o país terceiro do qual é nacional conste na lista dos países aos quais os seus nacionais estão sujeitos à obrigação de visto para transporem às fronteiras externas ou conste na lista dos países isentos a essa obrigação, à luz do Regulamento (CE) n.º 539/2001, de 15 de março de 2001.

O direito de residência é previsto em duas modalidades, a) *até três meses* (cf. art. 6º) o qual não exige formalidades além do passaporte válido e b) *superior a três meses* (art 7º, n.º 2) no qual é permitido a permanência ao familiar estrangeiro desde que o seu familiar nacional de um Estado-membro cumpra com as seguintes condições, i) exerça no território nacional uma atividade profissional subordinada ou independente, ii) disponha de recursos suficientes para si próprio e para seus familiares, seguro de saúde ou esteja inscrito num estabelecimento de ensino público ou privado, oficialmente reconhecido, desde que comprove, mediante declaração ou outro meio de prova à sua escolha, a posse de recursos financeiros suficientes para si próprio e para seus familiares. O cumprimento desses requisitos deve ser complementado pelas formalidades prevista no art. 15º. A Direcção-Geral da Justiça, Liberdade e Segurança da Comissão Europeia em comentário à Directiva 2004/38/CE, esclarece quanto aos documentos necessários que a comprovação do vínculo familiar é feita com apresentação de

[...] uma certidão de casamento ou de nascimento e, se for o caso disso, uma prova de que estão ao seu cargo [do familiar nacional de um Estado-membro]. Não pode ser exigida aos membros da sua família a apresentação de documentos como bilhetes de viagem, certificado de emprego, folhas de salário, extractos bancários, prova de alojamento e de meios de subsistência ou um certificado médico<sup>184</sup>.

Desse modo, os familiares do cidadão da União nacionais de Estado terceiro devem solicitar a emissão de um *cartão de residência*, junto da direcção ou delegação regional do SEF da sua área de residência, no prazo de trinta dias após decorridos três meses da entrada no território nacional (cf. art. 15º, n.º 2 da Lei 37/2006 c/c art. 6º da Lei de Estrangeiros)<sup>185</sup>. O prazo máximo para emissão do cartão de residência é de três meses,

---

<sup>184</sup> Cf. A.A.V.V., *Direito dos cidadãos da União e dos membros da sua família... op. cit., s/d.*, p. 8 (*negrito no original e interpolação nossa*).

<sup>185</sup> Do Ac. do Tribunal Central Administrativo Norte, de 24 de fevereiro de 2012, depreende-se que o Estado português considera o direito à residência obtido com o cartão de residência previsto na Lei n.º 37/2006, um direito mais forte que a autorização de permanência temporária que a Lei de Estrangeiros reconhece. No momento em que o pedido é apresentado deve ser acompanhado da seguinte documentação, passaporte válido; documento comprovativo da relação familiar existente entre o nacional de país terceiro e

com validade de cinco anos a contar da data da sua emissão, exceto se o período de residência do cidadão da união ao qual o estrangeiro se reúne seja inferior (cf. n.ºs 5 e 6 do art. 15º da Lei 37/2006). O incumprimento destas obrigações constitui contra ordenação punível com coima de 400,00€ a 1.500,00€ (cf. art. 30, n.º 1).

É reconhecido o direito de exercer atividade profissional subordinada ou independente aos familiares estrangeiros quando já possuam um direito de residência (cf. art. 19º)<sup>186</sup>. A morte ou partida do território nacional de um cidadão da UE, bem como o divórcio ou anulação do casamento ou a cessação da união de fato, não implica a perda do direito de residência dos familiares, independentemente da sua nacionalidade. Os familiares estrangeiros residentes em território nacional beneficiam de igualdade de tratamento em relação aos cidadãos nacionais, sem prejuízo das restrições admissíveis pelo direito comunitário que se encontram descritas no art. 22º (cf. art. 20º, n.º 2).

Para finalizar, resta-nos enunciar que nos dois casos em que o casamento permite ao cônjuge uma estadia legal, o pedido pode ser indeferido, sendo recusada a entrada, a residência ou se o familiar se encontra em território nacional, expedida ordem de expulsão<sup>187</sup>, independentemente de sua nacionalidade por razões de ordem pública, segurança pública ou saúde pública, não podendo, no entanto, ser invocadas razões de ordem econômica. As medidas tomadas que fundamentem restrições com base na ordem ou segurança pública devem ser conforme o princípio da proporcionalidade previsto no art. 18º da CRP, e basear-se exclusivamente no comportamento da pessoa em questão, a qual deve constituir uma ameaça real, atual e suficientemente grave que afete um interesse fundamental da sociedade, não podendo ser usadas justificações não relacionadas com o caso individual ou baseadas em motivos de prevenção geral. Assim, a existência de condenação penal anterior, não pode, por si só, servir de fundamento para restringir o direito de residência.

A ponderação para adoção de uma medida de afastamento deve ter em conta a duração da residência, a idade, bem como o estado de saúde, a situação econômica e familiar e a integração social e cultural no território nacional, além de verificar-se os laços

---

o cidadão da UE (certidão de narrativa completa de nascimento ou *assento de casamento*) ou da qualidade de parceiro (certidões de nascimento de ambos e documento comprovativo da vida em comum há pelo menos dois anos); documento de identificação do cidadão ao qual se reúnam que pode ser certificado de registro (cf. Anexo I da Declaração de Rectificação n.º 4/2011, de 18 de fevereiro), cartão de residência ou bilhete de identidade, além de duas fotografias tipo passe de fundo branco, sendo emitido pela Administração um certificado comprovativo do requerimento de um cartão de residência.

<sup>186</sup> A Direcção-Geral da Justiça, Liberdade e Segurança da Comissão Europeia esclarece que “[...] os **membros da sua família, independentemente da nacionalidade, têm direito de iniciar uma actividade lucrativa a título de trabalhador assalariado ou independente** no Estado-membro de acolhimento”, a atividade econômica desenvolvida pelo familiar de estado terceiro deve ser realizada nas mesmas condições que os nacionais dos Estados-membros “[...] no que respeita às formalidades administrativas a cumprir” cf., A.A.V.V., *Direito dos cidadãos da União e dos membros da sua família... op. cit.*, s/d., p. 22 (*negrito no original*).

<sup>187</sup> Cf. A.A.V.V., *Direito dos cidadãos da União e dos membros da sua família... loc. cit.*

de ligação com o país de origem, e ainda, se nasceram em território nacional ou se nele têm a sua residência habitual, tenham filhos menores de nacionalidade portuguesa ou estrangeira a residir em Portugal desde que se encontrem a seu cargo e por fim, nos casos em que a pessoa se encontra em território nacional e aqui resida desde idade inferior a dez anos (cf. art. 135º da Lei de Estrangeiros). A ordem e a segurança pública são os únicos motivos que permitem um afastamento do território de familiares que sejam titulares de uma autorização de residência permanente ou residente pelo período de dez anos (cf. art. 23º da Lei n.º 37/2006), essa medida é entendida como sendo uma proteção contra o afastamento<sup>188</sup>. Relativamente às doenças a norma se refere, exclusivamente, as doenças com potencial epistémico definidas pelos instrumentos pertinentes da Organização Mundial de Saúde, bem como outras doenças contagiosas, infecciosas ou parasitárias que sejam submetidas à disposição de proteção aplicáveis aos cidadãos nacionais, entretanto, se indícios graves o justificarem, será exigida submissão a exame médico gratuito, incluindo exames complementares de diagnóstico (cf. art. 24).

Assim, qualquer decisão de restrição aos direitos de residência e livre circulação com motivo justificado na ordem, segurança ou saúde pública, deve ser notificada por escrito à pessoa em causa, de forma a lhe permitir compreender o conteúdo e os efeitos na sua esfera pessoal, devendo ainda ser informada de forma clara e completa das razões em que se baseia a decisão, bem como o prazo concedido para abandonar o território nacional (cf. art. 25º). Também se encontra na esfera jurídica do familiar em caso de restrição aos direitos em causa o recurso hierárquico e a impugnação judicial, esta previsão constante do art. 26º deve ser lida em conjugação com os arts. 184º, n.º 1, al. a) do CPA, para o qual é direito dos interessados impugnar os atos administrativos perante a Administração Pública, solicitando a sua revogação, anulação, modificação ou substituição e 193º, n.º 1 do também do CPA que afirma poder ser utilizado o recurso hierárquico para impugnar atos administrativos praticados por órgãos sujeitos aos poderes hierárquicos de outros órgãos.

## **2.2 O casamento e o reagrupamento familiar perante o direito dos estrangeiros espanhol**

De forma similar a Portugal, a Espanha torna-se atrativa para os imigrantes ao ingressar como membro da comunidade europeia. Inicialmente, explicam Álvaro Rengifo

---

<sup>188</sup> Cf A.A.V.V., *A utilização indevida do direito ao reagrupamento familiar... op. cit.*, 2012, p. 21.

Calderón e Antonio Oporto del Omo, o território passa a ser procurado por reformados provenientes do próprio continente europeu em virtude das condições meteorológicas, baixo custo de vida e facilidades no setor imobiliário. Na década de 90 do século XX passa a ser destino de cidadãos marroquinos, corrente formada sobretudo por redes familiares; quanto às migrações laborais afirmam os autores ser difícil quantificar ao certo o número de imigrantes, pois que a regularização administrativa tem sido sempre tardia, corroborando o fato de as Regiões Autônomas estabelecerem um regime de imigração distinto<sup>189</sup>. No entanto, alega Ana María López Sala que nas últimas duas décadas verificou-se um aumento nas migrações laborais e por motivos familiares<sup>190</sup>, grupo este composto maioritariamente por nacionais das antigas colônias da América espanhola, bem como uma pequena comunidade formada por cidadãos da Guiné Equatorial e do leste europeu.

A atual Lei de Estrangeiros, Ley Orgánica n.º 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros em España y su integración social, segue os princípios instituídos em Tampere (1999) sobre a criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça, para o qual era necessário criar uma política de integração na qual os direitos e obrigações dos estrangeiros fossem equiparados aos nacionais, combatendo medidas discriminatórias, racistas e xenófobas. Segundo Rengifo Calderón e Oporto del Omo o novo documento visava beneficiar o imigrante regular equiparando os seus direitos aos dos nacionais, em contrapartida reforçando os mecanismos de expulsão<sup>191</sup>. Aplaudida por reconhecer o acesso à saúde a todos os imigrantes, independente da sua situação administrativa, estabelece um procedimento de regularização permanente para todos aqueles que comprovassem encontrar-se em território nacional pelo prazo de dois anos e desenvolvessem uma atividade econômica e passa a prever pela primeira vez a figura do reagrupamento familiar<sup>192</sup>. Passando a sofrer sucessivas alterações fundamentadas na necessidade de uma atualização e melhor adequação da norma à realidade social, em verdade vai aproximando o seu conteúdo do espírito da lei derogada, Ley n.º 7/1985, cujo objetivo principal era a segurança nacional, com um articulado que restringia direitos e limitava garantias<sup>193</sup>.

---

<sup>189</sup> Cf. Álvaro RENGIFO CALDERÓN e Antonio OPORTO DEL OMO, “Historia, presente y prospectiva de las migraciones en España”, in *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, n.º 826, 2005, pp. 161 – 162.

<sup>190</sup> Cf. Ana María LÓPEZ SALA, “La política española de inmigración en las dos últimas décadas: del asombro migratorio a la política en frontera y la integración”, in *Inmigración en Canarias: contexto, tendencias y retos*, 2007, p. 25

<sup>191</sup> Cf. RENGIFO CALDERÓN e OPORTO DEL OMO, “Historia, presente y prospectiva de las migraciones...” *op. cit.*, 2005, p. 162.

<sup>192</sup> Cf. LÓPEZ SALA, “La política española de inmigración en las dos últimas décadas...” *op. cit.*, 2007, p. 32; Angeles SOLANES, “Un balance tras 25 años de leyes de extranjería en España: 1985 – 2010”, in *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración: migraciones internacionales*, n.º 90, 2010, p. 83..

<sup>193</sup> Cf. SOLANES, “Un balance tras 25 años de leyes de extranjería...” *ibid.*, 2010, p. 77.

A primeira alteração vem a lume em meio a uma mudança no cenário político em que com a maioria parlamentar o Partido Popular consegue aprovar a LO n.º 8/2000, de 22 de diciembre que altera o regime jurídico direcionando-o a um sistema de imigração restritiva, que recebe o contributo das normas europeias que pregam em matéria de imigração uma finalidade securitária. Em 2003 são aprovadas duas alterações à lei de estrangeiros, a LO n.º 11/2003, de 29 de septiembre que aborda questões como segurança, violência doméstica e integração social e a LO n.º 14/2003, de 20 de noviembre, no mesmo sentido das alterações anteriores, tem como o objetivo um maior controle fronteiriço, sendo o contrato de trabalho a via mais eficaz para a imigração<sup>194</sup>. Por fim, em 2009 é aprovada a última alteração até o momento à lei de estrangeiros, a LO n.º 2/2009, de 11 de diciembre, que se justifica na necessidade de transcrição das normas europeias e adaptar-se à nova realidade da imigração espanhola, pretendendo adequar os fluxos da imigração econômica com à necessidade do mercado de trabalho, aumentar a luta contra a imigração irregular, fortalecendo a integração. Porém, o principal aspecto desta reforma legal é o endurecimento das infrações e sanções, passando a considerar como infração grave o casamento branco<sup>195</sup>. Atualmente o sistema imigratório espanhol encontra-se em crise por razões humanitárias em decorrência do grande afluxo de migrantes que tentam aceder o território espanhol através das cidades autônomas de Melilla e Ceuta provenientes da costa africana.

A Lei de Estrangeiros ao referir-se ao matrimônio delimita a aplicação do **reagrupamento familiar** aos casos em que um estrangeiro legalmente residente pretende reunir seus familiares em território espanhol, esta família pode ter sido constituída antes da fixação do imigrante em território nacional ou posteriormente a esse fato, entretanto, o casamento que subjaz o pedido de autorização de residência tem que ser celebrado antes de requerer o direito, pois que não é possível obter um visto para celebrar o matrimônio em território espanhol, e posteriormente, sem sair do território solicitar residência por reagrupamento familiar<sup>196</sup>.

Estabelece em seu art. 16, n.º 3 que o cônjuge que tenha adquirido em Espanha residência em virtude da sua condição de familiar têm sua residência conservada ainda que se rompa o vínculo matrimonial que lhe deu aquisição. O estrangeiro residente tem direito a reagrupar em conformidade com a norma ditada pelo art. 17, n.º 1 o seu cônjuge

---

<sup>194</sup> Cf. LÓPEZ SALA, “La política española de inmigración en las dos últimas décadas...” *op. cit.*, 2007, p. 32 – 34; SOLANES, “Un balance tras 25 años de leyes de extranjería...” *op. cit.*, 2010, p. 88.

<sup>195</sup> Cf. SOLANES, “Un balance tras 25 años de leyes de extranjería...” *ibid.*, 2010, pp. 91 – 96.

<sup>196</sup> Cf. GARCÍA VÁZQUEZ, *El estatuto jurídico-constitucional...* *op. cit.*, 2007, p. 75.

sempre que não estejam separados de fato ou de direito, e que o matrimônio não se tenha celebrado com a intenção de fraudar a lei. Ressalvando o preceito que em nenhum caso se poderá reagrupar mais de um cônjuge, ainda que a lei pessoal do estrangeiro admita esta modalidade matrimonial, em alusão aos casamentos poligâmicos muito comum em comunidades islâmicas<sup>197</sup>. Como esclarece Sonia García Vázquez o direito a reagrupar encontra-se na esfera jurídica do estrangeiro residente e não do seu familiar que será reagrupado<sup>198</sup>, mesmo posicionamento da legislação portuguesa.

O pedido é apresentado nas Oficinas de Extranjería de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno ou na falta deste, a Comisaría de Policía do lugar de residência<sup>199</sup>, se durante a análise do pedido de autorização de residência por reagrupamento familiar ou pelo casamento houver dúvidas razoáveis sobre a existência de fraude no casamento, a documentação referente ao matrimônio é remetida ao Registro Civil e unidades policiais competentes que determinarão a veracidade do mesmo<sup>200</sup>. Enquanto nos pedidos apresentados junto a missão diplomática ou oficina consular, em conformidade com a Disposición Adicional décima, ponto 4 do Reglamento de la Ley de Extranjería, poderá ser requerido o comparecimento do solicitante, e quando seja necessário, proceder-se-á a uma entrevista pessoal para comprovar a identidade, validade dos documentos apresentados e a veracidade do motivo de solicitação do visto. Para se

---

<sup>197</sup> Cf. GARCÍA VÁZQUEZ, *El estatuto jurídico-constitucional... op. cit.*, 2007, pp. 79 – 83.

<sup>198</sup> Cf. GARCÍA VÁZQUEZ, *El estatuto jurídico-constitucional... ibid.*, 2007, p. 71 – 87, o reagrupamento familiar não é um instituto facultado a todos os estrangeiros residentes, para poder solicitar o mesmo, além de ter o estatuto administrativo regular, ou seja, estar legal no país, exige a legislação espanhola que esse imigrante já tenha residido há um ano e tenha em sua posse uma autorização para que permaneça por pelo menos mais um ano em território nacional, devendo comprovar a disponibilidade de alojamento adequado e meios financeiros suficientes para a sua manutenção e do familiar, seguro saúde caso não esteja inscrito como beneficiário na segurança social. Aponta García Vázquez (p. 86), que estas exigências correspondem a uma política imigratória errônea, díspar da realidade, uma vez que é muito difícil, ou mesmo impossível, para alguns imigrantes cumprirem todos os requisitos. Soma-se a isso, segundo a autora, o fato de após obtenção da primeira autorização de residência e trabalho não ser possível a renovação do mesmo por motivos imprecisos que visam responder unicamente a uma ordenação dos fluxos migratórios.

<sup>199</sup> Os documentos a serem apresentados junto ao pedido são: cópia do passaporte, documento de viagem ou cédula de inscrição do solicitante; cópia da autorização de residência ou autorização de trabalho e emprego renovado; comprovativos de meios económicos suficientes ou cópia do contrato de trabalho por conta alheia e ainda cópia da declaração de imposto de renda; seguro saúde, alojamento adequado comprovado por meio de declaração emitida pela Corporación Local do lugar de residência do reagrupante, em sua falta, apresentar-se-á ata notarial na qual conste declaração que o alojamento encontra-se habilitado para moradia, descrição física do imóvel, finalidade a que o mesmo tem sido destinado no presente, número de moradores que o habitam, condições de habitabilidade e equipamentos que permitam o mesmo, disponibilidade de água, luz elétrica, sistema de aquecimento e esgoto; declaração com assinatura reconhecida de que o reagrupante não reside com outro cônjuge, visando evitar reagrupamento múltiplos (casamentos poligâmicos). Sobre a necessidade de um órgão oficial descrever a habitação para alojamento de forma minuciosa ver os arts. 18 e 18 bis da LO n.º 4/2000; arts. 53, al. a); 54; 55 e 56 do Reglamento LO n.º 4/2000 (Real Decreto 557/2011, de 20 de abril). Do familiar a ser reagrupado os documentos constam no art. 56, n.º 3, al. b) do Reglamento: cópia do passaporte ou documento de viagem, cópia do documento que declare vínculo de parentesco. Quanto aos documentos de comprovação da habitabilidade do alojamento, GARCÍA VÁZQUEZ, *El estatuto jurídico-constitucional... ibid.*, 2007, p. 88, afirma ser esse um dos pontos que na prática visam apenas obstaculizar o acesso ao reagrupamento, pois que no primeiro pedido apresentado pelo estrangeiro de autorização de residência e trabalho apenas deve se comprovar a existência de alojamento não necessitando uma descrição ao pormenor. Assim, para a autora essa medida é discriminatória, assim como tem sido o percurso com o qual se defronta o imigrante para proceder a um arrendamento urbano, “[c]omo consecuencia de ello, se vem obligados a habitar en guetos, infraviviendas, o viviendas que no cumplen los mínimos requisitos de salubridade”.

<sup>200</sup> Cf. A.A.V.V., *Usos indebidos del derecho de reagrupación familiar... op. cit.*, 2012, p. 16. Explica GARCÍA VÁZQUEZ, *El estatuto jurídico-constitucional... op. cit.*, 2007, p. 76, aquando da fiscalização ao casamento realizado no estrangeiro é solicitado informações ao consulado espanhol situado no país em que o mesmo foi celebrado.

efetuar o pedido de visto por reagrupamento familiar o casamento deve estar inscrito no Registro Civil consular<sup>201</sup>.

Destaca García Vázquez que “[...] lo más relevante para que el proceso de reagrupación familiar llegue a buen fin es obtener um informe favorable de la autoridad administrativa competente sobre la situación del extranjero residente em España”<sup>202</sup>, ou seja, o reagrupamento familiar depende da análise do modo de vida desenvolvido pelo imigrante já residente no território nacional, assim, esse estrangeiro é investigado quando requer sua autorização de residência por exemplo para fins de trabalho, e novamente se depara com a necessidade de comprovar probidade no momento em que pretende levar para junto de si sua família. Diante do exposto, é de se concluir que o direito ao reagrupamento familiar não se encontra na esfera jurídica de um imigrante que esteja irregular.

O casamento de um **cidadão nacional com um estrangeiro** encontra-se regulado pelo Real Decreto n.º 240/2007, de 16 de febrero com redação em conformidade com a alteração do Real Decreto 1161/2009, de 10 de julio, transpondo a Directiva 2004/38/CE, seguindo, portanto, um regime semelhante ao descrito no caso português. Conforme o art. 11 do preceito, o familiar estrangeiro do cidadão espanhol deve requerer uma autorização de residência permanente, três meses após sua entrada no território nacional. Esta autorização deve ser renovada a cada dez anos. Os documentos a serem apresentados são passaporte válido, documentação que dê suporte ao pedido e três fotografias. Sobre o procedimento o art. 12 determina que o pedido deve ser feito pessoalmente, podendo a autoridade competente para análise do pedido solicitar informações junto ao Estado de origem ou outro quanto aos antecedentes penais e quando se justifique, por razões de saúde pública se exigirá a apresentação de um certificado médico. No art. 15 encontramos as razões de ordem pública, segurança e saúde pública que ensejam motivo para impedir a entrada em Espanha, ou denegar a inscrição do estrangeiro no Registro Central de Extranjeros ou ainda, ordenar a expulsão ou devolução do território espanhol, porém difere da normativa portuguesa por não listar o casamento branco como uma das razões para aplicação de uma sanção aos envolvidos, sendo aplicado conforme dispõe a segunda disposição adicional a LO n.º 4/2000 a todas as matérias não previstas diretamente no Real Decreto.

---

<sup>201</sup> Cf. GARCÍA VÁZQUEZ, *El estatuto jurídico-constitucional... ibid.*, 2007, p. 77.

<sup>202</sup> Cf. GARCÍA VÁZQUEZ, *El estatuto jurídico-constitucional... op. cit.*, 2007, p. 87.

### 2.3 O casamento e a reunião familiar perante o Estatuto dos Estrangeiros brasileiro e a legislação complementar

O atual Estatuto dos Estrangeiros, Lei n.º 6.815, de 19 de agosto de 1980 alterada pela Lei n.º 6.964, de 09 de dezembro de 1981 e completada pelo Decreto Regulamentar 86.715, de 10 de dezembro de 1981, tem como principal pilar o interesse nacional (cf. art. 3º) que se traduz na defesa da segurança nacional, na organização institucional, nos interesses políticos, sócio-econômicos e culturais do país, bem como na defesa do trabalhador nacional (cf. art. 2º). De cunho restritivo, a lei de estrangeiros desde a sua entrada em vigor tem sofrido várias alterações e complementos, sobretudo através de resoluções normativas emitidas pelo Conselho Nacional de Imigração (CNIg) e portarias do Ministério da Justiça. Para Yussef Said Cahali, o espírito do Estatuto dos Estrangeiros, reflete o seu período histórico, “[...] pouco lisonjeiro de nossa história política, apega-se a uma obsessiva ‘segurança nacional’ (que jamais esteve realmente sob risco), sendo cansativamente repetitivo nas restrições à admissão e permanência do estrangeiro em nosso País [...]”<sup>203</sup>. O art. 1º do Estatuto consagra o princípio da livre circulação em território nacional, apontando que qualquer estrangeiro poderá, satisfeitas as condições da Lei, entrar e permanecer no Brasil e dele sair, resguardando os interesses nacionais. Este princípio posteriormente também veio consagrado na Constituição Federal de 1988 que assegura no art. 5º, inc. XV que a locomoção no território nacional é livre em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens. No entanto, lembra Flávia de Ávila que

[...] a *liberdade* se restringe ao disposto na *lei*, que se revela extremamente dura em relação aos estrangeiros, ou seja, a concessão de visto para a entrada no Brasil [é condicionada, sendo que ] [...] a expressão *resguardar interesses nacionais* é por demais ambígua e corresponde à herança da Ditadura, que se perpetua na letra da lei [...]”<sup>204</sup>.

O Brasil é um país cuja formação social, histórica e política foi fortemente marcada por processos migratórios, inclusive com políticas de atração de imigrantes (sobretudo no século XIX), inicia um percurso inverso, no qual emana leis cada vez mais restritivas e seletivas, a partir da década de 1930, com a implantação do Estado Novo.

---

<sup>203</sup> Cf. CAHALI, *Estatuto do estrangeiro... op. cit.*, 2010, p. 27. Sobre o art 2º, explica o autor (p. 76) que “[o] propósito oficial do legislador é precaver-se contra o acesso indiscriminado de mão de obra, qualificado ou não, que viesse para competir com os nacionais num mercado de trabalho que então dava mostras de saturação”, embora no art. 16 com a redação dada pela Lei n.º 6.964/81 especifique que a imigração tinha por objetivo, primordialmente, propiciar mão-de-obra especializada aos vários setores da economia nacional, visando a Política Nacional de Desenvolvimento em todos os seus aspectos e, em especial, ao aumento da produtividade, à assimilação de tecnologia e à captação de recursos para setores específicos.

<sup>204</sup> Cf. Flávia de ÁVILA, *Brasil e trabalhadores estrangeiros nos séculos XIX e XX: evolução normativo-legislativa nos contextos histórico, político e socioeconômico*, São Paulo, LTr, 2011, p. 284 (*itálicos no original e interpolação nossa*).

Sobre as restrições, explica Cahali “[...] se impunham como necessárias à preservação da integridade nacional, com o estabelecimento inclusive de um sistema de quotas para limitação do fluxo imigratório [...]”<sup>205</sup>.

O diploma legal editado em 1980, compreendendo historicamente o período final da ditadura militar, “[...] preocupou-se inicialmente em recopilar a esparsa legislação vigente a respeito”<sup>206</sup>, legislação essa que se encontrava fragmentada e desordenada. Neste mesmo período apercebemo-nos de uma mudança no perfil migratório, que até então era predominantemente composto por nacionais europeus, asiáticos e de alguns países do oriente médio. As fronteiras passam a ser cruzadas agora sobretudo por cidadãos sul-americanos que classificados como imigrantes ilegais ou refugiados políticos “[...] escapavam de condições políticas ou econômicas adversas em seus Estados de origem”<sup>207</sup>.

Desde o ano de 1980 com o Projeto de Lei n.º 3.617 de 1980, inúmeras tentativas de uma reforma em matéria imigratória têm sido tentadas sem, no entanto, produzir efeito. Atualmente encontra-se em trâmite na Câmara dos Deputados aguardando parecer o Projeto de Lei n.º 2.516/2015 (originário do Projeto de Lei n.º 288/2013 que por sua vez apensou o Projeto de Lei n.º 5.655/2009), cujo objetivo é instituir uma nova Lei de Migração. Segundo Cahali a não aprovação de um novo estatuto até o momento deve-se por não haver “[...] nenhuma modificação substancial do nosso sistema jurídico que as justificasse [...]”<sup>208</sup>, sendo, portanto para o autor desnecessária a sua substituição<sup>209</sup>.

Dentre os vários tipos de visto que permite a entrada do estrangeiro no território nacional, interessa-nos o chamado visto permanente. Conforme Cahali “[...] a concessão do visto permanente pressupõe, da parte do estrangeiro, propósito imigratório, no que este pretende fixar-se em definitivo no território nacional”<sup>210</sup>.

A Portaria MJ n.º 04/2015 distingue quatro situações específicas no qual o visto de permanência definitiva é concedido com base em relação familiar, nomeadamente em

---

<sup>205</sup> Cf. CAHALI, *Estatuto do estrangeiro... op. cit.*, 2010, p. 73. Para Mirtô FRAGA, *O novo estatuto do estrangeiro comentado: Lei n.º 6.815, de 19.8.1980, alterado pela Lei n.º 6.964, de 9.12.1981*, Rio de Janeiro, Forense, 1985, p. 08, o caráter seletivo da política imigratória seletiva visava a qualidade e não a quantidade dos imigrantes que viriam a entrar no país.

<sup>206</sup> Cf. CAHALI, *Estatuto do estrangeiro... op. cit.*, 2010, p. 73.

<sup>207</sup> Cf. ÁVILA, *Brasil e trabalhadores estrangeiros nos séculos XIX e XX... op. cit.*, 2011, p. 281.

<sup>208</sup> Cf. CAHALI, *Estatuto do estrangeiro... op. cit.*, 2010, pp. 28 e 74. ÁVILA, *Brasil e trabalhadores estrangeiros nos séculos XIX e XX... op. cit.*, 2011, p. 310 comenta que as Resoluções e Portarias que buscavam atualizar a política de imigração foram publicadas sobretudo a partir de 1994 “[...] quando o processo de privatização já havia se iniciado no Brasil. Isso motivou a considerável intensificação da preocupação do governo brasileiro em relação ao aumento da entrada de trabalhadores estrangeiros, no país, após a ocorrência das privatizações”.

<sup>209</sup> Com a mesma opinião, ÁVILA, *Brasil e trabalhadores estrangeiros nos séculos XIX e XX... ibid.*, 2011, pp. 313 - 314 entende que “[...] apesar de sua origem ditatorial [...] [o Estatuto] serviu e ainda serve como suporte legislativo eficiente para o controle da mão de obra estrangeira no Brasil e também para o apaziguamento de conflitos internos em relação à concorrência de trabalhadores estrangeiros” (*interpolação nossa*).

<sup>210</sup> Cf. CAHALI, *Estatuto do estrangeiro... op. cit.*, 2010, p. 108.

função da prole, casamento, união estável e reunião familiar. Garante aos estrangeiros o direito de permanência, de prorrogação do prazo de estada e a transformação de visto e de residência com o conseqüente recebimento da carteira de identidade a ser emitida pelo DPF, desde que sejam apresentados todos os documentos previstos na norma. Ao apresentar o pedido receberá o protocolo da solicitação, com validade migratória até a decisão final sobre o mesmo. Caso a documentação apresentada esteja em conformidade, o DPF efetua o registro e entrega a carteira de identidade do estrangeiro (CIE). Porém, será o estrangeiro notificado por este mesmo órgão, no prazo de trinta dias a contar da data da apresentação do pedido, se for necessário retificar ou completar os documentos, como também notificará o estrangeiro se for o caso de realizações de diligências pelo DPF.

Sanada a irregularidade, dispõe o 1º § do art. 4º, após a realização das diligências, o DPF notifica o estrangeiro sobre a emissão da carteira de identidade. Se, porventura, as irregularidades não forem sanadas, prevê o 2º §, o DPF remete o processo ao Departamento de Estrangeiros (DEEST) que faz parte da Secretaria Nacional de Justiça (SNJ). Em caso de indeferimento do pedido pelo DEEST cabe recurso em última instância para a SNJ (cf. art. 5º).

As notificações aos estrangeiros, são realizadas por carta com aviso de recepção, meio eletrônico ou qualquer outro meio admitido pela legislação nos termos do art. 8º do Decreto n.º 6.932, de 11 de agosto de 2009, quais sejam, comunicação verbal, direta ou telefônica, telegrama ou fax, registrando-se a circunstância no processo, caso necessário (cf. art. 7º).

O pedido de permanência com base em **reunião familiar** visa aproximar a família do estrangeiro registrado como permanente ou do brasileiro que assume a qualidade de chamante de um ente familiar que se enquadre na condição de dependente legal<sup>211</sup> (chamado) conforme previsto na Resolução Normativa n.º 108, de 12 de fevereiro de 2014, do CNIg. No 1º § do art. 1º da RN n.º 108/2014 o CNIg esclarece que as solicitações de visto permanente a título de reunião familiar deve ser apresentada em missões diplomáticas, repartições consulares de carreira ou vice-consulados.

Esclarece o Ministério da Justiça em sua página da internet ([www.justica.gov.br](http://www.justica.gov.br)) que a permanência com base na reunião familiar só será concedida ao estrangeiro que se

---

<sup>211</sup> De acordo com CAHALI, *Estatuto do estrangeiro... op. cit.*, 2010, p. 114, entende-se como dependente legal as relações que compreendem o direito de família e os institutos complementares de tutela e curatela. Segundo a RN 108/2014, temos: ascendentes e descendentes (desde que menor de 18 anos); cônjuge ou companheiro(a) em união de fato; irmão, neto ou bisneto (se órfão, solteiro e menor de idade ou desde que comprovada a incapacidade de prover o próprio sustento).

encontrar com estada regular no País, ou seja, que tenha em sua posse um visto válido emitido por autoridade consular. Os requisitos exigidos para a concessão do direito são a) ser dependente legal de nacional ou estrangeiro registrado e b) estar com estada regular à época do pedido<sup>212</sup>.

O pedido de permanência definitiva com base no **casamento** com um nacional está ao abrigo do art. 75, inc. II, al. a) da Lei n.º 6.815/1980 c/c RN n.º 108/2014 do CNIg. São requisitos para intentar o pedido, possuir capacidade civil segundo a lei brasileira e estar casado de fato e de direito com cônjuge nacional. A norma do art. 75, inc. II, al. a) do Estatuto impõe a regra da não expulsão ao estrangeiro casado com nacional há mais de cinco anos, bem como afasta o requisito da estada regular em território nacional em respeito ao princípio fundamental da unidade familiar, desde que observado o limite temporal. Essa exceção que visa salvaguardar ao cônjuge de brasileiro a aplicação de uma medida de expulsão deriva de norma constante na Constituição de 1946<sup>213</sup>.

Sendo o pedido de permanência definitiva deferido, o interessado deve comparecer a um DPF próximo a sua residência no prazo de noventa dias a contar da publicação do deferimento no Diário Oficial da União para realizar o registro, procedimento obrigatório. Caso não o seja feito poderá solicitar republicação do ato deferido no prazo de noventa dias em conformidade com o art. 2º da Portaria do SNJ n.º 03, de 5 de fevereiro de 2009. Em caso de indeferimento o recurso deve ser intentado no prazo de quinze dias, de acordo com o art. 1º da Portaria do SNJ n.º 03/2009. Os estrangeiros admitidos devem registrar-se junto ao DPF no prazo de trinta dias após o ingresso no território nacional e apresentar cópia autenticada do documento de viagem válido ou documento de identificação; visto obtido e formulário original do pedido de visto (se a autorização de permanência foi obtida com o estrangeiro já em território nacional deve apresentar cópia do Diário Oficial da União no qual foi publicado o

---

<sup>212</sup> Para instrução do pedido, deve-se apresentar os documentos constantes no n.º 1 do Anexo à Portaria MJ n.º 04/2015, nomeadamente, requerimento próprio devidamente assinado pelo interessado; cópia autenticada, nítida e completa do passaporte (inclusive das folhas em branco) ou do documento de viagem equivalente; atestado de antecedentes criminais expedido no país de origem, legalizado junto à repartição consular brasileira no país em que foi expedido, e traduzido por tradutor público juramentado no Brasil; prova do grau de parentesco entre o chamante e o chamado, através de cópia autenticada da certidão de nascimento ou casamento, ou documento hábil que comprove ser o chamante o responsável pelo chamado; justificativa do chamante para formulação do pedido; cópia autenticada do documento de identidade do chamante (carteira de identidade brasileira ou cédula de identidade de estrangeiro); declaração de compromisso de manutenção, subsistência e saída do território nacional, em favor do chamado, enquanto este permanecer no Brasil, com firma reconhecida; prova de meio de vida e de capacidade financeira do chamante para sustentar o chamado; declaração do chamado de que não foi processado ou condenado criminalmente no Brasil e nem no exterior, com firma reconhecida e comprovante do pagamento da taxa inerente ao pedido por meio do Guia de Recolhimento da União (GRU), obtido no sítio eletrônico do DPF.

<sup>213</sup> Cf. CAHALI, *Estatuto do estrangeiro... op. cit.*, 2010, p. 198. Os documentos necessários para apresentar o pedido (cf. n.º 3 do Anexo a Portaria n.º 04/2015) são, requerimento próprio assinado pelo interessado; cópia autenticada, nítida e completa do passaporte ou documento de viagem equivalente; cópia autenticada da certidão de casamento, se este foi realizado no exterior o art. 32, 1º § da Lei de Registros Públicos determina que a certidão deve ser transcrita no 1º Ofício de Registro Civil do domicílio do casal ou 1º Ofício do Distrito Federal em falta de domicílio conhecido; cópia autenticada da cédula de identidade do cônjuge brasileiro; declaração de que não se encontram separados de fato ou de direito, assinada pelo casal com firmas reconhecidas; declaração de que não foi processado ou condenado criminalmente no Brasil e nem no exterior e comprovante do pagamento da taxa.

deferimento), duas fotos, comprovante de pagamento da taxa e formulário preenchido eletronicamente disponível na página virtual do DPF.

## CAPÍTULO III

### 1 O procedimento de investigação aos casamentos brancos

O crime de casamento branco, de acordo com as particularidades dos ordenamentos jurídicos nacionais observados, nomeadamente, brasileiro, espanhol e português, aquando verificada a sua prática tem como consequências legais sanções, criminais e administrativa. Porém, para que a sanção possa ser aplicada, é necessário que se faça prova do mesmo. Para tanto os sistemas jurídicos determinam que seja instruído um processo de investigação. No entanto, como já referido, parte da doutrina considera que os meios empregues pelo Estado no decorrer da investigação são inconstitucionais por violação de direitos fundamentais<sup>214</sup>, apontando como principais direitos a se ter em conta nesse procedimento investigativo, o direito ao casamento, o direito ao respeito pela vida privada e familiar e o direito à não discriminação em função da nacionalidade.

No entanto, para que o procedimento investigativo seja desencadeado é necessário identificar um conjunto de características apontadas pela doutrina como indícios ou suspeitas, também designado de presunções que passam a ser analisadas pelo Estado, através dos órgãos de polícia criminal legalmente designados para tal com o intuito de confirmar ou ilidir essas suspeitas. Utilizando um duplo mecanismo de investigação, o procedimento pode ocorrer em dois momentos, a) *antes do casamento*, na fase do procedimento preliminar matrimonial desenvolvida no Registro Civil e, b) *a todo o tempo*, quando o casamento já foi celebrado, especialmente em decorrência de um pedido de autorização de residência ou quando o cônjuge estrangeiro resida no Estado de acolhimento e surjam indícios de que o matrimônio é simulado. É necessário ressaltar que esses dois momentos de investigação não podem ser entendidos como regra, uma vez que determinados sistemas jurídicos, como o brasileiro, não procedem à investigação aquando seja solicitado junto aos serviços de registro civil a realização do casamento transnacional.

Por fim, para completar o estudo do procedimento de investigação, é preciso compreender como essa investigação se desdobra, ou seja, os meios empregues pelos órgãos de polícia para que as suspeitas sejam refutadas, destacando-se a audiência dos interessados e a busca domiciliar.

---

<sup>214</sup> Cf. GARCÍA VÁZQUEZ, *El estatuto jurídico-constitucional... op. cit.*, 2007, p. 76

## 1.1 A identificação do casamento branco: o método da presunção

Após a compreensão do que seja o casamento branco e o porquê da sua criminalização, somos levados a questionar como a Administração detecta um casamento de conveniência, quais os métodos empregues para se identificar a prática do crime, uma vez que estamos perante a simulação de uma declaração. Questão essa que pode ser traduzida na seguinte interrogação, o que leva um Estado a apontar que determinada relação subjacente a um pedido de residência ou nacionalidade por cônjuge estrangeiro caracteriza uma fraude às políticas migratórias e normas sobre aquisição da nacionalidade?

No âmbito regional, a Resolução do Conselho da UE de 1997 afirma no seu primeiro considerando que visando a harmonização das políticas nacionais em matéria de reagrupamento familiar, reconhece no segundo considerando os direitos a casar e a constituir família como sendo fundamentais (cf. arts. 8º e 12º da CEDH e 16º da DUDH). Nesta sequência, afirma que os casamentos brancos constituem um meio de contornar de forma abusiva a política imigratória na qual se estabelecem as regras de entrada e permanência de nacionais de países terceiros, ressaltando que a resolução não tem o objetivo de introduzir controles sistemáticos a todos os casamentos com nacionais de países terceiros, mas que serão efetuadas averiguações quando existam *presunções*<sup>215</sup> fundamentadas, sendo facultado aos Estados-membros a verificação das presunções que levem a crer da existência de um casamento branco mesmo antes da celebração.

Tanto a legislação quanto a doutrina pertinente ao tema afirmam que para se aferir da veracidade de um casamento é necessário utilizar o método baseado em presunções de prova. Não existindo provas diretas, cabem ao aplicador do direito utilizar um sistema de presunções judiciais.

---

<sup>215</sup> Sobre a utilização da presunção, PRIETO DE LOS MOZOS, “Doctrina registral en torno a los matrimonios de conveniencia ...” *op. cit.*, 2001, p. 1043 ao abordar o estudo do consentimento matrimonial como elemento chave para a verificação da existência ou não de casamento branco, afirma que “[e]l conocimiento cierto de la simulación nunca resulta alcanzable: ni antes de la celebración, ni posteriormente, puesto que cualquier hecho externo que pueda ser indicativo de la simulación (*ad. ex.* la propia declaración de uno los contrayentes en tal sentido) nunca será determinante: sólo constituirá una presunción [...] ‘no existiendo pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (cf. art. 1253 Cc)’”, essa afirmação nos aponta que são as regras do critério humano, ou seja, o senso comum que nos auxilia a verificar se estamos perante um caso de simulação matrimonial. Prossegue a autora declarando que é justamente a impossibilidade de ter certeza absoluta que se justifica a análise do consentimento em sede de processo preliminar de casamento. A Resolución (1ª) de la DGRN de 24 de enero de 2005, *in Boletín*, n.º 1988, 2006, p. 2038, que retrata uma autorização de matrimônio civil entre um cidadão espanhol e cidadã colombiana, afirma que “[...] las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar”.

De acordo com as regras gerais do direito, a presunção constitui um mecanismo que permite deduzir de certos dados ou indícios a existência de um fato concreto. No âmbito nacional, a codificação processual portuguesa e a CRP, preveem distintos graus de convicção a que designam por indícios (fortes, fundados e suficientes), sinais claros e suposição (fundado receio e suspeitas fundadas), que compreendem um leque de normas e situações distintas, advindo da interpretação do art. 127º do CPP que exprime, salvo quando a lei dispuser em contrário, que a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente<sup>216</sup>. Sendo assim, a investigação dos casamentos brancos, incide sobre fatos que são considerados apenas indícios legitimadores de suspeita como descreve o parecer do IRN P.º C. C. n.º 34/2009.

Recebendo a terminologia de indícios, entende o CPP brasileiro (cf. art. 239) serem as circunstâncias conhecidas e provadas, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias, no entanto, como explica Lopes Jr., os indícios não são provas e ninguém pode ser condenado a partir de meros indícios, pois tem um nível menor de verossimilhança, estando assim limitada ao entendimento de prática de fato aparentemente criminoso (*fumus commissi delicti*)<sup>217</sup>.

Por sua vez, as presunções encontram-se no ordenamento espanhol tipificado no art. 386 da Ley de Enjuiciamiento Civil, sendo que o legislador através da Instrucción DGRN de 31 de enero de 2006 afirma que a valoração das mesmas deve estar de acordo com um duplo objetivo, por um lado garantir o respeito ao *ius nubendi* como direito fundamental, por outro, evitar que uma falsa aparência de casamento resultante de um consentimento simulado acenda ao Registro Civil como se de um verdadeiro casamento se tratasse<sup>218</sup>. Por isso, fixa regras para o funcionamento das presunções, com vista à Administração alcançar uma *certeza moral plena* de estar diante de um casamento branco,

---

<sup>216</sup> A título de exemplo no ordenamento português temos: a) *indícios fortes* (arts. 27º, n.º 3, al. b) da CRP; 200, n.º 1, 201º, n.º 1 e 202º, n.º 1, al. a) do CPP); *sinais claros* (art. 256º, n.ºs 2 e 3 do CPP); b) *indícios suficientes* (arts. 277º, n.º 2, 283º, n.º 1, 285º, n.º 2, 298º, 302º, n.º 4, 308º, n.º 1, 391º-A, n.º 1 do CPP); c) *indícios* (arts. 171º, n.º 1, 174º, n.ºs 1 e 2, 246º, n.º 5, al. a) do CPP); *indícios fundados* (art. 174º, n.º 5, al. a) do CPP); *suposição* (art. 210º do CPP); *fundado receio* (arts. 142º, n.º 1, 277º, n.º 1, 228º, n.º 2, 257º, n.º 2, al. b) do CPP); *fundado motivo para recear* (art. 272º, n.º 3, al. b) do CPP); *suspeitas fundadas* (arts. 58º, n.º 1, al. a), 250º, 272º, n.º 1 do CPP) e *suspeito* (art. 27º, n.º 1, al. g) da CRP; 1º, al. e) do CPP). Assim, a) correspondem a um grau designado por evidente (*clear evidence*); b) está para uma suspeita razoável ou provável (*reasonable suspicion ou probable cause*); e c) corresponde a *bona fide suspicion*. Sobre esta classificação apresentada e mais sobre graus de convicção dos indícios e suspeitas ver Paulo Sérgio Pinto de ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de processo penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009, p. 329. Quanto aos indícios fortes, esclarece o autor (p. 330) que “[...] o legislador só consagra o crivo dos indícios fortes para a aplicação das medidas cautelares mais graves, que implicam uma limitação de tal maneira intensa da liberdade que constituem, no plano fáctico, uma antecipação dos efeitos negativos da condenação pelos factos [...]”, pois que o “[...] grau de convicção é o mesmo que levaria à condenação se os elementos conhecidos no final do processo fossem os mesmos do momento da decisão interlocutória”. Face ao exposto, concluímos que os indícios a que se refere o parecer da IRN de 2009 corresponde à noção de *indícios suficientes*.

<sup>217</sup> Cf. Aury LOPES JR, *Direito processual penal*, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2014, pp. 1864 – 1866.

<sup>218</sup> Como exemplo do recurso às presunções, fundamentando-se na Resolución de 30 de mayo de 1995, a Resolución (1ª) de la DGRN de 19 de marzo de 2008, in *Boletín de Información: Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, año LXIII, abril, 2009, p. 7, afirma que quanto às declarações dos próprios interessados juntamente com as demais provas produzidas, das quais seja razoável deduzir segundo as regras do critério humanos que o matrimónio é nulo por simulação o pedido dos nubentes deve ser negado.

embora não seja possível o conhecimento completo da verdade material, não é aceite uma decisão com base em probabilidade ou mera semelhança.

Entretanto, nos três ordenamentos jurídicos por nós destacados, é pacífico o entendimento de que não se alcançando uma convicção plena se deve considerar o casamento como autêntico. Caso seja comprovado a existência de um casamento branco, a Administração necessita indicar as razões que a fizeram concluir em tal sentido, mencionando de forma obrigatória os fundamentos, podendo o interessado apresentar prova em contrário às presunções assinaladas<sup>219</sup>.

Ressalva-se que nos casos em que a análise ocorrer no momento da apreciação do pedido de inscrição do casamento em uma Conservatória do Registro Civil, se o mesmo for negado com base nas presunções, poderão posteriormente os mesmos interessados apresentarem novo pedido de autorização para casar pois que em matéria de registro civil não vigora o princípio de coisa julgada. Por sua vez, se o casamento for realizado e posteriormente surgirem dúvidas quanto à sua validade, poderá ser intentado contra o mesmo uma ação declaratória de anulação/nulidade ou ainda inexistência conforme preveja o sistema jurídico.

Neste sentido, a Resolução do Conselho da UE de 4 de dezembro de 1997 apresenta uma lista com vista a orientar os Estados-membros, fonte na qual se baseia a Instrucción de 2006 e o manual da Comissão Europeia de 2014 sobre os casamentos brancos (*Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience between EU citizens and non-EU nationals in the context of EU law on free movement of EU citizens*). Embora no Brasil verifiquemos a não condensação do conteúdo num compêndio didático ou mesmo em lei, pois como afirma Cahali a figura do casamento branco não é tratada diretamente pelo direito nacional<sup>220</sup>, verifica-se na jurisprudência como descrito no Ac. da 7ª Turma do TRF da 4ª Região de 10 de junho de 2003 a utilização do mesmo método de presunções com os quais se defrontam os envolvidos, quando haja suspeitas de fraude ao estatuto dos estrangeiros nos casamentos celebrados há menos de cinco anos, consubstanciando na falsidade ideológica.

De um modo geral, são apresentados dados com os quais os cônjuges são confrontados, que se baseiam no conhecimento pessoal mútuo e relações pessoais

---

<sup>219</sup> Determina a Comissão Europeia, que as autoridades nacionais devem investigar o casamento sempre que se evidencie uma suspeita, em qualquer período da vida do casal transnacional, devendo no entanto, observar os fatos a favor e contra os indícios, avaliando se existe matéria o suficiente que fundamente a investigação. A partir do momento em que as suspeitas já não tenham fundamento, a investigação deve ser arquivada (cf. A.A.V.V., *Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience... op. cit.*, 2014, p. 41).

<sup>220</sup> Cf. CAHALI, *Estatuto do estrangeiro... op. cit.*, 2010, p. 239.

recíprocas. No entanto, não há uma lista completa de dados pessoais e familiares no qual se exige o conhecimento integral. A análise é feita de acordo com o caso em concreto, no qual deve ser valorado o conhecimento do “núcleo conceitual” sem necessidade de descrever detalhes concretos, ou seja, um conhecimento suficiente e não exaustivo<sup>221</sup>.

Nos casos em que há um desconhecimento claro, evidente e flagrante de tais dados deve-se declarar que o casamento é simulado, no entanto, o desconhecimento isolado e singular de apenas um dado não é motivo relevante para se inferir automaticamente da existência de um casamento simulado<sup>222</sup>.

Os principais fatores que apontam para uma simulação é a falta de conhecimento básico de dados pessoais e familiares e a inexistência de um relacionamento prévio. Fundamenta a suspeita de que poder-se-á estar diante de um casamento branco o desconhecimento dos seguintes fatores, a) *dados pessoais*: data e lugar de nascimento; domicílio, profissão, hábitos notórios, nacionalidade, casamentos anteriores, informações básicas sobre familiares, b) *relações pessoais*: embora os interessados possam não

---

<sup>221</sup> Como observa a DGRN na Resolución de 22 de enero de 2005, in *Boletín*, n.º 1988, 2006, p. 2036, analisando os fatos conclui-se que perante as respostas dadas pelos futuros contraentes durante a audiência, não se deduz claramente que o casamento a celebrar seja simulado, pois que quantitativamente o número de dados do outro cônjuge que são conhecidos é maior em comparação aos dados ignorados, sendo que, aqueles que se desconhece não são considerados tão essenciais para se estimar que o consentimento matrimonial que se irá prestar não seja válido. Concluindo assim a DGRN “[p]or tanto, si se tiene en cuenta la presunción general de buena fe y que el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad el matrimonio pretendido, ha de ser preferible no poner trabas a la celebración del enlace”. Neste mesmo sentido, decidem as resoluções citadas por CALVO CARAVACA e CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio de conveniencia y turismo divorcista...” *op. cit.*, 1998, pp. 133 – 134, a primeira corresponde a Resolución de la DGRN (1ª) de 18 de octubre de 1996, na qual esclarece a Administração que deve ser dado como válido e ordenada a sua inscrição no Registro Civil, porém deixando aberta a via do juízo ordinário ao Ministério Fiscal, caso posteriormente passem a existir indícios de que o consentimento prestado pelos agora cônjuges era simulado. Para os citados autotes (p.133), casos em que “[...] existen indicios de que el matrimonio ‘aparentemente blanco’, puede no ser fraudulento – ad. ex. los interesados ya se conocían antes del matrimonio, habían viajado con anterioridad a España o al otro país, manifiestan su propósito verdadero de fundar una familia, etc. - , el *ius nubendi* debe prevalecer [...] el matrimonio es válido” (*itálicos no original*). A segunda, corresponde a Resolución de la DGRN (3ª) de 20 de septiembre de 1996 que afirma “[...] es necesario que la convicción del fraude se forme em grado de certeza moral en el juicio de quien deba decidir sobre la nulidad del matrimonio discutido”.

<sup>222</sup> Cf. CALVO CARAVACA e CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de familia ... op. cit.*, 2008, p. 121. A título de exemplo da detecção de casos em que há um desconhecimento flagrante entre os interessados, citamos a Resolución de la DGRN (1ª) de 19 de marzo de 2008, in *Boletín de Información: Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, año LXIII, abril, 2009, p. 7, que descreve as conclusões advindas da análise da audiência dos interessados feita em sede de pedido de inscrição de casamento celebrado no exterior entre uma cidadã da República Dominicana e cidadão espanhol. Para a Administração ficou provado que existe uma discrepância na data em que se conheceram, como também em qual o momento em que decidiram se casar, pois que segundo a interessada foi antes de se conhecerem pessoalmente, já para o cônjuge a decisão deu-se no momento em que se conheceram pessoalmente, soma-se a esses dados o fato de terem tido contato pessoal apenas uma vez exatamente três dias antes da data de celebração do casamento de acordo com a data de entrada aposta no passaporte do cônjuge estrangeiro. Concluindo que o casamento é nulo por simulação. Já a Resolución (2ª) de la DGRN de 24 de enero de 2005, in *Boletín*, n.º, 1988, 2006, p. 2041, nos informa que “[l]as respuestas dadas en el trámite de audiencia revelan contradicciones y el desconocimiento de hechos que no son justificables, principalmente que el contrayente, al ser preguntado, no recuerde el nombre completo de la mujer con la que ha contraído matrimonio. Tampoco recuerda la fecha de su nacimiento ni el nombre de la hija de ésta. No existe relación previa entre los contrayentes y se conocen por un breve espacio de tiempo. Ella confunde la edad de él”. Na Resolución de la DGRN de 3 de octubre de 2009, in *Boletín de Información: Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, año LXIV, septiembre, 2010, os interessados no pedido de autorização de casamento diferem sobre dados considerados relevantes como a relação do interessado com a sua família de origem, quanto a data de início do relacionamento, assim como diferem sobre o local em que passaram as últimas datas festivas como natal e aniversário. Enquanto que na Resolución (1ª) de la DGRN de 5 de octubre de 2009, in *Boletín... op. cit.*, 2010, p. 9, fundamenta a suspeita e respectiva denegação do pedido o fato de não se ter conhecimento do meio de vida do interessado estrangeiro em território espanhol, somado ao fato de segundo dados policiais o mesmo não ter tentando regularizar a sua situação documental em Espanha, além da grande diferença de idade entre os interessados e de não haver nenhuma prova forte o bastante sobre o relacionamento. A Resolución (2ª) de la DGRN de 5 de octubre de 2009, in *Boletín... op. cit.*, 2010, p. 11, retrata um caso em que entre a data do pedido para que fosse autorizado a celebração do casamento e da audiência dos interessados decorreu o prazo de um ano, chegando a conclusão a Administração que há um desconhecimento mútuo dos dados pessoais, sendo detectado erro quanto à identidade, quanto a quantidade de irmãos e os respectivos nomes, ignoram as respectivas idades e datas de nascimento, indicam como amigos em comum do casal diferentes pessoas, erram quanto a indicação dos alimentos favoritos, havendo ainda uma considerável diferença de idade entre ambos (52 anos).

conhecer alguns dados pessoais recíprocos, analisa-se também o relacionamento entre os mesmos que pode ser anterior ou apenas posterior ao casamento, ter sido a relação construída pessoalmente ou à distância (uso de recursos como internet, carta, telefone), a existência de filho em comum é considerado a “rainha das provas” de que há um relacionamento<sup>223</sup>.

Ao exame desses dados acrescenta-se os seguintes indícios, ausência da vida em comum; ausência de contribuição adequada para os encargos decorrentes do casamento; ausência de relacionamento prévio ao casamento, os nubentes conhecem-se dias antes ou mesmo à porta da conservatória onde será realizado o casamento; indicação de morada errada, falsa ou incerta; atrasos repetidos e não justificados na junção ao processo de documentos necessários à sua correta instrução; projetos de casamentos sucessivamente adiados ou inviabilizados, por vezes com pessoas diferentes; organização do processo com ausência sistemática dos nubentes; engano sobre as circunstâncias em que se conheceram; intermediação de redes criminosas especializadas em casamentos simulados; diversidade de idioma entre os nubentes levando a uma falta de comunicação não sendo verificado atos que visam ultrapassar essa barreira<sup>224</sup>; verifica-se a tendência desses casamentos serem realizados sempre no mesmo local o qual muitas vezes tem ligações ao crime organizado<sup>225</sup>; casamentos múltiplos de pessoas desconhecidas entre si com a mesma testemunha para todos eles; mudança de cônjuge em meio ao processo preliminar solicitando o aproveitamento do mesmo; casamento realizado em outro país sem fundamento plausível ou ligação de um dos nubentes àquele território, sendo que o trâmite e viagem são organizados por terceiros; pagamento em dinheiro ou presentes para que o casamento seja realizado, com exceção dos locais onde a cultura do dote é comum; divergência no conteúdo dos documentos apresentados para instrução do processo preliminar de casamento, como modificação dos nomes, data de nascimento ou

---

<sup>223</sup> Aponta a Instrucción de DGRN de 31 de enero de 2006 que são considerados dados acessórios ou secundários o conhecimento pessoal de familiares (não de sua existência e dados básicos de identidade como nome e idade) e de fatos da vida passada de ambos os nubentes. Assim, o conhecimento dos dados secundários podem auxiliar a Administração em sua decisão, no entanto, o seu desconhecimento não pode influenciar na mesma. Mais sobre as presunções ver A.A.V.V., *Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience... op. cit.*, 2014, pp. 36 – 40. Segundo o Ac. do STA de 30 de agosto de 2009 as declarações podem resultar dos interessados ou de terceiros, de informações provenientes de documentos escritos ou de informações obtidas durante um inquérito.

<sup>224</sup> A falta de existência de um idioma em comum é considerado pela Instrucción de 2006 como um mero indício de fraude, pois que de forma isolada o idioma não indica se há ou não relações pessoais, porém é sempre um dado que a Administração deve ter presente ao avaliar o caso em concreto.

<sup>225</sup> De amplo conhecimento na comunicação social, os fatos narrados no Ac. do TC n.º 289/2013 mostram a atuação de organizações criminosas que utilizam o casamento de conveniência para a introdução de estrangeiros no território nacional. No caso em concreto, com o apoio da conservadora do Registro Civil de Gondomar vários casamentos foram celebrados e registrados com o único intuito de regularização de cidadãos estrangeiro. Em comum os casamentos eram todos marcados por um mesmo terceiro, não havendo relação de parentesco ou amizade entre o terceiro e os nubentes, em sua maioria os casais eram compostos de cidadãs portuguesas e nacionais hindus, o casamento era realizado no dia em que os nubentes se dirigem à Conservatória, o processo preliminar de casamento não era requerido pelos nubentes; as perguntas direcionadas aos nubentes eram respondidas por terceiro, não havia presença de amigos ou familiares, os casamentos eram celebrados de forma cêlere com a presença de vários casais ao mesmo tempo, os cônjuges não possuíam uma língua em comum, sendo manifesto para os presentes que não existia nenhum relacionamento entre os requerentes.

nacionalidade dos cônjuges; fornecimento de endereço domiciliar falso; um dos nubentes já se encontrar casado com pessoas distintas em diferentes municípios; o terceiro intermediário que organiza o processo de casamento é ao mesmo tempo testemunha e interprete para os nubentes; um passado que revele indicações sobre casamentos brancos anteriores ou irregularidades de residência<sup>226</sup>.

No entanto, todos os dados que não sirvam para determinar o pleno conhecimento ou relacionamento entre os interessados é considerado irrelevante, embora em alguns documentos apareçam como sendo dados indícios, é preciso compreender que só podem ser considerados suspeitos se aparecerem coligados com outros dados, logo, isoladamente devem ser considerados irrelevantes. Cita-se como exemplo de dados que isolados não podem ser considerados indícios, a permanência irregular do cidadão estrangeiro em território nacional; não convivência prévia quando exista razões que impossibilite a viagem como questões econômicas; o fato dos interessados terem se conhecido há poucos meses (diferente da situação em que se conhecem há poucos dias ou no dia específico do casamento); apenas um dos cônjuges possuir bens econômicos; diferença significativa de idade e desconhecimento de dados secundários<sup>227</sup>.

## 2 O procedimento administrativo de investigação: breves notas

O processo de investigação dos casamentos brancos ocorre antes da instauração do processo criminal, ou seja, é uma instrução preliminar que visa determinar se o Estado exercerá ou não o seu *jus puniendi* e também funciona como garantia ao indivíduo e à sociedade de que o processo penal só será intentado com fundados motivos. Segundo a doutrina, essa fase procedimental de investigação preliminar é designada no Brasil de inquérito policial<sup>228</sup> e em Portugal medidas de polícia<sup>229</sup>. Diferindo dos demais sistemas

---

<sup>226</sup> Cf. A.A.V.V., *Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience... op. cit.*, 2014, pp. 36 – 37.

<sup>227</sup> A exemplo da aplicação dos indícios como fundamento para a caracterização da prática de casamento simulado o Ac. da 7ª Turma do TRF da 4ª Região de 10 de junho de 2003, nos informa que a ré ME. sequer falava os mesmos idiomas (inglês e árabe) de M., sendo que este tampouco tinha fluência no idioma português, além de nunca ter convivido com ele maritalmente. Neste acórdão ainda são apontados como indícios, a ausência de correspondência postal para o mesmo endereço; ausência de roupas na lavanderia de ambos os cônjuges. Já no Ac. da 8ª Turma do TRF da 4ª Região, de 30 de julho de 2008 os indícios apresentados foram: ausência de endereço comum; declaração de não consumação do casamento; erro quanto a data do casamento; erro quanto as pessoas presentes no casamento; reincidência no pedido de autorização de permanência; duração curta do matrimônio; ausência de atividade de lazer em comum; ausência de fotografias do casal; erro quando ao nome dos ascendentes do cônjuge; cônjuge unido de fato com terceiro, desconhecimento de detalhes da vida do casal. Mais sobre ver CALVO CARAVACA e CARRASCOZA GONZÁLEZ, *Derecho de familia ... op. cit.*, 2008, pp. 119 – 126; AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO e GRIEDER MACHADO, “El matrimonio de conveniencia...” *op. cit.*, 2000, p. 3215.

<sup>228</sup> Cf. Aury LOPES JR, *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001, p. 29.

<sup>229</sup> As medidas de polícia compreendem o tema das medidas cautelares e de polícia. Previsto no art 272º, n.º 2 da CRP, que estas devem estar previstas em lei, não devendo ser utilizadas para além do necessário, ou seja, “[...] as medidas de polícia devem obedecer aos requisitos da necessidade, exigibilidade e proporcionalidade. Trata-se de reafirmar, de forma enfática, o princípio constitucional fundamental em matéria de actos públicos potencialmente lesivos de direitos fundamentais e que consiste em que eles só devem ir até onde seja imprescindível para assegurar o interesse público em causa, sacrificando no mínimo os direitos dos cidadãos”, cf. J. J. Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. II, 4ª ed. rev., Coimbra, Coimbra

jurídicos estudados, em Espanha as investigações dos casamentos de conveniência são levadas a termo pelas Conservatórias de Registro Civil e não por um órgão de polícia criminal.

A investigação preliminar consubstancia-se numa atividade que tem em sua base a compreensão dos “[...] dados fáticos e elementos de convicção que possam servir para formar a *opinio delicti* do acusador e justificar o processo ou o não-processo”<sup>230</sup> a esses atos prévios ao processo dá-se o nome de procedimento. O termo investigação também tem sido utilizado para designar essa fase, especialmente pela doutrina brasileira. Essa primeira averiguação de uma suposta prática de crime é referenciada por Lopes Jr como uma “[...] ‘porta de entrada` do processo penal e a função de filtro para evitar acusações infundadas”<sup>231</sup>, conceituando a investigação como

*o conjunto de atividades realizadas concatenadamente por órgãos do Estado; a partir de uma notícia-crime ou atividade de ofício; com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal; que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delitivo, com o fim de justificar o exercício da ação penal ou o arquivamento (não-processo)*<sup>232</sup>.

Nessa investigação preliminar são praticados atos de natureza administrativa, judicial e até jurisdicional. Releva para o nosso estudo apenas os atos de natureza administrativa, também designado de procedimento administrativo preliminar ou pré-processual, levado a cabo por um órgão do Estado que não pertence ao Poder Judiciário, em regra um órgão de polícia criminal (OPC)<sup>233</sup>. Descrevendo o procedimento Lopes Jr.

---

Editora, 2010, p. 860. De acordo com a Lei de Segurança Interna (Lei n.º 53/2008, de 29 de agosto alterada pela Lei n.º 59/2015, de 24 de junho) que determina ser dever do Estado garantir a ordem, a segurança e a tranquilidade pública, proteger pessoas e bens, prevenir e reprimir a criminalidade e contribuir para assegurar o normal funcionamento das instituições democráticas, o regular exercício dos direitos, liberdades e garantias fundamentais dos cidadãos e o respeito pela legalidade democrática, nomeia o SEF como uma das entidades encarregadas do exercício da segurança interna (cf. art. 25º, n.º 2, al. d)), listando no art. 28º as medidas de polícia e no art. 29º as medidas especiais de polícia, destacando a imigração no art. 29, al. a) ao ser referido como medida especial de polícia a realização de busca para detectar pessoas em situação irregular. O próprio diploma que consagra a Lei de Estrangeiros tem pôr fim a segurança interna indo ao encontro do que determina o art. 1º da Lei n.º 53/2008. Segundo Germano Marques da SILVA, *Curso de processo penal: volume III*, 2ª ed. reimp., Lisboa/São Paulo, Verbo, 2001, p. 63, essas medidas são consideradas atos extraprocessuais, pois que o processo só se inicia com o ato do Ministério Público, como determina o autor estamos diante de “[...] realidades anteriores [...] estreitamente conexas com a processual [...]”. Especificamente sobre as medidas de polícia leciona Marques da Silva (p. 64) que os órgãos de polícia criminal são as entidades competentes para levar a cabo os atos, sendo obrigatório elaborar um relatório onde conste de forma resumida as investigações, os resultados alcançados, descrição dos fatos e provas recolhidas, esse relatório nos termos do art. 253º, n.º 2 do CPP português deve ser remetido ao Ministério Público ou ao juiz de instrução, conforme o caso. Importa notar que a fase a que designamos por procedimento preliminar relacionada às medidas de polícia distingue no cenário português de outras duas fases também consideradas preliminares mas que já consubstanciam uma fase jurisdicional, quais sejam, a) inquérito, que consiste segundo o autor (pp. 71 – 72) em uma atividade de investigação que ocorre sob direção do MP cuja finalidade é esclarecer a notícia crime e decidir sobre a acusação através de uma investigação, recolha de provas e apuração da responsabilidade dos agentes, essa fase é obrigatória no processo comum (cf. art. 262º do CPP) e b) instrução, é uma fase preliminar que ocorre entre a fase de inquérito e julgamento requerida pelo arguido ou assistente, visto que o MP não tem legitimidade para tal. Conforme a letra do art. 286º do CPP a instrução visa a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito em ordem a submeter ou não a causa a julgamento, esta fase é facultativa. De acordo com Marques da Silva (p. 130) a instrução tem um duplo objetivo “[...] obter a comprovação jurisdicional dos pressupostos jurídico-factuais da acusação, por uma parte, e a fiscalização judicial da decisão processual do Ministério Público de acusar ou arquivar o inquérito, por outra. [...] O juiz de instrução decide se a causa deve ser submetida a julgamento para apreciação do mérito da acusação ou de uma das acusações deduzidas”.

<sup>230</sup> Cf. LOPES JR, *Sistemas de investigação preliminar...* op. cit., 2001, p. 30.

<sup>231</sup> Cf. LOPES JR, *Sistemas de investigação preliminar...* ibid., 2001, p. 30.

<sup>232</sup> Cf. LOPES JR, *Sistemas de investigação preliminar...* ibid., 2001, p. 32 (*itálico no original*).

<sup>233</sup> O art. 272º da CRP prevê que cabe à polícia a função de defender a legalidade democrática e garantir a segurança interna e os direitos dos cidadãos, sendo que quanto à prevenção de crimes só pode fazer-se com observância das regras gerais sobre polícia e com respeito pelos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos. Sobre este preceito constitucional, CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa anotada...* op. cit., 2010, p. 858 afirmam que a CRP “[...] não define quais são os órgãos do

disserta que é uma atividade tipicamente policial no âmbito administrativo, que consiste em averiguar os dados que conste na *notitia criminis* com o fim de zelar pela segurança pública. A investigação preliminar é desenvolvida também pelo Ministério Público ou com o conhecimento deste, não havendo necessidade de intervenção de um juiz.

Desta forma, a investigação preliminar de teor administrativo distingue-se da investigação que ocorre num processo criminal pois que pode iniciar de ofício, ou seja, o OPC toma conhecimento do fato em meio às suas atividades de rotina ou através de uma denúncia, não podendo ainda os envolvidos serem considerados arguidos, pois ainda não estamos verdadeiramente frente a um processo penal. Sendo assim, faz-se necessário compreender que essa fase investigativa não tem por finalidade a determinação da pena, nesse sentido Lopes Jr. adverte que “[n]ão faz – em sentido próprio – *justiça*, senão que tem como objetivo imediato garantir o eficaz funcionamento da justiça”<sup>234</sup> concluindo que em verdade estamos diante da possibilidade de produção antecipada de provas ou *fumus commissi delicti*, qual seja, indícios ou presunções suficientemente relevantes que justifique uma ação penal. Logo, essa fase de investigação preliminar justifica-se para se apurar os fatos no sentido de saber se há ou não matéria que fundamente um processo judicial.

Esse procedimento justifica-se também por razão de ordem econômico-social, pois que por um lado, se evitam os altos custos financeiros que um processo judicial relega ao Estado, e por outro, pretende reafirmar a confiança da comunidade no processo penal, uma vez que o particular se vê protegido dos efeitos negativos, como a estigmatização social, provocados por um processo judicial<sup>235</sup>. Assim, a doutrina processualista entende que a investigação preliminar pretende em primeiro lugar excluir uma acusação equivocada e evitar um processo contra um pretense inocente, visando a “[...] busca do fato oculto, salvaguarda da sociedade e evitar acusações infundadas [...] [em causa está] o interesse público em perseguir e punir condutas que atentem contra os bens jurídicos tutelados, e [...] proteger os indivíduos de uma injusta perseguição”<sup>236</sup>. A investigação inicia-se, portanto, com um indício ou *fumus commissi delicti*, pois que de

---

Estado titulares da **função de polícia**, limitando-se a consagrar a competência geral do Governo para defesa da legalidade democrática (art. 199º/f) [...]” (*negrito no original*), cabe, portanto ao governo, a criação de lei que preveja quem são os titulares da função de polícia. Referindo-se à polícia como polícia administrativa, polícia de segurança e polícia judiciária, as medidas de polícia têm por função a prevenção, afirmam os autores (p. 861) que compreende a função de vigilância e prevenção criminal em sentido restrito, uma vez que estas medidas são “[...] apenas medidas de protecção de pessoas e bens, vigilância de indivíduos e locais suspeitos, mas não podem ser medidas de limitações dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos”.

<sup>234</sup> Cf. LOPES JR, *Sistemas de investigação preliminar...* op. cit., 2001, p. 38.

<sup>235</sup> Cf. LOPES JR, *Sistemas de investigação preliminar...* *ibid.*, 2001, pp. 38 - 45

<sup>236</sup> Cf. LOPES JR, *Sistemas de investigação preliminar...* *ibid.*, 2001, pp. 40 – 42 (*interpolação nossa*).

acordo com a linha do pensamento de Figueiredo Dias e Costa Andrade o Estado não atua por si mas reage a uma *notitia criminis* ou a uma presunção<sup>237</sup>.

Desta sorte, a produção antecipada de provas auxilia na ação que se desenrola posteriormente, “[...] se a instrução definitiva prova ou não prova que existe crime ou contravenção, a instrução preliminar prova ou não prova se existe base para a acusação”<sup>238</sup>. O procedimento de investigação preliminar levado a cabo pelos OPC debruça-se sobre provas técnicas, documentais e quando seja necessário procede a audiências na qual ouvirá testemunhas e o investigado, principalmente quando o ato restrinja direitos fundamentais, também compreende atos como a realização de buscas domiciliares, prisões cautelares, apreensão de telefones e objetos que possam estar ligados à prática do crime. “É importante destacar que neste sistema a polícia não é um mero auxiliar, senão titular [...] com autonomia para dizer as formas e os meios empregados na investigação [...]”<sup>239</sup>, porém o procedimento por si desenvolvido tem natureza administrativa, uma vez que é um órgão da Administração Pública, regendo-se pela discricionariedade quanto a escolha das condutas a serem observadas<sup>240</sup>.

Na presença de indícios, especialmente diante de um delito grave, como é classificado o casamento branco, a investigação preliminar é um procedimento obrigatório, não podendo a ação penal ser prosseguida sem que seja realizada a investigação como consagra o ordenamento jurídico espanhol no art. 300 da LECrim, que na mesma linha do art. 32º, n. 5 da CRP prevê que ninguém pode ser acusado sem exercer o seu direito de defesa através da audição do interessado.

A investigação, portanto, tem origem com o *fumus commissi delicti*, concretamente ao crime de casamento branco, os indícios podem ser observados em dois momentos, o primeiro no processo preliminar de casamento que ocorre nas conservatórias de registro civil, que tem por base uma análise do consentimento matrimonial, verificada a simulação o conservador encaminha a notícia para o órgão de polícia criminal e ao Ministério Público, como decorre do regime português e espanhol, e em um segundo

---

<sup>237</sup> Cf. Jorge de Figueiredo DIAS e Manuel da Costa ANDRADE, *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992, p. 133; LOPES JR, *Sistemas de investigação preliminar... op. cit.*, 2001, p. 42.

<sup>238</sup> Cf. Canuto Mendes, “A contrariedade na instrução criminal” *apud* LOPES JR, *Sistemas de investigação preliminar... ibid.*, 2001, pp. 46 – 47.

<sup>239</sup> Cf. LOPES JR, *Sistemas de investigação preliminar... ibid.*, 2001, p. 57. Uma nota distintiva faz-se necessário neste ponto, cumpre destacar que no sistema jurídico brasileiro essa fase é desencadeada apenas pelo órgão de polícia criminal, ao passo que em Portugal, apesar de o procedimento ser desenvolvido por um OPC o MP acompanha o procedimento. A Comissão Europeia destaca como principais métodos de investigação a ser empregue para dissipar suspeita de casamentos brancos a audiência dos interessados ou questionários; verificação dos antecedentes e análise de documentos e inspeção efetuada por autoridade competente junto a residências, escolas e locais de trabalho, com intuito de verificar se há uma real convivência familiar que seja de conhecimento social, cf. A.A.V.V., *Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience... op. cit.*, 2014, p. 41.

<sup>240</sup> DIAS e ANDRADE, *Criminologia... op. cit.*, 1992, p. 454 afirmam que a discricionariedade policial viola o princípio da igualdade jurídica.

momento, os indícios podem ser averiguados na apreciação do pedido de autorização de residência ou em qualquer momento durante a residência do casal no Estado de acolhimento, realizados perante o órgão de polícia criminal competente para investigação de crimes relacionados ao processo imigratório, como compreende o sistema português e brasileiro.

O objetivo do procedimento investigatório é a formação de um juízo de certeza, de convencimento da prática do crime, inicia-se sob uma aparência, uma possibilidade que o ato tenha sido realizado, para que sendo comprovados possa ser instaurada a ação penal

[...] a investigação preliminar está destinada a conhecer o fato em grau suficiente para afirmar a sua existência e autoria, isto é, probabilidade da materialidade e da autoria. Se não atingir esse nível – ficando na mera possibilidade – justificará o pedido de arquivamento (não-processo) e, como consequência, não deverá ser exercida a ação penal [...] A investigação preliminar inicia a partir da mera possibilidade – grau mais baixo de verossimilitude – e vai progressivamente evoluindo até chegar à probabilidade<sup>241</sup>.

#### a) *O procedimento administrativo de investigação em Portugal*

Em termos gerais, a investigação dos casamentos de conveniência no regime jurídico português encontra-se tutelada pelo art. 188º da Lei n.º 23/2007, redação conforme a Lei n.º 29/2012, que atribui ao SEF a competência quanto à instrução do mesmo. As ações encobertas (infiltradas) desenvolvidas pelo SEF, no âmbito da prevenção e investigação do crime de casamento branco (cf. art. 186º) em que estejam envolvidas associações criminosas, seguem os termos previstos na Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto (alterada pela Lei n.º 61/2015, de 24 de junho) que dispõe sobre o regime jurídico das ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal.

A primeira norma a delegar ao SEF a competência para investigação dos crimes decorrentes do processo imigratório foi o art. 96º do Decreto-lei n.º 59/93, de 3 de março, que dispunha caber ao SEF investigar e averiguar os crimes previstos no capítulo VIII relativo ao auxílio à imigração ilegal. No entanto, esta competência é alargada com a entrada em vigor do art. 137º do Decreto-lei n.º 244/98, de 8 de agosto que tipifica que a investigação deve abordar o crime de auxílio à imigração e outros que com ele estejam conexos. Por sua vez, esses crimes conexos passam a ser investigados com a publicação

---

<sup>241</sup> Cf. LOPES JR, *Sistemas de investigação preliminar...* op. cit., 2001, pp. 93 – 94. Sobre o reconhecimento de indícios da prática do casamento branco ver A.A.V.V., *A utilização indevida do direito ao reagrupamento familiar...* op. cit., 2012, p. 28 e ss; A.A.V.V., *Usos indebidos del derecho de reagrupación familiar...* op. cit., 2012, p. 15 e ss; CALVO CARAVACA e CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de familia...* op. cit., 2008, p. 121 e ss.

da Lei n.º 21/2000, de 10 de agosto que organiza a investigação criminal, alterada pelo Decreto-lei n.º 305/2002, de 13 de dezembro, que especificava ser competente *ainda a Polícia Judiciária, sem prejuízo das competências do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, a investigação do crime de auxílio à imigração ilegal.*

Atualmente regula a investigação criminal a Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto alterada pela Lei n.º 57/2015, de 23 de junho, que define investigação como sendo o conjunto de diligências, que nos termos da lei processual penal, se destinam a averiguar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a sua responsabilidade e de descobrir e recolher as provas, no âmbito do processo (cf. art. 1º), sendo da competência conjunta da Polícia Judiciária, Guarda Nacional Republicana e Serviço de Estrangeiros e Fronteiras a investigação do crime de auxílio à imigração ilegal e associação de auxílio à imigração ilegal.

Porém, o SEF é o órgão por excelência que possui a competência específica para investigar os crimes de auxílio à imigração ilegal ao qual se relaciona o casamento branco, como pode-se verificar no rol das suas atribuições definida pelo Decreto-lei n.º 252/2000, de 16 de outubro alterado pelo Decreto-lei n.º 240/2012, de 06 de novembro que determina ser atribuição no plano interno proceder à investigação dos crimes de auxílio à imigração ilegal, bem como investigar outros com ele conexos, sem prejuízo da competência de outras entidades (cf. art. 2º, n.º 1, al. g)), sendo o desenvolvimento desta ação de competência da Direção Central de Investigação (DCINV), no âmbito da prevenção e investigação da criminalidade quando envolva criminalidade organizada ou em casos cuja investigação se revista de especial complexidade, em especial no âmbito do disposto nos arts. 183º a 188º da Lei n.º 23/2007, as ações concretizam-se com a recolha de material e informação e o respectivo tratamento e difusão (cf. art. 23º, n.º 1, als. a) e c)).

Entretanto, em virtude da criminalização do casamento branco, a fiscalização desencadeada pelo SEF passa a receber, como citado no capítulo anterior, a colaboração do Instituto dos Registos e Notariado, de acordo com o P.º C. C n.º 34/2009 SJC-CT, de 25 de novembro, deste modo, os pedidos de autorização para casamento (inscrição) em que os nubentes sejam um nacional e um estrangeiro ou de transcrição do assento do casamento transnacional realizado no exterior são analisados com vista a detectar se o mesmo em verdade não se consubstancia num casamento simulado para fins migratórios.

A participação do IRN<sup>242</sup> no procedimento de investigação dá-se durante o processo preliminar de casamento, firmando assim, uma análise do casamento de conveniência numa perspectiva civil.

Consagrado como um direito fundamental no art. 36º da CRP, em princípio, o casamento é garantido a todos em plena igualdade, partindo da presunção de não discriminação em razão da nacionalidade (cf. art. 15º). Regulado pelo Código Civil por disposição constitucional (cf. art. 36º, n.º 2), é definido como o contrato entre duas pessoas que pretendem constituir família mediante uma plena comunhão de vida nos termos das disposições constante no próprio Código (cf. art. 1577º do CCiv), norma cuja redação foi alterada pela Lei n.º 9/2010 de 31 de maio instituindo o casamento civil entre pessoas do mesmo sexo. No entanto, o casamento para ser válido e eficaz precisa ser registrado. Mas para tal, é necessário percorrer o processo preliminar de casamento numa conservatória do registo civil (cf. art. 134º do CRegCiv).

Prevendo regras próprias para os casamentos transnacionais, o Código de Registo Civil (cf. Decreto-lei n.º 131/95, de 06 de junho atualizado pelo Decreto-lei n.º 201/2015, de 17 de setembro), no art. 164º determina que o casamento de português com estrangeiro celebrado em território nacional só pode efetuar-se pelas formas e nos termos previstos no próprio Código (cf. arts. 50º e 1587º CCiv c/c 151º e 153º do CRegCiv), assim, são as normas portuguesas que regem o casamento, vigorando o princípio *locus regit actum*<sup>243</sup>,

---

<sup>242</sup> O IRN tem por missão e atribuição executar as políticas relativas aos serviços de registo civil (cf. art. 3º, n.º 1 e 2, al. a) do Decreto-lei n.º 148/2012, de 12 de julho), porém a parceria firmada entre o SEF e o IRN com vista ao combate aos casamentos simulados é estatuída com o parecer emitido pelo IRN, P.º C. C. n.º 64/2003 DSJ no qual se determina que a) “podem as conservatórias do registo civil prestar informações ao SEF quanto à existência de processos preliminares e publicações e de casamento entre cidadãos portugueses e cidadãos estrangeiros, nacionais da Índia, Paquistão, Bangladesh, Nepal, China e países árabes e do Magrebe”; b) “desde que emitido parecer prévio favorável da Comissão Nacional de Protecção de Dados pode ser facultada ao SEF informação sobre a existência dos referidos processos e casamentos com indicação da identidade (nome, data de nascimento e nacionalidade) dos noivos, testemunhas e intérpretes intervenientes” e c) “as autoridades policiais podem sempre requerer certidão de qualquer registo ou documento, devidamente individualizado e concretizado – artigos 214º, n.º 5 e 217º do Código de Registo Civil”. Em conformidade com a redação do art. 164º do Código de Processo Civil aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho alterada pela Lei n.º 122/2015, de 01 de setembro, o acesso aos autos é limitado nos casos em que a divulgação do seu conteúdo possa causar dano à dignidade das pessoas, à intimidade da vida privada ou familiar ou à moral pública, ou pôr em causa a eficácia da decisão a proferir. Esclarece o IRN no parecer citado que no “[o]s dados pessoais recolhidos no âmbito do processo preliminar de publicações para casamento visam permitir averiguar da capacidade matrimonial de duas pessoas [...] que pretendam constituir família mediante uma plena comunhão de vida através da celebração do contrato ‘casamento’, mediante a verificação de inexistência de impedimentos à celebração daquele [...]”. Pelo que o acesso do SEF a tais dados, ainda que sejam no âmbito de uma investigação em curso, carece quanto a nós de prévia autorização da CNPD”. Quanto ao tratamento desses dados em sede investigação criminal, a Lei de Protecção de Dados Pessoais, nos n.ºs 2 e 3 do art. 8º especifica que o tratamento de dados pessoais relativos a suspeitas de atividades ilícitas, infrações penais, contraordenações e decisões que apliquem penas, medidas de segurança, coimas e sanções acessórias pode ser autorizado pela CNPD, observadas as normas de proteção de dados e de segurança da informação, quando tal tratamento for necessário à execução de finalidades legítimas do seu responsável, desde que prevaleçam os direitos, liberdades e garantias do titular dos dados. O tratamento de dados pessoais para fins de investigação criminal deve limitar-se ao necessário para a prevenção de um perigo concreto ou repressão de uma infração determinada, para o exercício de competências previstas no respectivo estatuto orgânico ou noutra disposição legal e ainda nos termos de acordo ou convenção internacional de que Portugal seja parte. A proteção de dados pessoais é um direito fundamental consagrado no art. 35º, n.º 2 da CRP.

<sup>243</sup> O estrangeiro que pretenda celebrar casamento em Portugal, deve instruir o processo preliminar de casamento com certificado, passado há menos de seis meses, se outro não for o prazo de validade fixado pela entidade competente do país de que é nacional, destinado a provar que, de harmonia com a sua lei pessoal, nenhum impedimento obsta à celebração do casamento. A falta deste documento pode ser suprida pela declaração de que, de harmonia com a sua lei pessoal, não há nenhum impedimento. No entanto, caso o conservador ou oficial de registos tenha dúvidas sobre a declaração, deve supri-las ouvindo duas testemunhas (cf. art. 166º do CRegCiv). Assim, verifica-se que a capacidade para contrair matrimônio é regulada pela lei pessoal, que define o regime de falta ou vícios da vontade dos contraentes (cf. art. 49º do CCiv). Contudo, as regras que aplicar-se-ão à cerimônia e registo são as portuguesas

com a particularidade de para afastar a suspeita de estar perante um casamento branco, o conservador ou oficial dos registos deve dar conhecimento do pedido de celebração ou transcrição do casamento ao Ministério Público e ao SEF, de acordo com o parecer emitido pelo IRN P.º C. C. 34/2009 SJC sobre os casamentos por conveniência. Pretende o citado parecer esclarecer os próprios agentes do IRN acerca dos procedimentos a adotar para evitar responsabilidade disciplinar e até criminal no caso de constatação de casamento branco. Isso decorre da aplicação do n.º 2 do art. 186º da Lei de Estrangeiro que afirma incorrer na prática do crime *quem de forma reiterada criar condições para a prática do ato*, no qual o conservador figuraria como autor do crime a título de dolo eventual. Esse parecer até ao momento tem sido considerado como uma espécie de guia, ou um “parecer uniformizador” sobre a atuação da Administração perante o pedido de celebração de casamentos transnacionais.

Baseando-se na definição e diretrizes da Resolução do Conselho da UE de 4 de dezembro de 1997, o parecer destaca que nem a lei de imigração e diplomas a ela conexos, nem o Código de Registo Civil possui

[...] um ou mais normativos prescrevendo expressamente procedimentos a adotar pelas Conservatórias do Registo Civil ou conferindo-lhes competências ou poderes de fiscalização especiais relativamente a tais casamentos [destacando que] [...] o processo de casamento recebeu inúmeras alterações com vista a simplifica-lo, inclusive o casamento de estrangeiros atendendo ao número crescente de comunidades imigrantes que residem em nosso país [...]<sup>244</sup>.

Fazendo remissão para a nota interna do IRN n.º 168/2009 determina que na existência de indícios da prática de casamento branco os conservadores devem dar conhecimento ao Ministério Público<sup>245</sup>.

Os meios de investigação adotados pelo SEF além da análise documental são a audiência dos interessados, em que se realiza uma “entrevista” aos cônjuges e a busca domiciliar, que em verdade configura-se como uma “visita” na qual os agentes estatais pretendem aferir da veracidade do relacionamento que dá origem primeiramente à

---

(cf. art. 164º do CRegCiv), ao passo que, o casamento entre dois estrangeiros celebrado em Portugal será regido pela lei nacional de algum dos nubentes perante os respectivos agentes diplomáticos ou consulares, desde que igual competência seja reconhecido pela mesma lei aos agentes diplomáticos e consulares portugueses (cf. arts. 51º, n.º 1 do CCiv e 165º do CRegCiv), verifica-se, portanto, a remissão para a lei pessoal.

<sup>244</sup> Cf. IRN. P.º C.C. 34/2009 SJC – CT de 25 de novembro de 2009, p. 3 [*interpolação nossa*]. Consta no Ac. do TC n.º 289/2013 que compete as Conservatórias do Registo Civil evitar a prática de um ato simulado (seja ele casamento de conveniência ou outro), justificando que é a própria fé pública que delega no órgão essa competência, assim, faz-se necessário uma efetiva vigilância e atenção, não somente quanto aos aspectos formais que antecedem, acompanham ou decorrem dessa celebração, como ainda o assegurar de que o ato em si é genuíno e corresponde, com veracidade, ao fato que o registo atesta (uma vez que a prova resultante do registo civil quanto aos fatos que a ele estão obrigatoriamente sujeitos e ao estado civil correspondente não pode ser ilidida por qualquer outra, a não ser nas ações de estado e nas ações de registo, cf. art. 3º do CRegCiv).

<sup>245</sup> Da conjugação dos arts. 241º e 242º, n.º 1, al. b) do CPP e 386º do CP a denúncia é obrigatória ao Ministério Público, ainda que os agentes do crime não sejam conhecidos para os funcionários públicos (agentes administrativos), quanto a crimes de que tomem conhecimento no exercício das suas funções e por causa delas.

autorização de residência do cônjuge estrangeiro e três anos depois do casamento, conforme a Lei da Nacionalidade, permite o acesso deste à nacionalidade portuguesa.

*b) O procedimento administrativo de investigação no Brasil*

Analisando a investigação da prática de casamento branco no Brasil, estatui o art. 4º da Portaria MJ n.º 04, de 7 de janeiro de 2015, que cabe ao DPF mediante despacho fundamentado realizar diligências para instrução dos processos que tem em sua base um pedido de autorização de permanência definitiva na hipótese em que haja indícios de falsidade documental. Como já explicitado anteriormente, sanada a irregularidade após a realização das diligências o DPF notifica o estrangeiro sobre a emissão da carteira de identidade para estrangeiros; caso, porventura não seja sanada a irregularidade após a realização das diligências, o DPF remete o processo ao Departamento de Estrangeiros (DEEST) para decidir sobre a permanência. Caso o pedido seja indeferido cabe recurso para a Secretaria Nacional de Justiça (cf. art. 5º).

Prevê a CFBR no art. 144, § 1º, inc. 1 que a segurança pública, entendida como dever do Estado, é garantida dentre outros órgãos pela Polícia Federal, a qual compete apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União, entidades autárquicas ou empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei. A Lei n.º 10.446, de 8 de maio de 2002 dispõe sobre infrações penais de repercussão interestatal ou internacional que exigem repressão uniforme, listando várias infrações penais sobre as quais é de responsabilidade da DPF proceder à investigação, dentre eles sequestro, formação de cartel, violação a direitos humanos, dentre outros, estatuidando no art. 1º, § Único que o DPF procederá à apuração de outros casos, desde que tal providência seja autorizada ou determinada pelo Ministro de Estado da Justiça, tutelando assim a legitimidade da DPF para investigação dos crimes advindos do processo imigratório decorrente da Portaria MJ n.º 04/2015.

Tratando-se de crimes públicos como se classifica a falsidade ideológica, tipo legal consumido pela prática de casamento branco, o órgão de polícia criminal deve iniciar a investigação “[...] sempre que tomar conhecimento de fato que possivelmente constitua crime”<sup>246</sup> - *ex officio*, como decorre do art. 5º, n.º 1 do CPP. Para se compreender

---

<sup>246</sup> Cf. Edilson Mougenot BONFIM, *Curso de processo penal*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 153 – 154. CAHALI, *Estatuto do estrangeiro... op. cit.*, 2010, p. 238 fazendo referência ao Parecer n.º 106/1981 da Consultoria Jurídica do Ministério da Justiça, publicado no Diário Oficial da União em 20.07.1981, explica que a Administração recomendava à Polícia Federal que “[...] ‘qualquer

o procedimento investigatório levado a cabo pelo DPF, é necessário se fazer uma conjugação da Portaria MJ n.º 4/2015 com as regras processuais gerais.

Embora vigore o princípio da discricionariedade, as diligências efetuadas pelo DPF para instrução de processo encontram-se reguladas no art. 6º do CPP, quais sejam, dirigir-se ao local, regra geral referindo-se ao local da prática do crime; apreender os objetos que tiverem relação com o fato; colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias; ouvir o ofendido; ouvir o indiciado; proceder ao reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; determinar, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos a sua folha de antecedentes; averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para averiguação do seu temperamento e caráter. O Ac. da 8ª Turma do TRF da 4ª Região de 30 de julho de 2008 relata que a entrevista é realizada não apenas com os cônjuges, mas também com os vizinhos do requerente a autorização de residência. Sendo realizada no domicílio é preciso observar o disposto no art. 5º, inc. XI da CFBR para o qual a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia por determinação judicial, a casa é entendida como domicílio de acordo com o art. 150, § 4º, incs. I e III do CP.

As diligências mais usuais em se tratando de verificação de simulação de casamento são as previstas no art. 6º, incs. I e IX, concretamente, dirigir-se ao domicílio e averiguar fatos da vida do sujeito requerente da autorização de permanência, como depreende-se do Ac. da 1ª Turma do TRF da 3ª Região de 26 de junho de 2012 que relata que o agente da polícia federal em procedimento de rotina para casos como esse foi até ao endereço apontado como sendo do casal e entrevistou a esposa e sogra do investigado, tendo esta afirmado perante o agente que a filha foi cooptada por outra pessoa para se casar de forma fictícia com o estrangeiro, também no Ac. da 7ª Turma do TRF da 4ª Região de 10 de junho de 2003, descreve que o casamento foi descoberto pela Polícia

---

proposta de instauração de inquérito policial para a expulsão de estrangeiro, encaminhada ao Departamento Federal de Justiça, deverá ser devidamente fundamentada, inclusive com a informação relativa a vínculo familiar com brasileiro; e, sem prejuízo do curso do inquérito, se o expulsando alegar ser casado com brasileira ou ter filho brasileiro, dependente da economia paterna, oferecendo prova do alegado, a autoridade encarregada do inquérito diligenciará para averiguação da veracidade dos fatos, sobretudo quanto à manutenção *de fato* da sociedade conjugal e ao cumprimento, pelo expulsando, dos seus deveres de família” (*itálico no original*).

Federal, que em diligências junto à residência de *M.* notou que este efetivamente não convivia maritalmente com *ME.*

Para finalizar, apenas apontamos que em termos gerais, críticas têm sido feitas por parte da doutrina, que afirmam ser a investigação preliminar levada a cabo pelos órgãos de polícia criminal um sistema arcaico e superado, no qual o sistema se depara com a chamada *crise do inquérito policial* pois há uma precariedade quanto à qualidade da mesma, não cumprindo com seu objetivo de satisfazer o titular da ação penal, nem a defesa e nem ao juiz<sup>247</sup>.

### *c) O procedimento administrativo de investigação na Espanha*

A investigação dos casamentos brancos no sistema espanhol decorre especialmente no processo preliminar de casamento, analisando o consentimento matrimonial. Embora, quanto aos órgãos envolvidos na análise de detecção de casamentos simulados, o procedimento de investigação encontre-se repartido por três áreas da administração pública, concretamente, a civil, a administrativa e criminal<sup>248</sup>. Civilmente a competência recai sobre os conservadores dos Registros Civis, a quem cabe o trâmite do processo preliminar de casamento. Com intervenção do Ministério Fiscal (correspondente ao Ministério Público), antes da decisão final, que tem em sua faculdade propor diligência ou apresentar novas provas, podendo ampliar, modificar ou opor-se a pretensão deduzida sobre a qual se ouvirá os interessados. Importa destacar que tanto o Ministério Fiscal quanto qualquer particular que tenha conhecimento de um matrimônio de conveniência estão obrigados a denunciar, cabendo ao instrutor denegar a celebração do mesmo (quando verificado na fase de processo preliminar). Quando detectada a fraude pelo conservador do Registro Civil, este deve comunicar o mesmo às autoridades policiais e de estrangeiros.

A análise orgânica do ponto de vista administrativo recai sobre as Oficinas de Extranjería aquando da solicitação de autorização de residência por reagrupação familiar, o que significa que o matrimônio já foi celebrado. Detectada a fraude, as Oficinas devem

---

<sup>247</sup> Cf. LOPES JR, *Sistemas de investigação preliminar...* op. cit., 2001, pp. 57 – 58 e 95, conclui o autor que a crise do inquérito além de ter fundamento nas circunstâncias materiais nas quais se encontram os órgãos de polícia criminal no Brasil deve-se também a uma falta de controle da investigação policial por parte do MP que deveria ser o responsável por traçar a linha de investigação, ou seja, definir o quê e quando seria investigado, pois que como titular da ação penal, poderia oferecer uma denuncia com elementos capazes de chegar a uma certeza. Posição adotada pelo sistema jurídico português que determina no art. 3º, n.º 1, als. h) e n) da Lei n.º 47/86, de 15 de outubro, alterada pela Lei n.º 9/2011, de 12 de abril (Estatuto do Ministério Público) para a qual compete ao MP dirigir a investigação criminal, ainda quando realizada por outras entidades e fiscalizar a atividade processual dos órgãos de polícia criminal.

<sup>248</sup> Cf. A.A.V.V., *Usos indebidos del derecho de reagrupación familiar...* op. cit., 2012, pp. 19 – 20.

comunicar o fato à Dirección General de la Policía y la Guardia Civil responsável em matéria de segurança e ordem pública, logo, órgão competente para a investigação em sede criminal. No estrangeiro a verificação da existência ou não dos casamentos brancos é feita pelos chefes das Secciones de Visados e pelos Cônsules a quem cabe verificar a documentação emitida no país de origem em sede de análise do pedido de visto por reagrupação familiar. Cabe ressaltar ainda que o trabalho dessas entidades juntamente com a polícia é realizado de forma coordenada.

Por fim, sendo negado o pedido a notificação enviada ao estrangeiro deve ser fundamentada, caso contrário, se o pedido de reagrupamento for aceite será emitido uma autorização de residência por reagrupamento temporária, sendo comunicado além do interessado, o Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación e a missão diplomática ou consular na qual deve ser apresentado o pedido de visto, no prazo de dois meses, para entrada em Espanha do nacional terceiro reagrupado. A autorização de residência para fins de reagrupamento só produz efeitos após obtenção do visto de entrada, ou seja, a autorização de residência só é concedida se o reagrupado encontrar-se fora do território nacional<sup>249</sup>.

Uma vez verificado um casamento simulado em termos administrativos se está perante uma infração grave, como dita a regra contida na al. *b*) do n.º 2 do art. 53 da LO n.º 4/2000 introduzida com a reforma legislativa de 2009, é considerada infração grave contrair matrimônio, simular relação afetiva análoga ou constituir-se como representante legal de menor, quando ditas condutas se realizem com ânimo de lucro ou com o propósito de obter indevidamente um direito de residência, sempre que tais fatos não constituam um crime. Como consequência é indeferido o pedido de autorização de residência e aplicada a sanção prevista no art. 55, n.º 1, al. *b*) que prevê multa compreendida entre os valores de 501,00€ a 10.000,00€.

---

<sup>249</sup> O pedido de visto consular (cf. art. 57 do Reglamento) que autorize a entrada no território espanhol deve ser instruído com apresentação de passaporte válido, certificado de antecedentes penais emitido pelas autoridades do país de origem ou do país no qual residiu nos últimos cinco anos, cópia da autorização de residência do reagrupante, documentação original comprovativa do vínculo familiar, certificado médico que declare não padecer de nenhuma enfermidade prevista no regulamento de saúde internacional. Se necessário pode a missão diplomática ou consular na qual tramita o pedido proceder à audiência dos interessados para comprovar a identidade, o vínculo familiar ou a dependência legal ou econômica, bem como a validade da documentação apresentada. O não comparecimento é interpretado como desistência do pedido, salvo motivo de força maior. A entrevista decorre na presença de dois funcionários da administração espanhola, devendo a mesma ser firmada em ata, assinada pelos presentes e entregue cópia ao interessado. Caso o pedido de visto seja negado, deverá ser o interessado notificado (cf. disposición adicional 6 del Reglamento da LO). A decisão deve ser pronunciada no prazo de dois meses a contar da apresentação do pedido, que deve ser feito pessoalmente ou mediante procurador desde que haja motivos suficientes que impeçam a presença física. Caso o pedido seja deferido, o reagrupado tem o prazo de três meses para entrar na Espanha (cf. art. 58 do Reglamento). Após a entrada deverá no prazo de um mês solicitar pessoalmente o bilhete de identidade de estrangeiro. GARCÍA VÁZQUEZ, *El estatuto jurídico-constitucional... op. cit.*, 2007, p. 91, esclarece que o pedido de visto de entrada passou a ser requisito após entrada em vigor da Ley Orgánica 14/2003 que reforma da lei de estrangeiros, excluindo a exceção existente até então que permitia ao familiar estrangeiro que já se encontrava em território nacional obter a autorização de residência por reagrupamento sem necessidade de visto. A justificativa do legislador é que o visto de entrada habilita a permanecer no território e a trabalhar não sendo mais necessário a previsão da exceção.

Detectados os casamentos de conveniência as unidades policiais tomam uma declaração por escrito e remetem ao Ministério Fiscal, a quem compete intentar ação de nulidade matrimonial<sup>250</sup>. O meio de investigação mais usual no sistema espanhol é a audiência dos interessados.

### 3 O procedimento sobre a forma de duplo grau de investigação

A detecção do crime de casamento de conveniência não é uma tarefa fácil aos órgãos de polícia criminal. Colabora para tal a falta de metodologia e de um perfil dos seus agentes<sup>251</sup>. O casamento, direito fundamental positivado, tem sua realização garantida pelas constituições nacionais, com base na livre escolha e o pleno consentimento dos cônjuges, em consonância com os textos internacionais a exemplo do art. 16 da DUDH e do art. 23 do PIDCP. É assim, um assunto com grande peso social, íntimo e sensível para parte da comunidade. Com vista a nortear o processo de investigação dos casamentos brancos, a Comissão Europeia no ano de 2014 publicou um manual que tem por finalidade ajudar na sua identificação, afirmando que a regra geral por qual o Estado deve se pautar é que em princípio a reunificação familiar em causa não está ferida de abuso de direito, ou seja, o pedido apresentado pelo particular visa a unidade familiar, primando pelos indícios que confirmam essa versão, assim, parte-se do princípio de que são casamentos genuínos, só investigando aqueles que a partir dos documentos apresentados surja um forte indício (presunção) de que a verdade real não corresponde à declarada<sup>252</sup>.

Conclui a Comissão que essa presunção é útil para evitar que todos os casos sejam investigados, mas também prevenir que determinadas características como ter o imigrante um passado irregular se torne uma espécie de rótulo de que seu atual casamento é uma tentativa de fraude à lei<sup>253</sup>. Visando uma minimização de riscos de decisões pré-concebidas e violação a direitos básicos é proposto pela Comissão que seja feito um duplo grau de investigação administrativa relativamente ao pedido de reunificação, um *a priori*, antes da concessão do direito e outro *a posteriori*, após o interessado ser autorizado a fixar residência em território nacional. Porém, sempre pautado na linha do pensamento

---

<sup>250</sup> Cf. A.A.V.V., *Usos indebidos del derecho de reagrupación familiar... op. cit.*, 2012, p. 16.

<sup>251</sup> Cf. A.A.V.V., *A utilização indevida do direito ao reagrupamento familiar... op. cit.*, 2012, p. 25.

<sup>252</sup> Cf. A.A.V.V., *Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience... op. cit.*, 2014, p. 34.

<sup>253</sup> Cf. A.A.V.V., *Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience... ibid.*, 2014, pp. 34 -35. Neste sentido se pronunciou a Resolución de la DGRN, de 25 de septiembre de 1999, in *B.I.M.J.*, n.º 1.762, 1996, p. 61 e ss., para o qual a situação administrativa do nubente estrangeiro em Espanha, ainda que seja irregular não pode motivar a recusa de celebração do casamento, pois uma investigação incisiva no comportamento pré-matrimonial pode se tornar excessiva e atentar contra a intimidade.

de que essa investigação só deve ser perpetrada àqueles casos em que as circunstâncias evidenciam um forte indicio de abuso, uma forte suspeita.

No sentido de identificar fatores considerados suspeitos, a Resolução do Conselho da UE de 4 de dezembro de 1997, apresenta-nos uma série de presunções no qual se baseia para inferir se o casamento é genuíno, baseado numa ideia de compartilhamento de vida do casal, apesar de não haver requisitos-regra são listados determinados comportamentos aos quais deve o Estado observar para verificar “[...] a partir da constatação entre uma realidade jurídica que não tem correspondência com a realidade sociológica. Efectivamente, se os cônjuges [...] não fazem uma vida em comum ou uma vida social normal correspondente a esse estatuto [...] está-se perante um indicio de fraude”<sup>254</sup>.

Embora o documento citado seja aplicado apenas aos Estados-membros da União Europeia, observa-se através da jurisprudência que o procedimento adotado no continente europeu para identificação dos casos de abuso aplica-se também ao processo desenvolvido pelo Departamento da Polícia Federal no Brasil que tem em vista o mesmo fim. Face essa similitude no procedimento administrativo, o estudo se fará como um todo, em princípio sem distinção quanto ao sistema, só o sendo feito a título de exceção nos casos em que realmente justifique apontar a diferença. Passemos a análise dos métodos utilizados na investigação de um casamento de conveniência, com vista a identificar os direitos fundamentais que possam encontrar-se em causa.

### 3.1 Audiência prévia dos interessados

Uma das técnicas de investigação prevista em lei é a audiência dos interessados, conhecida popularmente como “entrevista”. Importa salientar que as técnicas de investigação são usadas muitas vezes de forma combinada. A aplicação das medidas de investigação como lembra a Comissão Europeia em seu manual, devem respeitar os direitos dos envolvidos, especialmente à intimidade e vida privada, devendo cingir-se a obter informações estritamente necessárias, por sua vez, a mesma Comissão adverte que na presença de fortes suspeitas o casamento deve ser investigado em todos os momentos e fases, para que os fatos possam por si denunciar a favor ou contra as suspeitas<sup>255</sup>.

---

<sup>254</sup> Comentário ao art. 108º cancelamento da autorização de residência”, cf. A.A.V.V., *A lei de estrangeiros documentada... op. cit.*, consulta realizada em 30.08.2015. ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de processo penal... op. cit.*, 2009, p. 331, explica que “[a] suficiência dos indícios deve ser apurada do ponto de vista fático e não jurídico. Portanto, interessa que os factos da acusação estejam indiciados suficientemente, sendo irrelevante se a qualificação jurídica dos mesmos corresponde ou não à *communis opinio*” (*itálico no original*).

<sup>255</sup> Cf. A.A.V.V., *Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience... op. cit.*, 2014, p. 41

Os ordenamentos jurídicos tendem a fixar dois momentos para realizar a audiência dos interessados. Na linha do sistema espanhol, temos os países que optam por uma política preventiva que buscam impedir que os casamentos de conveniência sejam celebrados. A investigação, bem como a entrevista, ocorre, portanto, na fase do processo preliminar de casamento. Para a Comissão Europeia, esse método tem pouco êxito pois que para se detectar a fraude é necessário observar o casal por um longo período de tempo e coletar dados<sup>256</sup>. Aos casamentos realizados no estrangeiro essa investigação dá-se no momento em que é feito o pedido de transcrição do casamento.

Outro modelo é utilizado pelo Brasil, em que a investigação decorre apenas no momento em que o estrangeiro requerer autorização de residência em virtude do casamento. Por sua vez, Portugal emprega os dois métodos, investiga o casamento antes da sua celebração, quando o mesmo for ser celebrado em seu território, mas também, o faz no momento da requisição da autorização de residência por reunificação familiar, podendo ser realizada a entrevista nas duas ocasiões.

A audiência dos interessados vem a ser o momento máximo da investigação engendrada pelo Estado, sendo esta a técnica considerada mais eficaz para detectar informações conflituosas ou consistentes prestadas pelos próprios interessados, como também para perceber quais os planos futuros. Conforme estabeleça o dispositivo legal, as entrevistas podem ser realizadas separadamente, em paralelo ou de forma consecutiva, não sendo possível ao casal recusar-se a prestar as declarações<sup>257</sup>.

A Comissão Europeia indica aos seus Estados-Membros a possibilidade de utilizar formulários previamente à audiência com vista a avaliar se será necessário o recurso à mesma. Esses questionários funcionam como uma espécie de filtro e de garantia para o Estado, uma vez que é apostado no mesmo a assinatura do interessado de que declara serem verdadeiras as informações prestadas<sup>258</sup>.

Realizando-se a audiência, é necessário informar aos interessados que a finalidade é a verificação da autenticidade do casamento, bem como quais as sanções previstas por lei para falsas declarações, cabendo às autoridades identificar contradições e incoerências.

---

<sup>256</sup> Cf. A.A.V.V., *Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience... loc. cit.*

<sup>257</sup> Cf. A.A.V.V., *Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience... ibid.*, 2014, p. 42.

<sup>258</sup> Cf. A.A.V.V., *Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience... ibid.*, 2014, p. 43. Nos fatos relatados no Ac. do Tribunal da Relação de Coimbra de 30 de março de 2011, é dito que em sede administrativa, foi colocado perante a requerente ao direito de residência um questionário destinado precisamente a avaliar o grau de intimidade e de vivência em comum, a interessada não concluiu o preenchimento do questionário em virtude de não ter encontrado resposta para as questões triviais que ali se colocavam, revelando assim que o dito casamento tinha sido uma fachada montada com o objetivo determinado de legalizar a interessada no território nacional.

No final é permitido ao interessado acrescentar ou alterar informações às suas declarações<sup>259</sup>.

A audiência dos interessados de modo geral decorre sobre presunções, assim, as questões colocadas aos entrevistados são dirigidas de modo a ilidir as dúvidas do Estado. Quando realizado de forma correta pode levar o funcionário público a descobrir a intenção fraudulenta de uma ou das duas partes<sup>260</sup>.

A audiência prévia é considerada trâmite fundamental para que o Estado possa se aperceber da verdadeira intenção dos nubentes ao se contrair matrimônio<sup>261</sup>. Como medida preventiva à ocorrência de casamentos brancos, o sistema jurídico espanhol realiza audiência diretamente com os interessados ainda em sede de expediente prévio seguindo as orientações da Instrucción DGRN de 9 de enero de 1995, que determina que seja realizado uma audiência reservada e por separado dos nubentes, que por ser essencial não pode o instrutor prescindir e nem o cumprir através do preenchimento de um formulário. De acordo com o art. 246 do RRC o instrutor assistido do secretário ouvirá a ambos os contraentes reservadamente e por separado para garantir que não existem impedimentos ou qualquer outro obstáculo legal para a celebração. O nubente que não seja domiciliado na circunscrição da conservatória de registro civil na qual se encontra o casamento em trâmite, poderá ser ouvido no registro civil do seu local de domicílio.

A audiência pode e deve servir para que o instrutor se assegure do verdadeiro propósito dos nubentes e da existência de que o consentimento de ambos é verdadeiro. Calvo Caravaca e Carrascosa González tecem críticas quanto à utilização da audiência prevista no art. 246 do RRC para investigação de casamentos brancos. Classificam essa opção da Administração como “triste”, pois que o espírito do artigo visa a verificação dos impedimentos matrimoniais<sup>262</sup>. Para Orejudo Prieto de los Mozos, embora seja uma prática taxada de tendenciosa, afirma a autora que as perguntas feitas aos nubentes são muito genéricas e algumas inclusive de conhecimento de dados públicos, como idade,

---

<sup>259</sup> Cf. A.A.V.V., *Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience... op. cit.*, 2014, p. 43.

<sup>260</sup> ORTEGA GIMÉNEZ, “España: el problema de los denominados...” *op. cit.*, 2014, p. 82, exemplifica citando a RDGRN de 18 julio de 1996, em que se declara ser de conveniência o relacionamento de um cidadão espanhol nascido em 1974 com uma cidadã cubana, viúva, nascida em 1934, sendo que esta não recordava onde e nem quando tinha conhecido o seu esposo, assim como ignorava o que ele fazia em Havana (Cuba) quando o conheceu, seu grau de escolaridade, profissão, emprego e se o mesmo dispunha de meios económicos suficientes.

<sup>261</sup> Na Resolución de la DGRN de 22 de enero de 2005, *in Boletín*, n.º 1988, 2006, p. 2035, que aborda uma autorização de matrimônio civil entre dois cidadãos estrangeiros, adverte sobre a audiência dos interessados que “[l]a importancia de este trámite há aumentado en los últimos tiempos, especialmente en los matrimonios entre español y extranjero, en cuanto por él puede en ocasiones descubrirse el verdadero propósito fraudulento de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para obtener las ventajas que del matrimonio resultan para el extranjero”.

<sup>262</sup> Cf. CALVO CARAVACA e CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonios de conveniencia y turismo...” *op. cit.*, 1998, p. 132.

profissão e nome dos pais, não havendo questões íntimas que impliquem em violação a direitos fundamentais<sup>263</sup>.

Sobre a audiência a Instrucción DGRN de 31 de enero de 2006, esclarece que cabe ao instrutor perguntar por exemplo sobre as intenções de vida em comum dos contraentes, se desejam ter filhos, há quanto tempo dura a relação e como pensam em organizar a sua vida em comum. Pois que esses são dados que permitem revelar se os contraentes desejam de fato formar uma família ou seja, assumir os direitos e deveres do matrimônio. Reafirma a Instrucción que o interrogatório efetuado pela autoridade espanhola deve ser o mais completo possível, desaconselhando um interrogatório puramente formulário, ou seja, pré-formatado e rotineiro, de escassa matéria, qualitativa e quantitativa, uma vez que de um interrogatório superficial não é possível inferir da existência de um casamento simulado. Desde modo, em matéria de prova o conservador não se encontra desamparado.

A audiência dos interessados é influenciada diretamente pelo princípio do inquisitório (cf. art. 351 do RRC), segundo o qual os fatos serão investigados de ofício sem prejuízo do ônus da prova recair sobre os particulares, pretendendo assim emparelhar os fatos reais com o registro. Assim, o princípio da audiência prévia em sede de processo preliminar nada mais é que um controle prévio e preventivo não apenas da capacidade dos nubentes, como decorre do regime geral do casamento, mas do consentimento matrimonial indo de encontro ao previsto na Resolução do Conselho da UE que no 6º considerando estabelece a faculdade dos Estados-membros verificarem, antes da celebração do casamento, se se trata de um casamento branco.

Por fim, resta-nos salientar quanto ao procedimento de investigação de casamentos brancos no sistema espanhol, bem como a realização de audiência dos interessados, é que este ocorre apenas durante a fase registral ou seja, durante a realização do processo preliminar em sede de inscrição ou transcrição do casamento.

Do procedimento de prevenção e investigação ao crime do casamento branco em território português, a audiência dos interessados, também é entendida como o ponto central da atividade investigativa. Ocorrendo em dois momentos, um em sede do processo de instrução do pedido de autorização/renovação de residência em virtude do

---

<sup>263</sup> Cf. PRIETO DE LOS MOZOS, “Doctrina registral en torno a los matrimonios de conveniencia...” *op. cit.*, 2001, pp. 1044 – 1045. Conforme consta na Resolución (2ª) de la D.G.R.N. de 2 de octubre, de 2009, in *Boletín... op. cit.*, 2010, p. 6, se denega o pedido de autorização de matrimônio por se deduzir ausência de consentimento matrimonial entre um colombiano e uma cidadã espanhola, pois que durante a audiência dos interessados ficou provado que diferiam sobre os nomes como o cônjuge era conhecido no seio familiar; assim como quanto ao tempo em que se conheceram; o grau escolar do cônjuge; o nome dos amigos do cônjuge; vícios pessoais; bebida favorita e sobre quais os últimos filmes que viram juntos.

reagrupamento familiar (art. 104º e 108º da Lei n.º 23/2007) e outro, que se desencadeia com a requisição de autorização para casamento na conservatória do registro civil<sup>264</sup>.

Iniciando o estudo pelo segundo ponto, durante o processo preliminar de casamento, as testemunhas, bem como os nubentes, seus pais ou tutores, podem ser ouvidos na conservatória da sua residência ou em qualquer outra conservatória que seja por eles escolhida, lê-se assim no art. 143º, n.º 2 do CRegCiv a previsão de realização da audiência dos interessados. O parecer do IRN P.º C. C. n.º 34/2009 faz referência à possibilidade de audiência quando existem indícios de um casamento branco, convocando os nubentes ou seus procuradores nos termos do art. 143º. Em interpretação ao preceito, Mocica e Serrano entendem que a audiência em sede de instrução do casamento serve para se verificar a existência dos impedimentos constante nos arts. 1.603º e 1987º do CCiv, ou seja, averiguar o grau de parentesco e afinidade entre os nubentes<sup>265</sup>. No entanto, interpretando o parecer do IRN 34/2009, acredita-se que embora a finalidade da audiência no regime geral do registro civil esteja direcionada para o exame dos impedimentos civis, analogicamente o preceito legal acolhe a análise do consentimento.

O outro momento ao qual a lei faculta a utilização da audiência dos interessados no ordenamento jurídico português realiza-se no processo de solicitação da autorização de residência. No contexto da política imigratória, o art. 104º da Lei n.º 23/2007 concretiza o terceiro ponto da Resolução do Conselho de 1997, que dispõe no caso de existirem fatores que apoiem a presunção de se tratar de um casamento de conveniência, os Estados-membros só concederão ao nacional de um país terceiro uma autorização de estadia ou uma autorização de residência, a título do casamento, após terem mandado verificar pelas autoridades competentes, de acordo com o direito nacional, que o casamento não é simulado e que se encontram preenchidas as restantes condições respeitantes à entrada e permanência. Esta verificação pode implicar uma entrevista individual com cada cônjuge.

O SEF pode, se necessário, proceder a entrevistas com o requerente do reagrupamento familiar e dos seus familiares e conduzir outras investigações que considere necessário durante a apreciação do pedido. Em comentário à norma constante no art. 104º, n.º 1, o SEF disserta que “[e]ste artigo concede ampla possibilidade de investigação relativamente ao apuramento das condições de reagrupamento,

---

<sup>264</sup> A realização da entrevista também encontra previsão no art. 54º, n.º 3 do Decreto Regulamentar n.º 84/2007, de 5 de novembro, alterado pelo Decreto Regulamentar n.º 2/2013, de 18 de março e Decreto Regulamentar n.º 15 – A/2015, de 2 de setembro, correspondendo a norma ao atual art. 54º, n.º 4.

<sup>265</sup> Cf. Filomena Maria B. Máximo MOCICA e Maria de Lurdes M SERRANO, *Código do Registro Civil (anotado)*, 2ª ed., Lisboa, Rei dos Livros, 2011, p. 222.

particularmente no que se refere à existência efectiva de uma relação familiar e comprovativo de uma união de facto, corporizando o princípio do inquisitório plasmado nos arts. 56º e 89º do CPA”<sup>266</sup>.

A entrevista prevista no art. 104º tem origem na transposição do 2º§ do n.º 2 do art. 5º da Directiva 2003/86/CE, sob o capítulo *apresentação e apreciação do pedido*, que determina estar na esfera jurídica do Estado-membro a fim de certificar a existência de laços familiares, se necessário, proceder a entrevistas com o requerente do reagrupamento e os seus familiares.

A primeira vez que o direito nacional estabeleceu a realização de audiência em matéria de imigração, compreendia umas das diligências instrutórias que visavam apurar a verdade material para efeitos de cancelamento da autorização de residência decorrente do reagrupamento familiar previsto no art. 93º, n.ºs 1 e 2 do Decreto-lei n.º 244/98, de 8 de agosto com a redação do Decreto-lei n.º 34/2003, de 25 de fevereiro. Atualmente norma semelhante encontra-se prevista no art. 108º, da Lei de Estrangeiros, que prevê especificamente nos n.ºs 2 e 4 que podem ser realizados inquéritos e controlos específicos quando existem indícios fundados de fraude de casamento, assim, a decisão do cancelamento da autorização de residência é proferida após audição do cidadão estrangeiro. Na prática essa análise verifica-se com maior incidência no momento de renovação da primeira autorização<sup>267</sup>.

Durante a instrução do processo, a audiência dos interessados é entendida como uma garantia de defesa ao cidadão estrangeiro que solicita a autorização de residência (cf. art. 148º da Lei n.º 23/2007), em cumprimento ao contraditório, obedecendo ao art. 15, n.º 1 da CRP quanto à equiparação de direitos entre nacionais e estrangeiros e ao princípio do contraditório (cf. art. 32º da CRP), o princípio do dever de respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos (cf. art. 4º do CPA); princípio da participação dos particulares na formação das decisões que lhes disserem respeito (cf. art. 12º do CPA c/c 267º, n.º 5 da CRP) e o princípio da decisão no qual recai o dever da Administração de se pronunciar sobre todos os assuntos da sua competência que lhes sejam apresentados,

---

<sup>266</sup> Comentário ao art. 104º apreciação do pedido, cf. A.A.V.V., *A lei de estrangeiros documentada... op. cit.*, consulta realizada em 14.09.2015. Em virtude da aprovação do novo CPA que entrou em vigor em 2015, o antigo art. 56º onde constava o princípio do inquisitório corresponde ao atual art. 58º e o antigo art. 89º solicitação de provas aos interessados foi renumerado para o art. 117º. Em virtude da reforma, Mário Aroso de ALMEIDA, *Teoria geral do direito administrativo: o novo regime do código do procedimento administrativo*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 109, explica que “[o] CPA introduziu, com carácter altamente inovatório, a obrigatoriedade da existência, em todos os procedimentos administrativos, de um trâmite formal mediante o qual se proceda à *audiência dos interessados*, em momento imediatamente anterior ao da tomada de decisão” (*idílico no original*).

<sup>267</sup> Comentário ao art. 108º cancelamento da autorização de residência, cf. A.A.V.V., *A lei de estrangeiros documentada... op. cit.*, consulta realizada em 30.08.2015. Como explicitado, a realização de inquéritos e controlos específicos estão previstos não apenas para a primeira solicitação da autorização de residência ao abrigo do reagrupamento familiar, mas também para a renovação do direito concedido, logo, o limite imposto pela norma do art. 26º da CRP, deve ser observada não apenas na concessão mas também na renovação da autorização de residência.

nomeadamente assuntos que lhe digam diretamente respeito bem como qualquer petição formulada em defesa do interesse público (cf. art. 13º, n.º 1 do CPA)<sup>268</sup>.

A audiência dos interessados entendida como fase num procedimento administrativo tem o seu regime previsto no art. 121º do CPA, para o qual, os interessados têm o direito de ser ouvidos no procedimento antes da tomada de decisão final, devendo ser informados sobre o provável sentido desta. No exercício do direito de audiência, os interessados podem pronunciar-se sobre todas as questões com interesse para a decisão, em matéria de fato e de direito, bem como requerer diligências complementares e juntar documentos<sup>269</sup>. A Administração pode não proceder à audiência quando os elementos constantes do procedimento conduzirem a uma decisão inteiramente favorável aos interessados, em conformidade com o art. 124º, n.º 1, al. f), preceito do qual se infere que no caso de decisão desfavorável ao interessado, deverá a Administração ouvi-lo, caso a decisão final da Administração seja negativa, e a audiência não tenha sido realizada, o ato pode vir a ser declarado anulável. Porém, se “[...] porventura, novos dados surgirem no procedimento até ao final da fase instrutória, sobre eles deverá o interessado pronunciar-se [...]”<sup>270</sup> realizando-se assim novo audiência.

Explica a doutrina que a audiência dos interessados “[...] é um momento necessário na generalidade dos procedimentos de formação dos atos administrativos [...]”<sup>271</sup> visto que o ato se traduz em uma decisão concreta. Por consequência, advoga Aroso de Almeida que quando a decisão a ser proferida tenha em sua base a análise de elementos fornecidos pelo interessado deve ser assegurado o direito do interessado ser ouvido sobre o sentido da decisão.

Segundo a teoria geral do direito administrativo a audiência dos interessados é a “[...] mais relevante das manifestações do princípio da participação dos interessados

---

<sup>268</sup> O Protocolo n.º 7 adicional à CEDH admite a realização da audiência dos interessados no art. 1º das garantias processuais em caso de expulsão de estrangeiros: um estrangeiro que resida legalmente no território de um Estado não pode ser expulso, a não ser em cumprimento de uma decisão tomada em conformidade com a lei, e deve ter a possibilidade de a) fazer valer as razões que militam contra a sua expulsão; b) fazer examinar o seu caso; e c) fazer-se representar, para esse fim, perante a autoridade competente ou perante uma ou várias pessoas designadas por essa autoridade. A exceção a essa regra só ocorre se a expulsão for necessária no interesse da ordem pública ou se fundamente em razões de segurança nacional, mais sobre ver comentário ao art. 148º processo, cf. A.A.V.V., *A lei de estrangeiros documentada... op. cit.*, consulta realizada em 30.08.2015; José Manuel Santos BOTELHO *et al.*, *Código do procedimento administrativo: anotado e comentado*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2000, p. 378.

<sup>269</sup> O objetivo da audiência tem que ser claro para o interessado, devendo o mesmo ser informado do seu conteúdo, de fato e direito. “A audiência deve, na verdade, possibilitar a colocação de todas as questões pertinentes à decisão”, cf. ALMEIDA, *Teoria geral do direito administrativo... op. cit.*, 2015, p. 111.

<sup>270</sup> Comentário ao art. 148º processo, cf. A.A.V.V., *A lei de estrangeiros documentada... op. cit.*, consulta realizada em 30.08.2015.

<sup>271</sup> Cf. ALMEIDA, *Teoria geral do direito administrativo... op. cit.*, 2015, p. 110. Essa fase procedimental tem origem nos processos sancionatórios nos quais diante de uma decisão de condenação que esteja em causa direitos e liberdades ou o gozo de direitos fundamentais o interessado deve ser ouvido, conforme entendimento do Supremo Tribunal Administrativo de 21 de março de 1991, e das normas constantes nos arts. 32º e 269º, n.º 3 da CRP mais sobre ver ALMEIDA, *Teoria geral do direito administrativo... ibid.*, 2015, p. 115 – 116. BOTELHO *et al.*, *Código do procedimento administrativo... op. cit.*, 2000, p. 379, em comentário à redação do antigo art. 100º do CPA (atual 121º) afirmam que “[a]o se facultar ao interessado a sua audiência no âmbito do procedimento está-se a privilegiar um controle preventivo por parte do particular em relação à Administração [...]”.

[...]”<sup>272</sup> à luz do art. 12º do CPA que estabelece o princípio da participação. Porém, como esclarece Arosa de Almeida a audiência formal não é o único momento em que os particulares podem participar ao longo do procedimento, estes podem ser notificados a qualquer tempo para apresentarem informações, documentos ou sujeitarem-se a inspeções ou ainda colaborar com outro meio de prova como verifica-se na previsão do art. 117º, n.º 1 do CPA, essa faculdade compreende o exercício do poder inquisitório do Estado<sup>273</sup>.

A audiência em termos formais, como uma fase processual propriamente dita, nem sempre ocorrerá no procedimento de investigação dos casamentos de conveniência no sistema brasileiro, pois a opção do DPF tem sido a busca domiciliar.

### 3.2 Busca domiciliar

Após a concessão da autorização de residência em virtude do reagrupamento familiar ou casamento transnacional, o procedimento de investigação continua a decorrer tanto em Portugal quanto no Brasil. Sobre o sistema espanhol, não foi encontrada referência ao prolongamento da fiscalização da relação matrimonial pós residência.

Em sede de investigação a posteriori, dois métodos são utilizados, a audiência dos interessados, como consta no art. 108º, n.º 4 da Lei n.º 23/2007 que poderá se dar caso surjam indícios ou no momento da renovação da autorização de residência, seguindo o mesmo trâmite descrito no item anterior, e as buscas domiciliares.

A busca ou visita domiciliar, encontra-se prevista nos arts. 240 e ss do CPP brasileiro e 177º do CPP português. Na teoria geral do processo penal, a busca domiciliar

---

<sup>272</sup> Cf. ALMEIDA, *Teoria geral do direito administrativo... op. cit.*, 2015, p. 113 – 114.

<sup>273</sup> Cf. ALMEIDA, *Teoria geral do direito administrativo... loc. cit.* Na prática a participação do interessado em qualquer momento do procedimento pode muitas vezes justificar uma dispensa a realização de uma audiência em termos formais (cf. art. 124º, n.º 1, al. e) do CPA). A confirmação desta participação do interessado a qualquer tempo no decorrer do procedimento pode ser verificada no comentário n.º 4 ao art. 148º da Lei n.º 23/2007, no qual o SEF descreve o processo de investigação. Em suas notas nos é dito que recai sobre o SEF a obrigação de promover as diligências consideradas essenciais para o apuramento da verdade (cf. art. 148º, n.º 3 c/c art. 188º da Lei de Estrangeiros), em nome do princípio do inquisitório (cf. art. 58º do CPA), embora a diligência seja perpetrada no sentido de uma decisão da Administração, pode ser requerido que o interessado preste informações nos termos do art. 117º, n.º 1 do CPA, como elementos de prova em sede do seu direito de defesa (cf. art. 116º). O SEF “[...] deverá receber os elementos apresentados pelo cidadão estrangeiro, para sua posterior análise, e deverá ouvir as testemunhas por si arroladas” (cf. comentário n.º 4 ao art. 148º processo, A.A.V.V., *A lei de estrangeiros documentada... op. cit.*, consulta realizada em 30.08.2015). Porém, o procedimento deve ter em atenção o princípio da econômica e da celeridade (cf. art. 59º) evitando atos impertinentes ou dilatatórios. Em função de tal entendimento prevê o art. 148º, n.º 3 da Lei 23/2007 que o SEF deve promover as diligências que considere essenciais para o apuramento da verdade, podendo recusar, em despacho fundamentado, as diligências requeridas pelo interessado estrangeiro quando julgue que os fatos já foram suficientemente provados. A fundamentação, prevista no art. 152º da CPA, faz-se necessária pois a decisão do SEF de recusar provas que seriam apresentadas pelo interessado nega, extingue ou restringe um direito legalmente protegido que é o da defesa, mesmo sendo a decisão final favorável ao interessado, desde modo, por haver uma supressão de um direito, a fundamentação atua em seu interesse, o protegendo em caso de a qualquer momento essa decisão porventura se torne negativa com base em falta de elementos. Concluída a instrução, é elaborado o respectivo relatório, no qual o SEF faz a descrição e apreciação dos fatos apurados, propondo a resolução que considere adequada (cf. art. 148º, n.º 4 da Lei n.º 23/2007 c/c art. 126º do CPA). A lei não fixa um prazo para ser proferida a decisão, argumenta o SEF que em virtude do interesse público, há um dever de celeridade da Administração (cf. art. 59º do CPA), aplicando-se o prazo geral de 90 dias para que seja concluído o procedimento (cf. art. 128º, n.º 1 do CPA), devendo a Administração decidir no prazo de 10 dias (cf. art. 86º do CPA), cf. comentário ao art. 148º processo, A.A.V.V., *A lei de estrangeiros documentada... op. cit.*, consulta realizada em 30.08.2015.

é classificada como um dos meios de obtenção de prova a que as autoridades encarregadas da investigação dispõem para recolher meios de prova<sup>274</sup>.

Iniciando a análise pelo ordenamento brasileiro, o art. 240 do CPP prevê que proceder-se-á a busca domiciliar quando fundadas razões a autorizem, listando uma série de situações que considerou o legislador como importantes. Dentre o rol de situações previstas a subsunção da visita para averiguação da convivência conjugal, ou seja, da verificação *in loco* da formação de família e plena comunhão de vida, é enquadrada na norma escrita na al. h), do 1º §, do art. 240. A utilização da busca domiciliar como meio de obtenção de prova para descoberta de casamento branco pode ser exemplificada pelo Ac. da 1ª Turma do TRF da 3ª Região, de 26 de junho de 2012, que relata que o agente da Polícia Federal a fim de confirmar a residência de *D.* e a constância de casamento com *K.* em procedimento de rotina para casos como esse – chegou ao endereço apontado como sendo o do casal, entrevistou *K.* e sua mãe. No mesmo sentido enuncia o Ac. da 7ª Turma do TRF da 4ª Região, de 10 de junho de 2003 que em diligência junto à residência a Polícia Federal notou que *M.* requerente da autorização de permanência não convivia maritalmente com a esposa *ME.* Assim, a busca domiciliar é realizada para colher qualquer elemento de convicção. A utilização da expressão “elementos de convicção” tem sido criticada pela doutrina pois que se consubstancia num conceito indeterminado e genérico, em função disso, defende-se que “[à] luz da proteção constitucional do domicílio e da privacidade, o mandado de busca deverá ser o mais específico possível, evitando ao máximo as cláusulas genéricas [...]”<sup>275</sup>.

O termo domicílio e a sua representação física, a *casa*, é determinado pela doutrina como sendo habitação definitiva ou transitória; casa própria, alugada ou cedida; dependências da casa, cercada, gradeada ou murada; qualquer compartimento habitado; habitação coletiva como pensões, hotéis, motéis; estabelecimentos comerciais e industriais; local de exercício das atividades profissionais; barco, trailer, cabine de trem, navio, barraca de acampamento; áreas comuns de condomínios em propriedade horizontal e vertical<sup>276</sup>. As buscas devem ser executadas de dia, entre as 6h e as 18h, salvo se o

---

<sup>274</sup> Cf. Germano Marques da SILVA, *Curso de processo penal: volume II*, 2ª ed., rev. e actual., Lisboa/São Paulo, Verbo, 1999, pp. 189 – 190.

<sup>275</sup> Cf. LOPES JR, *Direito processual penal... op. cit.*, 2014, p. 1880. Marques da SILVA, *Curso de processo penal: volume II... op. cit.*, 1999, p. 193, explica que as buscas são feitas apenas a lugares, distinguindo, portanto, das revistas que se fazem às pessoas, que devem ser feitas de forma a “[...] não ofender o pudor das pessoas revistas”. ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de processo penal... op. cit.*, 2009, p. 471, dissertando sobre esta distinção, escreve que a busca incide sobre “[...] ‘um lugar reservado ou não livremente acessível ao público’. A lei nacional não estabelece, como fazem os §§ 102º e 103º da StPO Alemã, diferenças de regime em função da busca ser realizada em lugar da propriedade ou posse do visado (*ihm gehörenden Sachen*) ou em lugar da propriedade de terceiros [...] nada obsta à apreensão de objetos que possam constituir meios de obtenção de prova de crimes distintos dos que determinaram a busca [...]”.

<sup>276</sup> Cf. LOPES JR, *Direito processual penal... op. cit.*, 2014, p. 1873. ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de processo penal... op. cit.*, 2009, pp. 481 - 482, afirma que “[a] busca em casa habitada ou numa sua dependência fechada obedece a um regime especial.

morador consentir que se realize à noite e antes da intervenção na casa os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente (cf. art. 245 do CPP brasileiro)<sup>277</sup>.

A busca domiciliar só poderá ocorrer quando autorizada judicialmente, sendo que, a falta desta autorização no ordenamento brasileiro, pode levar a autoridade policial a incorrer em crime de abuso de autoridade, previsto no art. 3º, al. b) Lei n.º 4.898, de 9 de dezembro de 1965, sendo a prova produzida considerada ilícita. Devendo esta medida ser utilizada após realização de diligências com outros instrumentos, portanto, o mandado judicial deve estar devidamente fundamentado, demonstrando que os indícios são fortes o suficiente sendo necessária a “visita” como medida complementar. Como decorre do art. 243 o mandado deverá indicar o mais precisamente possível a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador, mencionar os motivos e os fins da diligência, ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fez expedir.

No regime jurídico português é preciso fazer a distinção entre duas normas que regulam a busca domiciliar. Por um lado, esse mecanismo está previsto no art. 174º, n.º 2 do CPP, onde lê-se, quando houver indícios de que os objetos relacionados à prática de um crime, ou o arguido ou outra pessoa que deva ser detida, se encontre em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, é ordenada a busca. As entidades sobre as quais recai a competência de ordenar a busca domiciliar é o Ministério Público na fase de instrução e o juiz de instrução na fase da instrução (cf. art. 174º, n.º 3). Por outro lado, os art. 174º, n.º 5 e 251º estabelecem a possibilidade de busca sem a autorização ou ordem de autoridade judicial, efetuada pelos órgãos de polícia criminal.

A redação do art. 174º, n.º 5 nos diz que as buscas podem ser efetuadas por órgãos de polícia criminal nos casos de a) terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada<sup>278</sup>, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa; b) em que os visados consentam, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentada; ou, c)

---

A ‘casa’ não tem de ser um imóvel. Um carro ou uma *roulotte*, em trânsito ou estacionados, pode ser uma ‘casa habitada’ (acórdão do TC n.º 452/89). Condição é que eles sirvam de habitação, de local onde o visado tem a sua vida e bens domésticos, onde ele desenvolve a sua vida íntima [...] A ‘dependência’ tem de ser fisicamente contínua à zona de habitação e manter-se no espaço de reserva da vida íntima do visado para merecer a protecção do artigo 177º (negrito e itálico no original). CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa...* op. cit., 2007, p. 540.

<sup>277</sup> Cf. José Afonso da SILVA, *Curso de direito constitucional positivo*, 25ª ed., rev. e atual., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p. 437.

<sup>278</sup> Por criminalidade violenta ou altamente organizada, entendem CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa...* op. cit., 2007, pp. 542 – 543, que apesar de ser um conceito ao qual cabe ao legislador determinar com vista aos tratados internacionais específicos na matéria, tem sido de comum entendimento considerar como tais, “[...] além do terrorismo, o tráfico de seres humanos, de drogas e de armas; exploração sexual de mulheres e crianças; branqueamento de capitais; corrupção, a contrafacção dos meios de pagamentos e a criminalidade informática”.

aquando de detenção em flagrante por crime a que corresponda pena de prisão. O n.º 6 do mesmo preceito prevê que nos casos referidos na al. a) do número anterior, a realização da diligência é, sob pena de nulidade, imediatamente comunicada ao juiz de instrução e por este apreciada em ordem à sua validade. Segundo a teoria de Marques da Silva, justifica-se a busca nos casos narrados pelo art. 174º, n.º 5, al. a) em virtude da “[...] urgência na prevenção do risco para a vida ou integridade física de qualquer pessoa; trata-se de uma medida de prevenção própria da polícia administrativa e excepcional”<sup>279</sup>.

O art. 251º, n.º 1, al. a) do CPP estabelece que os OPC podem proceder, sem prévia autorização da autoridade judiciária as buscas em caso iminente de fuga, salvo tratando-se de busca domiciliária, sempre que tiverem fundada razão para crer que nos lugares em que se encontram os suspeitos se ocultam objetos relacionados com o crime, susceptíveis de servirem de prova e que de outra forma poderiam perder-se. Sendo aplicável a mesma disposição do art. 174, n.º 6. “A urgência da medida e a utilidade para o processo justificam a atribuição da competência às polícias para a sua prática, ainda antes de lhes serem ordenadas ou autorizadas”<sup>280</sup>.

Quanto à busca, Paulo Pinto de Albuquerque esclarece que ela se fundamenta numa suspeita, assim, para a doutrina geral do processo penal, a suspeita recai sobre lugares em que se possam vir a encontrar objetos que sirvam de prova da prática de um crime, o arguido ou testemunhas<sup>281</sup>. No entanto, a busca domiciliar para averiguação do crime de casamento branco, consiste não em encontrar objetos que sirvam de prova, mas justamente na ausência de objetos que sirvam de prova de convivência conjugal.

A diligência efetuada ao domicílio no caso dos casamentos de conveniência enquadra-se no art. 174º, n.º 5, al. b), ou seja, depende do consentimento dos visados, devendo o mesmo ser reduzido a escrito. Sobre este ponto, Pinto de Albuquerque adverte que

a diligência deve ser comunicada imediatamente **ao Ministério Público** com vista a validação (verificação dos pressupostos legais da diligência, da validade do consentimento e da legalidade do auto da diligência) [...] <sup>282</sup>.

O consentimento pode ser prestado de forma oral antes que a busca domiciliar se inicie, no entanto, deve ser reduzida a escrito ao findar a mesma. Contudo, se o visado der o seu consentimento, e posteriormente se recusar a assinar o termo de consentimento “[...] o auto da diligência deve registrar a recusa com menção de uma testemunha da recusa

<sup>279</sup> Cf. SILVA, *Curso de processo penal: volume III... op. cit.*, 2000, p. 68.

<sup>280</sup> Cf. SILVA, *Curso de processo penal: volume III... ibid.*, 2000, p. 68.

<sup>281</sup> Cf. ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de processo penal... op. cit.*, 2009, p. 471.

<sup>282</sup> Cf. ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de processo penal... ibid.*, 2009, p. 472 (*negrito no original*).

diferente do autor do auto [...] [o] consentimento só é relevante se prestado pelo visado”<sup>283</sup>, não é válido o consentimento obtido por engano.

O art. 177º do CPP português trata especificamente da busca domiciliar, sendo que quando efetuada por OPC deve ocorrer entre às 7h e 21h. Nos casos em que haja o consentimento do visado aposto por escrito ou flagrante delito poderá a diligência ser efetuada após as 21h, desde que esteja em causa prática de crime punível com pena de prisão cuja moldura seja igual a três anos<sup>284</sup>. Desta sorte, quando a busca ocorrer sem o consentimento do visado e fora do flagrante deve a mesma ser imediatamente comunicada ao juiz, porém, se o consentimento for prestado, a comunicação deve ser realizada para o MP, sendo por esse a ação apreciada. Nesse sentido, explica Pinto de Albuquerque que a fiscalização da autoridade judiciária quanto aos pressupostos legais e o modo como a busca foi desenvolvida pelo OPC “[...] é uma garantia fundamental da defesa, caso da busca domiciliária resulte prova que se pretenda fazer valer no processo (artigos 34º, n.º 2 e 3, e 32, n.º 1, da CRP)”<sup>285</sup>.

No entanto, a violação aos requisitos impostos pelo art. 177º ou a negligência do MP quanto ao controle sobre as buscas não possui sanção diretamente estabelecida, sendo aplicado a regra geral prevista no art. 126º do CPP sobre os métodos proibidos de prova. Assim, a) a busca domiciliária que seja realizada sob coação ou que ofenda a integridade física do visado e que não seja efetuada pelo OPC, ou autorizada pelo juiz ou MP não podem ter a prova adquirida valorada, uma vez que essa prova é considerada nula (cf. art. 126º, n.ºs 1 e 3); b) a busca que se fundamente em um consentimento inválido ou proferido por pessoa sem legitimidade para tal, mesmo que seja efetuada por OPC ou tenha sido autorizada pelo MP, a prova produzida também é nula por ser resultante de uma intromissão da vida privada e no domicílio (cf. art. 126º, n.º 3); c) se a mesma for realizada no período noturno mediante autorização do MP ou efetuada por OPC, porém sem o consentimento do visado tampouco estando diante de um flagrante delito, aplica-

---

<sup>283</sup> Cf. ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de processo penal... op. cit.*, 2009, p. 473. CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa... op. cit.*, 2007, p. 540, consideram que o consentimento é a chave para a entrada no domicílio de terceiros sem se configurar violação ao direito.

<sup>284</sup> Cf. ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de processo penal... op. cit.*, 2009, p. 482. A doutrina tem discutido quanto ao limite fixo previsto na norma de três anos para autorizar que seja feita busca domiciliar por OPC. Na opinião de Pinto de Albuquerque (pp. 482 – 483) “[...] à luz dos trabalhos de revisão constitucional [referindo-se ao art. 34º, n.º 3 da CRP após a LC n.º 1/2001] permite a busca domiciliária nocturna em caso de flagrante delito sem restrições relativamente ao tipo de crime indiciado [...] e o limite de três anos escolhido pelo legislador ordinário é suficientemente elevado para restringir o exercício destes poderes a crimes graves” (interpolação nossa). Para CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa... op. cit.*, 2007, p. 542 é permitida a entrada no domicílio após as 21h no “[...] caso de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada [...] em caso de flagrante delito”.

<sup>285</sup> Cf. ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de processo penal... op. cit.*, 2009, p. 484, prossegue o autor que “[p]or esta razão, o artigo 249º, n.º 3, prevê expressamente a obrigação do órgão de polícia criminal comunicar imediatamente ao Ministério Público quaisquer novos meios de prova de que o órgão de polícia criminal tiver conhecimento. Se o Ministério Público não proceder a este controlo, o visado e a defesa ficam desprovidos do conteúdo mínimo das ditas garantias constitucionais”.

se quanto à prova produzida o disposto no art. 126º, n.º 3; d) o incumprimento pelo OPC quanto à comunicação a ser feita ao MP no caso de busca em que seja prestado o consentimento do visado ou diante de detenção em flagrante corresponde a uma irregularidade nos termos do art. 123º do CPP<sup>286</sup>.

Portanto a busca domiciliar deve preencher um de três requisitos, a) ser consentida pelo morador; b) em caso de flagrante delito ou c) com ordem judicial. O consentimento por parte do particular tem que basear-se no real entendimento do que seja o ato, deve ser expresso.

Sobre as buscas domiciliares, a Comissão Europeia acredita ser juntamente com a audiência dos interessados uma forma eficaz para verificar as informações prestadas pelos cônjuges, avaliando se de fato, perante a sociedade o casal forma uma família dando cumprimento a plena comunhão de vida<sup>287</sup>.

Entretanto, é importante destacar que esse método de obtenção de prova, poderá a vir conflitar com direitos fundamentais, concretamente, a inviolabilidade ao domicílio, dignidade da pessoa humana, intimidade e a vida privada. Nesse sentido, advoga Lopes Jr. que os direitos fundamentais não são absolutos, mas sim, relativos<sup>288</sup>, limitando assim o seu âmbito de aplicação em nome do interesse público. Porém, esse conflito de direitos tende a gerar limites

[...] legais estabelecidos para a busca [...] na medida em que não se tutela apenas o espaço físico ou a propriedade. Também impõe, entre outros, limites à divulgação do material encontrado, diga ele respeito ao fato investigado ou não [...] Não está autorizada a autoridade policial ou judicial a entrar no domicílio e expor a vida privada das pessoas [...]<sup>289</sup>.

A violação de direitos fundamentais em sede de investigação criminal, ensina Lopes Jr. torna os atos derivados desta ineficaz, não produzindo efeito, logo, não fundamenta o processo penal, devendo, portanto, aplicar-se o princípio da proporcionalidade, com vista à proibição do excesso de investigação<sup>290</sup>.

Sobre a compreensão do direito à inviolabilidade ao domicílio, especialmente relacionado à técnica da busca domiciliar e ao direito da reserva da vida privada e

---

<sup>286</sup> Mais sobre ver ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de processo penal... op. cit.*, 2009, pp. 485 – 486.

<sup>287</sup> Cf. A.A.V.V., *Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience... op. cit.*, 2014, p. 44. Descrevendo o processo de investigação aos casamentos de conveniência GRASSI, “Formas migratórias...” *op. cit.*, 2006, p. 294 nos apresenta o relato de inspetores dos serviços administrativos do SEF que explicam o processo a que designam por triagem de casos suspeitos de pedidos de residência, “[...] as características técnicas do trabalho de triagem, referindo alguns indicadores desta triagem como as grandes diferenças etárias entre os cônjuges, a pertença a nacionalidades mais ‘suspeitas’ (mulheres brasileiras com homens portugueses ou mulheres portuguesas com homens paquistaneses ou indianos), a residência em casas diferentes, e ‘provas’ indiciais como ‘a existência ou não da tampa da sanita levantada’”, ou seja, pela narrativa, podemos perceber que em processo de “visita” domiciliar, o comportamento do casal é analisado em detalhes, verificando-se a organização e disposição de objetos de higiene pessoal, ao qual se acrescenta situações clássicas narradas muitas vezes nas obras cinematográficas como existência e quantidade de objetos pessoais como roupas, sapatos, livros; fotografias do casal e em convívio social distribuídas pela residência.

<sup>288</sup> Cf. LOPES JR, *Direito processual penal... op. cit.*, 2014, p. 1869. Neste sentido ver Ac. do STA de 30 de agosto de 2009.

<sup>289</sup> Cf. LOPES JR, *Direito processual penal... ibid.*, 2014, p. 1870.

<sup>290</sup> Cf. LOPES JR, *Direito processual penal... loc. cit.*

familiar, chamado à colação tanto no procedimento de entrevista quanto na “visita” ao domicílio, o fundamento constitucional para garantir a inviolabilidade ao domicílio dá-se em virtude da proteção a bens considerados fundamentais, quais sejam, a dignidade, o desenvolvimento da personalidade, a autodeterminação existencial e a privacidade<sup>291</sup>. A classificação deste direito como *inviolável* vem de encontro com o objetivo da norma, ou seja, a proteção destes bens jurídicos, assim, pretende-se “[...] limitar na maior medida possível a possibilidade de restrições”<sup>292</sup>, estabelecendo critérios limitativos vinculantes. Porém, a exemplo do caso português que prevê o direito no art. 34º da CRP e 82º e ss. do CCiv, o direito à inviolabilidade do domicílio, por via da revisão constitucional – LC n.º 1/2001 – viu serem introduzidas novas restrições.

O limite ao direito depende de aprovação de lei (reserva de lei), que se fundamente em justificativa razoável, em regra, encontrando-se ligados ao processo criminal. A justificação para a implementação dos limites segundo a doutrina é que, o domicílio não é concebido como um “[...] ‘espaço de criminalidade’, sendo legítima a violação do domicílio quando estivesse em causa a protecção de bens jurídico-comunitários de excepcional importância (vida humana, segurança dos cidadãos)”<sup>293</sup>, sendo também legítima a entrada no domicílio em razão de circunstâncias excepcionais e causas naturais como incêndio e inundações. No mesmo sentido, CFBR (cf. art. 5º, XI), determina que a casa é asilo inviolável do indivíduo, onde ninguém pode penetrar sem o consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. No entanto, para o STF essa inviolabilidade não pode compactuar com a criminalidade, o que justifica limites ao direito<sup>294</sup>.

Canotilho e Moreira ao interpretarem o art. 32º da CRP nos ensinam que a inviolabilidade do domicílio está relacionada à liberdade da pessoa, logo à sua esfera privada, a que os autores designam de *direito à inviolabilidade pessoal*, assim, a sua proteção não faz distinção em razão da nacionalidade (art. 15º, n.º 1). Portanto, “[...] considerando-se o domicílio como projecção espacial da pessoa”<sup>295</sup>, os requisitos da vontade (cf. art. 32º, n.º 2) e o consentimento (cf. art. 32º, n.º 3) são as condições essenciais para a entrada no domicílio, salvo, como ressalta a norma, o flagrante delito ou mediante autorização judicial.

---

<sup>291</sup> Cf. CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa... op. cit.*, 2007, p. 539; SILVA, *Curso de direito constitucional ... op. cit.*, 2005, p. 437.

<sup>292</sup> Cf. CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa... op. cit.*, 2007, p. 540. Os autores (pp. 540 – 541) salientam que a utilização de meios técnicos eletrônicos que permitem o acesso a conversas e a vida privada dos moradores configura também incompatibilidade ao direito ao domicílio inviolável.

<sup>293</sup> Cf. CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa... ibid.*, 2007, p. 542.

<sup>294</sup> Cf. Alexandre de MORAIS, *Direito constitucional*, 13ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, pp. 81 – 82.

<sup>295</sup> Cf. CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa... op. cit.*, 2007, p. 541.

#### **4 A importância do consentimento matrimonial no decurso do procedimento de investigação**

Os casamentos brancos embora simulados, do ponto de vista do direito civil, são formalmente perfeitos, uma vez que mesmo cientes da não produção dos efeitos jurídicos, os nubentes declaram perante um escritório de registro civil a sua intenção (ainda que falsa) de se casarem, percorrendo todos os trâmites necessários para que seja autorizada a celebração. Com a realização da celebração e o respectivo registro do casamento, tem-se um ato formalmente válido, expresso na certidão de casamento<sup>296</sup>. Citando novamente os estudos de Ramos e Ferreira sobre os padrões de casamento entre imigrantes, concluem as autoras ser quantitativamente superior a opção pela modalidade do casamento civil<sup>297</sup>. O casamento civil tem sua tramitação organizada pelo Estado através das várias conservatórias de registro civil localizadas nos municípios, tendo o conservador ou juiz como testemunha em representação do Estado de que os nubentes consentem de forma livre que querem se casar, declarando o Estado através de seus representantes que estão casados. Portanto, quando celebrado e registrado um casamento de conveniência, pode-se afirmar que o Estado contribui na constituição de um casamento branco, formalmente válido.

Pretendendo prevenir essa prática, Portugal e Espanha passam a utilizar o processo preliminar de casamento como uma das fases na investigação dos casamentos de conveniência, no qual além da sua função tradicional de verificar a capacidade dos nubentes e inexistência de impedimentos, procede à análise antecipada do consentimento que só será pronunciado oficialmente em momento solene na celebração. O método aplicado nesta fase é a análise documental e audiência dos interessados.

Sobre o controle do consentimento efetuado no processo preliminar de casamento em uma Conservatória, a norma espanhola, contida na Instrucción de 2006, destaca que esse método não permite erradicar todos os casamentos simulados apontando as seguintes razões, a) em primeiro lugar porque é necessário que o processo preliminar decorra em território nacional; b) em segundo, porque o processo preliminar visa conforme a regra geral determinar a capacidade matrimonial, não sendo muito simples controlar o

---

<sup>296</sup> O art. 1.543 do CCiv brasileiro determina que o casamento celebrado no Brasil prova-se pela certidão do registro, em caso de falta ou perda do registro civil, é admissível qualquer outra espécie de prova, norma semelhante se verifica nos arts. 1.651º a 1.653º do CCiv português. Em Espanha a certidão de casamento consta no Libro de Familia (cf. art. 37 RRC). GONÇALVES, *Direito civil brasileiro, volume VI... op. cit.*, 2009, pp. 95 – 97 e GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, *Novo curso de direito civil... op. cit.*, 2011, pp. 187 – 190 afirmam ser a certidão de casamento a prova prioritária, formalmente constituída do estado de casado.

<sup>297</sup> Cf. RAMOS e FERREIRA, “Padrões de casamentos entre imigrantes...” *op. cit.*, p. 12.

consentimento nesta fase e a autenticidade do mesmo, pois que em muitas ocasiões não se faz prova de que o consentimento é simulado; c) como terceiro ponto recorda que o controle preventivo do consentimento não deve ser realizado de forma sistemática e uniforme para todos os casamentos transnacionais, mas apenas para aqueles em que se aponta indícios sérios de um futuro casamento branco, por fim, d) para os casamentos realizados no estrangeiro em que seja necessário conforme a lei local apresentação do certificado de capacidade matrimonial do cidadão o processo preliminar segue o procedimento geral com a realização da audiência dos interessados de forma pessoal, reservada e por separado com cada contraente. Neste sentido, Calvo Caracava e Carrascosa González concluem que a análise prévia ao consentimento na prática tem se mostrado ineficiente, pois que se o casamento se realizar no estrangeiro em país onde não exista instrução de processo preliminar de casamento, a simulação terá êxito<sup>298</sup>.

No entanto, a referida Instrucción de 2006, afirma que basta verificar o consentimento do cidadão nacional (cf. art. 9, n.º 1 do CCiv espanhol) frente ao direito local, aplicando assim a regra civil de que em matéria de consentimento rege a lei pessoal, pois que se o casamento for simulado, em nome do *princípio da econômica processual*, não será necessário verificar o consentimento do cidadão estrangeiro, uma vez que o casamento não será realizado.

A análise do consentimento matrimonial terá valor também para o sistema espanhol no momento de requisição de um visto de residência por reagrupamento familiar, pois que deve o interessado apresentar o pedido no Consulado espanhol, inscrevendo primeiramente o seu matrimônio. O procedimento de investigação é desencadeado pelo cônsul que poderá realizar audiência dos interessados realizando uma “entrevista” com os cônjuges em separado visando verificar o grau de conhecimento mútuo, bem como a existência de fraude. García Vázquez considera que esse método investigativo algumas vezes excede o que considera como “[...] constitucionalmente aceitável [...]”<sup>299</sup>.

#### **4.1 Análise prévia ao consentimento matrimonial**

O processo preliminar de casamento nas ordens estudadas permite esquematizar o regime jurídico em três tópicos: requisitos de fundo, formalidades e invalidades. Os

---

<sup>298</sup> Cf. CALVO CARAVACA e CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de familia... op. cit.*, 2008, pp. 119 – 120.

<sup>299</sup> Cf. GARCÍA VÁZQUEZ, *El estatuto jurídico-constitucional... op. cit.*, 2007, p. 76.

requisitos de fundo abrangem o consentimento e a capacidade matrimonial. De acordo com a letra do art. 1.600º do CCiv português, têm capacidade para contrair casamento todos aqueles em quem se não verifica algum dos impedimentos matrimoniais previstos na lei. Procedimentalmente, a capacidade é averiguada no processo preliminar de casamento pois é objetivo legal evitar que o ato seja celebrado por quem seja ou esteja incapaz no momento da celebração do ato. Por sua vez, os impedimentos que são taxativamente previstos em lei visam proteger interesses superiores como o parentesco, o próprio instituto do casamento e o direito à vida. Nesse sentido aponta a doutrina que os impedimentos são “[...] *circunstâncias legalmente previstas que, quando verificadas, interferem na validade do casamento*”<sup>300</sup>, assim caso um ou ambos os contraentes estejam afetados por um dos fatos previstos estão impedidos de contrair casamento. A consequência legal para a verificação de um impedimento é a declaração de anulação, nulidade ou inexistência do ato<sup>301</sup>.

As formalidades do casamento compreendem a celebração e o registro. Cercada por rituais, “[...] as cerimônias tornaram-se mais complexas, de acordo com os costumes, a religião e o Direito”<sup>302</sup>. Em virtude de sua importância, a celebração do casamento deve ser realizada de acordo com o rigor legal. O ato deve ser presidido por uma autoridade

---

<sup>300</sup> Cf. GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, *Novo curso de direito civil... op. cit.*, 2011, p. 216 (*itálico no original*). São considerados impedimentos matrimoniais a menoridade nupcial (limite mínimo de idade fixado aos 16 anos completos); demência notória; casamento anterior não dissolvido; parentesco ou afinidade até o segundo grau na linha reta e até o terceiro na linha colateral entre os nubentes; condenação por homicídio do cônjuge de uma das partes; falta de autorização dos pais ou tutor para casamento de nubente menor; não observação do prazo internupcial; o vínculo de tutela, curatela ou administração legal de bens; o vínculo de adoção restrita; a pronúncia do nubente pelo crime de homicídio doloso enquanto não houver despronúncia ou absolvição por decisão passada em julgado. Mais sobre ver: GONÇALVES, *Direito civil brasileiro, volume VI... op. cit.*, 2009, pp. 51 – 66; CALVO CARAVACA e CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de familia... op. cit.*, 2008, pp. 92 – 94; COELHO e OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família... op. cit.*, 2008, pp. 247 – 274; VARELA, *Direito de Família... op. cit.*, 1999, pp. 215 – 262.

<sup>301</sup> Uma questão tem sido levantada quanto a realização de casamento mistos em Portugal, especificamente referente à interpretação do art. 137º, n.º 1, al. a) do CRegCiv no qual constam os documentos para instrução do processo preliminar de casamento. Diz-nos a norma que a declaração deve ser iniciada com os documentos de identificação dos nubentes ou, sendo estes estrangeiros, título ou autorização de residência, passaporte ou documento equivalente. E mais, o nubente estrangeiro deve apresentar certidão do registro de nascimento que satisfaça a forma exigida para o mesmo fim pela lei do país de origem. A dúvida que se coloca recai sobre a interpretação quanto exigência de um título ou autorização de residência válido no momento em que se inicia o processo preliminar, ou seja, se seria necessário ter uma autorização de residência prévia, fundamentada num dos outros motivos que prevê a Lei n.º 23/2007 redação conforme a Lei n.º 29/2012, o que claramente limitaria o direito ao casamento em Portugal por parte de estrangeiros que aqui ainda não residissem ou que se encontrassem em território nacional com o visto de turista. Sobre essa questão, o Instituto dos Registos e do Notariado se posiciona no parecer P.º C. C. n.º 14/2011 SJC – CT. Citando o Ac. do Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto de 20 de outubro de 2010, o parecer pronuncia-se sobre a recusa de uma Conservatória do Registro Civil em celebrar casamento misto quando o nubente estrangeiro não possuía autorização de residência para permanecer em território nacional. Alega o juiz de Direito que compete às Conservatórias fiscalizar o cumprimento dos requisitos impostos por lei, máxime a obrigatoriedade de apresentação, por parte de cidadão estrangeiro de um título ou autorização de residência válido em território nacional, interpretando nesse sentido o art. 137º, n.º 1, al. a) do CRegCiv. Concluindo que duas devem ser as posições dos conservadores diante da requisição de celebração de um casamento misto, a) na presença de suspeitas de um casamento de conveniência deve se dar conhecimento ao SEF e ao MP para que seja realizada investigação e b) recusa da realização do casamento sempre que um dos nubentes não seja portador de título válido de permanência. Com posicionamento contrário, declara o IRN sobre a matéria que o art. 137º, n.º 1, al. a) do CRegCiv não parece exigir que o nubente estrangeiro possua título ou autorização de residência válido, assim, a falta desse documento em específico não é obstáculo à celebração do casamento, salvo se existir dúvidas fundamentadas sobre tratar-se de casamento de conveniência. Neste caso, deverá ser procedido diligências que se considere conveniente para apurar a real intenção dos nubentes, que pode ser apresentação de documentos que comprove união de fato, entrevista a testemunhas podendo ser solicitada inquirição destas inclusive no consulado português da área de residência do nubente se este mora no exterior. Afastada a dúvida o conservador realiza o casamento sem necessidade de comunicação ao SEF, caso contrário, o processo é suspenso e segue-se o procedimento orientado pelo parecer do IRN P.º C. C. 34/2009 SJC – CT. A estada irregular do nubente estrangeiro em território nacional não é motivo de impedimento à celebração do casamento, serve apenas como presunção para investigação de casamento branco.

<sup>302</sup> Cf. GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, *Novo curso de direito civil... op. cit.*, 2011, p. 178.

competente, que em se tratando do casamento civil, está restrita ao juiz de direito ou juiz de paz<sup>303</sup>. É na cerimônia que os nubentes prestam o seu consentimento, declarando que se casam por livre e espontânea vontade (cf. art. 1.535 do CCiv brasileiro; arts 1.615º CCiv e 155º CRegCiv português, art. 58 do CCiv espanhol). Após a celebração é lavrado o assento no livro de registros (cf. art. 1.536 do CCiv e art. 70 da LRP brasileira; arts. 61 do CCiv, 59, n.º 1 do RC e 255 do RRC espanhol).

Previsto desde o Código Napoleônico (cf. art. 146), o consentimento é apontado a partir de então como sendo o elemento essencial para a realização do casamento. Como consolida o art. 16º, n.º 2 da DUDH, o casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos futuros esposos.

O consentimento matrimonial, segundo Espinar Vicente, é o ponto central para a constituição do casamento, pois que “[...] constituye la clave para la existencia de la relación matrimonial”<sup>304</sup>. É anulável o casamento do incapaz de consentir ou manifestar de modo inequívoco o consentimento, lê-se no art. 1.550, inc. IV do CCiv brasileiro, no mesmo sentido encontra-se expresso nos arts. 45 e 73 do CCiv espanhol que não há matrimônio sem consentimento, sendo nulo aquele que for contraído com uma falsa declaração, como determina a Instrucción DGRN de 31 de enero de 2006, ele deve ser dirigido para criar uma comunidade de vida entre os cônjuges que pretendem assumir os fins próprios e específicos do casamento, que não pode ser outro que não seja a comunhão de vida, assim será autêntico, existente e verdadeiro.

Espinar Vicente afirma que a garantia constitucional de que homens e mulheres têm direito a contrair casamento em plena igualdade consagra o consentimento como preceito constitucional (cf. art. 32, n.º 1 CE)<sup>305</sup>. Para o citado autor, o consentimento tem um importante papel para o Direito, pois que além de ser um compromisso assumido entre os cônjuges, ambos aceitam as produções dos efeitos jurídicos intrínsecos ao casamento, concretamente os efeitos pessoais e patrimoniais, que são predeterminados pela lei não podendo ser alterado o seu conteúdo, neste sentido escreve o art. 45 do CCiv espanhol que a condição, o termo ou modo do consentimento não poderá ser colocado em causa<sup>306</sup>.

---

<sup>303</sup> A Constituição Federal brasileira determina no art. 98, inc. II ser o juiz de paz autoridade competente para celebrar casamentos, no mesmo sentido encontra-se a Recomendação n.º 16, de 27 de maio de 2008 do CNJ que aconselha aos Tribunais de Justiça regular a função do juiz de paz em conformidade com o preceito constitucional citado, devendo a atuação desses juízes ocorrer nas Varas de Família.

<sup>304</sup> Cf. Jose Maria ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de derecho internacional privado*, Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1996, p. 36. Nesse mesmo sentido encontra-se expresso na Circular DGRN n.º 1/2002 e Instrucción DGRN de 31 de enero de 2006, que o consentimento dos esposos é o elemento essencial do casamento, sendo esta uma questão assente na doutrina nacional e no direito comparado.

<sup>305</sup> Cf. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español... op. cit.*, 1996, p. 36.

<sup>306</sup> Cf. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español... ibid.*, 1996, pp. 35 – 37.

Embora o consentimento tenha valor constitucional e atribua direitos e deveres a quem o presta, Espinar Vicente o considera como um ato subjetivo, íntimo de quem o declara, que só pode ser analisado do ponto de vista externo através dos efeitos jurídicos<sup>307</sup>. A verificação da veracidade do consentimento prestado, ou seja, a confluência entre a vontade declarada com a vontade real só pode ser percebida com a análise da aceitação dos direitos e deveres por parte dos cônjuges ao constituírem de fato família mediante plena comunhão de vida (cf. 1.577º do CCiv português). É nesta linha de interpretação que se enquadra a importância do consentimento para o casamento branco, pois que excluindo assumir as finalidades do matrimônio, os efeitos pessoais, estar-se-á perante um casamento simulado. É a ausência desses efeitos que permite afirmar que o consentimento declarado era falso.

Calvo Caravaca e Carrascosa González no desenvolvimento de sua doutrina apontam que os motivos que levam as pessoas a se casarem são juridicamente irrelevantes, não importando se a decisão se funda em questões sentimentais, econômicas ou mesmo de regularização imigratória, desde que aliado a isso os interessados queiram constituir de fato família, ou seja, embora tenham motivos objetivos o consentimento prestado visa a “[...] unión conyugal como comunidad de vida [...]”<sup>308</sup> e não apenas para alcançar a outras finalidades.

Apesar da perspectiva civilista descrever que o consentimento é declarado no momento da celebração do casamento, verifica-se que em Portugal e na Espanha quando estejamos perante a solicitação de autorização para realização de um casamento transnacional, a real intenção dos nubentes tem sido investigada, procedendo desta forma a uma *análise prévia ao consentimento*. A prática, fundamentada respectivamente no parecer P.º C. C. 34/2009 SJC – CT e nas Instrucción de 9 de enero de 1995 e 31 de enero de 2006, coloca em ação a primeira fase do procedimento de investigação a casamentos brancos em que o consentimento pode ser aferido antes da cerimônia de casamento através da realização de entrevistas com os próprios nubentes e familiares, além da análise documental com vista a determinar se há uma pretensão de após a autorização e realização da cerimônia do casal constituir família mediante plena comunhão de vida.

---

<sup>307</sup> Cf. José Maria ESPINAR VICENTE, “La celebración del matrimonio em Derecho internacional privado español. Una aproximación a los requisitos sustanciales”, in *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, vol. XXXVI, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1984, p. 93. (pp. 93 – 102). Mais sobre consentimento ver Carmen OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, “La capacidad y la simulación en el matrimonio”, in *Derecho registral internacional: homenaje a la memoria del prof. Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, p. 287 – 296.

<sup>308</sup> Cf. CALVO CARAVACA e CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de familia... op. cit.*, 2008, p. 121.

Quanto a esta análise, o ordenamento jurídico brasileiro só autoriza que seja realizada investigação do casamento quando surgem sérias dúvidas da sua existência material em sede de requisição de direito de residência, uma vez que o processo preliminar se funda no princípio da atualidade (cf. art. 1.535 do CCiv) assim o consentimento só pode ser manifestado no próprio ato de celebração, não podendo ser verificado de forma antecipada. Deste modo, o processo preliminar de casamento ocorre de forma idêntica aos nacionais, não havendo um apuramento prévio ao consentimento, este só é prestado solenemente na cerimônia (cf. art. 1.535 do CCiv), logo não se verifica análise do casamento branco no âmbito civil, embora o Ac. da 7ª Turma do TRF da 4ª Região de 10 de junho de 2003 afirme que a certidão de casamento reflita negócio jurídico inexistente visto estar viciado o consentimento do nubente<sup>309</sup>. Desta sorte, não se coloca em causa o consentimento prestado na celebração de casamento no sistema brasileiro.

Embora o regime jurídico lusitano preveja também de forma expressa o princípio da atualidade no art. 1.617º do CCiv, o parecer do IRN P.º C. C. 34/2009 SJC – CT orienta os conservadores, no caso de haver suspeitas de casamento branco a celebrar ou transcrever comunicar o SEF e ao MP, a suspender o processo preliminar aguardando pronúncia dos mesmos em sede de investigação.

Desta sorte, poderíamos questionar se essa análise prévia da declaração do consentimento não seria uma violação ao direito fundamental de casar e constituir família, visto que, o mesmo procedimento não se aplica quando a autorização de casamento é requerida por dois nacionais, situação na qual o processo preliminar de casamento visa a mera verificação da capacidade e inexistência de impedimentos, em uma clara

---

<sup>309</sup> Quanto ao consentimento, GONÇALVES, *Direito civil brasileiro, volume VI... op. cit.*, 2009, p. 32, afirma que a “[...] lei considera relevante que o consentimento dos nubentes obedeça a certas solenidades, não só para que seja manifestada livremente, como também para facilitar a prova do ato”. O consentimento é entendido como uma declaração de vontade que permite acesso ao estado de casado cujo fim é estabelecer a plena comunhão de vida, devendo ser prestado no momento da celebração do ato. Assim reflete o autor (p. 84) que “[n]ão se admite, com efeito, uma declaração de vontade formulada anteriormente à solenidade, pois a lei visa assegurar a liberdade e a atualidade do consentimento matrimonial”. A restrição ao princípio da atualidade, destaca a citada doutrina, só é admissível aquando estejamos diante de um casamento por procuração (cf. art. 1.542 do CCiv). Manifestando o consentimento de forma inequívoca, o juiz declarará efetuado o matrimônio (cf. art. 1.535 do CCiv), no mesmo sentido o art. 1.514 do CCiv afirma que o casamento se realiza no momento em que o homem e a mulher manifestam, perante o juiz, a sua vontade de estabelecer vínculo conjugal, e o juiz os declara casados. Em seguida é lavrado o assento no livro de registros em conformidade com os arts. 1.536 do CCiv e 173 da Lei dos Registros Públicos, instrumento que serve de prova da sua realização. A certidão de registro civil (cf. art. 1.543 do CCiv) é a principal prova do casamento. Para a doutrina civilista, a comprovação do estado de casado por outro meio que não seja a certidão “[...] somente pode ser invocada [...] em caráter de exceção, para sanar qualquer falha no respectivo assento ou para beneficiar a prole” (cf. GONÇALVES, *Direito civil brasileiro, volume VI... ibid.*, 2009, p. 98). Corroborando com a tese da não relevância do consentimento para a imputação do crime de falsidade ideológica em razão de casamento branco o Ac. da 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região de 12 de março de 2009 que afirma em sede de instrução ter ficado comprovado que o matrimônio era de fachada tendo por escopo possibilitar a naturalização do cônjuge varão, porém em troca a cônjuge varoa recebia auxílio financeiro mensal no valor de R\$ 100,00, não tendo sido consumado o casamento, entretanto alega o Tribunal não dizer respeito à seara criminal particularidades de natureza íntima, sendo incontroverso a validade do casamento perante o ordenamento jurídico uma vez que a certidão é prova inexorável, concluindo que o vínculo matrimonial e a possibilidade de anulação é assunto de interesse apenas dos cônjuges, até porque, dos depoimentos prestados é possível depreender que não houve vício do consentimento uma vez que antes mesmo das núpcias a cônjuge varoa já tinha ciência de que o noivo era homossexual. Em comentário à jurisprudência, CAHALI, *Estatuto do estrangeiro... op. cit.*, 2010, p. 240 afirma que os tribunais brasileiros têm aceitado a validade dos matrimônios de fachada. Apenas uma nota quanto aos casamentos celebrados no Brasil, a partir da Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), passa a vigor na ordem jurídica brasileira o direito de celebração em cartórios de casamento civil a pessoas do mesmo sexo.

diferenciação de tratamento em razão da nacionalidade. Mas também, face ao exposto, somos levados a concluir que a análise prévia ao consentimento, numa perspectiva do direito privado, constitui uma prova de nível fraco, pois que a observação de uma verdadeira aceitação dos efeitos pessoais do casamento só o podem ser feitos ao longo do tempo, após a celebração do casamento, em que de fato os cônjuges constroem ou não uma plena comunhão de vida. A análise prévia nada mais visa do que observar uma futura declaração de vontade.

## CAPÍTULO IV

### **1 Os direitos fundamentais no procedimento de investigação dos casamentos brancos**

Ao relacionarmos o tema das migrações aos direitos fundamentais, a doutrina nos apresenta inúmeros textos que se dedicam a analisar o caminho seguido pelas políticas migratórias nos diversos países, apresentando como sendo quase que uma tendência global a adoção por parte dos Estados de políticas restritivas e seletivas, que pretendem controlar a imigração ao invés de gerir os seus fluxos, com um discurso securitário. Exceções a esse pensamento também se encontram, a exemplo do caso argentino que em 2004 sanciona a Lei n.º 25.871 que no art. 4º prevê expressamente a migração como um direito inalienável e essencial da pessoa com base nos princípios da igualdade e universalidade. Embora até ao momento seja o único ordenamento a consagrar o *direito a migrar*, os outros países estabelecem como direito fundamental o direito à livre circulação e residência, estabelecendo através do princípio da equiparação entre nacionais e estrangeiros um tratamento igualitário frente ao respeito aos direitos fundamentais. Porém, embora não venhamos aqui desenvolver, mas apenas com vista a clarificar as duas situações com que o Direito tem se debatido, ao consagrar o direito a migrar como direito fundamental, visou o sistema argentino proteger inclusive o imigrante irregular quanto ao acesso a direitos sociais básicos como educação e saúde, direitos esses que noutros ordenamentos jurídicos, em princípio, são garantidos apenas aos estrangeiros regulares.

No contexto internacional, somando-se aos demais documentos internacionais de proteção aos direitos humanos, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprova em 1990, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros das suas Famílias, que pretende proteger o trabalhador migrante e sua família desde o momento da decisão de migrar até o seu retorno ao país de origem ou residência (cf. art. 1º, n.º 2 da Convenção). Porém ainda são poucos os Estados signatários deste importante documento, que tem por objetivo proteger a vida do trabalhador migrante, proíbe a sua submissão a tortura ou tratamentos desumanos e degradantes, escravidão ou trabalhos forçados, garante o direito de saída e retorno ao país de origem, a liberdade religiosa, de expressão e de pensamento, a não intromissão arbitrária na vida

privada, dentre outros direitos. Brasil, Espanha e Portugal ainda não são Estados-parte deste documento.

No entanto, ao ser instaurado um procedimento de investigação a uma suspeita de casamento branco, três princípios fundamentais são chamados à análise, o direito de casar e constituir família, o direito à não discriminação em razão da nacionalidade e o direito à reserva da intimidade e vida privada. No próprio decorrer do estudo do procedimento investigativo ao qual nos dedicamos no capítulo anterior, referências a esses três direitos são feitas, pois que, estes são os limites a que o procedimento administrativo não deve transpor, pautando assim a atuação da Administração.

Neste sentido discorre o Ac. do Supremo Tribunal Administrativo português de 30 de setembro de 2009, que analisa perante um caso em concreto de investigação de casamento de conveniência se há ou não violação por parte da Administração frente aos direitos fundamentais dos envolvidos, especificamente, o direito a casar e a reserva da vida privada. O próprio manual da Comissão Europeia sobre os procedimentos para implementar uma investigação ao casamento simulado ao recordar os direitos fundamentais consagrados nos textos internacionais e nos documentos regionais ressalta que devem ser levados em conta especificamente o direito ao casamento, ao respeito à vida privada e à não discriminação. Para a doutrina seguida por García Vázquez, uma investigação que ocorra de forma indiscriminada não pode ser um procedimento constitucionalmente legítimo, transformando assim o casamento em mais um instrumento de controle imigratório<sup>310</sup>.

Verificamos que a investigação incide sobre a descoberta da verdade material quanto ao consentimento prestado pelos cônjuges, na pretensão de averiguar se há de fato uma plena comunhão de vida ou se esta é a real intenção após o grupo familiar se encontrar no território nacional, utilizando sobretudo os métodos da audiência dos interessados e busca domiciliar. Porém, a leitura deste procedimento sob a ótica da proteção aos direitos fundamentais, nos remete à doutrina jurídica dos mesmos, assim, entendendo os direitos fundamentais como direitos humanos positivados, segundo expressão de Robert Alexy, direitos fundamentais jurídico-positivos<sup>311</sup>, a dogmática jurídica nos chama à atenção para a possibilidade de o próprio texto constitucional prever

---

<sup>310</sup> Cf. GARCÍA VÁZQUEZ, *El estatuto jurídico-constitucional... op. cit.*, 2007, p. 76.

<sup>311</sup> Cf. Robert ALEXY, “Direitos fundamentais no estado constitucional democrático”, in Robert Alexy, *Constitucionalismo discursivo*, 3ª ed., rev., tradução e organização portuguesa de Luís Afonso Heck, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 44, conclui o autor (pp. 44 – 49) que “[o]s direitos do homem devem ser transformados em direito positivo para que seu cumprimento esteja garantido [...] [o]s direitos do homem não perdem, nessa transformação, nada em validade moral, obtêm, porém, adicionalmente, uma jurídico-positiva”, em termos concretos estaremos diante de uma “[...] codificação dos direitos do homem por uma constituição, portanto, com sua transformação em direitos fundamentais [...]”.

limites ao seu catálogo de direitos, restringindo, portanto, o âmbito de proteção aos mesmos.

Desta sorte, no capítulo que se segue nos dedicaremos ao estudo dos três direitos fundamentais que se encontram em causa durante o procedimento de investigação de casamentos brancos, confrontando o posicionamento jurisprudencial com a construção teórica da dogmática jurídica desses mesmos direitos, com vista a analisar se os métodos empregues na descoberta da verdade material estão conforme ou não com a Constituição e os limites previstos pela mesma.

## 1.1 Direito de casar e constituir família

Previsto em textos internacionais e constituições nacionais como direito fundamental mas também garantia constitucional, o **direito de casar e constituir família** encontra abrigo nos arts. 36º e 67º da CRP; 18 e 39 da CE e 226 da CFBR apesar de no Brasil esse direito não se encontrar em causa nos termos aqui explicitados<sup>312</sup>.

Sobre o direito a casar e constituir família, a doutrina jurídica, da qual destacamos o pensamento de Jorge Miranda e Rui Medeiros, escreve que são os princípios da dignidade humana e garantia da efetivação dos direitos e liberdades fundamentais (respectivamente, arts. 1º e 2º da CRP) que determinam uma “[...] concepção personalista da família e do casamento”<sup>313</sup>, concepção na qual se fundamenta a ideia de que é no seio da família que o indivíduo se realiza pessoalmente. Na mesma linha de pensamento argumenta Gagliano e Pamplona Filho que o reconhecimento da família em nível constitucional encontra-se calcada na sua função social enquanto local de construção do indivíduo, que ao mesmo tempo serve como base para a sociedade organizada sob os princípios do Estado Democrático de Direito e da dignidade humana<sup>314</sup>, no entanto,

---

<sup>312</sup> A recente decisão da 4ª Turma do TRF da 3ª Região, de 28 de maio de 2015, exemplifica o posicionamento do sistema brasileiro no tocante a relacionamentos mistos e a não verificação do consentimento, o Tribunal decide conceder o direito à autorização de permanência a companheiro de nacional uma vez que a união embora não tenha por base um casamento ou contrato de união estável, ficou comprovada que a união era reconhecida pela sociedade onde viviam e trabalhavam. Ou seja, para o Tribunal o reconhecimento social é prova o suficiente do relacionamento, dando valor a uma figura mais fraca juridicamente que o instituto do casamento. Sobre o art. 67º da CRP, COELHO e OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família... op. cit.* 2008, p. 132 afirmam que esta norma trata da consagração da proteção da família “[...] tornando-a, assim, objeto de uma *garantia institucional*” (*itálico no original*), porém esta norma compõem o quadro dos direitos econômicos, sociais e culturais. Neste sentido, CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa... op. cit.*, 2007, p. 856 afirmam que por “[...]tratar-se de um típico ‘direito social’, ou seja, de um direito positivo que se analisa numa imposição constitucional de actividade ou de prestações por parte do Estado (...), que não gozam de exigibilidade directa, carecendo de implementação legislativa, cuja falta, pode dar lugar a inconstitucionalidade por omissão”.

<sup>313</sup> Jorge MIRANDA e Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª ed., rev., actual., e ampl., Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010, p. 807.

<sup>314</sup> Cf. GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, *Novo curso de direito civil... op. cit.*, 2011, p. 62. Guilherme Calmon Nogueira da GAMA, “Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional”, in Gustavo Tepedino (coord.), *Problemas de direito civil-constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003, p. 520, defende que “[a] dignidade da pessoa humana, colocada no ápice do ordenamento jurídico, encontra na família o solo apropriado para o seu enraizamento e desenvolvimento, dá a ordem constitucional dirigida ao Estado no sentido de dar especial e efetiva proteção à família, independentemente da sua espécie”. Corroborado do mesmo raciocínio CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa... op. cit.*, 2007, p. 857.

ressalta-se que a proteção que as Constituições tutelam não recai sobre os indivíduos de forma isolada, mas ao instituto da família em si, indo de encontro a redação do art. 16º, nº 3 da DUDH no qual a família é considerada o elemento fundamental da sociedade e portanto tem direito à proteção da sociedade e do Estado<sup>315</sup>.

Ao ser consagrado por um lado o direito a constituir família e por outro o direito ao matrimônio, os cultores da lei pretendem proteger dois direitos que embora outrora tenham sido entendidos como sinônimos, hoje são concebidos de forma autônoma<sup>316</sup>. Não obstante ambos se encontrem na esfera jurídica de todas as pessoas em condições de plena igualdade, seguindo a leitura de Miranda e Medeiros, o direito a contrair casamento possui uma dimensão negativa, uma vez que, ninguém pode ser obrigado, contra a sua vontade, a constituir casamento, em oposição descrevem uma dimensão positiva na qual consiste no direito de livre escolha do cônjuge como determina o art. 16º da DUDH sem restrição alguma de raça, nacionalidade ou religião, não podendo estar condicionado ou com previsão de termo<sup>317</sup>.

O reconhecimento da família como unidade autônoma, base da sociedade impõe ao Estado um duplo papel. Enquanto direito social deve o Estado a proteger e garantir a efetivação de todas as condições que permitam a realização pessoal dos seus membros, de acordo com o texto do art. 67º, nº 1 da CRP, listando no nº 2 várias ações na qual acredita o constituinte estarem garantidas a proteção da família (ação positiva), nesse mesmo sentido encontra-se o texto do art. 39 da CE. Por seu turno, uma ação negativa também lhe é infligida, qual seja, a de não intervenção na relação familiar. Portanto, apesar de os cônjuges ao aceitarem a produção dos efeitos pessoais, e assim, estarem obrigados a deveres como coabitação, fidelidade, assistência, cooperação e respeito, os

---

<sup>315</sup> Com idêntica redação ver arts. 67º, nº 1 da CRP e 226 da CFBR. GARCÍA VÁZQUEZ, *El estatuto jurídico-constitucional...* op. cit., 2007, p. 50, ao interpretar o art. 16º da DUDH afirma que em princípio esta norma contempla ampla proteção aos cônjuges quanto à autorização para viverem juntos no país de acolhimento. O direito a casar e a constituir família encontra abrigo também no art. 23, nº 2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966, art. 17 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); art. 5º, al. iv) da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, art. 16 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher de 1979; art. 17 da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica), 8º e 12º da Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, art. 16º da Carta Social Europeia de 1961, art. 9º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A construção do art. 9º da CDFUE baseia-se no art. 12º da CEDH, cf. anotações à Carta por Gomes CANOTILHO *et al.*, *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, p. 129.

<sup>316</sup> Entende a doutrina que o reconhecimento autônomo do direito a casar e do direito a constituir família traduz-se na admissibilidade da existência de famílias que não são formadas pelo vínculo do casamento, embora expliquem MIRANDA e MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada...* op. cit., 2010, pp. 811 - 813 que “[...] ao admitir a constituição de família sem o casamento, não pretendeu impor a revisão das **coordenadas estruturais delimitadoras do casamento na ordem jurídica portuguesa**” (*negrito no original*), antes visou ressaltar a “[...] abertura à *pluralidade e diversidade das relações familiares* no nosso tempo” (*italico no original*). Mais sobre ver: COELHO e OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família...* op. cit. 2008, p. 116; VARELA, *Direito de Família...* op. cit., 1999, pp. 159 – 160; CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa...* op. cit., 2007, p. 561. Em Espanha a regulação dos dois institutos, família e casamento, são realizados de forma autônoma, o direito ao casamento encontra-se previsto no art. 32º (*el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica*) e a constituir família no art. 39 da CE (*los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*).

<sup>317</sup> Cf. MIRANDA e MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada...* op. cit., 2010, p. 809; CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa...* op. cit., 2007, p. 562.

direitos fundamentais que compreendem as liberdades individuais (por exemplo, reserva da intimidade, liberdade religiosa, liberdade de escolha profissional) continuam a ter valor, tanto na relação entre o casal, quando na relação entre estes e o Estado. Assim, dissertam Miranda e Medeiros que, a forma como esses deveres, que ao fim correspondem à comunhão de vida, são cumpridos

[...] dispõem de uma ampla liberdade, com a conseqüente parcial *privatização* das relações conjugais e a aceitação de **uma esfera de auto-regulamentação da família** [...] sem prejuízo dos deveres conjugais e da dimensão comunitária da família, os cônjuges têm o direito de viver a sua intimidade sem a intervenção do Estado. A própria concretização do dever de coabitação não pode ser imposta pelos poderes públicos, sendo a exigência, no campo da sexualidade, da adopção de um único e determinado tipo de comportamento incompatível com o respeito pelo espaço de liberdade garantido pela tutela constitucional da família e do casamento [...]<sup>318</sup>.

No entanto, esses direitos encontram limites, a título de exemplo o n.º 2 do art. 36º da CRP delega para a lei civil a definição e os requisitos nos quais se estabelece o casamento, que por sua vez prevê como limite ao exercício do direito a existência de impedimentos matrimoniais. Porém não é apenas a legislação civil que pode determinar limites à plena comunhão de vida, outras normas constitucionais ou legais podem se tornar também um obstáculo, contudo, antes de qualquer decisão limitativa deve ser ponderado o interesse da família, argumentam Coelho e Oliveira que os impedimentos fixados por legislação ordinária devem ser “[...] *justificados por interesses públicos fundamentais*”<sup>319</sup>. Miranda e Medeiros afirmam que esta questão se coloca “[...] com frequência, no âmbito das relações familiares que integram estrangeiros ou apátridas, em matéria de **asilo, expulsão e extradição**”<sup>320</sup>, porém explanam que a proteção ao casamento e à unidade familiar não afastam a aplicação das medidas de afastamento do território, mas também não garantem a permanência do ente estrangeiro em solo nacional<sup>321</sup>. O direito fundamental ao casamento e à constituição de família pertence a

<sup>318</sup> Cf. MIRANDA e MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada... op. cit.*, 2010, pp. 821 – 822. De encontro a esse pensamento temos o Ac. do TCA Sul de 30 de abril de 2009 e Ac. da 3ª Turma do TRF da 5ª Região de 12 de março de 2009, nos quais posiciona-se o Tribunal no sentido de que a vida sexual do casal é irrelevante em sede de matéria criminal.

<sup>319</sup> Cf. COELHO e OLIVEIRA, *Curso de Direito da Família... op. cit.* 2008, p. 112; 119, sendo assim, seria considerado inconstitucional os impedimentos fundados na raça, religião ou nacionalidade dos nubentes (cf. art. 16º, n.º 1 DUDH). VARELA, *Direito de Família... op. cit.*, 1999, pp. 157 - 158, é de opinião que não se deve aplicar uma interpretação literal aos textos normativos ao afirmarem que *todos* têm direito ao casamento e constituição de família, uma vez que esse posicionamento entraria em conflito com os impedimentos matrimoniais. Para o autor, o direito encontra-se ao alcance de todos em clara conformação com o princípio da igualdade, no entanto, o espírito da norma converge com os limites apresentados por lei ordinária. Mais sobre os limites matrimoniais: CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa... op. cit.*, 2007, p. 562.

<sup>320</sup> Cf. MIRANDA e MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada... op. cit.*, 2010, p. 841; Segundo Max ADAM ROMERO, “El derecho a la familia y la inmigración irregular en España”, in Cristina Sanchez-Rodas (coord.), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2009, pp. 107 - 108 o direito fundamental mais lesado em decorrência da dicotomia titularidade e exercício efetivo é o direito a vida familiar.

<sup>321</sup> Cf. MIRANDA e MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada... op. cit.*, 2010, p. 841. O espírito do art. 67º da CRP pretende também proteger ao princípio da unidade da família, que compreende a ideia na qual aos membros da família tem o direito à convivência, que assume especial relevância nas palavras de CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa... op. cit.*, 2007, p. 858, nos casos dos que emigram e “[...] reclama medidas que permitem a reunião familiar [...]”.

todas as pessoas indistintamente, abrangendo, portanto, nacionais e estrangeiros que se encontrem no território nacional,

[p]or isso, enquanto elementos estruturantes da vida em sociedade, os princípios constitucionais em matéria de família e de casamento não podem ser ignoradas na decisão sobre o asilo, a extradição ou a expulsão, devendo, concretamente, ser ponderado, de modo especial, o interesse do reagrupamento familiar<sup>322</sup>.

Nesse sentido, a jurisprudência do Tribunal Constitucional português no Ac. n.º 181/97 entende que embora seja de competência dos Estados a fixação da política imigratória 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<sup>323</sup>, portanto a integração familiar será um fator preponderante na decisão do Estado afastando assim a aplicação da medida de expulsão, como conclui o Ac. do TC n.º 470/99. Nesta perspectiva, as razões de interesse e ordem pública que fundamentam a medida de expulsão deverão ser ponderadas em articulação com o interesse na conservação da unidade familiar. E o balanceamento entre os dois direitos pode ditar a “inexecução específica” da medida juridicamente decretada<sup>324</sup>.

Assim, quanto aos limites, defendem Miranda e Medeiros que,

[a]s restrições legais ao direito de constituir família e de contrair casamento [...] estão, no entanto, sujeitas aos limites do artigo 18º, n.ºs 2 e 3, e carecem de uma especial justificação, seja interna à própria relação conjugal, em vista concretamente à garantia de uma decisão livre e plenamente consentida (artigo 16º, n.º 2, da DUDH), seja em resultado da ponderação de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos<sup>325</sup>.

No mesmo sentido, estatui o art. 8º, n.º 2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, para o qual, não pode haver ingerência da autoridade pública no direito à vida familiar senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, a segurança

---

<sup>322</sup> Cf. MIRANDA e MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada... op. cit.*, 2010, pp. 841 – 842. Sobre o conflito entre o direito a casamento e constituição de família e as regras de imigração, o TEDH no caso *Abdulaziz e outros vs. Reino Unido*, de 28 de maio de 1985 nos considerados 68 e 69 afirma 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 caducaram os seus documentos de estada no país da Convenção, pois que, o Estado não é obrigado a conformar-se com a escolha de residência feita pelos cônjuges, se poderiam viver em outro país. Este acórdão serviu de fundamentação para o posicionamento do Estado português no parecer IRN P.º C. C. n.º 34/09. GARCÍA VÁZQUEZ, *El estatuto jurídico-constitucional... op. cit.*, 2007, pp. 56 – 57 aludindo à realidade espanhola tutelada pelo art. 39 da CE nos relata que embora a unidade familiar seja um preceito constitucional e em virtude da igualdade de tratamento é um direito extensível aos estrangeiros, na prática este direito não é devidamente respeitado, nas palavras da autora (p. 57), “[...] el derecho a la vida familiar de los extranjeros tiene un fundamento constitucional [art. 39 CE], pero si hablamos con propiedad no podremos afirmar que existe un verdadero derecho fundamental de los extranjeros a la vida familiar” (interpolação nossa), concluindo que a harmonização do reagrupamento com o preceito constitucional encontra-se dependente da situação administrativa do estrangeiro. Enquanto isso, Jorge MIRANDA, *Manual de direito constitucional*, Tomo IV, 4ª ed., rev. e actual., Coimbra, Coimbra Editora, 2008, p. 186 e José Carlos Vieira de ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 84, reconhecem o direito ao reagrupamento como um novo direito fundamental que merece tutela constitucional, no entanto, a posição dos autores não possui quórum entre os legisladores.

<sup>323</sup> No mesmo sentido o TC se pronunciou nos seguintes acórdãos: Ac. n.º 470/99 e Ac. n.º 232/04. Mais sobre ver MIRANDA e MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada... op. cit.*, 2010, p. 842.

<sup>324</sup> Mais sobre ver MIRANDA e MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada... op. cit.*, 2010, p. 842.

<sup>325</sup> Cf. MIRANDA e MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada... op. cit.*, 2010, p. 810.

pública, para o bem-estar econômico do país, 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. Nota-se que a norma inicia com a afirmação de uma ação negativa do Estado, no qual não dispõe o mesmo de poder de intervenção na vida familiar, no entanto, em seguida já declara um limite a essa abstenção que se fundamenta na segurança, ordem e saúde pública. García Vázquez argumenta que as cláusulas que pretendem limitar direitos, devem, por sua vez, ser interpretadas de forma restritiva, no entanto, quando o limite emana da própria norma, como decorre da Convenção, está não pode ser considerada ilícita<sup>326</sup>.

Especificamente sobre os casamentos brancos, pronuncia-se o TEDH de que a anulação dos casamentos de conveniência não viola as regras constantes nos arts. 8º e 12º da CEDH. García Vázquez aponta que o primeiro pronunciamento do TEDH sobre reagrupamento familiar deu-se no caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali vs. Reino Unido*, de 28 de maio de 1985 (queixa n.º 158262), em que se requeria reparação de direito com base no art. 8º. Nos fatos narra-se que três mulheres residentes regulares no Reino Unido casaram com os requerentes em seu país de origem, sendo solicitado pedido de autorização de residência para os cônjuges. O Tribunal considera o pedido inadmissível fundamentando em que não havia vida familiar anterior à residência, assim como, não se produziu prova suficiente que demonstrasse ser inviável o reagrupamento familiar no país de origem dos cônjuges<sup>327</sup>.

O art. 12º da CEDH nos diz que a partir da idade núbil, o homem e a mulher têm o direito de se casar e constituir família, segundo as leis nacionais que regem o exercício deste direito. Debruçando-se sobre essa norma, no processo n.º 31401/96, *Sanders vs. França*, no Acórdão de 16 de outubro de 1996, o TEDH alega que apesar do direito a casar e constituir família ser um direito fundamental, o seu exercício está limitado com restrições resultantes da lei nacional, norma para a qual a segunda parte do art. 12º faz remissão. Afim de evitar os casamentos de conveniência, o Código Civil francês prevê que para emissão do certificado de capacidade matrimonial para nacionais residentes no

---

<sup>326</sup> GARCÍA VÁZQUEZ, *El estatuto jurídico-constitucional... op. cit.*, 2007, p. 61. Interpretando o art. 8º da CEDH à luz das políticas migratórias, ADAM ROMERO, “El derecho a la familia y la inmigración irregular en España...” *op. cit.*, 2009, pp. 111 – 117, começa por afirmar que a CEDH não dedica-se a questões específicas sobre a política de imigração, por isso, para o autor é “[...] difícil establecer límites a estos poderes estatales por parte del TEDHs”, porém, aplicando as normas da CEDH aos casos nos quais estejam envolvidos imigrantes o autor designa a proteção assim conferida de proteção de rebote. Quanto aos limites estabelecidos pelo art. 8º, n.º 2 afirma que sobre as condições que justificam uma limitação à proteção da vida privada e familiar se resumem a: a) que a medida seja de acordo com a lei, invocando portanto o princípio da legalidade e reserva de lei; b) que a finalidade seja legítima e c) que a medida seja necessária em uma sociedade democrática de direito. Para o autor esses requisitos são cumulativos, “[s]ólo cuando la medida reúna todas y cada una de estas condiciones, podrá entenderse que la misma es válida, esto es, que está justificada de acuerdo con el artículo 8.2”.

<sup>327</sup> Cf. GARCÍA VÁZQUEZ, *El estatuto jurídico-constitucional... op. cit.*, 2007, p. 62.

exterior deve ser consultado o Ministério Público, que de acordo com a redação do art. 175, n.º 1 do CCiv poderá formular oposição aos casamentos anuláveis, desta sorte, “[a]s regras que impedem os casamentos de conveniência não são contrárias ao art. 12<sup>o</sup>”<sup>328</sup>.

No processo n.º 18643/91, *Benes vs. Áustria* de 06 de janeiro de 1992, o TEDH pronuncia-se quanto à não violação do art. 8º e 12º da CEDH em virtude de anulação do casamento branco celebrando com vista à aquisição da nacionalidade austríaca. De acordo com a Lei do Casamento austríaca (cf. S. 23 § 1 Marriage Act), o matrimônio é declarado anulável e sem efeitos se foi realizado com vista exclusivamente à aquisição por parte da esposa do nome de família ou nacionalidade do cônjuge, sem intenção de constituir família. Em decisão, conclui o Tribunal ser competente a lei nacional para fixar as regras segundo as quais um casamento é válido ou não, e as respectivas consequências jurídicas caso o mesmo venha a ser declarado anulável ou sem efeitos. A anulação do casamento de conveniência encontra-se em conformidade com a Lei do Casamento, que pretende numa sociedade democrática prevenir a desordem e proteger direitos e interesses de terceiros, sendo assim, comprovando-se que a intenção era exclusivamente a aquisição da nacionalidade uma vez que os cônjuges não coabitavam e em processo de divórcio o cônjuge varão declara que o casamento foi um contrato com vista àquele fim, nunca existindo de sua parte intenção de assumir vida em comum.

No entanto, sobre a análise dos direitos descritos em sede da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, García Vázquez conclui que, apesar de a CEDH não garantir o direito ao reagrupamento familiar, considera que a aplicação da medida de expulsão ao membro da família que reside com os parentes em território de um Estado-parte “[...] puede constituir una intromisión en su derecho a la vida familiar”, apesar de a própria autora no desenvolvimento de seu estudo reconhecer que o TEDH ao analisar uma invocação de violação ao art. 8º da CEDH procura verificar o comportamento do Estado-parte, para perceber se este antes de decidir por uma expulsão levou em consideração vários dados além da situação administrativa dos envolvidos, com fim a que não haja uma intromissão desproporcional ao direito a vida privada e familiar<sup>329</sup>. Sobre a aplicação do art. 8º ao procedimento de investigação a casamentos brancos, Jorge de Jesus Ferreira Alves nas anotações ao preceito é de opinião que “[o] objetivo da vida familiar são as

---

<sup>328</sup> Cf. ALVES, A *Convenção Europeia dos Direitos do Homem... op. cit.*, 2008, p. 200.

<sup>329</sup> A autora apresenta como dados a serem considerados a duração da residência, a existência de plena comunhão de vida e formação de família, fatores relacionados à política de imigração, pretensão de aquisição da nacionalidade, perda da nacionalidade do país de origem, ato ofensivo e reincidência, cf. GARCÍA VÁZQUEZ, *El estatuto jurídico-constitucional... op. cit.*, 2007, p. 65. Sobre a situação administrativa o TEDH pronunciou-se no caso *Baghli vs. França*, de 30 de novembro de 1999 afirmando que os laços familiares desenvolvidos durante a fase em que a situação do estrangeiro é irregular não são determinantes para os efeitos do art. 8º, porém, a manutenção de laços afetivos com o país de origem é um dado a se ter em atenção no momento da expulsão (cf. IRN P.º C. C n.º 34/09).

relações pessoais e patrimoniais e inclui o direito de acesso a informações sobre a própria pessoa, como sua infância e origem [...]”<sup>330</sup>.

Enquanto nos países europeus a variável para aferição de violação ao direito a casar e constituir família é a investigação ao consentimento, no Brasil, o casamento de conveniência é detectado em razão de falsidade ideológica aposta em declaração entregue no momento de solicitação da autorização de permanência no DPF de que não se encontram separados de fato ou de direito, assinada pelo casal, com as firmas reconhecidas (cf. item 3.5 do Anexo à Portaria n.º 04/2015). No entanto, a não investigação ao consentimento, que encontra fundamento no art. 1.542 do CCiv, não caracteriza o direito a casar e constituir família como ilimitado. O princípio de proteção à família previsto no art. 226 da CFBR cuja redação demonstra clara influência ao art. 16º da DUDH, em termos imigratórios, como disserta Alexandre da Rocha Pinal encontra-se limitado diante das medidas sancionatórias de deportação, expulsão e extradição, sendo que se em tais casos se aplicada pena privativa de liberdade a família deve ser comunicada imediatamente (cf. incs. LXII e LXIII, do art. 5º da CFBR)<sup>331</sup>.

Outra questão que se tem levantado sobretudo na jurisprudência, como aponta o Ac. do STA português de 14 de julho de 2009, traduz-se em qual a interpretação que as normas imigratórias que se referem ao casamento, por exemplo o art. 15º da Lei n.º 37/2006, entendem como prova do casamento. Dessa forma, o que se pretende saber é se deve ser entendido como prova a mera apresentação de certidão formal, na qual assenta a relação jurídica em uma base contratual, ou, se deve ser exigido a comprovação da exigência da vivência do casamento mediante o cumprimento dos deveres pessoais para que se possa concluir sobre a real existência de uma relação familiar. Embora a certidão de casamento seja considerada a prova específica do estado de casado, em se tratando de suspeita de casamentos brancos, tanto a doutrina específica quanto a jurisprudência têm concebido pela adoção material de casamento, ou seja, é a comprovação da plena

---

<sup>330</sup> Cf. Jorge de Jesus Ferreira ALVES, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada e Protocolos Adicionais Anotados (doutrina e jurisprudência)*, Porto, Legis Editora, 2008, p. 198. GARCÍA VÁZQUEZ, *El estatuto jurídico-constitucional... op. cit.*, 2007, p. 60 explica que a CEDH não prevê um direito ilimitado ao reagrupamento familiar, tampouco compreende o espírito de sua norma ser uma garantia de entrada, residência e não expulsão no território de um Estado-parte dos membros familiares que sejam estrangeiros, embora reconheça que parte da doutrina tem considerado a jurisprudência do TEDH como “[...] un verdadero derecho autónomo a la reagrupación familiar” citando como exemplo o posicionamento do Tribunal Constitucional alemão para o qual é inconstitucional a fixação de quotas para o exercício do reagrupamento família, a correspondente Corte italiana que eleva o reagrupamento a direito constitucional dos trabalhadores e o Conselho de Estado francês que qualifica a reunificação como princípio geral do direito quando o estrangeiro esteja regular. O art. 8º da CEDH será aplicado aos estrangeiros que se encontrem no território de um dos Estados-partes uma vez que o art 1º que compreende o critério da territorialidade, assim, segundo García Vázquez (p. 61) “[...] los extranjeros que se hallen en cualquier Estado parte en el Convenio, gozan también de la titularidad del derecho al que se refiere el artículo 8, protegiéndolos, además, contra arbitrariedades e injerencias ilegítimas de los poderes públicos en la vida familiar. Sin embargo, su ejercicio puede estar condicionado por las políticas migratorias definidas por los Estados siempre que estas limitaciones estén previstas por la ley [...]”.

<sup>331</sup> Cf. PINTAL, *Direito imigratório... op. cit.*, 2015, p. 125.

comunhão de vida e não meramente da formalidade que afasta a aplicação das medidas sancionatórias previstas nos ordenamentos nacionais.

## 1.2 Direito à não discriminação em razão da nacionalidade

Quanto ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais em causa no procedimento de investigação, embora não haja uma ordem hierárquica, tampouco uma ligação intrínseca entre o método de análise adotado e o pretense direito violado, dedicaremos algumas linhas ao esclarecimento do segundo princípio por nós destacado, **o princípio de não discriminação em razão da nacionalidade**, intimamente relacionado ao princípio da igualdade.

Na sequência dos ensinamentos de Gomes Canotilho e Vital Moreira, o direito a casar e constituir família não pode ser reservado aos nacionais de um determinado Estado, excluindo assim, os estrangeiros, uma vez que este direito se encontra na esfera jurídica de todas as pessoas, pelo simples fato de serem pessoas<sup>332</sup>. No entanto, como já explanado apenas nos casamentos transnacionais utiliza-se o processo preliminar de casamento para averiguação antecipada do consentimento através do método da audiência dos interessados, assim como apenas nestes matrimônios, exige-se uma comprovação da plena comunhão de vida para se ter acesso a uma autorização de residência; averiguações essas não empregues quando em causa encontra-se um casamento endogâmico, o que nos remete a um tratamento desigual em razão da nacionalidade perante o pedido de celebração de casamento. Nos casamentos endogâmicos, a audiência dos interessados prevista nos arts. 247 do RRC e 143º do CRegCiv preveem apenas que as diligências a serem efetuadas pelo conservador dediquem-se à verificação de identidade e capacidade

---

<sup>332</sup> Cf. CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa... op. cit.*, 2007, p. 568. Os artigos que se dedicam à igualdade nos países em análise são 13º da CRP; 5º, n.º 1 da CFBR e 14 da CE. No direito internacional temos arts 2º e 7º da DUDH; 2º, 3º e 26º do PIDCP; 2º, n.º 2 do PIDESC; 14º da CEDH e 20, 21 e 23 do CDFUE. No entanto, para os objetivos do presente trabalho nossa fundamentação doutrinária tem por base especialmente os ensinamentos de Gomes Canotilho, Vital Moreira, Jorge Miranda e Rui Medeiros. A adoção desta opção justifica-se ao fato de que o regime jurídico português e brasileiro quanto a análise do princípio da igualdade, especialmente no que toca à sua aplicação a estrangeiros ser muito semelhante. Quanto à norma espanhola, o art. 14 da CE estabelece a igualdade perante a lei apenas aos nacionais, os direitos dos estrangeiros encontram-se plasmados no art. 13 da CE que nos diz que os estrangeiros gozam em Espanha das liberdades públicas, especificamente dignidade da pessoa humana e direitos de personalidade segundo os termos estabelecidos por tratados e na lei. Sobre esta orientação legal, GARCÍA VÁZQUEZ, *El estatuto jurídico-constitucional... op. cit.*, 2007, pp. 44 - 45, nos explica que o princípio da igualdade não é aplicado em matéria de estrangeiros, pois que de acordo com o STC 107/1984, de 23 de noviembre “[...] la desigualdad resultante en relación a los españoles no es, en consecuencia, inconstitucional, y no porque se encuentre justificada en razones atendibles sino, más sencillamente, porque en esta materia nada exige que deba existir la igualdad de trato [...]”, desta sorte, expõe a autora que a igualdade entre nacionais e estrangeiros resume-se a um *standard* mínimo, ligada à dignidade pelo simples fato de ser uma pessoa. Para a autora o citado acórdão veio ampliar o entendimento dos direitos dos estrangeiros devendo o art. 13 ser lido em conjugação ao art. 10, n.º 2 da CE para a qual as normas de direitos fundamentais e liberdades constitucionais devem ser interpretadas em conformidade com a DUDH e os acordos internacionais ratificados por Espanha, assim, por força jurisprudencial se cria uma proteção aos direitos dos estrangeiros que passa a ser imposta também ao legislador.

matrimonial e não à antecipação do consentimento, o que coloca em causa um tratamento igual entre cidadãos nacionais e estrangeiros.

Considerado um dos “[...] elementos estruturantes do constitucionalismo”<sup>333</sup>, o princípio da igualdade encontra abrigo desde os documentos históricos como o *Virginia Bill of Rights* de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 sob o pensamento de que a lei é igual para todos. No entanto, o entendimento do nosso atual modelo constitucional interpreta o princípio em duas vertentes, uma formal e outra material. Jorge Miranda e Rui Medeiros dissertando sobre o mesmo, nos dizem que a igualdade jurídico-formal cuja célebre frase é que todos somos iguais perante a lei abrange “[...] quaisquer direitos e deveres existentes na ordem jurídica [...]”<sup>334</sup>, porém, ao lado desta noção, temos a igualdade real, também conhecida por material ou social, que se justifica perante as desigualdades de fato.

Quanto à sua aplicação pela Administração, afirmam Miranda e Medeiros retratando em específico o caso português, que “[...] a Constituição prescreve expressamente o respeito do princípio da igualdade pelos órgãos e agentes administrativos, a par dos princípios da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé (artigo 266º, n.º 2)”<sup>335</sup>, devendo o mesmo refletir nas suas decisões embora sua atuação tenha subjacente o princípio da discricionariedade.

Assim, a construção constitucional do princípio da igualdade fundamenta-se, por um lado, do ponto de vista negativo “[...] na vedação de privilégios e discriminações”<sup>336</sup> que não assentam em razões objetivas para tal, do outro lado, temos o ponto de vista positivo, a que Miranda e Medeiros classificam em quatro categorias, a) tratamento igual a situações iguais; b) tratamento desigual a situações desiguais, desde que essa desigualdade seja objetiva; c) tratamento proporcional na medida de sua igualdade ou desigualdade e, d) tratamento das situações não apenas como existem, mas como devem existir<sup>337</sup>. Por sua vez, a jurisprudência do Tribunal Constitucional português, distingue o

---

<sup>333</sup> Cf. MIRANDA e MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada... op. cit.*, 2010, p. 219. CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa... op. cit.*, 2007, pp. 336 – 337, destacam que o princípio da igualdade conjuga dimensões liberais, democráticas e sociais intimamente relacionadas com a noção de Estado de Direito Democrático e Social presente no art. 2º da CRP.

<sup>334</sup> Cf. MIRANDA e MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada... op. cit.*, 2010, p. 220. Para CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa... op. cit.*, 2007, p. 337 “[a] base constitucional do princípio da igualdade é a **igual dignidade social** de todos os cidadãos” (*negrito no original*).

<sup>335</sup> Cf. MIRANDA e MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada... op. cit.*, 2010, p. 222.

<sup>336</sup> Cf. MIRANDA e MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada... ibid.*, 2010, p. 222; CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa... op. cit.*, 2007, p. 338.

<sup>337</sup> Cf. MIRANDA e MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada... op. cit.*, 2010, pp. 222 – 223.

princípio da igualdade em quatro vertentes, a) proibição do arbítrio; b) proibição da discriminação, c) obrigação de diferenciação e d) igualdade proporcional<sup>338</sup>.

Para o nosso estudo, relevam o entendimento da igualdade como tratamento das situações iguais como iguais e diferentes na medida da sua diferença. No entanto, esta discriminação legítima não pode fundamentar-se em critérios subjetivos como ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação econômica, condição social ou orientação sexual, conforme estatui o art. 13º, n.º 2 da CRP e arts. 2º e 7º da DUDH<sup>339</sup>.

Miranda e Medeiros ensinam que não é suficiente o ordenamento jurídico prever um tratamento igual ao que é igual e diferente ao que é diferente, pois que o conteúdo do princípio não se encontra pré-determinado, “[o] princípio não contém, por isso mesmo, um programa de acção ou, sequer, uma orientação quanto ao tratamento das situações juridicamente relevantes [...]”, o seu conteúdo é relativo “[...] pois a identidade de situações da vida ou de objectos a reclamar um tratamento jurídico unitário nunca pode ser total”, concluindo os autores que “[...] [a] qualificação das situações como iguais implica, por isso, um juízo, que necessariamente envolve valores”<sup>340</sup>. Desse modo, a margem de conformação entre a norma e os fatos ficaria a critério do legislador, o que na prática poderia gerar arbitrariedades.

A análise do princípio da igualdade na sua vertente material dialoga com a proibição do arbítrio, sendo assim o critério escolhido pelo legislador que subjaz à diferença constitucionalmente aceite deve fundamentar-se numa ponderação razoável e suficiente. Ou seja, o fundamento para a discriminação deve ser manifesto, concreto, compreensível dentro de uma lógica aceitável. Sobre este ponto, pronuncia-se o Ac. do TC n.º 76/85, a diferenciação de tratamentos de situações aparentemente iguais se há de justificar, no mínimo por qualquer fundamento material ou razão de ser, que se não apresente arbitrária ou desfavorável, concluindo o TC que os fatores materiais

---

<sup>338</sup> Cf. MIRANDA e MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada... op. cit.*, 2010, p. 224. Para CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa... op. cit.*, 2007, p. 339, a proibição do arbítrio compreende a inadmissibilidade de se fazer “[...] quer diferenciações de tratamento sem qualquer justificação razoável, de acordo com critérios de valor objetivos, constitucionalmente relevantes, quer a identidade de tratamento para situações manifestamente desiguais”; a proibição de discriminação para os autores, define-se como a ilegitimidade de “[...] quaisquer diferenciações de tratamento entre cidadãos baseadas em categorias meramente subjectivas ou em razão dessas categorias [...]”, no entanto, ressaltam (p. 340) que essa noção “[...] não significa uma exigência de igualdade absoluta em todas as situações, nem proíbe diferenciações de tratamento”, por fim, entendem a obrigação de diferenciação “[...] como forma de compreender a desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelos poderes públicos, de desigualdades fácticas de natureza social, económica e cultural [...]”. Sobre a igualdade proporcional ver Acs.do TC n.º 353/12 e n.º 187/13.

<sup>339</sup> CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa... ibid.*, 2007, p. 342, explicam o que se vem a entender por cada um dos fatores elencados no art. 13º, n.º 2, dente eles, interessa-nos a compreensão do que seja território de origem, que para os autores “[...] aponta para a ‘Pátria’, o ‘País’ ou o ‘povo’ em que nasceram as pessoas”.

<sup>340</sup> Cf. MIRANDA e MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada... op. cit.*, 2010, p. 224; CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa... op. cit.*, 2007, p. 339.

determinantes de um tratamento normativo desigual, devem comportar uma justificação que busque suporte na consonância entre critérios adotados pelo legislador e os objetivos da lei, mas também entre estes e os fins seguidos pela Constituição. Isto significa que diante de um critério razoável que esteja intimamente relacionado à finalidade da lei e da Constituição, o tratamento diferente a situações que a princípio parecem semelhantes não pode ser declarado inconstitucional.

Porém, quando a norma, a exemplo do art. 13º, n.º 2 da CRP, enumera fatores considerados não susceptíveis de fundamentar uma discriminação, segundo a doutrina esses fatores são meramente exemplificativos, não configurando uma lista taxativa<sup>341</sup>. Sobre o art. 13º, n.º 2 determina o Ac. do TC n.º 191/88 que esta norma fixa uma série de fatores em função dos quais é proibido privilegiar, beneficiar, prejudicar ou privar de qualquer direito ou deveres certos cidadãos em relação ao outro. Por isso quando se estabelece uma diferenciação que se escora em um desses fatores, dentre eles território de origem (nacionalidade), será de presumir, em princípio que se está perante uma discriminação constitucionalmente inadmissível.

E, se posterior investigação revelar que tal fator é a única e exclusiva causa de diferenciação, então será certo e seguro que se registrará infração ao princípio constitucional da igualdade. Porém, o TC no Ac. n.º 81/95 explica que caso a menção de um dos títulos do n.º 2 do art. 13º esconde, afinal, uma outra motivação, que, numa análise objetiva da situação, imporá segundo critérios próprios da justiça distributiva, que se ditem normações distintas para grupos diversos de cidadãos, então o juízo a extrair destes dados haverá de ser diametralmente oposto, ou seja, não haverá infração ao princípio da igualdade. Neste sentido, afirmam Miranda e Medeiros que a enumeração dos fatores constantes no art. 13º, n.º 2 compreendem presunções *iuris tantum*, presunções relativas que admitem prova em contrário, ou seja, admite-se um tratamento normativo diferente desde que seja aferida a diferença nos parâmetros finalísticos da razoabilidade e adequação, conforme destaca o Ac. do TC n.º 319/00<sup>342</sup>.

---

<sup>341</sup> Cf. CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa... op.cit.*, 2007, p. 340, sustentam que “[s]ão ilícitas as diferenciações de tratamento fundadas em outros motivos (ex.: idade), sempre que eles se apresentam como contrárias à dignidade humana, incompatíveis com o princípio do Estado de direito democrático ou simplesmente arbitrarias ou impertinentes. O que se exige é que as medidas de diferenciação sejam materialmente fundadas sob o ponto de vista da segurança jurídica, da proporcionalidade, de justiça e da solidariedade e não se baseiem em qualquer motivo constitucionalmente impróprio”.

<sup>342</sup> Com a revisão constitucional implementada pela LC n.º 1/2001, foi acrescido no art. 26º, n.º 1 da CRP um desdobramento do princípio da igualdade ou direito especial de igualdade, designado especificamente de *proteção legal contra quaisquer formas de discriminação*. A inclusão deste princípio segundo CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa... ibid.*, 2007, pp. 469 - 470, justifica-se perante a frequente verificação de situações reais que não se enquadram no princípio da igualdade, o que por fim, revelam-se verdadeiras situações discriminatórias. No âmbito de proteção relaciona-se sobremaneira a lista constante no art. 13º, n.º 2 da CRP, mas também se aplica aos processos discriminatórios gerados por uma desigualdade de tratamento em áreas como o direito da família, DIPr, direito do trabalho e direito penal, sendo assim, concluem os citados autores (p. 470) que “[e]m todos estes casos, torna-se mais inteligível o sentido do direito à não discriminação ao colocar-se o acento tónico nos efeitos, resultados ou impactos materiais que uma determinada regulação jurídica tem na esfera pessoal. Uma das formas de controlar esses resultados é do

Canotilho e Vital Moreira apontam o direito de igualdade dos cidadãos na constituição da família e na celebração do casamento como sendo um princípio específico de direito fundamental à igualdade<sup>343</sup>. Contudo, após compreender que o princípio da igualdade se encontra limitado pela finalidade da lei, a distinção poderá ser constitucionalmente aceitável desde que seja fundamentada em razões materiais, razoáveis e adequadas. No que tange à política imigratória, é necessário perceber que apesar de algumas Constituições nacionais, a exemplo do art. 15º, n.º 1 da CRP, art. 5º, n.º 1 da CFBR e art. 13 da CE, terem vindo a adotar o princípio da equiparação entre nacionais e estrangeiros, que consiste na atribuição a estes de direitos e deveres fundamentais, também essa vertente do princípio da igualdade encontra limites.

Segundo a doutrina de Canotilho e Moreira a equiparação dos cidadãos nacionais aos estrangeiros “[...] vale para todos os direitos, pelo que, além da tradicional paridade civil e dos clássicos direitos de liberdade, eles gozam também, em princípio, dos direitos de prestação social [...]”<sup>344</sup>, sendo certo que aqueles que não beneficiam diretamente destes têm garantido padrões mínimos de existência, de acordo com o princípio da dignidade humana.

Sobre os limites à equiparação, o próprio texto constitucional estabelece matérias em que a atuação ou proteção são exclusivas aos nacionais como direitos políticos, serviços nas Forças Armadas e altos cargos públicos, mas, a lei também pode estabelecer exceções. Contudo, como esclarecem Canotilho e Moreira, as exceções aos direitos dos estrangeiros só podem ser estabelecidas por lei formal, logo emanadas da Assembleia da República ou órgão equivalente, e “[...] têm de ser justificadas e limitadas, devendo observar os princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade quanto à restrição de direitos constitucionais [...] ou legais, consagrados em lei ordinária [...]”<sup>345</sup>.

---

*reforço da fundamentação ou das causas de justificação para a adopção de determinadas soluções. A justa medida ou proporcionalidade (necessidade, adequação, proporcionalidade) de um tratamento diferenciado carece de uma especial justificação”.*

<sup>343</sup> Cf. CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa... op. cit.*, 2007, p. 343.

<sup>344</sup> Cf. CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa... ibid.*, 2007, p. 357. As normas que preveem o princípio da equiparação, em regra, não definem o que se entende por *estrangeiro*, para o presente trabalho estrangeiro é todo aquele nacional de um país terceiro, sendo necessário, no entanto, distinguir no caso europeu dos cidadãos dos Estados-membros que ao se deslocar pelo continente não são considerados estrangeiros, mas sim cidadãos europeus. Outra observação importante a se fazer é que ao referir-se a estrangeiro retrata-se àqueles que se encontram em território nacional de forma regular como explica Canotilho e Moreira (p. 357) “[d]eve notar-se, porém, que alguns dos direitos podem ser reconhecidos apenas aos ‘estrangeiros regulares’”.

<sup>345</sup> Cf. CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa... ibid.*, 2007, p. 358. Esses limites aos direitos dos estrangeiros não se aplicam no caso da União Europeia aos cidadãos europeus, numa espécie de limites aos limites pois que dos princípios estruturantes da ordem comunitária é a igualdade de seus cidadãos, também chamado tratamento nacional, principalmente nas questões subjacentes à liberdade de circulação. Cabe-nos apenas apontar que quando a Comissão Europeia ao retratar o princípio da igualdade no seu manual refere-se especificamente às restrições ao direito de circular e residir livremente, mas condiciona que a limitação apenas pode ser imposta por lei do país de acolhimento, devendo essas limitações serem alargadas para prevenção do casamento branco, assim, um Estado-membro pode restringir o direito de cidadãos da UE circular ou residir no seu território em razão de casamento de conveniência, desde que seu ordenamento nacional sancione a prática quando cometida por nacionais, cf. A.A.V.V., *Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience... op. cit.*, 2014, p. 19.

Deste modo, no caso em concreto dos casamentos brancos, o processo de investigação levado a cabo, seja nas conservatórias ou pelos órgãos de polícia criminal, desde que regulado por uma lei da Assembleia da República ou órgão equivalente, justificando de forma material, racional e objetivamente a distinção de tratamento entre nacionais e estrangeiros, não consiste em uma violação ao princípio da igualdade, não cabendo invocar o princípio da equiparação, pois que fundamenta-se nos limites que a própria Constituição reconhece a esse direito fundamental. Concretamente às leis ou medidas que implementam a investigação dos casamentos transnacionais fundamentam-se na proteção aos nacionais, mas também aos cidadãos já residentes em território nacional, pois que têm em sua origem a segurança, ordem e saúde pública, ressaltando ainda que, não são todos os casamentos transnacionais investigados, apenas aqueles que levantam suspeitas.

### 1.3 Direito à intimidade e da reserva da vida privada e familiar

Passemos assim, para o estudo do **direito da reserva da vida privada e familiar**, entendido como direito de personalidade, é segundo Miranda e Medeiros o princípio com “[...] maior alcance prático”<sup>346</sup>, pois compreende dois direitos, a) o direito de impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada (*public disclosure of private facts*) e b) o direito a que essas informações não sejam divulgadas (*intrusion*)<sup>347</sup>; e por isso, direitos como a inviolabilidade de domicílio funcionam como uma espécie de garantia de que a intimidade seja respeitada. A doutrina americana o define pela expressão *right to privacy*, compreendendo todos os direitos pessoais.

---

<sup>346</sup> Cf. MIRANDA e MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada... op. cit.*, 2010, p. 619. Por direitos de personalidade, entende J. J. Gomes CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., 15ª reimpr., Coimbra, Almedina, 2003, p. 396, ser os direitos que “[...] abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão)”. Previstos no Código Civil português em secção própria (arts. 70º a 81º), são para José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito civil: teoria geral*, vol. I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 73 uma categoria de direitos históricos “[...] por serem sensíveis a variações no tempo e no espaço” concluindo o autor, “[o]s direitos de personalidade correspondem à circunstância histórica. O agravar das possibilidades técnicas de intromissão na vida privada, com a possibilidade de escutas, gravações não autorizadas [...] deu a partir do final do século passado uma nova dinâmica à preocupação de defesa da personalidade”.

<sup>347</sup> Cf. Rita Amaral CABRAL, *O Direito à intimidade da vida privada. Breve reflexão acerca do artigo 80º do Código Civil*, Lisboa, Tipografia Guerra Viseu/Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1988, p. 35. Sobre a história do direito à intimidade, Afonso da SILVA, *Curso de direito constitucional positivo... op. cit.*, 2005, p. 206, nos apresenta a versão na qual afirma ter sido a jurisprudência norte-americana através da decisão do Juiz Cooley em 1873 que identificou a privacidade como o direito de estar só, ou o direito a ser deixado tranquilo (*right to be alone*), por sua vez, a expressão *right to privacy* refere-se ao direito de toda pessoa tomar sozinha as decisões na esfera da sua vida privada. Ao passo que para CABRAL, *O Direito à intimidade da vida privada... op. cit.*, 1988, p. 16, a origem encontra-se na publicação pela revista *Harvard Law Review* em 1890, do artigo cujo título foi “*The Right to Privacy*”, de autoria de Samuel Warren e Louis Brandeis. O fato que originou o artigo foi a publicação de uma crônica no jornal de Boston na qual era divulgava a lista dos convidados do casamento e pormenores da cerimônia da filha de Warren. O estudo alertava para o perigo dos jornais de grande circulação e defendiam que “[...] a *Common Law* teria evoluído da protecção da personalidade física, para a tutela dos ‘pensamentos, emoções e sensações do indivíduo’” atribuindo ao ofendido o direito à indenização por danos. ASCENSÃO, *Direito civil: teoria geral... op. cit.*, 2000, p. 73, explica que o termo *privacy* deve aqui ser entendido como oposição ao que é público, no entanto, a expressão *público* relaciona-se ao que é social e não em termos político.

Em comentário ao art. 7º CDFUE, José Martín y Pérez de Nanclares, descrevendo o direito ao respeito da vida privada e familiar numa perspectiva histórica, diz que, compreendendo um dos direitos fundamentais clássicos se consolida no século XIX, porém, só passa a fazer parte do catálogo de direitos das constituições nacionais na segunda metade do século XX, reafirmando a função básica dos direitos fundamentais de proteção do indivíduo frente a possíveis intromissões do poder público<sup>348</sup>. No entanto, com o avanço tecnológico e dos meios de comunicação tem se tornado cada vez mais difícil limitar o que compete à reserva da intimidade e o que se encontra ao abrigo da publicidade<sup>349</sup>. A sua proteção encontra-se presente em textos internacionais como os arts. 7º e 8º da CDFUE, com idêntica redação e interpretação no 8º da CEDH; 11, n.º 2 da CADH; 12º da DUDH; 17º do PIDCP, bem como no direito nacional a exemplo dos arts. 26º, n.º 1 da CRP e 80º do CCiv português; 5º, inc. X da CFBR e 21 do CCiv brasileiro e 18 da CE.

Para Miranda e Medeiros uma nova dimensão positiva advém do direito à intimidade que consiste na possibilidade de os indivíduos controlarem as informações referentes a si, assim, nas palavras dos autores,

[...] a tutela constitucional [...] confere a faculdade de conservar na esfera não pública e reservada dos cidadãos todos os dados pessoais que pertençam à sua vida privada e familiar, dispondo o respectivo titular do direito de impedir o acesso, emprego e revelação desses dados [...] <sup>350</sup>.

Compreende-se assim que, a divulgação de tais informações necessita do prévio consentimento do seu titular, a que os autores designam por “[...] direito ao conhecimento, rectificação, actualização e eliminação dos respectivos dados pessoais informatizados”<sup>351</sup>.

---

<sup>348</sup> Cf. José MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “Artículo 7: respeto de la vida privada y familiar”, in Manuel López Escudero *et al.*, *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008, pp. 219 – 210. MIRANDA, *Manual de direito constitucional...* *op. cit.*, 2008, p. 29.

<sup>349</sup> Cf. CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa...* *op. cit.*, 2007, pp. 467 – 468; MIRANDA e MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada...* *op. cit.*, 2010, p. 621. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “Artículo 7: respeto de la vida privada y familiar...” *op. cit.*, 2008, p. 210, conclui que tanto o avanço técnico quanto a ocorrência de atentados terroristas como o 11 de setembro em Nova Iorque e o 11 de março em Madrid fizeram com que aumentasse a produção de tecnologia de vigilância e segurança, assim como um maior controle de dados, o que por consequência diminui o espaço de liberdade e autorregulação que o indivíduo tem sobre a sua intimidade. Contra a obtenção e utilização abusiva de dados, o art. 26º, n.º 2 da CRP remete para a Lei da Proteção de Dados (Lei n.º 67/98, de 26 de outubro atualizada pela Lei n.º 103/2015, de 24 de agosto) a garantia de um tratamento adequado, assim, o tratamento de dados pessoais deve processar-se de forma transparente e no estrito respeito pela reserva da vida privada, bem como pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais, entendendo que a utilização abusiva constitui toda situação em que o consentimento do titular não é prestado.

<sup>350</sup> Cf. MIRANDA e MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada...* *op. cit.*, 2010, p. 620.

<sup>351</sup> Cf. MIRANDA e MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada...* *ibid.*, 2010, p. 620. Neste sentido, Paulo Mota PINTO, “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in Jorge Figueiredo Dias *et al.*, *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues: volume II*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 528 – 529, advoga com vista a distinguir a proteção da vida privada da possibilidade de controle da informação sobre a vida privada. Segundo o autor, a positivação do direito fundamental à reserva da vida privada e familiar refere-se à segunda hipótese, ou seja, visa proteger o controle à “[...] tomada de conhecimento, a divulgação ou simplesmente a circulação de informações sobre a vida privada [...]”, afirmando que a intimidade relacionada à liberdade de condução da vida privada encontra-se protegido pelo direito de liberdade. Desse modo, o autor faz uma leitura do direito à vida privada do ponto de vista negocial, em que o consentimento se torna a contraprestação necessária que possibilita a viabilidade do contrato, limitando o direito de forma lícita, a que classifica como limitação voluntária dos direitos de personalidade. Entendemos que a posição do autor aplica-se ao direito à reserva da vida privada e familiar na relação entre particulares, ou seja, no âmbito de direito privado.

Desse modo, numa leitura atual do direito, depreende-se que sua composição tem objetivos de três naturezas, a) proteção da pessoa perante intromissões dos poderes públicos; b) proteção da esfera privada diante de terceiros também particulares, coincidindo com os estudos de Miranda, Medeiros e Mota Pinto e, por fim, c) garantias de proteção a vida privada e familiar ante processos judiciais<sup>352</sup>. Dessa forma, recai sobre o Estado uma obrigação positiva de garantir a efetivação do direito à intimidade pelos poderes públicos e outra obrigação negativa de respeito, que segundo Canotilho e Moreira, encontra-se prevista constitucionalmente no art. 26º, n.º 2, que prevê que a lei deve garantir medidas que impeçam a utilização e o uso abusivo de informações relativas às pessoas e famílias, concretizando o n.º 1 desta mesma norma, assim, afirmam os autores que “[t]rata-se evidentemente de uma garantia concreta do direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar” sendo que “[o] Estado não só não pode violar esse direito mas está também obrigado a instituir mecanismos que impeçam tal violação, seja por entidades públicas ou privadas”<sup>353</sup>.

O estudo da reserva da intimidade feito pela doutrina e jurisprudência compreende a teoria clássica das três esferas ou dos três graus, distinguindo entre esfera pessoal íntima, esfera privada e esfera social<sup>354</sup>. Porém, esta não tem sido a metodologia adotada pelo Tribunal Constitucional português, uma vez que a CRP utiliza dois critérios para determinar a intimidade no art. 26º: a privacidade (cf. art. 26º, n.º 1) e a dignidade humana (cf. art. 26º, n.º 2) “[...] de modo a definir-se um conceito de esfera privada de cada pessoa, culturalmente adequado à vida contemporânea”<sup>355</sup>, desse modo, para Canotilho e

---

<sup>352</sup> Cf. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “Artículo 7: respeto de la vida privada y familiar...” *op. cit.*, 2008, pp. 211 - 212.

<sup>353</sup> Cf. CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa... op. cit.*, 2007, p. 471.

<sup>354</sup> Segundo esta teoria de origem alemã, a) a *esfera íntima*, corresponde ao núcleo duro do direito à intimidade, preenchido com os aspectos relativo ao mundo sentimental, da existência biopsíquica, da sexualidade (hábitos de higiene, comportamento e orientação sexual); b) a *esfera privada* compreende que se façam ponderações desde que proporcionais, abrangendo os acontecimentos que cada indivíduo partilha com um número restrito de pessoas, e, c) a *esfera social*, colide com os direitos à imagem e à palavra, corresponde aos eventos de conhecimento de todos, que dizem respeito à participação de cada indivíduo na vida coletiva, ou seja, em sociedade, cf. J.J. Gomes CANOTILHO e Jónatas E. M MACHADO, “Reality Shows” e *Liberdade de Programação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 53; CABRAL, *O Direito à intimidade da vida privada... op. cit.*, pp. 30 – 39. No entanto, essa teoria tem sido alvo de críticas, uma vez que não consegue solucionar os vários casos que envolvem a privacidade, porém, MIRANDA e MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada... op. cit.*, 2010, pp. 620 – 621, afirmam que a teoria das três esferas tem uma certa validade quando relacionado ao princípio da proporcionalidade, “[...] neste sentido, o nível de intimidade dos dados ou informações é, de facto, um elemento a ponderar no juízo global da proporcionalidade, que quase sempre envolvem as questões relativas ao direito à reserva da vida privada e familiar” (*itálico no original*). Como exemplo citamos a CFBR que adota o conceito da divisão em esferas distinguindo no inc. X do art 5º entre intimidade e vida privada. Escreve Afonso da SILVA, *Curso de direito constitucional positivo... op. cit.*, 2005, p. 208, que o direito a intimidade corresponde ao “[...] repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo” embora a CFBR segundo o autor o entenda como o direito a viver a sua própria vida. Para nós a intimidade compreende a primeira esfera. Por sua vez, o conceito de vida privada encontra-se associado ao entendido da segunda esfera, pois que se debruça sobre fatos da vida e os relacionamentos do indivíduo com sua família e amigos.

<sup>355</sup> Cf. CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa... op. cit.*, 2007, p. 468. O conteúdo do art. 26º, n.º 2 da CRP cuja letra da norma determina, a lei estabelecerá garantias efetivas contra a obtenção e utilização abusivas, ou contrárias à dignidade humana, de informações relativas às pessoas e famílias, segundo os autores citados (p. 471), compreende uma garantia constitucional de proteção à reserva da intimidade privada e familiar, “[o] Estado não só não pode violar esse direito mas está também obrigado a instituir mecanismos que impeçam tal violação, seja por entidades públicas ou privadas”. Sobre a compreensão constitucional da reserva da vida privada no ordenamento espanhol, GARCÍA VÁZQUEZ, *El estatuto jurídico-constitucional... op. cit.*, 2007, pp. 57 – 58 nos ensina que a doutrina do Tribunal Constitucional entende o conceito da intimidade prevista no art. 18 da CE vinculada ao princípio da dignidade humana, uma vez que o texto do art. 18 “[...] no constitucionaliza, de nenhum modo, un derecho fundamental a la protección de la vida en familia”. Enquanto isso, para o constituinte brasileiro, a intimidade e a vida privada

Moreira, a norma constitucional pretende acautelar três aspectos da intimidade, “[...] (1) o respeito dos comportamentos; (2) o respeito do anonimato; (3) o respeito da vida em relação”<sup>356</sup>.

Sobre a definição do direito à reserva da vida privada e familiar, Martín y Pérez de Nenclares explica que não há um conceito legal preciso do que se entende por vida privada, todavia o TEDH vem ao longo de sua jurisprudência construindo um conceito material do mesmo, através de uma interpretação extensiva o sentido desta expressão tem se afastado de uma noção ligada especificamente ao domicílio

[a]sí, existe la exigencia de garantizar el respeto a todo individuo de un espacio en el que pueda desarrollar su personalidad sin intromisiones externas, sino que en cierto sentido proyecta también la protección al espacio público siempre que no conlleve una relevancia social propia o un interés general (sentencia de 24 de junio 2004, *Carolina c.Alemania*, apartados 76 y 77)<sup>357</sup>.

Porém, o nível de proteção ao qual está obrigado o Estado garantir diante de fatos ocorridos em âmbito público é menor do que aqueles que se sucedem em locais privados como o domicílio. Segundo Afonso da Silva, o direito à privacidade compreende um conceito amplo, no qual abrange “[...] o modo de vida doméstico, nas relações familiares e afetivas em geral, fatos, hábitos, local, nome, imagem, pensamentos, segredos, e, bem assim as origens e *planos futuros do indivíduo*”<sup>358</sup>.

Outra dimensão do entendimento sobre a vida privada associa-o à proteção ao direito à integridade física e psíquica da pessoa, do qual depreende o respeito a seu

---

são considerados de forma independente direitos invioláveis (cf. art. 5º, inc. X), mas que não devem ser entendidos como um direito autônomo, antes conexos com o direito a vida. Diante de tal interpretação, a doutrina brasileira, tem optado por utilizar a expressão direito à privacidade, abarcando assim todo o conteúdo do inc. X do art. 5º (intimidade, vida privada, honra e imagem), cf. SILVA, *Curso de direito constitucional positivo... op. cit.*, 2005, p. 206.

<sup>356</sup> Cf. CANOTILHO e MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa... op. cit.*, 2007, p. 468.

<sup>357</sup> Cf. MARTÍN Y PÉREZ DE NENClaRES, “Artículo 7: respeto de la vida privada y familiar...” *op. cit.*, 2008, p. 213 (*italico no original*). Assim, explica o autor (pp. 213 – 214) que o direito à reserva da vida privada para a sua concretização relaciona-se com a proteção de outros direitos como proteção das comunicações privadas com terceiros (cf. Ac. TEDH de 06.09.1978, *Klass vs. Alemanha*); correspondência postal (cf. Ac. TEDH de 02.09.1984, *Malone*, A82); inviolabilidade do domicílio e direito a imagem (cf. Ac. TEDH de 24.06.2004, *Carolina vs. Alemanha*), entre outros. Na jurisprudência nacional temos o Ac. do TC n.º 128/92. MIRANDA e MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada... op. cit.*, 2010, p. 622, afirmam que ficam salvaguardados por exemplo os fatos ocorridos em local de trabalho, porém fatos da vida profissional ocasionados pelo desenvolvimento da atividade e que não tenham ligação intrínseca a aspectos da vida privada não encontram proteção no âmbito do direito à intimidade. O Tribunal Constitucional português no Ac. 355/97 declara que considerando mostrar-se polêmica uma conceituação, à falta de definição legal de vida privada, caracteriza o conceito como o direito a uma esfera própria inviolável, onde ninguém deve poder penetrar sem autorização do respectivo titular. No âmbito desse espaço próprio inviolável engloba-se a vida pessoal, a vida familiar, a relação com outras esferas de privacidade (por exemplo, a amizade), o lugar próprio da vida pessoal e familiar (o lar ou domicílio) e, bem assim, os meios de expressão e de comunicação privados (a correspondência, o telefone, as conversas orais, etc.).

<sup>358</sup> Cf. SILVA, *Curso de direito constitucional positivo... op. cit.*, 2005, p. 206 (*italico nosso*). Semelhante conceito apresentava o Parecer da Procuradoria-Geral da República, n.º 121/80, de 23 de julho de 1981, publicado no Boletim do Ministério da Justiça, n.º 309, p. 142, para o qual, “[...] a intimidade da vida privada de cada um, que a lei protege, compreende aqueles actos que, não sendo secretos em si mesmos, devem subtrair-se à curiosidade pública por naturais razões de resguardo e melindre, como os sentimentos e afectos familiares, os costumes da vida e as vulgares práticas quotidianas, a vergonha da pobreza e as renúncias que ela impõe e até, por vezes, o amor da simplicidade, a parecer desconforme com a natureza dos cargos e a elevação das posições sociais: em suma, tudo: sentimentos, acções e abstenções que podem ser altamente meritórios do ponto de vista da pessoa a que se referem mas que, vistos do exterior, tendem a apoucar a ideia que delas faz o público em geral” cf. Manuel Januário GOMES, “O problema da salvaguarda da privacidade antes e depois do computador”, in *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 319, Lisboa, 1982. p. 14.

comportamento sexual dentro da esfera privada<sup>359</sup>, como se verifica no Ac. do TCA Sul de 30 de abril de 2009, segundo o qual é totalmente irrelevante que a recorrente alegadamente não coabite com o seu marido ou exerça o “amor” remunerado com terceiros, concluído o Tribunal que não cabe à polícia a averiguação de tais fatos que se reportam à reserva da vida privada e familiar dos particulares, em violação do direito fundamental consagrado no art. 26º da CRP, também considera o Tribunal como atentatório ao princípio inscrito na norma do art. 26º a realização de chamadas telefônicas e deslocamentos a hotéis por agentes do OPC com vista a apurar fatos respeitante ao núcleo da intimidade dos particulares.

Importa destacar que, quanto à possibilidade de renúncia por parte do particular à reserva da sua vida privada temos situações como a participação em concursos televisivos como *Big Brother* ou através de publicações de informações pessoais em redes sociais. Sobre este ponto, Miranda, Medeiros e Mota Pinto argumentam que a restrição ao direito à vida privada e familiar é lícita deste que realizada de acordo com um juízo de proporcionalidade, mas cuja justificação seja relevante, tendo em atenção ao conteúdo essencial da intimidade, afirmando os autores que diante de tais casos a proporcionalidade tem por critério a autonomia pessoal<sup>360</sup>.

Embora as normas que se dediquem à proteção da vida privada não prevejam mecanismos de limitação ao direito, o mesmo não pode ser entendido como sendo ilimitado. Como descrevem Miranda e Medeiros, “[...] em matéria de colisão de direitos fundamentais, verifica-se com facilidade que o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar é um daqueles que apresenta um maior índice de conflitualidade possível de antecipar [...]”<sup>361</sup>, como se pode verificar na redação de outras normas como as previstas na CRP, por exemplo, art. 34º (inviolabilidade de domicílio e correspondência); art. 37º e 38º (liberdade de expressão e comunicação); art. 268º, n.º 2

---

<sup>359</sup> Cf. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “Artículo 7: respeto de la vida privada y familiar...” *op. cit.*, 2008, p. 214. Sobre esta dimensão, MIRANDA e MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada... op. cit.*, 2010, p. 622 são de opinião que embora “[...] não se afigure fácil demarcar a linha divisória entre o campo da vida privada que goza de reserva à intimidade e o domínio mais ou menos aberto à publicidade, a tutela da esfera privada tem um âmbito geral [...] [que] abrange não só o respeito da intimidade da vida privada, em particular a intimidade da vida pessoal, familiar, doméstica, sentimental e sexual e inclusivamente os respectivos acontecimentos e trajetórias, mas ainda o respeito de outras camadas intermédias e periféricas da vida privada, como as reservas do domicílio e de lugares adjacentes, da correspondência e de outros meios de comunicação privada, dos dados pessoais informatizáveis, dos lazares [...]” (interpolação nossa). A doutrina, na qual destacamos MIRANDA e MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada... op. cit.*, 2010, pp. 622 – 623, tem estendido a aplicação do direito à reserva da vida privada as situações patrimoniais, bens, créditos e débitos.

<sup>360</sup> Cf. MIRANDA e MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada... op. cit.*, 2010, p. 621; PINTO, A limitação voluntária do direito à reserva... *op. cit.*, 2001, p. 547. Sobre a reserva ao direito à intimidade, CANOTILHO e MACHADO, “*Reality Shows*” e *Liberdade... op. cit.*, 2003, p. 55 – 56, dizem que “[...] *privacidade e intimidade* devem ser interpretadas na sua dependência contextual [...] na sua essência, o direito à privacidade consiste na possibilidade de a pessoa controlar, tanto quanto possível, a massa de informações sobre si mesma a que outros podem ter acesso [...] [assim] uma pessoa que decide tornar públicos comportamentos geralmente protegidos pela reserva da intimidade da vida privada não está, por esse motivo, a renunciar a esse direito, mas sim a exercê-lo autonomamente de acordo com suas próprias preferências”.

<sup>361</sup> Cf. MIRANDA e MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada... op. cit.*, 2010, p. 624.

(direito de informação administrativa) e art. 272º, n.º 2 (polícia). Neste sentido, o art. 268º, n.º 2 prevê expressamente que os cidadãos têm o direito de acesso aos arquivos e registros administrativos, sem prejuízo do disposto em lei em matéria relativa à intimidade das pessoas.

A matéria da colisão de direitos nos remete a hermenêutica constitucional e os estudos sobre a interpretação aos direitos fundamentais. De acordo com os ensinamentos de Vieira de Andrade, “[a]s situações de colisão e de conflito [...] surgem cada vez com mais frequência, em face do alargamento doutrinal e jurisprudencial do âmbito e da intensidade de protecção dos direitos fundamentais”<sup>362</sup>. Distinguido os termos colisão e conflito, a doutrina nos informa que a expressão conflito é utilizado preferencialmente para quando em causa se encontra o embate entre regras, ao passo que na colisão estão em disputa dois princípios, remetendo-nos ao estudo teórico da distinção entre regras e princípios<sup>363</sup>.

No entanto, de todos os conflitos o que suscita maiores problemas segundo a doutrina de Miranda e Medeiros reside na “[...] realização da justiça através da descoberta da verdade dos factos [em que se] exige uma intromissão na reserva da intimidade da vida privada”<sup>364</sup>. Segundo o art. 32º, n.º 8 da CRP são nulas, todas as provas obtidas mediante intromissão abusiva na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações. Assim, o conflito verifica-se entre a reserva da intimidade e os meios de obtenção de prova previstos no processo penal (mas não só, o raciocínio é aplicado também ao processo civil, administrativo e laboral). De acordo com Gomes Canotilho esse conflito traduz-se numa colisão entre o exercício de um direito fundamental com outro direito ou bem que a Constituição visa proteger<sup>365</sup>. Nesse sentido, Alexy destaca a

---

<sup>362</sup> Cf. ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição... op. cit.*, 2009, p. 300.

<sup>363</sup> Cf. Paulo BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, 15ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 279. Assim, na senda de Vieira de ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição... op. cit.*, 2009, p. 301, há colisão de direitos “[...] sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição numa determinada situação concreta (real ou hipotética)”. Dissertando sobre a matéria, CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria... op. cit.*, 2003, pp. 1270 – 1271, distingue a colisão em autêntica e em sentido impróprio. Por colisão autêntica escreve “[...] considera-se existir **colisão** [...] quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular” (*negrito no original*) ao passo que continua o autor, a colisão de direitos em sentido impróprio “[...] tem lugar quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos”. Por sua vez, para Robert ALEXY, “Direitos fundamentais no estado constitucional democrático...” *op. cit.*, 2011, pp. 56 – 57, a formulação do conceito de colisão de direito é designada de restrita ou ampla, sendo restrita quando esteja em causa apenas uma colisão entre direitos fundamentais, e ampla, quando essa colisão ocorra com bens jurídicos. Mais sobre ver Gilmar Ferreira MENDES, *et al.*, *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, Brasília, Brasília Jurídica, 2000, pp. 280 – 282.

<sup>364</sup> Cf. MIRANDA e MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada... op. cit.*, 2010, p. 624 (*interpolação nossa*). Maria Fernanda PALMA, “Tutela da vida privada e processo penal: realidades e perspectivas constitucionais”, in *Jurisprudência Constitucional*, n.º 10, abril – junho, 2006, p. 3, afirma que “[t]al análise parte do reconhecimento de uma profunda tensão, se não conflito, entre o apelo à preservação de um espaço íntimo de livre realização de si mesmo e de expressão da respectiva identidade e um outro apelo, aparentemente antinómico, de protecção da segurança e realização da justiça em matéria de Direito Penal e Direito Processual Penal, que reclama intrusão, exposição e controlo da pessoa pelo sistema jurídico”.

<sup>365</sup> Cf. CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria... op. cit.*, 2003, pp. 1270 – 1273. Sobre os conflitos de direitos a doutrina dos direitos fundamentais afirma que o problema da colisão de direitos resume-se a um conflito entre os valores dos direitos e os valores comunitários (cf. Vieira de ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição... op. cit.*, 2009, p. 266). CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria... op. cit.*, 2003, p. 1271, explica que não se trata de qualquer bem ou interesse da comunidade, “[e]xige-se,

segurança pública como um bem coletivo clássico, mas que possui um caráter ambivalente, pois que é dever do Estado proteger os direitos dos seus cidadãos, porém, isso “[...] não é possível sem intervir na liberdade daqueles que prejudicam ou ameaçam a segurança pública”<sup>366</sup>.

Dedicando-se ao estudo exclusivo do conflito entre os métodos de obtenção de prova e o direito à intimidade, Maria Fernanda Palma, em alusão a teoria das três esferas, defende que

[a] reserva da intimidade da vida privada, no seu núcleo mais profundo, é protegida à custa de uma cedência na realização da justiça, mas uma afectação da área de privacidade não íntima é sacrificável à realização da justiça<sup>367</sup>.

Na linha do pensamento da autora, os fatos e dados circunscritos na segunda esfera, da privacidade, podem ser objeto de investigação criminal sem que os atos da Administração sejam considerados invasivos à vida privada, existindo, no entanto, um limite quanto aos fatos e dados constantes na primeira esfera, que compreende o núcleo duro do direito. Para a autora, do ponto de vista de proteção à vítima e para prevenção de futuros crimes, a segurança e a justiça são fatores que podem ser entendidos como compreendendo dimensões pessoais e até como condição para a concretização efetiva do direito à vida privada, justificando assim, a fiscalização da esfera da privacidade<sup>368</sup>. Com vista a uma tentativa de solução a este conflito, o art. 126º, n.º 3 do CPP português determinou que o consentimento do visado quando a investigação incida sobre o domicílio, correspondência ou telecomunicações afasta a violação ao princípio da vida privada. Porém, mesmo sem o consentimento do particular, o art. 34º, n.º 2 e 3 da CRP afasta a ilicitude desde que haja uma autorização judicial ou estejamos perante flagrante delito<sup>369</sup>.

O Tribunal Constitucional veio determinar que a tutela do direito à vida privada não pode impor limites em sede processual à valoração da prova, sendo assim, faz-se necessário uma ponderação que atenda às especificidades do caso concreto, relevando os

---

pois, um *objecto* (material ou imaterial) *valioso* (bem) considerado digno de protecção, jurídica e constitucionalmente garantido” (*itálicos no original*). Mais sobre colisão de direitos ver Jorge Bacelar GOUVEIA, *Manual de direito constitucional: volume II*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 1086 – 1091; MORAES, *Direito Constitucional... op. cit.*, 2003, p. 43.

<sup>366</sup> Cf. ALEXY, “Direitos fundamentais no estado constitucional democrático...” *op. cit.*, 2011, p. 60.

<sup>367</sup> Cf. PALMA, “Tutela da vida privada e processo penal...” *op. cit.*, 2006, p. 4.

<sup>368</sup> Cf. PALMA, “Tutela da vida privada e processo penal...” *ibid.*, 2006, pp. 4 - 5.

<sup>369</sup> O ordenamento jurídico português, regula no Capítulo VII do Código Penal os crimes contra a reserva da vida privada (cf. arts. 190º a 198º), assim, são considerados crimes: a violação do domicílio ou perturbação da vida privada; a introdução em local vedado ao público; a devassa da vida privada; a devassa por meio informático; a violação de correspondência ou de telecomunicações; a violação de segredo e o aproveitamento indevido de segredo. Dentre estes destaca-se a medida do art. 192º que nos diz: quem, sem consentimento e com intenção de devassar a vida privada das pessoas, designadamente a intimidade da vida familiar ou sexual, a) interceptar, gravar, registar, utilizar, transmitir ou divulgar conversa, comunicação telefónica, mensagem de correio eletrónico ou faturação detalhada; b) captar, fotografar, filmar, registar ou divulgar imagens das pessoas ou de objetos ou espaços íntimos; c) divulgar fatos relativos à vida privada ou doença grave de outra pessoa, é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 240 dias. A norma prevê ainda que o fato previsto em d) não é punível quando for praticado como meio adequado para realizar um interesse público legítimo e relevante.

direitos e interesses nuclearmente envolvidos (cf. Ac. 607/2003)<sup>370</sup>. Assim, apesar de reconhecer que existe um núcleo privado só são permitidos a investigação ou a divulgação de dados com a autorização, ou, com o consentimento do particular, o TC entende que de acordo com o caso em concreto pode ser realizado uma ponderação de interesses justificando a intromissão à vida privada.

Ainda quanto aos limites aplicados ao direito a intimidade da reserva da vida privada e familiar, devemos verificar as anotações ao art. 8º, n.º 2 da CEDH. Segundo Martín y Pérez de Nanclares, a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia em interpretação ao art. 7º da CDFUE, declara por via do art. 52º, n.º 3, que as limitações constantes no art. 8º, n.º 2 da CEDH aplicam-se no âmbito comunitário, porém, para que a limitação seja legítima, deve a mesma basear-se na proporcionalidade desde que não afete o núcleo essencial do direito. Assim, desde que prevista em lei e constitua uma providência em prol da segurança nacional, segurança pública, bem-estar econômico do país, defesa da ordem, proteção à saúde e a moral, proteção dos direitos e liberdades de terceiros, e prevenção de infrações penais, tem-se por lícito o limite à vida privada<sup>371</sup>.

Martín y Pérez de Nanclares reconhece que apesar do direito à reserva da vida privada e familiar ser um importante direito no âmbito das liberdades clássicas, as exigências de segurança coletiva, principalmente frente ao terrorismo internacional, têm levado a uma limitação inclusive do conteúdo essencial do direito, que se fundamenta na falsa ideia dialética de segurança *vs.* liberdade. O autor identifica a imigração como uma das matérias que no espaço europeu mais têm sofrido com a interferência dos agentes do poder, com a construção da teoria das chamadas nacionalidades suspeitas<sup>372</sup>.

Entretanto, a relação entre a política de imigração e o direito à reserva da vida privada e familiar tem sido discutido pela jurisprudência portuguesa. Dois posicionamentos antagônicos podem ser verificados. Primeiramente, cita-se o Ac. do Tribunal Central Administrativo Sul de 30 de abril 2009, que declara que as averiguações

---

<sup>370</sup> Sobre essa posição do TC, PALMA, “Tutela da vida privada e processo penal...” *op. cit.*, 2006, p. 6 escreve que “[o] Tribunal Constitucional veio estabelecer uma diferenciação entre aspectos que relevam para uma esfera intimíssima, inviolável, conexcionada intrinsecamente com a dignidade da pessoa humana [cf. Ac. TC n.º 355/97], e aspectos susceptíveis de ponderação em confronto com outros valores, envolvendo uma área menos absoluta, em que a própria protecção da vida privada depende de juízos ponderativos com o interesse público [cf. Ac. TC n.º 607/2003]” (*interpolação nossa*).

<sup>371</sup> Cf. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “Artículo 7: respeto de la vida privada y familiar...” *op. cit.*, 2008, pp. 218 – 219. Ao citar a jurisprudência do TJUE refere-se especificamente aos casos Schröder, de 11.07.1989 e Comissão *vs.* Alemanha de 08.04.1992. O autor chama ainda atenção para o fato de que o requisito do art. 8º, n.º 2 da CEDH de reserva de lei não deve ser entendido apenas no seu âmbito formal, mas sim material, pois que entende o TJUE que se aplica no caso em concreto as normas constantes nos Tratados da Comunidade Europeia e Tratado da União Europeia.

<sup>372</sup> Cf. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, “Artículo 7: respeto de la vida privada y familiar...” *op. cit.*, 2008, pp. 219 – 220. Sobre a interpretação do direito à intimidade familiar em matéria de estrangeiros GARCÍA VÁZQUEZ, *El estatuto jurídico-constitucional...* *op. cit.*, 2007, pp. 68 – 69, argumenta que embora o direito a intimidade familiar esteja na esfera de todas as pessoas, na prática este só se encontra à disposição do estrangeiro que esteja regular no território, o cidadão estrangeiro que se encontre irregular não pode solicitar o reagrupamento familiar.

realizadas pelo órgão de polícia aos fatos relacionados ao casamento transnacional se reportam de forma afirmativa à reserva da vida privada e familiar dos particulares, violando o direito fundamental consagrado no art. 26º da CRP. Argumenta o Tribunal, que em matéria de política imigratória, para a decisão sobre a autorização de residência de cônjuge estrangeiro conforme regula a Lei n.º 37/2006, é irrelevante a situação matrimonial.

A segunda posição nos diz que a partir da interpretação das normas dedicadas ao reagrupamento familiar nos diplomas legais, cujo fim é a proteção da unidade da família, a criminalização dos casamentos de conveniência tem por objetivo proteger as verdadeiras uniões, sendo a investigação realizada pelo SEF o meio adequado para se chegar à verdade material. Nesse sentido, a jurisprudência através do pronunciamento do Tribunal Central Administrativo Sul, no acórdão de 17 de dezembro de 2009 declara que a *ratio legis* da Directiva 2004/38/CE, bem como da Lei n.º 37/2006, visa proteger o interesse da unidade familiar, sendo imperativa a proteção às situações em que exista um real núcleo familiar, não se bastando mera aparência. Assim, conclui o Tribunal que a situação matrimonial dos interessados é juridicamente relevante, não se podendo entender que o procedimento de investigação ao casamento possa estar enfermo de qualquer inconstitucionalidade. No caso em concreto, declara o TCA, a interferência do Estado português por via do SEF na esfera da vida privada e familiar dos cidadãos, não contende com a extensão e o alcance do conteúdo essencial do direito à intimidade, limitando-se ao necessário para salvaguardar outros interesses constitucionalmente protegidos, especificamente a segurança interna e a ordem pública.

Sobre esta matéria, o Supremo Tribunal Administrativo em acórdão de 30 de setembro de 2009, declara quanto ao conflito entre o método de investigação e a reserva da intimidade, que resulta claro que qualquer fiscalização/investigação nesta sede há de ser feita com interferência (ainda que mínima) naquela esfera, no entanto essa intervenção justifica-se em nome da proteção a outros interesses constitucionalmente protegidos, também apontando como tal, a segurança e ordem pública. O STA fundamenta sua posição alegando ser unânime na doutrina constitucionalista que os direitos não são absolutos e admitem restrições, reconhecendo que o limite ao direito à intimidade é válido desde que obedeça a princípios como do interesse público, da proporcionalidade e da justiça, logo a interferência do Estado se limita ao necessário, não atingindo o núcleo essencial do direito. Por fim, declara que em verdade são os casamentos brancos que colocam em causa a unidade familiar e as políticas de imigração.

Diante do exposto, verificamos que parte da jurisprudência consultada considera a investigação à prática do casamento branco encontra-se dentro dos limites que a lei e a Constituição tutelam, não havendo ofensa a vida privada e familiar. Assim, o casamento branco é entendido como uma matéria de relevância social intrinsecamente ligada à boa gestão dos fluxos migratórios, encontrando-se relacionado aos critérios que regem a circulação internacional de pessoas, à segurança interna e ordem pública, como fixa o Ac. do Supremo Tribunal Administrativo de 14 de julho de 2009.

Não obstante tais conclusões, verifica-se que o tema dos casamentos de conveniência alude à colisão de direitos, especificamente o conflito entre o direito à intimidade e vida privada e os bens jurídico comunitários. Cientes de que a doutrina jurídica ao tratar de colisão e conflitos de direitos remete-nos à ponderação, traduzida na aplicação do princípio da proporcionalidade e proteção ao núcleo essencial dos direitos em causa, faz-se necessário analisar a seguir em que medida contribui na prática o princípio da proporcionalidade na solução para a colisão de direitos.

## **2 A proporcionalidade no procedimento de investigação: mecanismo para uma solução da colisão de direitos**

Sobre o princípio da proporcionalidade Paulo Bonavides inicia o seu estudo afirmando que na linha da doutrina escrita por Xavier Philippe “[...] há princípios mais fáceis de compreender do que definir”<sup>373</sup>, sendo que num sentido amplo a proporcionalidade deve ser entendida como “[...] a regra fundamental a que devem obedecer tantos os que exercem quanto os que padecem o poder” e em sentido estrito traduz-se na existência de uma “[...] relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo”<sup>374</sup>, para concluir que existe violação à proporcionalidade perante o arbítrio, quando os meios destinados a um fim não são adequados ou quando esses meios sejam evidentemente desproporcionais. Afirma o autor que este princípio ganha relevância juntamente com o processo de consolidação constitucional a uma efetiva proteção aos direitos fundamentais<sup>375</sup>.

Para a doutrina alemã, o princípio da proporcionalidade tem como referência o princípio do Estado de Direito, a proibição do arbítrio e do excesso de poder, enquanto

---

<sup>373</sup> Cf. BONAVIDES, *Curso de direito constitucional... op. cit.*, 2004, p. 392. Previsto no art. 18º, n.º 2 da CRP o princípio da proporcionalidade ainda não existe enquanto direito escrito no direito brasileiro e espanhol. A sua previsão é auferida da interpretação de outras normas constitucionais na qualidade de princípio geral do direito.

<sup>374</sup> Cf. BONAVIDES, *Curso de direito constitucional... ibid.*, 2004, p. 393.

<sup>375</sup> Cf. BONAVIDES, *Curso de direito constitucional... ibid.*, 2004, pp. 394 – 395.

que para a doutrina americana encontra-se relacionado ao devido processo legal, sendo, portanto, classificado não como um “[...] direito à liberdade, mas um direito que protege a liberdade; uma garantia fundamental, ou, antes de tudo, um princípio geral do direito”<sup>376</sup>. Constituindo um dos pilares do Estado Democrático, aparece como instrumento de controle dos atos públicos, despontando no “[...] plano da proibição do excesso, como um dos principais limites às limitações dos direitos fundamentais”<sup>377</sup>. O princípio da proporcionalidade é assim compreendido através de três requisitos ou subprincípios: a) adequação ou conformidade; b) necessidade e c) proporcionalidade em sentido restrito.

Por medida adequada, entende a doutrina a adoção de uma medida que seja apropriada para a prossecução do fim da lei, ou seja, conforme com os fins que visa a lei atingir. A necessidade pretende evitar que medidas restritivas, embora adequadas, sejam aplicadas quando outro mecanismo igualmente eficaz atingiria o mesmo fim, mas sem restringir direitos, deste modo, pretende-se evitar normas restritivas desnecessárias, para Jorge Miranda seria o meio escolhido que em concreto melhor satisfaça a pretensão, com menos custos e mais benefícios<sup>378</sup>. Por fim, a proporcionalidade em sentido restrito traduz-se na noção de que uma lei restritiva mesmo que seja adequada e necessária, poderá ser considerada inconstitucional se adotar medidas desajustadas ou excessivas, desproporcionais com vista ao resultado pretendido. Alexy explica que o terceiro princípio da proporcionalidade, ou seja, justa medida ou proporcionalidade em sentido restrito corresponde ao que ele designa por ponderação. Deste modo, sua doutrina determina como requisitos da proporcionalidade, a idoneidade, a necessidade de meios e a ponderação, concluindo

[o] princípio da proporcionalidade em sentido restrito deixa formular-se como uma lei de ponderação, cuja forma mais simples relacionada a direitos fundamentais diz: quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental, tanto mais graves devem pesar os fundamentos que a justificam. Segundo a lei da ponderação, a ponderação deve realizar-se em três graus. No primeiro grau deve ser determinada a intensidade da intervenção. No segundo grau trata-se, então da importância dos fundamentos que justificam a intervenção. Somente no terceiro grau realiza-se, então, a ponderação no sentido restrito e verdadeiro<sup>379</sup>.

<sup>376</sup> Cf. BONAVIDES, *Curso de direito constitucional... op. cit.*, 2004, p. 401.

<sup>377</sup> Cf. SARLET, *A eficácia dos direitos... op. cit.*, 2009, p. 397; BONAVIDES, *Curso de direito constitucional... op. cit.*, 2004, p. 395. Especificamente relacionado às medidas de polícia o art. 7º, n.º 2 do CPA determina que as decisões da Administração que colidam com direitos subjetivos ou interesses legalmente protegidos dos particulares só podem afetar essas posições na medida do necessário e em termos proporcionais aos objetivos a realizar (cf. MIRANDA, *Manual de direito constitucional... op. cit.*, 2008, p. 280).

<sup>378</sup> Cf. MIRANDA, *Manual de direito constitucional... ibid.*, 2008, p. 284. BONAVIDES, *Curso de direito constitucional... op. cit.*, 2004, p. 397, apresenta a definição deste subprincípio como sendo o “[...] princípio da escolha do meio mais suave [...]”.

<sup>379</sup> Cf. ALEXY, “Direitos fundamentais no estado constitucional democrático...” *op. cit.*, 2011, pp. 67 – 68.

Visando, portanto, a salvaguarda do conteúdo essencial<sup>380</sup> do direito, o princípio da proporcionalidade atua perante o conflito como um critério de interpretação conforme a Constituição com vista a ressaltar os limites que o próprio ordenamento prevê ao bem jurídico em causa, ou na ausência de um posicionamento legal, desenhar um limite que proteja o seu núcleo<sup>381</sup>. Assim, a proporcionalidade atua como distribuidor dos custos do conflito, conforme elucida Vieira de Andrade, pois que “[...] exige-se que o sacrifício de cada um dos valores constitucionais seja adequado à salvaguarda dos outros”<sup>382</sup>. Através dos subprincípios da necessidade e da proporcionalidade em sentido restrito se pondera o meio em que menos se comprime os valores em causa, entretanto, destaca o citado autor, ao graduar as possíveis soluções “[...] ponto por ponto [...] torna-se necessário estabelecer, depois de uma avaliação das alternativas, a *preferência* ou *prevalência* de um direito (ou de um valor comunitário) sobre o outro direito adequada à situação [...]” o que em termos práticos pode inclusive equivaler “[...] ao sacrifício total do direito pretendido [...]”<sup>383</sup>, concluindo que a base para a aplicação da ponderação dá-se em nome do princípio da prevalência do interesse superior ou prevalência do interesse preponderante<sup>384</sup>.

Desta forma, advoga Andrade que a resolução da colisão passa pela análise de três fatores em que relevam as circunstâncias do caso em concreto, quais sejam,

[a] [...] o *âmbito e graduação do conteúdo dos preceitos constitucionais em conflito*, para avaliar em que medida e com que peso *cada um dos direitos* está presente na situação de conflito [...] para saber se estão em causa aspectos nucleares de ambos os direitos [...] em função da respectiva protecção constitucional; [b] [...] a *natureza do caso*, apreciando o tipo, o conteúdo, a forma e as demais circunstâncias objectivas do facto conflitual, isto é, os *aspectos relevantes* da situação concreta em que se tem de tomar uma decisão jurídica – em vista da finalidade e a função dessa mesma decisão; [c] como [...] estão em jogo bens pessoais, a *condição e o comportamento das pessoas envolvidas*, que podem ditar soluções específicas, sobretudo quando o conflito respeite a conflitos entre direitos sobre bens e liberdades<sup>385</sup>.

<sup>380</sup> Sobre a salvaguarda do núcleo essencial, SARLET, *A eficácia dos direitos... op. cit.*, 2009, p. 402, afirma que “[a] garantia de protecção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental”. Pretende-se assim plantar a ideia de que existe um conteúdo mínimo, de carácter inviolável, que não se encontra na esfera de disposição do legislador, ou seja, existe um mínimo garantido ao qual não se pode limitar, vigorando tal restrição mesmo quando o legislador se encontra habilitado pela Constituição a limitar um direito. Duas teorias disputam quanto à definição do que seria o núcleo essencial. Para a teoria absoluta, o núcleo essencial tem um conteúdo irrestringível, pré-fixado, enquanto que para a teoria relativa o núcleo essencial resulta de um processo de ponderação de bens, ou seja, da colisão de bens constitucionalmente protegidos, prevalecendo aquele ao qual não se aplica a restrição, em clara alusão a aplicação da proporcionalidade. As doutrinas portuguesa e espanhola têm rejeitado a adoção da teoria relativa, assim, o núcleo essencial encontra-se já previamente definido pela própria Constituição, sendo considerado intransponível (cf. CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria... op. cit.*, 2003, pp. 458 – 461; ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição... op. cit.*, 2009, p. 290; Luis AGUIAR DE LUQUE, “Los limites de los derechos fundamentales” in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 14, enero-abril, 1993, p. 26), ao passo que para a doutrina brasileira, o núcleo essencial dos direitos fundamentais é definido “[...] a partir da relação entre diversas variáveis – de todos os problemas que as cercam – com o suporte fático dos direitos fundamentais [...] e a relação entre os direitos e suas restrições [...]” (cf. SARLET, *A eficácia dos direitos... op. cit.*, 2009, p. 404) assim, o núcleo será definido numa análise causal, incidindo sobre todos os fatos e direitos que o rodeiam, deste modo, acreditamos que o sistema brasileiro se aproxima à teoria relativa.

<sup>381</sup> Cf. BONAVIDES, *Curso de direito constitucional... op. cit.*, 2004, pp. 419 – 427.

<sup>382</sup> Cf. ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição... op. cit.*, 2009, 305.

<sup>383</sup> Cf. ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição... ibid.*, 2009, p. 305 (*itálicos no original*).

<sup>384</sup> Cf. ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição... ibid.*, 2009, p. 306.

<sup>385</sup> Cf. ANDRADE, *Os direitos fundamentais na Constituição... ibid.*, 2009, pp. 306 – 307.

Face ao exposto sobre a opinião doutrinária acerca do princípio da proporcionalidade, é necessário analisarmos a sua aplicação ao caso em concreto. Compreendemos que as investigações aos casamentos de conveniência encontram-se tutelados por lei, sendo que até o presente momento não foi verificado nos ordenamentos jurídicos destacados a submissão das normas que regulam o procedimento investigativo ao controle de constitucionalidade concreta. No entanto, a condução e aplicação dos métodos de investigação mostra-nos um determinado comprometimento do legislador em relação a qual dos interesses prepondera ante ao conflito de bens.

Como características em comum, Brasil, Portugal e Espanha classificam como sendo o bem jurídico enfermado perante a simulação de casamentos transnacionais a segurança nacional, a ordem pública e a saúde pública, uma vez que são esses os interesses que em primeira linha justificam a disciplina do regime jurídico para entrada e permanência de estrangeiros, logo, a finalidade da norma tem uma natureza securitária e ao mesmo tempo política pois que constantes são as alterações aos estatutos dos estrangeiros com vista a simplificar ou restringir o acesso ao território conforme a política nacional baseie-se na atração ou repulsão sobretudo de mão-de-obra, já que este regime aplica-se às migrações econômicas.

Deste modo, verificamos que o comportamento da Administração face ao procedimento de investigação, concretamente o emprego da audiência dos interessados e a busca domiciliar, nos três sistemas em causa é distinto, embora seja uniforme o entendimento de que a audiência dos interessados deve ser encarada como um direito ao particular, uma oportunidade para que este apresente a sua versão dos fatos e provas.

Portugal regula a audiência nos termos dos arts. 104º e 108º da Lei n.º 23/2007 e art. 54º do Decreto Regulamentar n.º 84/2007 de acordo com as respectivas alterações. Por sua vez, as buscas domiciliares são realizadas por força das normas processuais penais que pautam a atuação dos agentes do SEF na medida do necessário de acordo com os objetivos constantes no art. 7º do CPA. Contudo, percebemos que o legislador se limita a nortear o procedimento de investigação através da remissão aos subprincípios da proporcionalidade sem descrever o que entende como medida necessária e proporcional, com vista a esclarecer o Estado quanto à veracidade de um determinado casamento de forma a que o núcleo duro dos direitos subjetivos em questão, especificamente o direito à intimidade, não seja atingido.

Fundamentando-se na Resolução do Conselho da UE de 1997 os critérios que a jurisprudência vem nos apresentando como decisivos para a formação de uma opinião correspondem às seguintes questões:

- ausência de vida em comum e/ou contribuições adequadas para os encargos decorrentes do casamento (ac. STA de 30.09.2009; ac. TRCoimbra de 30.03.2011);

- realização da visita domiciliar após ser solicitado o cartão de residência com vista a determinar se o cônjuge estrangeiro é visitante habitual, se reside ou não naquele domicílio (ac. TRCoimbra de 30.03.2011);

- engano sobre dados como nome, morada, nacionalidade, emprego, e as circunstâncias em que se conheceram (ac. STA de 30.09.2009);

- averiguar e apurar a existência de uma vida em comum, de uma relação matrimonial traduzida na plena comunhão de vida de acordo com a noção legal do art. 1.577º do CCiv (ac. STA de 14.07.2009);

- exercício de serviços de caráter sexual pelo cônjuge estrangeiro, inclusive com anúncio em jornais com número de telefone pessoal e preço a cobrar (ac. STA de 14.07.2009; ac. STA de 30.09.2009; ac. TCASul de 17.12.2009; ac. TCASul de 30.04.2009);

- viverem os cônjuges separados, sem comunhão de vida, mesa e habitação, considerando a não coabitação como fato mais relevante (ac. STA de 14.07.2009; ac. STA de 30.09.2009; ac. TCASul de 17.12.2009);

- a noção de casamento nas leis de imigração, a exemplo do art. 15º da Lei n.º 37/2006, exige o cumprimento dos deveres pessoais (comunhão de mesa, cama e habitação) (ac. STA de 14.07.2009);

- o tema dos casamentos brancos suscita elevado impacto social como segurança interna e o equilíbrio desejável na movimentação, estadia e eventual residência dos cidadãos estrangeiros em território nacional (ac. STA de 14.07.2009);

- a *ratio legis* da Lei n.º 37/2006 e da Directiva que lhe subjaz é da proteção do interesse da unidade familiar, para isso é necessário que exista um real núcleo familiar não bastando a mera aparência, assim é exigível aos cônjuges não um casamento formal, mas uma efetiva relação matrimonial que se traduz na plena comunhão de vida (ac. STA de 28.04.2010; ac. STA de 30.09.2009; ac. TCASul de 17.12.2009);

- questionando a requerente em audiência dos interessados sobre quem a mesma considerava como parentes a viver em Portugal, esta respondeu que as sobrinhas, não referindo o marido como parente (ac. TCASul de 17.12.2009);

- contraprestação financeira (ac STA de 30.09.2009; ac. TCASul de 17.12.2009; ac. TCANorte de 24.02.2012);

- a interferência do Estado português por via do SEF na esfera da reserva privada e familiar dos cidadãos, não contende, em primeiro lugar, com a “extensão e o alcance do conteúdo essencial” do direito (cf. art. 18º, n.º 3 *in fine* da CRP), “limitando-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesse constitucionalmente protegidos” (art. 18º, n.º 2 *in fine*), precisamente a segurança interna e a ordem pública que aqui podem ser postas em causa por condutas de “abuso de direito, de fraude ou de casamento ou união simulada ou de conveniência” (art. 31º, n.º 1 da Lei 37/2006) (ac. STA de 30.09.2009; ac. TCASul de 17.12.2009);

- desconhecimento do local onde se encontra o cônjuge (ac. TCASul de 17.12.2009; ac. TCANorte de 21.10.2011);

- a questão da situação “matrimonial” não é juridicamente irrelevante, mas antes uma questão essencial e que tem mesmo implicações criminais (ac. TCASul de 17.12.2009);

- as informações podem ser provenientes de documentos escritos ou declarações dos interessados ou de terceiros, como exemplo, declaração da ex-mulher do interessado que afirma ter casado com o mesmo para que este ludibriasse as autoridades nacionais (ac. STA de 30.09.2009; ac. TCANorte de 24.02.2012);

- ausência de relacionamento após celebração do casamento (ac. TCANorte de 24.02.2012);

- casamento realizado após ter sido aplicada uma medida de expulsão ao estrangeiro por se encontrar irregular no território (ac. TRCoimbra de 30.03.2011);

- ao ser confrontada com um questionário destinado para avaliar o grau de intimidade e de vivência em comum, a interessada não conclui o preenchimento do mesmo em virtude de não ter encontrado resposta para questões triviais, revelando assim que o casamento tinha sido uma fachada montado com o objetivo de legalizar o cônjuge em território nacional (ac. TRCoimbra de 30.03.2011);

- desconhecimento do local onde foi realizada a cerimônia de casamento (ac. TRCoimbra de 30.03.2011).

Dentre as questões apresentadas como indícios relevantes para a detecção de casamentos brancos, aparecem com maior incidência o desconhecimento de dados pessoais recíprocos, a ausência de habitação e de comprometimento com a vida conjugal, declarações de que não há intenção de constituir família, contraprestações financeiras,

passado relacionado com imigração irregular e de forma complementar o exercício da prostituição.

Diante desses fatos, as informações quanto à ausência de habitação e de não constituição fática da família são obtidas, regra geral, através das buscas domiciliares em que se pretende confirmar o endereço declarado no pedido apresentado à Administração, bem como verificar a real existência de um núcleo familiar.

Neste contexto, embora a jurisprudência majoritária seja de opinião de que são esses dados relevantes, traduzindo-se num meio necessário para se apurar a verdade, uma análise cuidada aos subprincípios da proporcionalidade leva-nos a uma opinião contrária. Entendendo a adequação como uma medida apropriada para atingir o fim da norma, a visita ao domicílio revela se de fato existe ou não uma comunhão de vida, porém ao subsumir os fatos ao critério da necessidade entendemos que este não se encontra preenchido, pois que existem outros mecanismos eficazes que atingem o mesmo fim, que consideremos ser menos invasivos à intimidade, como a entrevista. Logo, a medida se torna excessiva frente ao resultado pretendido.

Por sua vez, contrapondo a audiência dos interessados ao princípio da proporcionalidade, verificamos que é através da audiência que as informações sobre dados pessoais e conhecimento mútuo tem destaque. Incidindo a análise em dados como nome, data e lugar de nascimento ou casamento, profissão, nacionalidade e hábitos notórios, a sua inquirição mostra-se adequada pois que responde ao fim da norma. Quanto ao subprincípio da necessidade, tendo em atenção o confronto entre o meio utilizado e outros que em hipótese também estariam disponíveis para se alcançar o mesmo fim, uma vez que pretende a Administração conhecer sobre a existência de um casamento material e não meramente formal, a entrevista demonstra ser um meio eficiente, pois que o outro método que hipoteticamente encontra-se na esfera da Administração e que hipoteticamente seria menos lesivo à intimidade do particular nos permite apenas uma análise formal ao casamento, através do exame a documentos.

Conforme narram os acórdãos, a existência de um casamento formal é comprovada, através da expedição de uma certidão de casamento por órgão oficial competente, porém não há por parte dos interessados uma preocupação em conhecer previamente os dados daquele ou daquela com quem contraem matrimônio simulado, assim, é possível no momento da audiência se verificar contradições nas declarações. Resta-nos assim determinar se a medida é proporcional em sentido restrito, ou seja, se a mesma não é excessiva ou desadequada para se obter o resultado pretendido. Uma vez

que estamos perante a análise de informações que compõem a esfera social do indivíduo concluímos que não há uma desproporção, sendo assim, uma entrevista ou o preenchimento de um formulário em que se identifiquem dados respeitantes à esfera social dos cônjuges, não incita a nosso ver, uma desproporção entre o meio e o fim, logo não coloca em causa a reserva da intimidade e da vida privada.

Contudo, se esta fase procedimental primar por descortinar matérias referentes a fatos do mundo sentimental, biopsíquico e da sexualidade, apesar da medida ser adequada e necessária, demonstra-se desproporcional pois acede de forma invasiva à esfera da intimidade. Como consequência, relevar o exercício da prostituição é imiscuir-se num assunto ligado à sexualidade, uma vez que não podemos ter um discurso reducionista de que em causa está apenas a quebra do instituto civilista da fidelidade conjugal. Assim, consideramos que neste aspecto a Administração excede o limite que a proporcionalidade pretende estabelecer para uma não intromissão à intimidade. Entretanto, uma vez que o legislador nacional não determina na lei as exatas medidas a que o agente do OPC se encontra adstrito, a análise só pode ser feita caso a caso.

Ainda quanto à audiência, poderíamos questionar como o princípio da proporcionalidade atua nos casos em que a audiência dos interessados é realizada no domicílio dos particulares, ou seja, os dois métodos em questão ocorrem ao mesmo tempo, a exemplo do que narra o Ac. do TCA Sul de 17 de dezembro de 2009, em que o agente do SEF desloca-se à residência com vista a confirmar a existência de um matrimônio material e entrevista o cônjuge que se encontrava presente. Embora consideremos a entrevista como um meio mais adequado para se descobrir a verdade em detrimento da busca domiciliar perante o conflito ao direito à intimidade, uma vez que na nossa opinião este segundo método é mais invasivo à esfera íntima, não podemos deixar de ter em conta que na prática administrativa a investigação decorre da conjugação dos dois métodos, sobretudo quando o cônjuge estrangeiro já resida no território nacional.

Como dispõe a Comissão Europeia, a observação da vida em comunidade é um dos meios mais eficazes para se verificar as informações prestadas pelos cônjuges<sup>386</sup>, todavia, acreditamos que num primeiro momento deva ser feita apenas a entrevista com os cônjuges, simultaneamente ou em separado, na sede oficial da entidade competente para a investigação, lançando mão da entrevista domiciliar de forma excepcional, se houver motivos de força maior que impeça a presença dos interessados junto à Administração. A busca domiciliar seria, portanto, um método acessório, sobretudo

---

<sup>386</sup> Cf. A.A.V.V., *Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience... op. cit.*, 2014, p. 44.

quando existissem contradições nas declarações, e assim não fosse possível formar um juízo de certeza que fundamente a convicção de que estamos perante um crime.

Diferente é o modelo espanhol que expressa na Instrucción DGRN de 31 de enero de 2006 uma série de indícios aos quais devem estar atentos os conservadores do Registro Civil. Argumenta o legislador espanhol que quando é celebrado um casamento sem um verdadeiro consentimento matrimonial em regra não existem provas diretas da vontade simulada dos contraentes devendo, portanto, se fazer uso dos sistemas das presunções. Assim, com o fim de facilitar a atividade do conservador apresenta algumas orientações práticas. Considerando como essencial por um lado apurar o conhecimento de dados pessoais e familiares básicos e por outro a existência de relações prévias entre os contraentes, determina que a apreciação destes dados se encontra à disposição de uma margem dada ao conservador. Lembra que na impossibilidade de se fixar uma lista fechada de dados pessoais e familiares a serem analisados deve o conservador procurar auxílio nas determinações descritas na Resolução do Conselho da UE de 1997.

Designa a lista presente na Instrucción de “lista aproximada a dados relevantes” prevendo como tais: o conhecimento de data e lugar de nascimento, domicílio, profissão, vícios, hábitos notórios, nacionalidade, casamentos anteriores, identificação de familiares, entre outros, destacando que o desconhecimento deve ser claro, evidente e flagrante. Classifica como dados acessórios ou secundários o conhecimento pessoal dos familiares dos cônjuges e fato da vida passada, no entanto, esses são relevados como suporte para a apreciação da Administração. Destaca ainda o diploma que, o conservador tem a faculdade de questionar sobre as intenções de vida futura em comum e o desejo de ter filhos.

Compreendendo que a investigação no sistema espanhol ocorre apenas em sede do procedimento preliminar de casamento no qual se pretende a autorização para celebração do ato ou averiguar a veracidade da certidão de casamento para a sua transcrição no Registro Civil, vemo-nos perante o que a doutrina classifica por análise ao consentimento matrimonial.

Analisando os dados sobre os quais incide a investigação, embora a lista não seja taxativa, na mesma linha de análise do sistema português, submetemos o procedimento ao princípio da proporcionalidade. Assim, acreditamos que a inquirição a dados básicos e hábitos notórios não interfere ao núcleo essencial do princípio da intimidade. Porém quando a norma permite que se pergunte sobre intenções de vida futura em comum e sobretudo, se desejam ter filhos, embora sejam medidas adequadas que respondem aos

propósitos do diploma, não acreditamos que seja necessária tampouco proporcional, uma vez que há outros mecanismos que permitem igualmente a Administração chegar a uma conclusão quanto à veracidade ou não do consentimento, portanto, consideramos esta medida desajustada.

Ainda quanto ao sistema espanhol temos um ponto de ressalva. Como verificado o ordenamento jurídico espanhol dedica o seu procedimento de investigação a casamentos de conveniência à análise prévia ao consentimento matrimonial. É compreensível que do ponto de vista do direito privado, especialmente direito da família, que a doutrina critique a análise a um consentimento que ainda não foi prestado, pois coloca-nos diante de um fato que ainda não aconteceu, logo, constitui-se numa medida futuroológica, deixando de lado a liberdade que se encontra na esfera jurídica dos nubentes de contrair casamento ou não, pois que o consentimento é um ato íntimo e subjetivo do seu declarante<sup>387</sup>, que o vincula a aceitação dos direitos e deveres legalmente estabelecidos para o casamento.

Assim, numa fase prévia à celebração do matrimônio, o interessado tem apenas uma pretensão de consentir, assim como tem uma pretensão de casar. Contudo, o crime de casamento branco coloca a análise prévia ao consentimento numa outra perspectiva.

Analisando o caso português, a norma que contempla a fiscalização preventiva do consentimento, o parecer do IRN P.º C.C. n.º 34/2009, que determina a suspensão do procedimento preliminar de casamentos transnacionais até o momento em que o SEF juntamente com o MP emite parecer, como explicitado anteriormente, entrou em vigor no ordenamento jurídico em decorrência da consagração do crime de casamento branco como crime grave, de investigação prioritária (Lei n.º 38/2009). Em virtude disto, devemos lembrar que o n.º 3 do art. 186º da Lei n.º 23/2007, tipifica como crime a tentativa de praticar um casamento branco. Entendendo a tentativa como ato de execução de um crime que um agente decidiu cometer, sem que este chegue a consumir-se (cf. art. 22º do CP português), explica-nos Figueiredo Dias que ela é uma realização parcial do tipo ilícito, assim, “[...] a tentativa viola já a norma jurídica de comportamento que está na base do tipo de ilícito consumado” e portanto, conclui o autor, “[...] participa já (parcialmente) deste ilícito e *pode* por isso ser *punível*”<sup>388</sup>.

Uma vez que a realização formal do casamento num órgão oficial é o meio idóneo à produção do resultado pretendido com o crime de casamento branco, ou seja, a aquisição do direito de residência ou nacionalidade, a apresentação do pedido para celebração de

---

<sup>387</sup> Cf. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español... op. cit.*, 1996, pp. 35 – 37.

<sup>388</sup> Cf. DIAS, *Direito penal... op. cit.*, 2007, p. 685 (*itálicos no original*).

casamento numa conservatória do registro civil, quando os cônjuges conscientemente desejem simular o consentimento matrimonial para fins migratórios, coloca-nos diante do que a doutrina penal designa de *inter criminis* em que há uma vontade dirigida à consumação da prática ilícita. Portanto, a análise prévia ao consentimento, embora do ponto de vista do direito privado possa conflitar com o princípio da atualidade, do ponto de vista do direito penal, coloca-nos perante o *inter criminis* de um crime em que a sua tentativa é punível, atuando assim o Estado de forma preventiva.

Embora compreendamos a importância de uma fiscalização preventiva à autorização de casamento, no caso em concreto de matrimônios transnacionais, e, portanto, uma vez que podemos estar perante a execução de um crime, na ponderação entre o direito a casar e a proteção aos bens coletivos colocado em causa com a consumação do crime, prevaleça esse segundo, justificando a investigação. Entretanto, acreditamos que essa investigação deva incidir sobre dados concretos e atuais, como por exemplo, a inquirição sobre informações pessoais de conhecimento mútuo, a verificação dos antecedentes criminais no sentido de saber se um dos interessados não esteve anteriormente envolvido com crimes de casamento branco, a existência de um relacionamento prévio ao pedido apresentado na conservatória ou se estamos perante nubentes que conheceram-se em decorrência do processo de casamento, se há ou não a presença de intermediadores especialistas em casamentos brancos, um número considerável de ex-cônjuges estrangeiros, se o procedimento preliminar foi apresentado pelos cônjuges ou por terceiros. Em nossa opinião a análise a essas questões produz uma resposta mais satisfatória na verificação se estamos ou não perante uma tentativa de fraude do que a inquirição sobre a hipótese de constituição fática de família após a cerimônia. A plena comunhão de vida, só pode ser observada ao longo do tempo em que permanecem os cônjuges no estado de casados.

Por fim, o sistema brasileiro para o qual o procedimento de investigação aos casamentos se destina à descoberta da verdade material, frente às declarações prestadas em formulário preenchido no momento do pedido de autorização de permanência pelo cônjuge estrangeiro em virtude de estar casado com um cidadão nacional ou com estrangeiro legalmente residente, subsumindo este ato aos crimes de falsidade ideológica e falsidade documental. Apesar da diferença quanto aos aspectos formais, o desenvolvimento da investigação decorre substancialmente igual aos demais sistemas, estando ao arbítrio da Administração a faculdade de fundamentar a sua decisão nos dados recolhidos em sede de audiência dos interessados e busca domiciliar.

A norma que autoriza a investigação, a Portaria MJ 04/2015, não especifica qual o método a que o DPF se encontra autorizado a seguir. Assim, a prática administrativa demonstra uma clara remissão às regras gerais da investigação previstas no código de processo penal.

Não prevendo também uma lista descritiva dos dados considerados indícios, estes passam a ser analisados a partir da observação do conhecimento de dados pessoais e sobretudo como demonstram os acórdãos dos Tribunais Regionais Federais, da confirmação de uma existência de vida em comum, se residem no mesmo endereço formando um núcleo familiar e a ausência de contraprestações financeiras para a realização do matrimônio.

Destacando-se de Portugal e Espanha, em que o procedimento de investigação pode ocorrer com o cônjuge estrangeiro presente em território nacional ou não, o processo desenvolvido pelo Brasil inicia-se apenas quando o imigrante já se encontra em território nacional tendo requerido a autorização de permanência. Na prática a resposta da Administração a esses pedidos é dada após cerca de um ano, sendo neste período que decorre a investigação.

Uma vez que os dados sobre os quais incide o procedimento de investigação correspondem, regra geral, aos sistemas anteriores, mantemos nossa opinião quanto à submissão dos mesmos ao crivo da proporcionalidade. Assim, a análise só pode ser feita caso a caso, verificando se em concreto há ou não uma interferência na esfera da intimidade. Porém, estamos de acordo com o posicionamento dos tribunais que em sede de julgamento não relevam as provas referentes à esfera íntima, considerando-as dados irrelevantes, como expressa o Ac. da 3ª Turma do TRF da 5ª Região de 12 de março de 2009 que exclui da análise as particularidades de natureza íntima pois que estas não dizem respeito à seara criminal.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Projetando a importância que as migrações internacionais terão para o século XXI com base no que até ao presente momento temos vivenciado, António Guterres, Alto Comissário das Nações Unidas para os Refugiados no ano de 2008 declarou que “[...] o século XXI é o do povo em movimento”<sup>389</sup>, associando essa movimentação a (im)preparação dos países para lidarem com a “[...] rede global de interdependências económicas [...]” no qual cada vez mais “[...] o capital, os mercados de bens, serviços e diferentes tipos de trabalho [...]”<sup>390</sup> encontram-se interligados como uma teia. Demetrios G. Papademetriou, traça um cenário no qual a movimentação de pessoas é um subproduto da globalização, com a qual os Estados não estão preparados para gerir, afirmando que “[a]s migrações afectam actualmente as vidas de um maior número de pessoas e assumem-se como uma questão mais importante nas esferas políticas e económica de um maior número de estados do que em qualquer outra fase da era moderna”<sup>391</sup>, concluindo que são as divergências políticas que impedem que se faça uma gestão do fenómeno migratório de forma ponderada em que se ressalte os benefícios das migrações para todos os envolvidos<sup>392</sup>.

As políticas migratórias desenvolvidas pelos países classificam os imigrantes por categorias que se relacionam ao tipo do pedido de entrada ou fixação de residência, assim temos, por exemplo, a categoria dos estudantes, dos trabalhadores, dos profissionais altamente qualificados, dos investigadores, dos reformados, dos residentes de longa duração, dos familiares e o turista.

A autorização de entrada e residência fundamentada nos laços familiares, regra geral abrange a) o cônjuge ou companheiro com quem se viva em união de fato; b) o descendente direto menor de 18 anos ou maior até os 25 anos quando se encontre a cargo do requerente do pedido e esteja matriculado em estabelecimento de ensino ou nos casos de incapacidade; c) os ascendentes diretos, sendo que em alguns países a prática

---

<sup>389</sup> Cf. “Século XXI é o do povo em movimento – alto comissário do ACNUR, António Guterres” in *Expresso*, 06.06.2008, texto disponível em <http://expresso.sapo.pt/feeds/lusa/lusaactualidade/seculo-xxi-e-o-do-povo-em-movimento-alto-comissario-do-acnur-antonio-guterres=f339535> [16.11.2015].

<sup>390</sup> Cf. PAPADEMETRIOU, “Gerir melhor as migrações internacionais...” *op. cit.*, 2008, p. XIV. Segundo o autor (p. XXX), são quatro as principais razões com as quais se deparam os governos para um tratamento eficaz da imigração, a) “[...] relação próxima entre a imigração e a ocorrência de mudanças sociais e culturais profundas”; b) a “[...] imigração exigir a tomada de opções difíceis e politicamente onerosas”; c) a “[...] distribuição dos seus impactos positivos e negativos ser profundamente desequilibrada” e por fim, d) a “[...] relação entre a imigração e a globalização e a interdependência económica”, concluindo que o insucesso da adequada ponderação desses fatores pode traduzir-se em uma “decorada política”, o que a torna uma matéria não quista pelos dirigentes políticos.

<sup>391</sup> Cf. PAPADEMETRIOU, “Gerir melhor as migrações internacionais...” *ibid.*, 2008, p. XV.

<sup>392</sup> Cf. PAPADEMETRIOU, “Gerir melhor as migrações internacionais...” *ibid.*, 2008, p. XVI.

administrativa para aceitar o pedido de autorizar a entrada pela ligação da ascendência estipula a idade mínima do ascendente nos 65 anos e d) os irmãos menores que estejam sob responsabilidade parental do requerente<sup>393</sup>. Segundo Papademetriou “[...] mesmo no caso dos sistemas mais selectivos de regulação de imigração [...] as famílias permanecem o principal pilar do sistema”<sup>394</sup>.

No entanto, de acordo com Rodrigo Garcia Schwarz, as políticas migratórias correspondem a um “[...] conjunto de leis e disposições nacionais relativas à entrada, à circulação e à estadia de estrangeiros no território de um país [...]”<sup>395</sup> sendo associado às formas de inserção desse imigrante na sociedade de acolhimento o que muitas vezes provoca alterações no conceito de cidadania. Para Said Cahali, o regime jurídico dos estrangeiros visa impor limites ao acesso do imigrante ao território nacional cujo fim é a preservação dos interesses nacionais<sup>396</sup>, neste sentido já determinava a Convenção Interamericana sobre a condição dos estrangeiros de 1928 (Convenção de Havana), no seu art. 1º, que os Estados têm o direito de estabelecer, por meio de leis, as condições de entrada e residência dos estrangeiros aos seus territórios. Desta forma, visando o controle e a seleção imigratória, cabe a cada Estado, individualmente, fixar as normas que os estrangeiros que pretendam adentrar ao seu território tenham que cumprir. Embora os países em questão façam parte de blocos regionais, e especificamente no caso europeu haja uma tentativa de uniformização da matéria, entende-se que apesar das transposições do ordenamento comunitário os Estados-membros têm a liberdade de adequar as normas à sua história e realidade imigratória. É neste contexto das políticas imigratórias e uma tentativa de ultrapassar os seus contornos que a prática dos casamentos brancos se insere.

Desta sorte, face aos objetivos inicialmente traçados para esta pesquisa, verificamos que os três ordenamentos que nos serviram de parâmetros para a análise procedem à investigação dos casamentos de conveniência. Por ser um tema complexo, encontramos posições díspares na doutrina e na jurisprudência.

Quanto à sua origem histórica verificamos que o conceito de casamento branco entronca nas ideias de casamento não consumado, sobretudo na Idade Média, bem como de casamentos fomentados por interesses econômicos. A ligação ao direito dos estrangeiros ocorre apenas no século XX, a partir do pós-2ª Guerra Mundial passando a ser o mecanismo utilizado por aqueles que se encontravam perseguidos e pretendiam

---

<sup>393</sup> Cf. Catarina Reis OLIVEIRA, *et al. O reagrupamento familiar em Portugal: a prática da lei*. Lisboa, ACIDI, s/d, p. 4

<sup>394</sup> Cf. PAPADEMETRIOU, “Gerir melhor as migrações internacionais...” *op. cit.*, 2008, pp. XX – XXI.

<sup>395</sup> Cf. Rodrigo Garcia SCHWARZ, “Imigração: a fronteira dos direitos humanos no século XXI”, in *Revista internacional de direito e cidadania*, n.º 5, outubro, 2009, p. 182.

<sup>396</sup> Cf. CAHALI, *Estatuto do estrangeiro...* *op. cit.*, 2010, p 71.

obter uma outra nacionalidade. Porém, ganha destaque no sentido de se tornar uma preocupação para os Estado sobretudo a partir da década de 1970, uma vez que, em decorrência da política de imigração zero as relações familiares tornam-se meio de acesso ao território.

Apesar de ser tratado de maneira distinta nos ordenamentos selecionados para análise, em termos gerais a matéria tange questões ligadas ao direito penal, através da criminalização da conduta; ao direito administrativo e internacional uma vez que são as regras em matéria de direito dos estrangeiros que compõe o cenário base e ao direito privado, especificamente direito de família pois encontra-se em causa o consentimento matrimonial e os efeitos jurídicos do casamento.

O casamento branco é, portanto, definido como um casamento celebrado entre nacionais e estrangeiros ou entre dois estrangeiros que tem por objetivo a obtenção de uma autorização de residência ou aquisição da nacionalidade do Estado de acolhimento, não sendo querido pelos cônjuges a produção dos efeitos civis, tampouco, a plena comunhão de vida e constituição de família. Em verdade estamos perante uma aparência matrimonial em que a declaração emitida pelos cônjuges no momento da celebração do instituto não corresponde à vontade real, ou seja, estamos perante um casamento simulado.

Embora não possa ser considerado como uma regra a esses matrimônios, uma das características mais assinaladas na detecção dos mesmos é a presença de contraprestações financeiras por parte daqueles que pretendem se beneficiar dos direitos atribuídos aos estrangeiros pelo casamento, em primeira linha a residência e nacionalidade, e numa segunda o acesso ao território, ao mercado de trabalho, às prestações sociais e a liberdade de circulação que levou Calvo Caravana e Carrascosa Gonzales a designarem os casamentos brancos como um contrato de compra e venda de benefícios legais<sup>397</sup>.

Destacando que nem todos os casamentos que tenham por motivo principal a legalização administrativa do cônjuge estrangeiro devam ser considerados um casamento branco, a dedicação do legislador nacional ao tema tem se mostrado constante. Em Espanha destacamos as normas contidas nas Instrucción de 9 de enero de 1995 e de 31 de enero de 2006, ambas emitidas pela DGRN em que se verifica uma valorização à análise prévia ao consentimento em fase do processo preliminar de casamento, cujo trâmite decorre nas Conservatórias de Registro Civil, a criminalização da prática dá-se com a sua associação ao crime de auxílio a imigração ilegal. Em Portugal, a atenção recai sobre o

---

<sup>397</sup> Cf. CALVO CARAVACA e CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de familia... op. cit.*, 2008, pp. 117 – 124.

art. 186º da Lei n.º 23/2007 alterado pela Lei n.º 29/2012 e o art. 31º da Lei n.º 31/2006, sendo o único sistema jurídico dentre os estudados a definir o crime de casamento de conveniência. No Brasil os arts. 75, inc. II e 125, inc. XIII da Lei n.º 6.815/80, entendem o crime de casamento branco como sendo de falsificação ideológica e de documento, em que a investigação é sustentada pela Portaria MJ 04/2015.

Detectado o casamento de conveniência as sanções previstas são em termos gerais anulação do casamento, anulação ou não renovação da autorização de residência, pena de prisão para ambos os cônjuges e expulsão do cidadão estrangeiro. É classificado como um crime grave uma vez que dentre os maiores utilizadores desta prática encontram-se organizações criminosas que pretendem inserir no Estado de destino vítimas de exploração e tráfico de pessoas, justificando a sua criminalização como uma medida preventiva, uma vez que se encontram em causa bens jurídicos coletivos, quais sejam, a segurança pública, a ordem pública e a saúde pública. Porém, como já advertido, é preciso se ter ciência de que apesar de casar para imigrar ser considerado um ilícito, imigrar para casar é perfeitamente lícito, uma vez que verificamos a uniformidade junto aos ordenamentos jurídicos quanto a previsão normativa das vias de acesso regular ao território em virtude dos laços familiares, assim, o casamento é uma via de regularização administrativa de estrangeiros, em respeito ao princípio da unidade familiar, através do instituto do reagrupamento ou reunificação familiar.

O procedimento de investigação propriamente dito inicia-se a partir de indícios, presunções que são levantadas pela Administração Pública, através dos seus agentes, seja nas Conservatórias de Registro Civil, seja por meio dos órgãos de polícia criminal responsáveis pela gestão dos fluxos migratórios, em que utilizando os métodos da audiência dos interessados (“entrevista”) e busca domiciliar (“visita”) pretendem ilidir tais suspeitas em busca da verdade material. Esses indícios foram reunidos numa lista pelo Conselho da UE na Resolução de 4 de dezembro de 1997 visando nortear o procedimento investigativo dos Estados-membros, enquanto no Brasil vigora nesta matéria o poder discricionário administrativo. A doutrina nos apresenta um duplo grau de investigação, a) antes do casamento, especificamente na fase do processo preliminar de casamento junto aos Registros Cíveis e b) a todo o tempo, quando já temos um casamento celebrado sobretudo quando este dá ensejo a um pedido de autorização de residência ou aquisição de nacionalidade. O procedimento decorre em sede administrativa pois que conforme a estrutura da organização judiciária, o mesmo se verifica antes da instauração de um processo judicial, sendo, portanto, designado de investigação preliminar. As

entidades responsáveis nos sistemas nacionais são os conservadores do Registro Civil em Espanha, os Serviços de Estrangeiros e Fronteiras em Portugal e o Departamento de Polícia Federal no Brasil.

Uma vez que as informações obtidas através desses métodos incidem sobre dados pessoais e relações pessoais, levantou-se a questão quanto à violação a direitos fundamentais. Em concreto, pretendia-se verificar se o procedimento de investigação não colocaria em causa o direito a casar e constituir família e o direito à intimidade da reserva da vida privada em clara alusão à discriminação em razão da nacionalidade.

Quanto aos direitos fundamentais apresentados, o direito a casar e constituir família previsto tanto em diplomas internacionais quanto pelo direito interno eleva a família a elemento natural e fundamental da sociedade no qual cabe ao Estado a sua proteção, ou seja, a família é vista como direito e como bem. Possuindo uma dimensão negativa na qual ninguém pode ser obrigado a casar e numa positiva que dita a regra da liberdade de escolha do cônjuge, o casamento não pode sofrer restrições por motivo de raça, nacionalidade ou religião.

O segundo princípio apresentado, o direito à não discriminação em razão da nacionalidade fundamenta-se no princípio da igualdade. Invocado em função do tratamento diferenciado aplicado à análise do casamento transnacional, uma vez que o mesmo procedimento não se aplica aos matrimônios endogâmicos. Porém, a doutrina através da interpretação normativa apresenta-nos argumentos que justificam um tratamento diferenciado, pois que, como elucida a vertente material do princípio da igualdade, é necessário tratar como igual o que é igual e diferente o que é diferente na medida da sua diferença, desde que esse tratamento desigual se fundamente em razões materiais, razoáveis e adequadas. No caso em específico dos casamentos transnacionais, a investigação justifica-se em nome da proteção aos nacionais e aos estrangeiros já residentes no que toca à segurança nacional, ordem e saúde pública.

Por fim, apresenta-se o direito à intimidade e reserva da vida privada e familiar, que dentre os princípios analisados possui maior relevância, na medida em que visa proteger o indivíduo contra as intromissões dos poderes públicos e de privados sendo compreendido em três níveis, a esfera íntima, a esfera privada e a esfera social. Será justamente na colisão entre a reserva da intimidade e a proteção aos bens coletivos que fundamentam o procedimento de investigação que se encontra o clímax do estudo.

Como já referido, no desenvolvimento da pesquisa verificou-se não haver uniformização no entendimento, seja doutrinário, seja jurisprudencial. Na doutrina,

apontamos o conflito entre os estudiosos espanhóis, pois em Espanha a matéria tem sido objeto de discussão entre acadêmicos. Deste modo, García Vázquez conclui no sentido de que o casamento tem sido utilizado como um instrumento de controle migratório, sendo que sua investigação colide com preceitos constitucionais<sup>398</sup>, ao passo que Ortega Giménez, reconhece que o problema se relaciona com um aumento no fluxo migratório nos países de acolhimento, no entanto, apresenta como solução um aumento nos prazos de concessão de nacionalidade ao cônjuge estrangeiro até que se comprove a efetiva integração deste, não colocando em causa o procedimento e os direitos fundamentais dos envolvidos<sup>399</sup>.

Na jurisprudência destacamos a posição dos Tribunais Regionais brasileiros e do Tribunal Central Administrativo Sul português, especificamente no acórdão de 30 de abril de 2009 que analisando especificamente casos de casamentos brancos concluem que a situação matrimonial é irrelevante. Contraditoriamente, o acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul de 17 de dezembro 2009 afirma que a condição de casado é matéria relevante, não colidindo o procedimento de investigação com o núcleo essencial do direito à intimidade. No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Administrativo português em acórdão de 30 de setembro de 2009 argumenta que se justifica a investigação ainda que haja uma interferência mínima na reserva da intimidade em nome da proteção à segurança e ordem pública.

Desta forma é chamado à colação o princípio da proporcionalidade e a proteção ao núcleo essencial do direito que através dos seus subprincípios (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido restrito) vem auxiliar-nos no entendimento de quais os níveis de intimidade que se encontram expostos no procedimento de investigação. Neste ponto verificamos que a análise de dados de conhecimento geral e dados pessoais como nome, profissão, hábitos notórios não podem ser considerados como atentatórios à intimidade pois que compõe a esfera social do sujeito. Porém, ao ser inquirido no procedimento de investigação quanto a dados ligados ao mundo sentimental, biopsíquico e de sexualidade como por exemplo a vontade de ter filhos entendemos estar diante de uma medida violadora da reserva da intimidade e vida privada pois que se debruça sobre dados da esfera íntima.

Assim, em sede de conclusão, a análise ao confronto entre procedimento administrativo *versus* princípios fundamentais traduz-se no estudo da colisão entre bens,

---

<sup>398</sup> Cf. GARCÍA VÁZQUEZ, *El estatuto jurídico-constitucional... op. cit.*, 2007, pp. 75 – 77.

<sup>399</sup> Cf. ORTEGA GIMÉNEZ, *Espanña: el problema de los denominados... op. cit.*, 2014, pp. 90 – 93.

entre valores socialmente relevantes, em que por um lado temos o bem *família* e todas as questões ligadas à sua constituição e formação social abrigadas pelo direito à intimidade e vida privada (sentimento, sexualidade, procriação) e por outro lado, bens coletivos como a segurança nacional, a ordem pública e a saúde pública. No entanto, não podemos aceitar como válida a justificativa de que para proteção de bens coletivos seja lícito a intromissão à intimidade pois que a própria jurisprudência nos mostra que aquando perante verdadeiros casamentos simulados, os dados considerados como de conhecimento social são desconhecidos pelos interessados.

Dentre os métodos aplicados para a investigação, entendemos que a audiência dos interessados quando incida apenas sobre dados pessoais e conhecimento geral não interferem na esfera íntima das pessoas, sendo a sua aplicação preferível à realização de buscas domiciliares, às quais entendemos corresponder a uma invasão à intimidade, devendo ser utilizado apenas de forma acessória.

No entanto, não podemos deixar de entender que todo processo que se debruce sobre o descortinar de dados pessoais, o comportamento ou vontade humana em verdade tange o direito à intimidade, assim, a questão se coloca em uma análise ponderativa com vista a determinar qual o grau de interferência e se o mesmo atinge o núcleo essencial do princípio da intimidade e reserva da vida privada, sobretudo se porventura a decisão a ser emitida pela Administração Pública tem por fim negar a pretensão do indivíduo ou possa ser origem de uma limitação à liberdade pessoal.

A solução para este conflito e integral proteção à intimidade nos remete a um mundo ideal, no qual não se procederia à investigação aos casamentos, estando no mesmo patamar de uma ideia de abolição das fronteiras, solução ideologicamente utópica uma vez que o erguimento destas e o seu controle relacionam-se à noção clássica de Estado e soberania, que de acordo com a mentalidade social atual mostram-se necessárias não apenas para evitar o acesso ao território de organizações criminosas ou em matéria de geoestratégia, mas, de um ponto de vista economicista, visto que tratamos da migração econômica, evitar que haja um deslocamento em massa e descontrolado para aqueles Estados que possuem um melhor desenvolvimento econômico criando grandes regiões desertificadas.

Porém como o Direito não trabalha com soluções ideais, mas soluções possíveis, de acordo com o entendimento político e social de certo local em determinado período temporal, a regulação do procedimento de investigação administrativa aos casamentos transnacionais que apresentem indícios de fraude torna-se necessária para se evitar o

acesso ao território daqueles que não visam contribuir para o desenvolvimento nacional, mas que se encontram dispostos à prática de atos criminosos como o tráfico em todas as suas variantes, exploração, terrorismo, entre outros.

Em virtude disso, o princípio da proporcionalidade é essencial para orientar a Administração Pública e impedir que invada a esfera íntima daqueles que se encontram sob processo de investigação, embora na prática o limite a esse conflito nem sempre seja claro, variando conforme o sistema jurídico em análise.

## BIBLIOGRAFIA CITADA

A.A.V.V., *A lei de estrangeiros documentada e comentada*, Legispedia do Serviços de Estrangeiros e Fronteiras, comentário disponível em <https://sites.google.com/site/leximigratoria/> [30.08.2015].

A.A.V.V., *A utilização indevida do direito ao reagrupamento familiar: casamentos de conveniência e falsas declarações de parentesco. O caso português*, Barcarena, Oeiras, Serviço de Estrangeiros e Fronteiras/Rede Europeia das Migrações, Agosto, 2012.

A.A.V.V., *Censo demográfico 2000: migrações e deslocamento. Resultado da amostra*, Rio de Janeiro, IBGE, 2003, dados disponíveis em [http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/88/cd\\_2000\\_migracao\\_deslocamento\\_amostra.pdf](http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/88/cd_2000_migracao_deslocamento_amostra.pdf) [10.09.2015].

A.A.V.V., *Censo demográfico 2010: nupcialidade, fecundação e migração. Resultado da amostra*, Rio de Janeiro, IBGE, 2012, dados disponíveis em [http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/98/cd\\_2010\\_nupcialidade\\_fecundidade\\_migracao\\_amostra.pdf](http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/periodicos/98/cd_2010_nupcialidade_fecundidade_migracao_amostra.pdf) [10.09.2015].

A.A.V.V., *Direito dos cidadãos da União e dos membros da sua família de circular e residir livremente na União: como tirar o máximo proveito da Directiva 2004/38/CE*, Bruxelas, Comissão Europeia/Direcção-Geral da Justiça, Liberdade e Segurança da Comissão Europeia, s/d.

A.A.V.V., *Glossário de Migração e Asilo: uma ferramenta para a melhoria da comparabilidade*, Luxemburgo, Comissão Europeia/Serviço das Publicações da União Europeia, 2012.

A.A.V.V., *Glossário sobre migrações*, n.º 22, Genebra, OIM, 2009.

A.A.V.V., *Handbook on addressing the issue of alleged marriages of convenience between EU citizens and non-EU nationals in the context of EU law on free movement of EU citizens*, Brussels, European Commission, 2014, texto disponível em [http://ec.europa.eu/justice/citizen/files/swd\\_2014\\_284\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/citizen/files/swd_2014_284_en.pdf) [01.08.2015].

A.A.V.V., *Usos indebidos del derecho de reagrupación familiar: matrimonios de conveniencia y falsos reconocimientos de paternidad. España*, Madrid, Observatorio Permanente de la Inmigración/ Red Europea de Migraciones – EMN, 2012.

ABREU, Alexandre, e PEIXOTO, João, “Demografia, mercado de trabalho e imigração de substituição: tendências, políticas e prospectiva no caso português”, in *Análise Social*, vol. XLIV, 2009.

ADAM ROMERO, Max, “El derecho a la familia y la inmigración irregular en España”, in Cristina Sanchez-Rodas (coord.), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, Murcia, Laborum, 2009.

AGUIAR DE LUQUE, Luis, “Los limites de los derechos fundamentales” in *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 14, enero-abril, 1993.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano, e GRIEDER MACHADO, Hilda, “El matrimonio de conveniência”, in *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 54, n.º 1879, 2000.

ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, *Comentário do Código de processo penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª ed., Lisboa, Universidade Católica Editora, 2009.

ALEXY, Robert, “Direitos fundamentais no estado constitucional democrático”, in Robert Alexy, *Constitucionalismo discursivo*, 3ª ed., rev., tradução e organização portuguesa de Luís Afonso Heck, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2011.

ALMEIDA, Mário Aroso de, *Teoria geral do direito administrativo: o novo regime do código do procedimento administrativo*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2015.

ÁLVAREZ-RODRIGUES, Aurélia, “Estatuto jurídico de los extranjeros em la unión europea y em ordenamiento interno español”, in Carlos Eduardo de Abreu Boucault, e Teresa Malatian (orgs.), *Políticas migratórias: fronteiras dos direitos humanos no século XXI*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada e Protocolos Adicionais Anotados (doutrina e jurisprudência)*, Porto, Legis Editora, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2009.

ARANGO, Joaquín, “Las migraciones internacionales en un mundo globalizado”, in *Vanguardia Dossier*, n.º 22, Barcelona, 2007.

ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio, “Ius nubendi y simulación matrimonial (comentario a la RDGRN de 30 de mayo de 1995)”, in *Derecho Privado y Constitución*, Madrid, n.º 7, septiembre-diciembre, 1995.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito civil: teoria geral*, vol. I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2000.

ÁVILA, Flávia de, *Brasil e trabalhadores estrangeiros nos séculos XIX e XX: evolução normativo-legislativa nos contextos histórico, político e socioeconômico*, São Paulo, LTr, 2011.

BAGANHA, Maria Ioannis, “Política de imigração: a regulação dos fluxos”, in *Revista Crítica de Ciências Sociais* [online], 73, Dezembro, 2005, texto disponível em <http://rccs.revues.org/952> [02.09.2015].

BARBOSA, Camilo de Lélis Colani, *Direito de família: manual de direitos do casamento*, São Paulo, Suprema Cultura, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto, *Código penal comentado*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 3297 (ebook).

BOLOGNE, Jean-Claude, *Histoire du Mariage en Occident*, Paris, Éditions Jean-Claude Lattès, 1995, tradução portuguesa de Isabel Cardeal, *História do casamento no ocidente*, Lisboa, Temas e Debates Actividades Editoriais, Lda., 1999.

BONAVIDES, Paulo, *Curso de direito constitucional*, 15ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004.

BONFIM, Edilson Mougenot, *Curso de processo penal*, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

BOTELHO, José Manuel Santos, *et al.*, *Código do procedimento administrativo: anotado e comentado*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2000.

BROOKE, Christopher, *The Medieval Idea of Marriage*, Oxford, Orford University, 1989, tradução portuguesa de Clarisse Tavares, *O casamento na idade média*, Mem Martins, Publicações Europa-América Lda, 1991.

CABEZUELO ARENAS, Ana Laura, “El matrimonio de complacência”, *in* Cristina Sánchez-Rodas Navarro (coord), *Aspectos jurídicos de la inmigración irregular en la Unión Europea*, Laborum, 2009.

CABRAL, Rita Amaral, *O Direito à intimidade da vida privada. Breve reflexão acerca do artigo 80º do Código Civil*, Lisboa, Tipografia Guerra Viseu/Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1988.

CAHALI, Yussef Said, *Estatuto do estrangeiro*, 2ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, e CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho de familia internacional*, 4ª ed., Madrid, Colex, 2008.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, e CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Matrimonios de conveniencia y turismo divorcista: práctica internacional española”, *in* *Actualidad Civil*, n.º 6, 1998.

CAMPOS, Diogo Leite de, “O casamento como relação de associação”, *in* A.A.V.V. *Estudos dedicados aos Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, Direito e Justiça*, Vol. 1, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *et al.*, *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., 15ª reimp., Coimbra, Almedina, 2003.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MACHADO, Jónatas E. M., “Reality Shows” e *Liberdade de Programação*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes, e MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa anotada*, Vol. II, 4ª ed. rev., Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

CAPEZ, Fernando, *Curso de direito penal: parte geral, volume 1 (arts. 1º a 120)*, 7ª ed., rev. e atual., de acordo com as Leis n.º 10.741/2003 Estatuto do Idoso), 10.763/2003 e 10.826/2003, São Paulo, Saraiva, 2004.

CAPEZ, Fernando, e PRADO, Stela, *Código penal comentado*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 640 (ebook).

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Matrimonios de conveniencia y nacionalidad española”, in *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n.º 20, 2002.

CASTLES, Stephen, e MILLER, Mark J., *The age of migrations: international population movements in the modern world*, 4ª ed, Basingstoke, Palgrave MacMillan, 2009.

CEPEDA, Francisco José Terroso, *Emigração portuguesa: um fenómeno estrutural*, Bragança, Instituto Politécnico de Bragança, 1995.

COELHO, Francisco Pereira, e OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

COSTA, Paulo Manuel, *Comunidade política, imigração e coesão social: o caso português*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian/Fundação para a Ciência e a Tecnologia, 2012.

DIAGO DIAGO, Mª Pilar, “Matrimonios por conveniencia”, in *Actualidad Civil*, n.º 14/1, 7 abril 1996.

DIAS, Balthazar, *Acto, de Santo Aleixo, filho de Eufemiano, Senador de Roma*, Lisboa, Officina de Francisco Borges de Sousa, 1791.

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito penal: parte geral*, Tomo I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo, e ANDRADE, Manuel da Costa, *Criminologia: o homem delinquent e a sociedade criminógena*, Coimbra, Coimbra Editora, 1992.

DIAS, Pedro Branquinho Ferreira, “Sobre a legitimidade do Ministério Público para requerer a anulação de casamentos por simulação: o caso particular dos chamados ‘casamentos brancos’”, in *Julgar on line*, 2013, texto disponível em <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/Sobre-a-legitimidade-do-MP-para-requerer-a-anulacao-de-casamentos-por-simulacao.pdf>. [02.09.2015].

DINIZ, Maria Helena, *Curso de direito civil brasileiro, volume 5: direito de família*, 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

DOLINGER, Jacob, *Direito internacional privado: parte geral*, 4ª ed., atual., Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

ENGELS, Friedrich, *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*, Verlag der Schweizerischen Volksbuchbandlung, 1884, tradução portuguesa de Leandro Konder, *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1980.

ESPINAR VICENTE, Jose Maria, *El matrimonio y las familias en el sistema español de derecho internacional privado*, Madrid, Editorial Civitas, S. A., 1996.

\_\_\_\_\_, “La celebración del matrimonio em Derecho internacional privado español. Una aproximación a los requisitos sustanciales”, in *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, vol. XXXVI, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1984.

FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson, *Curso de direito civil, vol. 6: direito de família*, 4ª ed., rev., ampl. e atual., Salvador, Editora JusPodivm, 2012.

FERNANDEZ MASIA, Enrique, “De la ficción a la realidad: la creciente problemática de los matrimonio de conveniência en España”, in *Revista de Derecho Privado*, Madrid, vol. 82, septiember, 1998.

FONSECA, Maria Lucinda, *et. al.*, *Reunificação familiar e imigração em Portugal*, Lisboa, ACIME, 2005 (Observatório da Imigração; 15).

FONTOURA, Luís, *Segurança e Defesa Nacional: um conceito estratégico*, Coimbra, Almedina, 2013.

FOUCAULT, Michel, *Surveiller et punir: naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, tradução portuguesa de Raquel Ramalhete, *Vigiar e punir: nascimento da prisão*, 29ª ed., Petrópolis, Editora Vozes, 2004, p. 235 (ebook).

FRAGA, Mirtô, *O novo estatuto do estrangeiro comentado: Lei n.º 6.815, de 19.8.1980, alterado pela Lei n.º 6.964, de 9.12.1981*, Rio de Janeiro, Forense, 1985.

GAGLIANO, Pablo Stolze, e PAMPLONA FILHO, Rodolfo, *Novo curso de direito civil, volume VI: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional*. São Paulo, Saraiva, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da, “Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional”, in Gustavo Tepedino (coord.), *Problemas de direito civil-constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia, *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

GOMES, Carla Amado, e LEÃO, Anabela Costa, *A condição de imigrante: uma análise de direito constitucional e de direito administrativo*, Coimbra, Almedina, 2010.

GOMES, Manuel Januário, “O problema da salvaguarda da privacidade antes e depois do computador”, in *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, nº 319, Lisboa, 1982.

GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito civil brasileiro, volume VI: direito de família*, 6ª ed., rev. e atual. São Paulo, Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_, *Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral*, 8ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios, *Direito penal esquematizado: parte especial*, São Paulo, Saraiva, 2011.

GOODY, Jack, *The development of the Family and marriage in Europe*, Cammbridge, Cambridge Universit Press, 1983, tradução portuguesa de Ana Barradas, *Família e casamento na Europa*, Oeiras, Celta Editores, 1995.

GOUVEIA, Jorge Bacelar, *Manual de direito constitucional: volume II*, Coimbra, Almedina, 2005.

GRASSI, Marzia, “Formas migratórias: casar com o passaporte no espaço Schengen. Uma introdução ao caso de Portugal”, in *Etnográfica*, Vol. X (2), 2006.

HOBBSAWM, Eric, *A era do capital (1848 – 1875)*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1982.

IGLESIAS MACHADO, Salvador, e BECERRA DOMÍNGUEZ, Miguel, *La inmigración el reto de siglo XX*, Madrid, Librería-Editorial Dykinson, 2007.

KANT, Immanuel, *Die Metaphysik der Sitten*, Suhrkamp Verlag, 1797, tradução portuguesa, textos adicionais e notas de Edson Bini, *A metafísica dos costumes*, Bauru, SP, Edipro, 2003.

LEITÃO, José, “Do mercado comum à política comum de imigração”, in *Janus: anuário de relações exteriores*, 2001, texto disponível em [http://janusonline.pt/sociedade\\_cultura/sociedade\\_2001\\_3\\_1\\_7\\_c.html](http://janusonline.pt/sociedade_cultura/sociedade_2001_3_1_7_c.html) [17.11.2015].

LIMA, Fernando Andrade Pires de, e CRUZ, Guilherme Braga da, *Direitos de família: constituição do estado de casado*, Vol. 1, 3ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1949.

LOPES JR, Aury, *Direito processual penal*, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2014.

LOPES JR, Aury, *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2001.

LÓPEZ SALA, Ana María, “La política española de inmigración en las dos últimas décadas: del asombro migratorio a la política en frontera y la integración”, in *Inmigración en Canarias: contexto, tendencias y retos*, 2007.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José, “Artículo 7: respeto de la vida privada y familiar”, in Manuel López Escudero, et al., *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentário artículo por artículo*, Bilbao, Fundación BBVA, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira, et al., *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*, Brasília, Brasília Jurídica, 2000.

MIRANDA, Jorge, *Manual de direito constitucional*, Tomo IV, 4ª ed., rev. e actual., Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

MIRANDA, Jorge, e MEDEIROS, Rui, *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, 2ª ed., rev., actual., e ampl., Coimbra, Wolters Kluwer Portugal/Coimbra Editora, 2010.

MOCICA, Filomena Maria B. Máximo, e SERRANO, Maria de Lurdes M., *Código do Registo Civil (anotado)*, 2ª ed., Lisboa, Rei dos Livros, 2011.

MONTEIRO, Washington de Barros, e TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz, *Curso de direito civil, 2: direito de família*, 42ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

MORAIS, Alexandre de, *Direito constitucional*, 13ª ed., São Paulo, Atlas, 2003.

MORAGUES VIDAL, Catalina M., *El derecho de familia en España*, Barcelona, Fundación Cidob, s/d.

NETO, Abílio, *Código Civil anotado*, 12ª ed. actual., Lisboa, Ediforum Edições Jurídicas, Lda., 1999.

NEVES, Alexandra, *Os direitos dos estrangeiros: respeitar os direitos do homem*, Lisboa, ACIDI, I.P, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de direito penal*, 10ª ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro, Forense, 2014, p. 329 (ebook).

OLIVEIRA, Catarina Reis, *et al. O reagrupamento familiar em Portugal: a prática da lei*. Lisboa, ACIDI, s/d.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia, “Doctrina registral en torno a los matrimonios de conveniencia para regularizar la situación de los extranjeros en España”, *in Anuário Espanhol de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Madrid, Iprolex, 2001.

ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso, “España: el problema de los denominados ‘matrimonios de conveniencia’”, *in Revista boliviana de derecho*, n.º 17, enero 2014.

OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, Carmen, “La capacidad y la simulación en el matrimonio”, *in Derecho registral internacional: homenaje a la memoria del prof. Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003.

PALMA, Maria Fernanda, “Tutela da vida privada e processo penal: realidades e perspectivas constitucionais”, *in Jurisprudência Constitucional*, n.º 10, abril – junho, 2006.

PANIZO Y ROMO DE ARCE, Alberto, “Síntese legislativa del tratamiento em España de los matrimonios de complacencia”, *in Revista de Derecho Privado*, 91, n.º 2, Madrid, Mar./Abr. 2007.

PAPADEMETRIOU, Demetrios G. , “Gerir melhor as migrações internacionais: princípios e perspectivas para maximizar os benefícios das migrações”, *in Demetrios G.*

Papademetriou (coord.), *A Europa e os seus imigrantes no século XXI*, Lisboa, Fundação Luso-Americana, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil: direito de família*, vol. 5, 21ª ed., rev. e atual por Tânia da Silva Pereira, Rio de Janeiro, Forense, 2013.

PINTAL, Alexandre Rocha, *Direito imigratório*, 3ª ed., Curitiba, Juruá, 2015.

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria geral do direito civil*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2005.

PINTO, Paulo Mota, “A limitação voluntária do direito à reserva sobre a intimidade da vida privada”, in Jorge Figueiredo Dias, et al., *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues: volume II*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001.

RAMOS, Madalena, e FERREIRA, Ana Cristina, “Padrões de casamentos entre imigrantes”, in *VI Congresso Português de Sociologia. Mundos sociais: saberes e práticas*, Faculdade de Ciências Sociais e Humanas, Universidade Nova de Lisboa, 25 a 28 de junho de 2008 (n.º de série 251).

RAPOSO, Paulo, e TOGNI, Paula C., *Os fluxos matrimoniais transnacionais entre brasileiras e portuguesas: género e imigração*, Lisboa, Alto-Comissariado para a Imigração e Diálogo Intercultural – ACIDI, I.P., 2009 (Estudos OI; 38).

RENGIFO CALDERÓN, Álvaro, e OPORTO DEL OMO, Antonio, “Historia, presente y prospectiva de las migraciones en España”, in *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, n.º 826, 2005.

RUEDIGER, Marco Aurélio, e CAMPOS, Cesar Cunha, *Imigração como vetor estratégico do desenvolvimento socioeconômico e institucional do Brasil*, Vol 1. Rio de Janeiro: FGV Projetos DAPP, 2013, obra disponível em <http://fgvprojetos.fgv.br> (04.08.2015).

SALIMBENI, Olivia, *Protection and aid measures for female marriage migrants from third countries in the Member States of European Union (Heirat II.) Report, Portugal*, Bruxelas/Florença, European Commission, Università degli Studi di Firenze, 2005.

SAVIGNY, M. F. C de., *Sistema del derecho romano actual*, Tomo II, Trad. M. Ch. Guenoux, Madrid, F. Góngora y Compañía, Editores, 1879.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia, “Imigração: a fronteira dos direitos humanos no século XXI”, in *Revista internacional de direito e cidadania*, n.º 5, outubro, 2009.

SILVA, Germano Marques da, *Curso de processo penal: volume II*, 2ª ed., rev. e actual., Lisboa/São Paulo, Verbo, 1999.

SILVA, Germano Marques da, *Curso de processo penal: volume III*, 2ª ed. reimp., Lisboa/São Paulo, Verbo, 2001.

SILVA, José Afonso da, *Curso de direito constitucional positivo*, 25ª ed., rev. e atual., São Paulo, Malheiros Editores, 2005.

SOLANES, Ángeles, “Un balance tras 25 años de leyes de extranjería en España: 1985 – 2010”, in *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración: migraciones internacionales*, n.º 90, 2010.

TARTUCE, Flávio, *Direito civil, v. 5: direito de família*, 9ª ed., rev., atual. e ampl., Rio de Janeiro, Forense, São Paulo, Método, 2014.

VARELA, Antunes, *Direito de Família*, 1º vol., 5ª ed. rev. atual. e compl., Lisboa, Livraria Petrony, Lda. 1999.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Teoria geral do direito civil*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 2010.

### **JURISPRUDÊNCIA CITADA**

#### *Portugal:*

TC n.º 76/85, Processo n.º 72/84, acórdão de 06 de maio de 1985.

TC n.º 191/88, Processo n.º 176/88, acórdão de 20 de setembro de 1988.

TC n.º 452/89, Processo n.º 15/87, acórdão de 28 de junho 1989.

TC n.º 128/92, Processo n.º 260/90, acórdão de 01 de abril de 1992.

TC n.º 81/95, Processo n.º 141/94, acórdão de 21 de fevereiro de 1995.

TC n.º 181/97, Processo n.º 402/96, acórdão de 05 de março de 1997.

TC n.º 355/97, Processo n.º 182/97, acórdão de 07 de maio de 1997.

TC n.º 470/99, Processo n.º 535/98, acórdão de 14 de julho de 1999.

TC n.º 319/00, Processo n.º 521/99, acórdão de 21 de junho de 2000.

TC n.º 607/03, Processo n.º 594/03, acórdão de 05 de dezembro de 2003.

TC n.º 232/04, Processo n.º 807/99, acórdão de 31 de março de 2004.

TC n.º 289/2013, Processo n.º 169/13, acórdão de 23 de maio de 2013.

TCA Norte, Processo n.º 02370/08.3 BEPRT, acórdão de 24 de fevereiro de 2012.

TCA Sul, Processo n.º 05523/09, acórdão de 17 de dezembro de 2009.

TCA Sul, Processo n.º 04973/09, acórdão de 30 de abril de 2009.

TRCoimbra, Processo n.º 370/08.2TACVL.C1, acórdão de 30 de março de 2011.

TRCoimbra, Processo n.º 2051/11.0 TBPBL. C1 JTRC, acórdão de 10.03.2015.

STA, Processo n.º 0718/09, acórdão de 14 de julho de 2009.

STA, Processo n.º 0718/09, acórdão de 30 de agosto de 2009.

STA, Processo n.º 0718/09, acórdão de 30 de setembro de 2009.

*Brasil:*

1ª Turma do TRF da 3ª Região, acórdão de 26 de junho de 2012 (apelação criminal n.º 0007868-81.2006.4.03.6181/SP).

3ª Turma do TRF da 5ª Região, acórdão de 12 de março de 2009 (apelação criminal ACR 6190/CE 2007.81.00.007276 – 1).

4ª Turma do TRF da 3ª Região, acórdão de 28 de maio de 2015 (apelação/reexame necessário n.º 0012564-20.2003.4.03.6100/SP).

7ª Turma do TRF da 4ª Região, acórdão de 10 de junho de 2003 (apelação criminal n.º 21639 PR 2002.04.01.021639-7).

7ª Turma do TRF da 4ª Região, acórdão de 19 de julho de 2005 (habeas corpus n.º 25655 PR 2005.04.01.025655-4).

8ª Turma do TRF da 4ª Região, acórdão de 30 de julho de 2008 (apelação criminal n.º 2216 RS 2004.71.03.002216-0).

STJ no Habeas Corpus n.º 42727/DF, 5ª Turma, acórdão de 02 de junho de 2005

*Espanha:*

Resolución de la DGRN (3ª) de 20 de septiembre de 1996, *in B.I.M.J.*, n.º 1.762, 1996.

Resolución de la D.G.R.N, de 25 de septiembre de 1999, *in B.I.M.J.*, n.º 1.762, 1996.

Resolución de la DGRN de 22 de enero de 2005, *in Boletín*, n.º 1988, 2006.

Resolución (1ª) de la DGRN de 24 de enero de 2005, *in Boletín*, n.º 1988, 2006.

Resolución (2ª) de la DGRN de 24 de enero de 2005, *in Boletín*, n.º 1988, 2006.

Resolución (1ª) de la DGRN de 19 de marzo de 2008, *in Boletín de Información: Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, año LXIII, abril, 2009.

Resolución de la DGRN de 3 de octubre de 2009, *in Boletín de Información: Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, año LXIV, septiembre, 2010.

Resolución (1ª) de la DGRN de 5 de octubre de 2009, *in Boletín de Información: Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, año LXIV, septiembre,, 2010.

Resolución (2ª) de la D.G.R.N. de 2 de octubre, de 2009, *in Boletín de Información: Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, año LXIV, septiembre, 2010.

Resolución (2ª) de la DGRN de 5 de octubre de 2009, *in Boletín de Información: Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, año LXIV, septiembre, 2010.

*Tribunal Europeu dos Direitos do Homem:*

TEDH, Processo n.º 18643/91, Beres *vs.* Áustria, acórdão de 06 de janeiro de 1992.

TEDH, Processo n.º 31401/96, Sanders *vs.* França, acórdão de 16 de outubro de 1996.

TEDH, Processo n.º 158262, Abdulaziz e outros *vs.* Reino Unido, acórdão de 28 de maio de 1985.

*Tribunal de Justiça da União Europeia:*

TJUE, Processo n.º C-34/09, Ruiz Zambrano *vs.* ONEm (Bélgica), Grande Sessão, acórdão de 8 de março de 2011.

TJUE, Processo n.º C-434/09, caso Shirley McCarthy *vs.* Secretary of State for the Home Department (Reino Unido), Terceira Secção, acórdão de 5 de maio de 2011.

TJUE, Processo n.º C-256/11, caso Dereci e outros *vs.* Bundesministerium für Inneres (Áustria), Grande Sessão, acórdão de 15 de novembro de 2011.

## RECURSOS ELETRÔNICOS

Boletín Oficial del Estado: [https://www.boe.es/diario\\_boe/](https://www.boe.es/diario_boe/)

Diário da Assembleia da República: <http://www.parlamento.pt/DAR/Paginas/default.aspx>

Diário da República: <https://dre.pt/>

Diário Oficial da União: <http://portal.in.gov.br/>

Dicionário Priberam da Língua Portuguesa: <http://www.priberam.pt/dlpo/>

Direcção-Geral dos Serviços Informáticos: <http://www.dgsi.pt/>

Jornal Oficial da União Europeia: <http://eur-lex.europa.eu/>

Página oficial da Câmara dos Deputados: <http://www2.camara.leg.br/>

Página oficial do Departamento da Polícia Federal: <http://www.pf.gov.br/>

Página oficial do Instituto dos Registos e do Notariado: <http://www.irn.mj.pt/>

Página oficial do Ministério da Justiça: [www.justica.gov.br/](http://www.justica.gov.br/)

Página oficial do Ministerio de Justicia: <http://www.mjusticia.gob.es/>

Página oficial do Ministério das Relações Exteriores: <http://www.brasileirosnomundo.itamaraty.gov.br>

Página oficial da Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa: <http://www.pgdlisboa.pt/>

Página oficial dos Serviços de Estrangeiros e Fronteiras: <http://www.sef.pt/>

Tribunal Constitucional: <http://www.tribunalconstitucional.pt/>

Tribunal Regional Federal da 3ª Região: <http://www.trf3.jus.br/>

Tribunal Regional Federal da 4ª Região: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/>

Tribunal Regional Federal da 5ª Região: <http://www.trf5.jus.br/>

#### *Jornais eletrônicos:*

CALVACANTI, Eduardo, “Casamento internacional: o dote vem em euros”, in *LeiaJa* [online]. 25.07.2012, texto disponível em <http://www.leiaja.com/coluna/2012/casamento-internacional-o-dote-vem-em-euros> [08.09.2015].

“Casamentos de conveniência são cada vez mais investigados pelas autoridades”, in *Jornal de Notícias* [online]. 09.09.2012, texto disponível em <http://m.jn.pt/m/newsArticle?contentId=2760394&related=no> [04.09.2015].

“Casamentos gays usados em fraude”, in *Correio da manhã* [online]. 24.04.2013, texto disponível em <http://www.cmjornal.xl.pt/nacional/portugal/detalhe/casamentos-gays-usados-em-fraude.html> [05.09.2015].

“Caso dos casamentos por conveniência conhece sentença”, in *Correio da Manhã* [online]. 06.07.2011, texto disponível em <http://www.cmjornal.xl.pt/nacional/portugal/detalhe/caso-dos-casamentos-por-conveniencia-conhece-sentenca.html> [05.09.2015].

“Desmantelada rede de casamentos de conveniência com ligações a Portugal”, in *Expresso* [online]. 20.11.2012, texto disponível em <http://expresso.sapo.pt/actualidade/desmantelada-rede-de-casamentos-de-conveniencia-com-ligacoes-a-portugal=f768423> [05.09.2015].

“Estrangeiros dão golpe em brasileiras para obter visto permanente no Brasil”, in *Estrangeiros no Brasil: informação atualizada sobre imigração*. 09.03.2014, texto disponível em <http://www.estrangerosbrasil.com.br/2014/03/09/estrangeros-dao-golpes-em-brasileiras-para-obter-visto-permanente-no-brasil/> [08.09.2015].

“Estrangeiros tentam visto com ‘casamento de aluguel’”, in *Federação Nacional dos Policiais Federais*, 09.07.2012, texto disponível em <http://fenapef.org.br/fenapef/noticia/index/38964> [08.09.2015].

“Europeus pagam R\$ 3 mil para casar com brasileiros”, in *Exame.com* [online], 23.07.2012, texto disponível em <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/europeus-pagam-r-3-mil-para-casar-com-brasileiros> [08.09.2015].

MARTÍN, María, “Casamentos com estrangeiros pela internet tornam-se assunto de Estado”, in *El País*, 24.11.2013, texto disponível em [http://brasil.elpais.com/brasil/2013/11/24/sociedad/1385321768\\_847980.html](http://brasil.elpais.com/brasil/2013/11/24/sociedad/1385321768_847980.html) [08.09.2015].

MARTÍN, María, “Estrangeiros tentam visto com ‘casamento de aluguel’”, in *Folha de São Paulo* [online], 08.07.2012, texto disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/53342-estrangeiros-tentam-visto-com-casamento-de-aluguel.shtml> [10.09.2015].

MARTÍN, María, “Polícia Federal faz vitorias em busca de fraudes em casamentos”, in *Folha de São Paulo* [online], 08.07.2012, texto disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2012/07/116993-policia-federal-faz-vitorias-em-busca-de-fraudes-em-casamentos.shtml?> [10.09.2015].

“Mulheres cobram até R\$ 40 mil para se casarem com estrangeiros no país” in *Fantástico*, Rio de Janeiro/São Paulo, Rede Globo, 23.09.2012. Programa de TV disponível em <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2012/09/mulheres-cobram-ate-r-40-mil-para-se-casarem-com-estrangeiros-no-pais.html> [10.09.2015].

“Noivos por conveniência aumentam em Portugal”, in *TVI24*, 24.07.2006. texto disponível em <http://www.tvi24.iol.pt/legalizar/casamentos/noivos-por-conveniencia-aumentam-em-portugal> [04.09.2015].

PEREIRA, Ana Cristina, “Casamentos entre portugueses e estrangeiros duplicaram em cinco anos”, in *O Público* [online], 26.10.2003, texto disponível em <http://www.publico.pt/destaque/jornal/casamentos-entre-portugueses-e-estrangeiros-duplicaram-em-cinco-anos-206916> [04.09.2015].

“Século XXI é o do povo em movimento – alto comissário do ACNUR, António Guterres” in *Expresso* [online], 06.06.2008, texto disponível em <http://expresso.sapo.pt/feeds/lusa/lusaactualidade/seculo-xxi-e-o-do-povo-em-movimento-alto-comissario-do-acnur-antonio-guterres=f339535> [16.11.2015].