

ANO II – Nº. 04



JUS SCRIPTUM

**Boletim do Núcleo de Estudantes Luso-brasileiros da
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**



JULHO/AGOSTO/SETEMBRO

2006

Jus Scriptum





jusscriptum.pt

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA

EDIÇÃO ESPECIAL DOS VOLUMES 1 A 5

Lisboa – Portugal

Periodicidade Trimestral

ISSN 1645-9024

Diretor da Revista – Editor-In-Chief
Cláudio Cardona

Conselho Editorial – Editorial Board

André Brito, Presidente do NELB
Cláudio Cardona, Diretor da JusScriptum
Paulo Rodrigues, Diretor Científico do NELB
Laura Viana, Diretora Científica interina do NELB
Thiago Santos Rocha, Observador Externo

Conselho Científico – Scientific Advisory Board

Ana Rita Gil
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

André Saddy
Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense

Edvaldo Brito
Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia

Eduardo Vera-Cruz Pinto
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Fernanda Martins
Universidade do Vale do Itajaí

Francisco Rezek
Francisco Resek Sociedade de Advogados

Janaina Matida
Faculdade de Direito da Universidade Alberto Hurtado

Lilian Márcia Balmant Emerich
Faculdade Nacional de Direito - UFRJ

Luciana Costa da Fonseca
Universidade Federal do Pará

Maria Cristina Carmignani
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Maria João Estorninho
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Rosado Pereira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Paula Vaz Freire
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Pedro Romano Martinez
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Rute Saraiva
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sergio Torres Teixeira
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco

Susana Antas Videira
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Corpo de Avaliadores – Review Board

Camila Franco Henriques
Eduardo Alvares de Oliveira
Francine Pinto da Silva Joseph
Isaac Kofi Medeiros
J. Eduardo Amorim
José Antonio Cordeiro de Oliveira
Leonardo Bruno Pereira de Moraes

Marcelo Ribeiro de Oliveira
Marcial Duarte de Sá Filho
Maria Vitoria Galvan Momo
Plínio Régis Baima de Almeida
Rafael Vasconcelos de Araújo Pereira
Rafaela Câmara Silva
Sílvia Gabriel Teixeira

REVISTA JURÍDICA
NELB
Jus
Scriptum

NELB
Núcleo de Estudo
Luso-Brasileiro


FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

REVISTA JURÍDICA
NÚCLEO DE ESTUDO LUSO-BRASILEIRO
FACULDADE DE DIREITO DA ULISBOA
Ano 2 • Volume 2 • Número 4
Jul-Set 2006 • Lisboa – Portugal
Periodicidade Trimestral
ISSN 1645-9024

NELB – Núcleo de Estudo Luso-Brasileiro
Fundado em 07/06/2001
Diretoria do Biênio 2005/06

Isabela Pessanha Chagas, Presidente
Wilson Furtado, Vice-Presidente
Daniela Bandeira de Freitas, Secretária-Geral
Lavinia Cavalcanti Lima Cunha, Diretora Científica
Fabiano Machado, Diretor Social
Helena Maria Vilanova Pacheco, Diretora Financeira

Conselho Editorial:
Adriano Marteleto Godinho
Aiston Henrique de Souza
Ana Cláudia Redecker

Conselho Deliberativo:
Alexandra Barbosa Campos
Gabriela Paes de Carvalho Rocha
Dra. Josyleny Menezes C. Barros

Colaboradores:
Álvaro Regueira
Bruno Pereira

Correspondência: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade, Cidade Universitária - CP 1649014 - Lisboa - Portugal



DIREITO DOS ESTRANGEIROS

– Uma perspectiva de direito internacional privado*

Luís de Lima Pinheiro

Professor da Faculdade de Direito de Lisboa

SUMÁRIO: *I. Noção de Direito dos Estrangeiros. II. Fontes do Direito dos Estrangeiros. III. Direito dos Estrangeiros relevante para o Direito Internacional Privado. IV. Princípio da equiparação. V. Princípio da retaliação. Inconstitucionalidade do art. 14.º/2 CC. VI. Regime privilegiado dos cidadãos dos países de língua portuguesa. Bibliografia.*

I. Noção de Direito dos Estrangeiros

O Direito dos Estrangeiros é tradicionalmente entendido como o conjunto de normas e princípios que definem a condição jurídica dos estrangeiros. Com mais rigor, pode dizer-se que o Direito dos Estrangeiros é o Direito material especial que tem por objecto a situação jurídica dos estrangeiros.

Historicamente o Direito dos Estrangeiros surge com um carácter discriminatório: os estrangeiros são colocados numa posição de desvantagem perante os nacionais.

Mas seria errado supor que todas as normas de Direito dos Estrangeiros estabelecem limitações ou condicionamentos ao gozo de direitos pelos estrangeiros. Casos há em que o regime especial a que são submetidos é mais favorável do que o vigente para os nacionais.

Tal pode resultar tanto do Direito Internacional Público geral, como de disposições internas. Por exemplo, quanto ao direito de indemnização dos estrangeiros titulares de bens nacionalizados a L n.º 80/77 estabeleceu um regime especial, desenvolvido por diversos diplomas

(¹), que se mostrou mais favorável que o aplicável aos nacionais.

II. Fontes do Direito dos Estrangeiros

O Direito dos Estrangeiros vigente na ordem jurídica portuguesa tem fontes supraestaduais e internas.

Desde logo, os estrangeiros gozam da protecção concedida pelo *Direito Internacional Público geral* (²).

O Direito Internacional Público geral obriga a que a condição jurídica dos estrangeiros seja compatível com a dignidade da pessoa humana.

Isto tem como corolários relevantes para o Direito privado:

- o reconhecimento da personalidade jurídica dos indivíduos (regra enunciada no art. 6.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem);

- o mínimo de tutela dos seus direitos pessoais e patrimoniais;

- a não discriminação injustificada dos estrangeiros relativamente aos nacionais;

- a não discriminação injustificada entre estrangeiros – (princípio enunciado no art. 2.º da Declaração Universal dos Direitos do Homem).

Em matéria de investimento internacional assume grande importância prática o regime internacional de protecção do estrangeiro perante a expropriação dos seus bens patrimoniais (³).

Este regime releva, em princípio, no contencioso interestadual, em que o Estado, *maxime* o Estado da nacionalidade do lesado, no quadro da protecção diplomática do seu nacional, faz valer a responsabilidade internacional do Estado causador da lesão.

No entanto, a partir do momento em que se admite o acesso de particulares a jurisdições fundadas no Direito Internacional que podem aplicar este Direito independentemente da mediação de um sistema estadual – como é o caso da arbitragem CIRDI – parece defensável

* - Texto que serviu de base à comunicação apresentada no Seminário Luso-Brasileiro 2006, organizado pelo Núcleo de Estudantes Luso-Brasileiros da Faculdade de Direito de Lisboa, em Maio de 2006.

¹ - Resol. n.º 51-B/77, de 28/2; DL n.º 195/79, de 29/6; DL n.º 31/80, de 6/3. Cf. OLIVEIRA ASCENSÃO – *Nacionalizações e Inconstitucionalidade*, 1988, 545 e segs.

² - Ver JORGE MIRANDA [2004: 140 e segs.] e FAUSTO DE QUADROS [126 e segs.].

³ - Ver FAUSTO DE QUADROS [187 e segs.] e LIMA PINHEIRO [1998: 784 e segs. e 802 e segs.].

que este regime se torna, nestes casos, *directa e imediatamente aplicável aos particulares envolvidos* ⁽⁴⁾.

Quanto ao *Direito Internacional Público convencional*, há a assinalar, quanto aos *tratados multilaterais*, a Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951) e diversos instrumentos em matéria de Direito do Trabalho, designadamente as Convenções da OIT n.ºs 19 (1925), 97 (1949) e 143 (1975) e a Convenção Europeia Relativa ao Estatuto Jurídico do Trabalhador Migrante (Estrasburgo, 1977) ⁽⁵⁾.

Importa ainda referir a incidência que as convenções em matéria de direitos fundamentais podem ter sobre o Direito dos Estrangeiros ⁽⁶⁾. Os Estados não são obrigados a permitir a entrada de estrangeiros no seu território. Mas a partir do momento em que admitam a entrada de estrangeiros ficam obrigados não só ao mínimo de tutela imposto pelo Direito Internacional Público geral mas também a assegurar os direitos consagrados nos instrumentos internacionais a que estejam vinculados.

Estas convenções não constituem, porém, fonte do Direito dos Estrangeiros, uma vez que têm por objecto a protecção de direitos fundamentais tanto de nacionais como de estrangeiros.

Os *tratados bilaterais* são uma importante fonte de Direito dos Estrangeiros.

Há a referir, por um lado, o Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta entre Portugal e o Brasil (2000), que entrou em vigor em 5/9/2001, e os Acordos celebrados com Cabo Verde e a Guiné-Bissau sobre o Estatuto das Pessoas e o Regime dos seus Bens (1976). Estes instrumentos são adiante examinados. Embora com interesse diminuto para o Direito Internacional Privado, podem ainda mencionar-se os Acordos Gerais sobre Migração celebrados com Cabo Verde (1976), S. Tomé e Príncipe (1978) e Guiné-Bissau (1979) e o Acordo sobre Migração Temporária celebrado com a Ucrânia (2003).

Por outro lado, Portugal celebrou um número elevado de acordos sobre a promoção e a protecção recíproca de investimentos, que tendem para uma certa uniformização. Geralmente estes tratados contêm as

cláusulas de tratamento nacional e de nação mais favorecida e estabelecem garantias para os investidores, designadamente com respeito à expropriação e às transferências de valores relacionadas com os investimentos.

Pela cláusula de tratamento nacional (igualdade de tratamento ou assimilação) cada um dos Estados contratantes obriga-se a conceder aos investidores da outra Parte um tratamento não menos favorável do que o concedido aos seus próprios investidores. Trata-se por conseguinte, de uma cláusula de não discriminação negativa dos estrangeiros em razão da sua qualidade. As normas de Direito dos Estrangeiros que estabeleçam limitações ou condicionamentos ao gozo de direitos por estrangeiros não devem ser aplicadas aos investidores da outra Parte contratante ⁽⁷⁾.

Pela cláusula de nação mais favorecida cada um dos Estados contratantes obriga-se a conceder aos investidores da outra Parte o tratamento mais favorável que seja concedido a investidores de terceiros Estados.

Em matéria de expropriação tem-se consagrado que os investimentos só podem ser objecto de expropriação ou nacionalização por força da lei, no interesse público, sem carácter discriminatório e mediante pronta indemnização. Determina-se ainda que a indemnização deverá corresponder ao valor de mercado que os investimentos expropriados tinham à data imediatamente anterior ao momento em que a expropriação se tornar do conhecimento público e que deverá ser “pronta, efectiva, adequada e livremente transferível”. Segue-se, deste modo, a chamada “fórmula de Hull”, que confere o direito a uma indemnização pronta, integral e efectiva ⁽⁸⁾.

O *Direito Comunitário* também tem uma incidência importante sobre o Direito dos Estrangeiros, uma vez que o Tratado que institui a Comunidade Europeia consagra o princípio da não discriminação em razão da nacionalidade dentro do seu âmbito de aplicação (art. 12.º) ⁽⁹⁾. O âmbito de aplicação do Tratado é

⁴ - Ver LIMA PINHEIRO [2002: 237 e segs.].

⁵ - Ver LIMA PINHEIRO [2002: 204 e seg.].

⁶ - Cf. BATIFFOL/LAGARDE [I 240 e segs.].

⁷ - Ver ainda BATIFFOL/LAGARDE [I 310 e segs.].

⁸ - Ver FAUSTO DE QUADROS [18 e seg., 308 e segs., 314 e segs., 357 e segs. e 362 e segs.] e LIMA PINHEIRO [1998: 785 e n. 228].

⁹ - Ver RIGAUX [1992: 346 e segs.] e BATIFFOL/LAGARDE [I 318 e segs.].

entendido em sentido amplo, abrangendo as normas nacionais que tenham uma incidência directa ou indirecta sobre as liberdades comunitárias⁽¹⁰⁾. O princípio da não discriminação é concretizado em sede das liberdades de circulação de pessoas, estabelecimento e prestação de serviços.

A liberdade de circulação de pessoas tem óbvia incidência sobre o regime administrativo da entrada, permanência e saída de estrangeiros. No contexto desta liberdade, o princípio da não discriminação assume algum significado para o Direito privado, designadamente no que toca ao princípio da igualdade de tratamento dos trabalhadores nacionais de outros Estados-Membros da União Europeia⁽¹¹⁾.

As concretizações do princípio da não discriminação em matéria de direito de estabelecimento e de liberdade de prestação de serviços concernem em primeira linha ao Direito Económico, mas não deixam de ter incidência em situações “privadas” e, ainda que muito limitadamente, sobre o Direito privado dos Estados-Membros.

Quanto ao direito de estabelecimento, o art. 43.º/2 do Tratado determina que a “liberdade de estabelecimento compreende tanto o acesso às actividades não assalariadas e o seu exercício, como a constituição e a gestão de empresas e designadamente de sociedades (...), nas condições definidas na legislação do país de estabelecimento para os seus próprios nacionais, sem prejuízo do disposto no capítulo relativo aos capitais”.

Tem-se entendido que a proibição de discriminação não se refere unicamente a regras específicas concernentes ao exercício de actividades profissionais, mas também às que excluem, limitam ou fazem depender de determinados requisitos o exercício de direitos normalmente ligados a uma actividade independente, como, por exemplo, a celebração de contratos de prestação de serviços e de locação e a

aquisição e utilização de direitos reais e de direitos de propriedade intelectual⁽¹²⁾.

Acrescente-se que a supressão de medidas discriminatória não é total, visto que o art. 46.º/1 ressalva “a aplicabilidade das disposições legislativas, regulamentares e administrativas, que prevejam um regime especial para estrangeiros e sejam justificadas por razões de ordem pública, segurança pública e saúde pública.”

No que se refere à liberdade de prestação de serviços, o art. 49.º do Tratado determina que “as restrições à livre prestação de serviços na Comunidade são proibidas em relação aos nacionais de Estados-Membros estabelecidos num Estado da Comunidade que não seja o do destinatário da prestação” e o art. 50.º/3 estabelece que sem “prejuízo do disposto no capítulo relativo ao direito de estabelecimento, o prestador de serviços pode, para a execução da prestação, exercer, a título temporário, a sua actividade no Estado onde a prestação é realizada, nas mesmas condições que esse Estado impõe aos seus próprios nacionais”⁽¹³⁾.

Segundo o entendimento consagrado pela jurisprudência comunitária, findo o período de transição estabelecido para a adopção de directivas para a realização do direito de estabelecimento e da liberdade de prestação de serviços os arts. 43.º e 49.º produzem efeito directo na ordem interna dos Estados-Membros e podem, por isso, ser invocados pelos particulares⁽¹⁴⁾.

Enfim, temos as *fontes internas*, que, como veremos em seguida, assumem especial relevância para o Direito Internacional Privado.

III. Direito dos Estrangeiros relevante para o Direito Internacional Privado

¹⁰ - Ver Michael WILDERSPIN e Xavier LEWIS – “Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres”, *R. crit.* 91 (2002) 1-37 e 289-313, 6 e segs. Ver ainda MARIA LUÍSA DUARTE - *A Liberdade de Circulação de Pessoas e a Ordem Pública no Direito Comunitário*, Coimbra, 1992, 184 e segs., e Takis TRIDIMAS – *The General Principles of EC Law*, Oxford, 1999, 81 e segs.

¹¹ - Ver LIMA PINHEIRO [2002: 149 e segs.].

¹² - Cf. Título III do Programa Geral para a Eliminação de Restrições à Liberdade de Estabelecimento, do Conselho (1961). Ver ainda João MOTA DE CAMPOS – *Manual de Direito Comunitário*, Lisboa, 2000, 556.

¹³ - Além disso o art. 54.º determina que enquanto “não forem suprimidas as restrições à livre prestação de serviços, cada Estado aplicá-las-á, sem qualquer distinção em razão da nacionalidade ou da residência, a todos os prestadores de serviços referidos no primeiro parágrafo do art. 49.º”.

¹⁴ - Cf. MOTA DE CAMPOS, op. cit. 557 e seg.

Encontramos normas de Direito dos Estrangeiros nos mais variados ramos do Direito público e do Direito privado, designadamente, no Direito Constitucional, no Direito Civil, no Direito do Trabalho, no Direito Penal, no Direito Administrativo e no Direito da Economia. Ao Direito Internacional Privado só interessam os princípios gerais sobre a condição jurídica dos estrangeiros e as normas com incidência nas situações “privadas”.

Podemos então distinguir entre:

- princípios gerais sobre a condição jurídica dos estrangeiros que constam do art. 15.º CRP e do art. 14.º/1 e /2 CC e

- normas materiais que estabelecem um tratamento diferenciado para os estrangeiros, sejam eles pessoas singulares ou colectivas.

Estas normas são Direito material especial que limita ou complementa o sistema de Direito de Conflitos e que, em certos casos, constitui um instrumento de intervenção económica do Estado nas relações “privadas” internacionais.

Vejamos qual o conteúdo possível destas normas.

Primeiro, estas normas podem estabelecer *limites à personalidade jurídica e à capacidade genérica de gozo*.

Historicamente estes limites existiram. São hoje inadmissíveis, quanto às pessoas singulares, à face do Direito Internacional Público. Só são admissíveis limites deste tipo relativamente às pessoas colectivas. No entanto, geralmente, estes limites são referidos às pessoas colectivas de estatuto pessoal estrangeiro e não às pessoas colectivas estrangeiras. No Direito português vigente não há limites à personalidade jurídica ou à capacidade genérica de gozo de pessoas colectivas estrangeiras.

Em segundo lugar, as normas de Direito dos Estrangeiros podem estabelecer *limites à capacidade específica de gozo*.

Por exemplo, o DL n.º 280/2001, de 23/10, estabelece que os tripulantes de embarcações nacionais devem ter nacionalidade portuguesa, ou de um país membro da União Europeia, e que o comandante deve ter a nacionalidade portuguesa, salvo nos casos devidamente autorizados pelo Instituto Marítimo-Portuário e

fundamentados em razões de carência de mão-de-obra no sector (art. 61.º) ⁽¹⁵⁾.

São hoje raras as normas de Direito privado “tradicional” que estabelecem incapacidades específicas de gozo para os estrangeiros.

Já são fáceis de encontrar exemplos de normas que condicionam o gozo de certos direitos à reciprocidade. É o caso do art. 64.º do Código do Direito de Autor e do art. 3.º/3 do Código da Propriedade Industrial.

Também há normas de Direito da Economia com incidência sobre relações privadas que limitam a capacidade específica de gozo de estrangeiros. Contam-se aqui as normas que vedam aos estrangeiros o direito de estabelecimento ou que limitam as aquisições por estrangeiros nas privatizações do sector empresarial do Estado.

Entre nós vigora hoje o princípio da liberdade de estabelecimento tanto para nacionais como para estrangeiros, quer por força do Direito Comunitário, no que toca aos indivíduos nacionais de outros Estados-Membros e a sociedades comunitárias, quer por força do Direito interno, para os outros estrangeiros (DL n.º 214/86, de 2/8).

Enfim temos normas que estabelecem *outras formas de tratamento diferenciado de estrangeiros*.

É o caso das normas que estabeleçam um regime especial para relações privadas em atenção à nacionalidade estrangeira de um dos sujeitos. Por exemplo, o Código do Trabalho determina que o contrato de trabalho celebrado com um cidadão estrangeiro, para a prestação de trabalho em território português, está sujeito a forma escrita e às formalidades reguladas em legislação especial (arts. 88.º/1 e 103.º/1/d) ⁽¹⁶⁾.

¹⁵ - Outro exemplo era, na vigência do DL n.º 97/77, de 17/3, os estrangeiros não poderem ocupar mais do que 10% dos postos de trabalho nas empresas que exercem actividade no território português (art. 2.º). Mas este diploma foi revogado pelo DL n.º 20/98, de 12/5.

¹⁶ - Ver arts. 158.º e seg. da L. n.º 35/2004, de 29/7, que regulamenta o C. Trab. O n.º 2 do art. 88.º do mesmo diploma, porém, exceptua os “contratos de trabalho com cidadãos nacionais dos países membros do Espaço Económico Europeu e dos países que consagram a igualdade de tratamento com os cidadãos nacionais, em matéria de livre exercício de actividades profissionais”. Não se vislumbra a razão de ser desta excepção, nem a relação entre a forma do contrato de trabalho de estrangeiro e o livre exercício de actividades profissionais.

IV. Princípio da equiparação

Quanto à definição da situação jurídico-privada dos estrangeiros pelo Direito interno, os dois principais sistemas são o da reciprocidade e o da equiparação.

De acordo com o *sistema da reciprocidade* os estrangeiros não poderão gozar, no Estado local, dos direitos privados que, em igualdade de circunstâncias, não forem reconhecidos pelo Estado da sua nacionalidade aos nacionais do Estado local.

Segundo o *sistema da equiparação* da qualidade de estrangeiro não decorre por si, automaticamente, qualquer restrição à capacidade de gozo de direitos privados⁽¹⁷⁾.

O art. 15.º CRP consagra o sistema da equiparação em relação à generalidade dos direitos, com excepção dos direitos políticos e do exercício das funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico.

Com efeito, determina o n.º 1 do art. 15.º “Os estrangeiros e os apátridas que se encontrem ou residam em Portugal gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres do cidadão português”.

Nos termos do n.º 2 “Exceptuam-se do disposto no número anterior os direitos políticos, o exercício das funções públicas que não tenham carácter predominantemente técnico e os direitos e deveres reservados pela Constituição e pela lei exclusivamente aos cidadãos portugueses.”

A equiparação em matéria de direitos civis já se encontrava estabelecida no n.º 1 do art. 14.º CC, mas, como veremos, o n.º 2 deste artigo limita-a através de um princípio de retaliação.

De onde decorre que, em matéria de direitos privados, os estrangeiros só verão a sua capacidade de gozo limitada pelas normas de Direito dos estrangeiros que reservem uma determinada categoria de direitos aos portugueses.

Sendo a equiparação a regra, todas as excepções têm de ser *justificadas*, por forma a respeitarem os princípios da igualdade e da proporcionalidade, e

limitadas (18), por forma a não invertermem o princípio da equiparação (19). Estas excepções só podem ser estabelecidas através de lei formal da AR ou do Governo, quando autorizado pela AR (art. 165.º/1/b)⁽²⁰⁾.

Em qualquer caso, os estrangeiros não podem ser privados do gozo de certos direitos. É o que decorre expressamente da Constituição relativamente a certos direitos dos trabalhadores (art. 59.º/1)⁽²¹⁾. É também o que se verifica com os direitos, liberdades e garantias pessoais, consagrados no Cap. I do Título II da Parte I da Constituição, por se tratar de direitos de todos os seres humanos, de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana (22). O mesmo se diga de direitos fundamentais de natureza análoga (cf. art. 17.º CRP) que

¹⁸ - Cf. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA [Art. 15.º an. IV] e JORGE MIRANDA [2004: 150]. O TC, no ac. n.º 54/87, de 10/2 [DR n.º 63, de 17/3/1987, p. 1070], afirmou que a reserva de certos direitos exclusivamente a cidadãos portugueses não pode ser feita de forma arbitrária, desnecessária ou desproporcionada.

¹⁹ - Cf. JORGE MIRANDA [2004: 150]. Segundo VIEIRA DE ANDRADE – *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa*, Coimbra, 1983, 184, as leis que reservem direitos aos cidadãos portugueses são leis restritivas para efeitos do art. 18.º. O autor mantém esta posição na 3.ª ed., de 2004, 130 e segs. O mesmo entendimento foi seguido no Parecer PGR n.º 6/94, de 27/10/94 [in *Pareceres da PGR*, vol. I, 259] e pelo TC no ac. n.º 345/2002, de 10/10 [DR n.º 234, de 10/10/2002 p. 6745]. Mas esta opinião não parece corresponder ao sentido ao art. 15.º que é o de admitir que o legislador reserve determinada categoria de direitos aos portugueses quando entenda que tal é justificado por qualquer finalidade político-jurídica compatível com a Constituição e não, necessariamente, quando tal for imposto por outras normas constitucionais.

²⁰ - Cf. Ac. n.º 255/2002 do TC [DR n.º 155, de 8/7/2002, 5237], GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA [Art. 15.º an. IV] e JORGE MIRANDA [2004: 150].

²¹ - MOURA RAMOS [1984 n.º 2] defende que também estão nesta situação os direitos, liberdades e garantias insusceptíveis de suspensão em caso de estado de sítio.

²² - A Lei n.º 134/99, de 28/8, por forma algo surpreendente, veio equiparar a diferença de tratamento em razão da nacionalidade à discriminação racial. Esta lei proíbe qualquer diferença de tratamento “que tenha por objectivo ou produza como resultado a anulação ou restrição do reconhecimento, fruição ou exercício, em condições de igualdade, de direitos, liberdades e garantias ou de direitos económicos, sociais e culturais” (art. 3.º/1). Entre as práticas discriminatórias enuncia o “impedimento ou limitação ao acesso e exercício normal de uma actividade económica” (art. 4.º/1/d) o que leva a questionar se é intenção do legislador revogar todas as normas de Direito dos estrangeiros vigentes nesta matéria. A resposta é aparentemente negativa, porque a presente lei não prejudica as disposições de lei (formal) que restrinjam o reconhecimento de certos direitos a determinadas pessoas (art. 3.º/3). Por outro lado, nada impede que, no futuro, a lei formal venha a estabelecer, dentro dos limites fixados pela constituição, normas de Direito dos estrangeiros que derroguem o disposto na Lei n.º 134/99.

¹⁷ - Ver comentário ao art. 1.º do Anteprojecto de 1951.

sejam indissociáveis de princípios gerais com projecção imediata nos direitos, liberdades e garantias, como é o caso do direito de acesso ao Direito (art. 20.º/1 e /2 CRP), do direito de resistência (art. 21.º CRP), do direito a indemnização por prejuízos causados por acções ou omissões de entidades públicas (art. 22.º CRP) e do direito de queixa ao Provedor de Justiça (art. 23.º).

Se a lei pode, em termos absolutos, reservar aos portugueses o gozo de determinada categoria de direitos privados, também o pode fazer em termos relativos, através de cláusulas de reciprocidade⁽²³⁾. É o que se verifica, por exemplo, em matéria de propriedade industrial, nos termos do art. 3.º/3 do respectivo Código.

Mas seria inconstitucional uma lei que estabelecesse a reciprocidade com respeito à generalidade dos direitos privados, pois inverteria o princípio da equiparação.

Se os estrangeiros não podem ser privados de certo direito fundamental, também não pode sujeitar-se o gozo desse direito a uma cláusula de reciprocidade. É por isso inconstitucional a L n.º 34/2004, de 29/7, quando só reconhece o direito a protecção jurídica a estrangeiros não residentes num Estado-Membro da União Europeia “na medida em que ele seja atribuído aos portugueses pelas leis dos respectivos Estados” (art. 7.º/2)⁽²⁴⁾. Com efeito o direito à protecção jurídica é um corolário do direito de acesso ao Direito tal como se encontra consagrado no art. 20.º/1 e /2 CRP.

O princípio da equiparação não significa uma assimilação dos estrangeiros aos nacionais, pelos quais os primeiros teriam os mesmos direitos privados que os segundos⁽²⁵⁾. Assim, por exemplo, do princípio da equiparação não decorre que os espanhóis gozem em Portugal dos mesmos direitos de personalidade que os portugueses, porque a lei aplicável aos direitos de

personalidade dos espanhóis é, em princípio, a lei espanhola⁽²⁶⁾.

Ao nível do Direito de Conflitos, equiparar um português a um espanhol em matéria de estatuto pessoal traduz-se na aplicação, a cada um deles, da lei da nacionalidade, e na atribuição dos direitos concedidos por esta lei.

O art. 15.º só se refere aos estrangeiros e apátridas que residam ou se encontrem em Portugal, no pressuposto que só relativamente a estes se colocam problemas de gozo de direitos perante a ordem jurídica portuguesa. Mas não é assim, pelo menos no domínio dos direitos privados. O problema também se pode colocar relativamente a um estrangeiro ou apátrida que não resida nem se encontre em Portugal. Parece claro que o princípio da equiparação vale igualmente para este caso, sendo o art. 15.º CRP aplicável por analogia⁽²⁷⁾.

V. Princípio da retaliação. Inconstitucionalidade do art. 14.º/2 CC

O n.º 2 do art. 14.º CC consagra um princípio de retaliação: não são “reconhecidos aos estrangeiros os direitos que, sendo atribuídos pelo respectivo Estado aos seus nacionais, o não sejam aos portugueses em igualdade de circunstâncias”.

Segundo o comentário ao Anteprojecto de 1951, da autoria de FERRER CORREIA, consagra-se aqui uma “reciprocidade legislativa ou de facto”. Mas, em rigor, trata-se de algo de distinto da reciprocidade. O n.º 2 do art. 14.º actua quando no país de origem do estrangeiro os estrangeiros em geral ou os portugueses em particular são vítimas de discriminação. Quando se verifique esta discriminação o preceito retalia mediante a exclusão do gozo do direito por parte do estrangeiro. Consagra-se, pois, um princípio da retaliação⁽²⁸⁾.

²³ - Cf. Parecer PGR n.º 65/82, de 22/7 [BMJ 325: 294] e JORGE MIRANDA [op. cit. 149].

²⁴ - Ver, em relação à legislação anterior, Acs. TC n.º 316/95, de 20/6/95 [Acórdãos do Tribunal Constitucional 31 (1995) 491] e n.º 365/2000, de 5/7/2000 [BMJ 499: 40].

²⁵ - Cf. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1970: 29], BAPTISTA MACHADO [1982: 19] e JORGE MIRANDA [2004: 155].

²⁶ - Há um núcleo fundamental de direitos de personalidade que decorre do próprio Direito Internacional Público geral e da Constituição portuguesa, mas para além disso pode haver diferenças importantes entre o sistema português e sistemas estrangeiros.

²⁷ - No mesmo sentido, MARQUES DOS SANTOS – “Quem manda mais...”, 48.

²⁸ - Cf. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [op. cit. 25 e segs.].

A entrada em vigor da Constituição de 1976 não terá desencadeado a inconstitucionalidade do art. 14.º/2 CC?

A este respeito defrontam-se duas teses.

A tese da constitucionalidade é defendida por JORGE MIRANDA com base num argumento de maioria de razão ⁽²⁹⁾: se a lei pode reservar exclusivamente a portugueses certos direitos, também pode não conceder a estrangeiros direitos civis que o respectivo Estado não conceda aos portugueses. Só não seria assim se a aplicação da “regra da reciprocidade” levasse à inversão do princípio da equiparação, o que não seria o caso. No mesmo sentido se veio pronunciar FERRER CORREIA ⁽³⁰⁾.

A tese da inconstitucionalidade conta com os sufrágios de CASTRO MENDES e ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO ⁽³¹⁾. A minha adesão a esta tese decorre do anteriormente exposto com respeito à reciprocidade.

A admissibilidade de uma cláusula geral de retaliação, que abrange a generalidade dos direitos privados, significaria estabelecer, neste domínio, um sistema de retaliação em contradição com o princípio consagrado no art. 15.º CRP. O n.º 2 do art. 15.º, consagrando uma restrição a um direito fundamental, deve ser interpretado restritivamente: quaisquer restrições à capacidade de gozo dos estrangeiros têm de ser estabelecidas para categorias bem delimitadas de direitos, em atenção à sua natureza.

Por acréscimo, a diferença de tratamento entre estrangeiros a que levaria essa cláusula de retaliação, se não é incompatível como o Direito Internacional Público, já o seria perante o princípio da igualdade consagrado no art. 13.º CRP. Este princípio só admite uma distinção entre estrangeiros que tenha fundamento material bastante, o que não parece ser o caso.

VI. Regime privilegiado dos cidadãos dos países de língua portuguesa

O n.º 3 do art. 15.º CRP permite uma discriminação positiva dos estrangeiros originários de países de língua portuguesa, i.e., que estes estrangeiros possam gozar de direitos que são vedados a outros estrangeiros.

Até à revisão constitucional de 2001, esta discriminação positiva dependia da celebração de convenções internacionais com os Estados da nacionalidade dos estrangeiros em causa. Os seus beneficiários eram, por isso, os brasileiros, nos termos da Convenção de Brasília sobre a Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses (1971) e os caboverdianos e guineenses nos termos dos Acordos Especiais Reguladores do Estatuto de Pessoas e Bens celebrados com Cabo Verde e com a Guiné-Bissau.

A revisão constitucional de 2001, além de alargar o âmbito dos direitos políticos de que podem gozar os estrangeiros originários de países de língua portuguesa, suprimiu a expressão “mediante convenção internacional”, acrescentando, por outro lado, a expressão “nos termos da lei”.

O art. 15.º/3 passou assim, a ter a seguinte redação: “Aos cidadãos dos Estados de língua portuguesa com residência permanente em Portugal são reconhecidos, nos termos da lei e em condições de reciprocidade, direitos não conferidos a estrangeiros, salvo o acesso aos cargos de Presidente da República, Presidente da Assembleia da República, Primeiro-Ministro, Presidentes dos tribunais supremos e o serviço nas Forças Armadas e na carreira diplomática.”

Perante os trabalhos preparatórios da revisão constitucional, não é líquido que o legislador constitucional tenha tido plena consciência do alcance da supressão da referência à convenção internacional, e não é claro o sentido do aditamento da expressão “nos termos da lei” ⁽³²⁾.

²⁹ - 2004: 155. Aparentemente no mesmo sentido CARLOS FERNANDES – *Lições de Direito Internacional Privado*, vol. I, Coimbra, 1994, 120.

³⁰ - 2000: 78.

³¹ - Cf. CASTRO MENDES – *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. I, Lisboa, 1978, 253 e seg. No mesmo sentido CARVALHO FERNANDES – *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, 3.ª ed., Lisboa, 2001, 237.

³² - Ver designadamente a Acta da Comissão Eventual para a Revisão Constitucional de 26/6/2001. Ver ainda JORGE MIRANDA [2004: 151 e n. 1].

Mas como a interpretação tem como ponto de partida e limite o sentido literal, parece inevitável reconhecer que a atribuição a estrangeiros originários dos Estados de língua portuguesa de direitos vedados a outros estrangeiros deixa de depender da celebração de convenções internacionais com estes Estados.

Por outro lado, a expressão “nos termos da lei” poderia querer significar que a atribuição destes direitos fica dependente da lei ordinária. Mas esta interpretação não se ajusta nem ao novo texto do art. 15.º/3, em que se lê “são reconhecidos (...) direitos”, em lugar de “podem ser atribuídos (...) direitos”, que constava da redacção anterior, nem à intenção do legislador constitucional, evidenciada pelos trabalhos preparatórios, de fazer depender o gozo dos direitos em causa apenas da reciprocidade por parte do Estado da nacionalidade dos estrangeiros em causa.

Segundo outra interpretação possível, pertencerá à lei ordinária regular a forma por que se processa o reconhecimento, i.e., os procedimentos de que depende o reconhecimento, aos estrangeiros originários de Estados de língua portuguesa, dos direitos não conferidos a outros estrangeiros. A seguir-se esta interpretação, o art. 15.º/3 CRP carece, para ser aplicado, de regulamentação pela lei ordinária. A favor deste entendimento pesam duas considerações. Por um lado, importa conferir um sentido útil à expressão “nos termos da lei”. Por outro, seria de todo inconveniente que determinados direitos (designadamente direitos políticos) pudessem ser exercidos sem uma verificação prévia das condições de reconhecimento, por decisão administrativa tomada pela autoridade competente.

Em sentido contrário, porém, pode argumentar-se que nem no texto constitucional nem nos trabalhos preparatórios se encontra qualquer referência à necessidade de um procedimento prévio para o reconhecimento dos referidos direitos. Acresce que, se a aplicação do art. 15.º/3 CRP dependesse sempre de regulamentação pela lei ordinária, verificar-se-ia um recuo em relação à situação anterior no que toca aos caboverdianos e guineenses, que beneficiam do disposto nos Acordos Especiais Reguladores do Estatuto de Pessoas e Bens celebrados com Cabo Verde e com a

Guiné-Bissau, sem que exista qualquer regulamentação pela lei ordinária.

Sopesados os diferentes argumentos, inclino-me no sentido de entender que só será necessária uma regulamentação do art. 15.º/3 CRP pela lei ordinária quando não exista uma convenção internacional celebrada com o Estado da nacionalidade dos estrangeiros em causa ou quando esta convenção careça de medidas de execução no Direito interno dos Estados contratantes (como é o caso do Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta celebrado com o Brasil).

Qual o significado deste estatuto privilegiado dos estrangeiros originários de países de língua portuguesa?

Quanto aos direitos privados, este estatuto não significa que os estrangeiros originários de países de língua portuguesa, com residência permanente em Portugal, tenham os mesmos direitos que os portugueses. Significa antes a inaplicabilidade a estes estrangeiros das normas de Direito dos Estrangeiros que estabeleçam limitações à sua capacidade de gozo. De harmonia com o sublinhado com respeito ao princípio da equiparação, o art. 15.º/3 em nada prejudica que os direitos privados dos nacionais de outros países de língua portuguesa que residam em Portugal sejam diferentes dos direitos privados dos portugueses, por ser diferente a lei aplicável segundo o Direito de Conflitos.

Examinemos agora, com brevidade, as convenções internacionais relevantes no quadro definido pelo art. 15.º/3 da Constituição.

A *Convenção de Brasília sobre a Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses* (1971) determinava, nos seus arts. 1.º e 5.º, que podia ser concedido, por acto individual, um estatuto de igualdade com os respectivos nacionais aos brasileiros residentes em Portugal e aos portugueses residentes no Brasil.

Este estatuto de igualdade significava principalmente a inaplicabilidade aos brasileiros que residam em Portugal das limitações à sua capacidade de gozo decorrentes das normas de Direito dos Estrangeiros em vigor na nossa ordem jurídica e vice-versa⁽³³⁾.

³³ - Cf. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1973: 7]. Ver arts. 15.º e 25.º do DL n.º 126/72, de 22/4.

O estatuto de igualdade subdividia-se em estatuto geral de igualdade, que não incluía os direitos políticos e deveres correspondentes, e estatuto especial de igualdade de direitos políticos. O estatuto geral de igualdade pressupunha residência permanente no país em que é requerido. O estatuto especial de igualdade de direitos políticos pressupunha residência permanente durante cinco anos (art. 7.º).

A Convenção de Brasília foi entretanto revogada pelo *Tratado de Amizade, Cooperação e Consulta entre Portugal e o Brasil* (2000). Também este Tratado prevê, nos termos dos arts. 12.º e segs., a concessão por acto individual de um estatuto de igualdade, que pressupõe a residência habitual no país em que é requerido. O significado deste estatuto de igualdade é essencialmente o mesmo que perante a Convenção de Brasília.

Também este estatuto de igualdade admite dois graus, uma vez que o gozo de direitos políticos depende, à face deste Tratado, de um requerimento específico e de três anos de residência habitual no país em que é requerido (art. 17.º/1).

O DL n.º 154/2003, de 15/7, veio regulamentar a aplicação do Tratado, no que respeita ao regime processual de atribuição e registo do estatuto de igualdade aos cidadãos brasileiros residentes em Portugal bem como o reflexo em Portugal da atribuição do estatuto de igualdade a cidadãos portugueses residentes no Brasil.

Os *Acordos Especiais Reguladores do Estatuto de Pessoas e Bens celebrados com Cabo Verde e com a Guiné-Bissau* estabelecem a igualdade de tratamento, designadamente no que respeita ao exercício dos direitos civis e ao acesso e exercício de actividades económicas e profissões liberais⁽³⁴⁾.

Esta igualdade de tratamento também exprime uma ideia de inaplicabilidade das normas de Direito dos Estrangeiros que limitem a capacidade de gozo de direitos ou estabeleçam um regime mais gravoso para o seu exercício, sem prejuízo do funcionamento do Direito de Conflitos. Neste ponto, todavia, estes acordos prestam-se a mais equívocos, sugerindo, por vezes, mais uma assimilação, de acordo com um princípio de tratamento nacional, que uma não discriminação. Veja-se

designadamente o art. 3.º destes acordos quanto às sociedades civis e comerciais.

BIBLIOGRAFIA

- BATIFFOL, Henri e Paul LAGARDE
1993 – *Droit international privé*, vol. I, 8.ª ed., Paris.
- CANOTILHO, J. GOMES (org.) – *Direitos Humanos, Estrangeiros, Comunidades Migrantes e Minorias*, Oeiras, 2000
- CANOTILHO, J. GOMES e VITAL MOREIRA
1993 – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.ª ed., Coimbra, 1993.
- COLLAÇO, ISABEL DE MAGALHÃES
1970 – *Direito Internacional Privado. Sistema de normas de conflitos portuguesas. Direito dos estrangeiros* (Apontamentos das Lições 1969/1970), Lisboa, 1970.
1973 – *Direito Internacional Privado. Direito dos Estrangeiros. Da situação dos brasileiros* (Apontamentos das Lições 1972/1973), Lisboa.
- CORREIA, António FERRER
2000 – *Lições de Direito Internacional Privado I*, Coimbra.
- MACHADO, J. BAPTISTA
1982 – *Lições de Direito Internacional Privado*, (apontamentos das aulas teóricas do ano lectivo de 1971/1972 na Faculdade de Direito de Coimbra), 2.ª ed., Coimbra.
- MIRANDA, JORGE
2004 – *Manual de Direito Constitucional*, t. III, 5.ª ed., Coimbra.
- RAMOS, Rui MOURA
1984 – “Estrangeiro”, in *Enc. Polis*, vol. II.
1990/1993 – “La double nationalité et les liens spéciaux avec d’autres pays. Les développements et les perspectives au Portugal”, *RDE* 16/19 (1990/1993) 577-605.
1996 – “Nationalité, Plurinationalité et Supranationalité en Droit Portugais”, *Archiv des Völkerrechts* 34 (1996) 96-119.
- RIGAUX, François
1992 – “Droit international privé et droit communautaire”, in *Mélanges Yvon LOUSSOUARN*, 341-

³⁴ - Ver MOURA RAMOS [1996: 116 e segs.].

354.

PINHEIRO, Luís de LIMA

1998 – *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Almedina, Lisboa.

2002 – *Direito Internacional Privado*, vol. II – *Direito de Conflitos. Parte Especial*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra.

QUADROS, FAUSTO DE

1998 – *A Protecção da Propriedade Privada pelo Direito Internacional Público*, Coimbra, 1998.

SANTOS, António MARQUES DOS

s.d. – “Quem manda mais - a residência ou a nacionalidade?”, in *Studia Iuridica* (BFDC) 68: 41-53.