

Data enia

REVISTA JURÍDICA DIGITAL

9

NOVEMBRO 2018

A Data Venia é uma revista científico-jurídica em formato digital, tendo por objeto a publicação de doutrina, artigos, estudos, ensaios, teses, pareceres, crítica legislativa e jurisprudencial, apoiando igualmente os trabalhos de *legal research* e de *legal writing*, visando o aprofundamento do conhecimento técnico, a livre e fundamentada discussão de temas inéditos, a partilha de experiências, reflexões e/ou investigação.

As opiniões expressas são da exclusiva responsabilidade dos respectivos autores e não traduzem necessariamente a opinião dos demais autores da *Data Venia* nem da sua administração.

A citação, transcrição ou reprodução dos conteúdos desta revista estão sujeitas ao Código de Direito de Autor e Direitos Conexos.

É proibida a reprodução ou compilação de conteúdos para fins comerciais ou publicitários, sem a expressa e prévia autorização da Administração da Data Venia e dos respectivos Autores

índice

- DIREITO DA NACIONALIDADE
- 005** *Alterações em sede de oposição à aquisição da nacionalidade portuguesa*
António Xavier Beirão, Procurador da República
- DIREITO PROCESSUAL PENAL E DIREITO CONSTITUCIONAL
- 027** *Conformação constitucional das presunções hominis no âmbito do processo penal*
Aquilina Ribeiro, Advogada
- DIREITO PENAL E DIREITO CONSTITUCIONAL
- 067** *A natureza jurídico-penal das imunidades dos titulares dos órgãos políticos de soberania*
Afonso Leitão, Advogado
- PROVA EM DIREITO PROCESSUAL
- 121** *Os limites da valoração da prova gravada por parte dos Tribunais de Recurso*
Aquilina Ribeiro, Advogada
- DIREITO CONSTITUCIONAL E ARBITRAGEM
- 161** *Da inconstitucionalidade do artigo 5.º, n.º 1, da Lei n.º 63/2011 de 14 de Dezembro*
Narciso Magalhães Rodrigues, Juiz de Direito
- PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS
- 197** *A Eurojust e a proteção de dados pessoais*
Fátima Galante, Juíza Desembargadora
- PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS
- 223** *A Internet e o Direito ao Esquecimento: análise jurisprudencial*
Fátima Galante, Juíza Desembargadora
- DIREITOS FUNDAMENTAIS / DIREITO CIVIL
- 251** *Direitos das pessoas com deficiência*
José Francisco Moreira das Neves,
Juiz Desembargador
- DIREITO FISCAL
- 271** *Contrato de agência: tributação em IVA*
Adriana Monteiro, Advogada

A Lei n.º 2/2018, de 5 de julho

Alterações em sede de oposição à aquisição da nacionalidade portuguesa e sua aplicação no tempo

António Xavier Beirão

Procurador da República

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Alterações em causa: ideia geral. 3. Os fundamentos da oposição. 3.1. A inexistência de ligação efectiva à comunidade nacional por parte do interessado. 3.2. A condenação, transitada em julgado, com pena de prisão igual ou superior a 3 anos. 4. A aquisição da nacionalidade pela adopção. 5. Aplicação da lei às novas acções pendentes. 5.1. Delimitação do problema. 5.2. A regra geral da aplicação da lei no tempo. 5.3. A norma de aplicação no tempo constante da Lei Orgânica 2/2018. 5.4. Solução preconizada: a aplicação da lei nova à data da decisão por aplicação do critério do artigo 12.º, n.º 2, segunda parte, do Código Civil. 5.5. A aplicação da nova lei se vista como lei interpretativa - artigo 13.º, n.º 1 do Código Civil. 5.6. A inutilidade da aplicação da lei antiga. 5.7. A aplicação do novo regime aos casos pendentes como única prática respeitadora do princípio da igualdade. 6. Consequências práticas. 7. Conclusões.

1. Introdução

Iremos analisar as alterações à Lei da Nacionalidade, resultantes da redacção conferida pela Lei Orgânica 2/2018, de 5 de Julho, exclusivamente relacionadas com *a acção de oposição à aquisição da nacionalidade portuguesa*, contencioso da maior importância para o Ministério Público, pelo facto de deter

a legitimidade activa exclusiva para estes processos (artigo 10.º, n.º 1 da citada Lei).

Esta apreciação impõe-se por força das inovações radicais que a nova lei introduz, restringindo e mesmo eliminando alguns dos fundamentos da acção de oposição do Ministério Público, e também por força do entendimento defendido, segundo o qual estas mudanças são de aplicação imediata, o que coloca uma nota de premência na aplicação do novo regime.

Ficam de fora do estudo as outras alterações, não tão dependentes de acção do Ministério Público, nem tão directamente relacionadas com as competências desta magistratura.

2. As alterações em causa: ideia geral

Nos termos do regime jurídico anterior da nacionalidade (artigo 9.º, alíneas a) e b), redacção da Lei Orgânica 9/2015, de 29 de Julho), e para o que revela nas presentes alterações, constituíam fundamento para interposição da acção de oposição à aquisição da nacionalidade portuguesa contra estrangeiro em tal interessado¹ :

(i) a inexistência de ligação efectiva à comunidade nacional;

(ii) a condenação do interessado, pela prática de crime punível com pena igual ou superior a 3 anos de prisão, segundo a lei portuguesa;

Por outro lado, a acção de oposição era aplicável quer aos estrangeiros interessados na *aquisição da nacionalidade portuguesa por efeito da vontade* (ou seja, aquisição por filhos menores ou incapazes cujo progenitor tenha adquirido a nacionalidade portuguesa e aquisição em caso de casamento ou união de facto com nacional português - artigos 2.º e 3.º da Lei), quer aos interessados *na*

¹ Esta acção, no essencial, visa obter o reconhecimento judicial de *uma situação de facto* em que se encontra o interessado na nacionalidade portuguesa, e que no ver da lei, é impeditiva da constituição do vínculo, que é assim *obstado*, por força de posterior indeferimento do pedido, por parte do Conservador dos Registos Centrais.

aquisição da nacionalidade portuguesa por adopção por nacional português (artigo 5.º).

Com a redacção que resulta da Lei Orgânica 2/2018, de 5 de Julho, os fundamentos de acção referidos (talvez melhor se denominados de *impedimentos*) são **objecto de grandes restrições**, e a possibilidade de deduzir a acção de oposição à aquisição da nacionalidade, no caso de adopção por nacional português, **simplesmente desaparece**.

Vejamos melhor.

3. Os fundamentos da acção de oposição

3.1. A inexistência de ligação efectiva à comunidade nacional por parte do interessado - alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º

Este fundamento da acção oficiosa do Ministério Público foi desde sempre (ou seja, desde a redacção originária da alínea a) do artigo 9.º da Lei 37/81, de 3 de Outubro) *um conceito indeterminado*, a preencher pelo decisor, no caso concreto, com recurso a um conjunto mais ou menos alargado de factores, por vezes com considerandos a nosso ver absurdos, como era o exemplo do interessado na nacionalidade portuguesa gostar ou não de pratos típicos da gastronomia lusa, ou se era adepto da selecção nacional ou de clube de futebol português.

Em função da enorme dificuldade e chocante discricionariedade no preenchimento deste impedimento à aquisição da nacionalidade², que fez correr rios de tinta nos tribunais, primeiro nos judiciais, depois nos administrativos (mercê da mudança de foro da acção, ocorrida em 2006), o legislador tem vindo a fazer tentativas de o objectivar, fixando critérios e factores a servir de rumo ao aplicador do Direito nesta tarefa.

² Prova dos chocantes resultados desta discricionariedade na avaliação do conceito de ligação efectiva são decisões opostas perante requeridos nas mesmas condições, nomeadamente irmãos com idades próximas.

Foi o caso da Lei Orgânica 9/2015, de 29 de Julho, e ao DL 71/2017, de 21 de Junho, onde a preocupação de densificar o conceito de ligação efectiva levou o legislador não só a enunciar *critérios de ligação efectiva* (artigo 1.º, n.º 3 da Lei 9/2015), e mesmo a estabelecer *presunções de ligação efectiva* (artigo 56.º, n.º 4 do DL 71/2017).

A mais recente alteração legislativa (justificada no subtítulo como alargando o acesso à aquisição originária e à naturalização, quando na verdade alarga de forma profunda a aquisição por efeito da vontade ou da adopção) volta a bulir com o conceito de ligação efectiva, estabelecendo uma condição de facto que, a verificar-se, *impõe ao Ministério Público* que se abstenha de instaurar acção de oposição com base no fundamento da falta de ligação efectiva do interessado.

Assim, o legislador aditou dois números ao artigo 9.º, que passa portanto de artigo de corpo único a norma com três números, rezando o número 2 que:

A oposição à aquisição da nacionalidade, com base no fundamento da falta de ligação efectiva, não se aplica às situações de aquisição da nacionalidade com base no casamento ou união de facto com nacional português, quando existam filhos comuns do casal com nacionalidade portuguesa.

—

Não sabemos se o legislador quis criar uma nova presunção de ligação efectiva, ou mesmo fazer uma interpretação autêntica do conceito (hipótese não despicienda, e a que infra se voltará), por forma a que, na presença de filhos com nacionalidade portuguesa, o interessado estrangeiro se tenha como possuidor de ligação efectiva à comunidade nacional.

O que sabemos, pois é o que resulta de imediato da letra da lei, é que ali se consignou uma **directiva de actuação**, dirigida em primeira linha ao Ministério Público (por força da sua legitimidade activa exclusiva), impedindo-o, “*de iure*”, de interpor a acção de oposição com base no impedimento da falta de ligação efectiva, sempre que existam filhos do casal com nacionalidade portuguesa

(ainda que, por exemplo, nenhum dos elementos da família perceba uma palavra da língua Portuguesa, conhecimento que, a nosso ver, deveria ser indispensável).

Continua, no entanto, a ser sempre possível a instauração da acção de oposição com base em algum dos demais impedimentos à aquisição da nacionalidade previstos no artigo 9.º, n.º 1, alíneas b), c) e d) da Lei da Nacionalidade.

Esta alteração é de enorme alcance, não só para pedidos futuros, mas como ainda para centenas de oposições pendentes nos Tribunais³, em que o casal tem filhos com nacionalidade portuguesa (que a adquirem por mera declaração, directamente do progenitor com nacionalidade portuguesa, por força do artigo 1.º, n.º 1, alínea c) da Lei da Nacionalidade), mas em que muitos casos se considerava (a nosso ver, justificadamente) não existir ligação efectiva, nomeadamente ou porque nunca estiveram em Portugal, ou porque não conhecem a língua portuguesa. Doravante, nestes casos, com a norma do artigo 9.º, n.º 2 da Lei da Nacionalidade, passa a ser impossível defender a falta de ligação.

Efectivamente, embora o comando em causa seja dirigido ao titular da acção - que deixa de a poder usar - não deixa ainda assim de representar uma posição forte e assertiva do legislador relativamente ao conceito (ao ponto de vedar a acção judicial) e que deve, a nosso ver, relevar em sede de decisão judicial relativamente às acções antes interpostas e ainda pendentes.

3.2. A condenação, transitada em julgado, com pena de prisão igual ou superior a 3 anos - a alínea b) do número 1 do artigo 9.º

Outra alteração aos fundamentos da acção de oposição reside na nova redacção da alínea b) - do agora n.º 1 - do artigo 9.º, ou seja, o impedimento à

³ Neste momento, no Tribunal Administrativo de Lisboa, estão pendentes cerca de 1800 acções de oposição à aquisição da nacionalidade.

aquisição da nacionalidade relacionado com a condenação do interessado pela prática de um crime.

Até aqui, este fundamento consistia na existência de uma condenação, transitada em julgado, do interessado na aquisição da nacionalidade portuguesa, pela prática de um crime punível em abstracto com pena de prisão igual ou superior a 3 anos.

O que relevava era o *tipo de crime cometido*, e não a concreta sanção penal (embora algumas decisões judiciais houvessem perfilhado a tese contrária que, salvo o devido respeito, a redacção anterior da alínea b) do artigo 9.º não as autorizava, pelo limite intransponível da letra da lei, que referia expressamente “crime punível”).

Pois bem, *pela actual redacção da alínea em referência, o tipo de crime passa a ser de todo irrelevante para uma eventual oposição, passando apenas a relevar a pena em concreto aplicada, que terá de ser igual ou superior a 3 anos de prisão.*

Desconhecendo que razões estiveram na origem desta opção do legislador, trata-se também aqui de uma alteração relevantíssima, pois que na maioria dos casos que deram origem a acções do Ministério Público, muitas ainda pendentes, raras vezes o interessado havia sido condenado em pena concreta de prisão igual ou superior a três anos, mas tão só pela prática de crime punível com pena de prisão igual ou superior a três anos, incluindo-se assim condenações por crimes tão díspares como as ofensas à integridade física simples, ou mesmo o furto simples.

Uma questão que se irá colocar quanto a esta alínea é a de saber se a condenação em pena de prisão igual ou superior a três anos de prisão, mas com *execução suspensa* – o que pode ocorrer em penas até 5 anos – integra o fundamento de oposição em causa, ou se pelo contrário, este exige a aplicação de penas de prisão efectivas, portanto não suspensas.

Na omissão da lei quanto ao termo “*efectiva*”, tenderemos a responder que o que releva, para efeitos da existência do fundamento de oposição em causa, é a

medida da pena de prisão aplicada, seja ela efectiva ou não. Ou seja, mesmo em caso de pena de prisão com execução suspensa, justificar-se-á a oposição com base no fundamento evocado, desde que a sua medida seja igual ou superior a três anos.

4. A aquisição da nacionalidade pela adopção

A outra alteração que aqui cumpre referir é a alteração da nomenclatura do Capítulo IV da Lei da Nacionalidade, que elimina o instituto da oposição nos casos de aquisição por efeito da adopção.

Efectivamente, o artigo 2.º, n.º 2 da Lei Orgânica 2/2018, de 5 de Julho, elimina da sua designação a expressão “ou da adopção”, e onde antes se lia “*CAPITULO IV - Oposição a aquisição da nacionalidade por efeito da vontade ou da adopção*”, passa a ler-se “*CAPITULO IV - Oposição a aquisição da nacionalidade por efeito da vontade*”.

Parece pois evidente que deixou de haver lugar à acção de oposição à aquisição da nacionalidade quando a sua fonte é a adopção por nacional português, tese que alguns já defendiam, mas que vinha sendo rebatida precisamente pela expressão que enquadrava o capítulo em causa e que agora foi pura e simplesmente suprimida.

5. Aplicação da lei nova às acções judiciais pendentes

5.1. Delimitação do problema

As supra referidas alterações à Lei da Nacionalidade entraram em vigor no dia seguinte à publicação, portanto no dia 6 de Julho de 2018.

Uma vez que a lei a todos vincula a partir do momento da sua vigência - artigos 5.º, n.º 1, 8.º e 12.º, n.º 1 e 2 do Código Civil - a ninguém restará

dúvidas que a lei nova é aquela que regulará todos os pedidos de aquisição da nacionalidade feitos já na vigência da nova lei, ou seja, desde 6 de Julho de 2018.

Nestes casos, quer os serviços da Administração Pública competentes para a decisão (Conservatória do Registos Centrais - artigo 32.º do Regulamento da Nacionalidade), quer as entidades judiciais, têm apenas de aplicar da lei nova, o que implica deixem de ser reportadas ao Ministério Público as situações que, à luz da nova lei, não legitimam a oposição à aquisição da nacionalidade.

A questão que se coloca - e com muita pertinência, por força das limitações introduzidas nos fundamentos de oposição, alguns sendo conceitos indeterminados - é a de saber se as condições da nova lei são de aplicar *quer a pedidos de nacionalidade formulados antes* da sua entrada em vigor (portanto, que ainda se encontram a ser apreciados na autoridade administrativa competente), quer aos **processos administrativos ainda pendentes de decisão do Ministério Público** (interposição ou não de acção), quer finalmente **às próprias acções judiciais pendentes de decisão**, e que foram instauradas ao abrigo de pressupostos previstos em leis anteriores.

Ou seja, perante um estrangeiro interessado na obtenção da nacionalidade que, à data da declaração para esses fins (momento formal que expressa a vontade na aquisição da nacionalidade e dá início ao processo administrativo que irá conduzir à decisão de deferimento ou não do registo da nacionalidade portuguesa, nos termos do artigo 31.º, n.º 1 e 32.º, n.º 3 do Regulamento da Nacionalidade), estava em situação de facto que justificava a interposição da acção de oposição, mas situação essa entretanto irrelevante ou mesmo com o impedimento suprimido, qual a lei a aplicar pelo decisor?

Continuar a aplicar a lei antiga, ou seja, o Conservador sustar o pedido e comunicar ao Ministério Público, este propor a acção de oposição e o Tribunal considerar a existência do fundamento de oposição?

Ou aplicar a lei nova, portanto deferir o pedido, não interpor nenhuma acção ou declarar a acção improcedente?

5.2. A regra geral da aplicação da lei no tempo.

A regra geral do nosso ordenamento jurídico, em sede de aplicação na lei no tempo, é que a lei nova só vigora para o futuro, e que ainda que lhe seja atribuída eficácia retroactiva, ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos a que a lei nova se destina - artigo 12.º, n.º 1 do Código Civil.

Assim, e na ausência de uma norma legal que atribua, de forma genérica, efeitos retroactivos à lei nova, e tomando como data relevante para efeitos de aquisição da nacionalidade, a data em que é feita a declaração perante o Conservador dos Registos Centrais, resultaria que os pedidos seriam apreciados e decididos à luz da lei que vigorava à data do mesmo.

Em consequência, a lei antiga seria aplicável a todos os pedidos de nacionalidade formulados até ao dia 5 de Julho de 2018.

Tomando os seguintes exemplos desta aplicação da lei no tempo:

— O *interessado A.*, no dia 5 de Julho de 2018, formulou pedido de aquisição da nacionalidade portuguesa com base no facto de ser casado com nacional português há mais de 3 anos. Contudo, dado ter sido condenado em 2017 pela prática de um crime de ofensas à integridade física simples, punível em abstracto com pena de prisão até 3 anos, mas no caso concreto punido com uma multa, o Conservador dos Registos Centrais suspende o processo, e remete certidão do mesmo ao Ministério Público, para interposição da acção de oposição com base no artigo 9.º, alínea b) da Lei da Nacionalidade, redacção entretanto revogada, mas que segundo a tese de inaplicabilidade da nova lei, é ainda aquela à luz da qual é apreciado o pedido.

— Já o *interessado B.*, cujo pedido é feito no dia 6 de Julho de 2018, co-autor e condenado pelo mesmo crime e na mesma pena, nas mesmas condições e também interessado na aquisição da nacionalidade portuguesa, porque beneficia da nova lei, não vê qualquer impedimento ao pedido, nomeadamente o previsto na alínea b), do n.º 1 do artigo 9.º

O resultado a que se chega no exemplo (e poderiam dar-se outros) é algo chocante para o senso comum, nomeadamente pelo facto de conferir papel decisivo a uma data cuja iniciativa não tem qualquer interferência ou controlo oficial das autoridades (a simples data da declaração, portanto da iniciativa do próprio), indício de que a aplicação cega do artigo 12.º, n.º 1 do Código Civil, poderá não servir o aplicador do Direito, obrigando a pesquisar na lei e na ordem jurídica, se é possível outra solução que mais as respeite.

5.3. A norma de aplicação no tempo constante da Lei Orgânica 2/2018

O legislador, em certos casos, ao *revogar* determinado regime legal, toma partido expresso relativamente à aplicação da nova lei no tempo.

Não o fazendo - sendo omissos - têm aplicação as regras enunciadas no artigos 12.º e 13.º do Código Civil, e que resolvem, no contexto do sistema jurídico as questões que a este propósito se colocam.

No caso concreto da Lei da Nacionalidade, é antes de mais de notar que a própria Lei, na redacção original da Lei 37/81, de 3 de Outubro, continha no seu corpo uma *norma genérica de aplicação no tempo*, segundo a qual os processos de nacionalidade pendentes (salvo os de naturalização) *eram apreciados de acordo com a lei anterior* (artigo 36.º), norma esta que foi suprimida logo com a Lei Orgânica 2/2006, de 17 de Abril que, invertendo totalmente aquela tendência, *mandou aplicar a lei nova aos processos pendentes* (artigo 5.º).

Na Lei Orgânica 2/2018, de 5 de Julho, verifica-se que o legislador teve a preocupação de introduzir uma norma de direito transitório. Contudo, é uma norma limitada a questões de pormenor, e que a nosso ver apenas tem justificação para contrariar efeitos não pretendidos a que a aplicação indiscriminada das normas gerais poderia conduzir, nomeadamente em sede de prazos, deixando toda a restante matéria que foi alvo de alterações sujeita às regras dos artigos 12.º e 13.º do Código Civil.

Assim, o artigo 5.º da Lei Orgânica prevê a aplicação da nova redacção da Lei da Nacionalidade aos processos pendentes (ou seja, processos administrativos, e não acções judiciais) mas apenas relativamente a três das normas alteradas ou aditadas: o aditado artigo 12.º B e os artigos 30.º e 9.º, n.º 3 da Lei da Nacionalidade.

O número 1 da norma pretende salvaguardar que o prazo de 10 anos para a “consolidação da nacionalidade de boa fé” se conte dos marcos temporais ali previstos (registo de nascimento ou da nacionalidade, etc.), mesmo nos processos já pendentes de consolidação.

Trata-se de uma norma expressa de direito transitório que faz todo o sentido, nomeadamente em função do que dispõe o artigo 297.º, n.º 1 do Código Civil sobre prazos, ou seja, a regra de que os prazos novos estabelecidos por lei só se contam da data de entrada em vigor da nova lei. Na ausência da norma de direito transitório em causa, poderia entender-se que o prazo de 10 anos para consolidação da nacionalidade só se aplicaria a partir de 6 de Julho de 2018, deixando portanto de fora todos os casos pendentes, criando situações de manifesta injustiça.

O número 2 do artigo 5.º justifica-se também pelo tipo de situação que versa: assim, prevê-se a reaquisição automática da nacionalidade portuguesa relativamente a casos de mulheres que a perderam por força do casamento com estrangeiros (regime da Lei 2098, de 29 de Julho de 1959), desde que não haja declaração sua de que não pretende adquirir a nacionalidade portuguesa e não tenha havido registo definitivo da perda da nacionalidade ou, em tendo sido este o caso, mediante mera declaração, produzindo tal reaquisição da nacionalidade portuguesa efeitos desde a data do casamento.

Pretende-se regularizar a situação de mulheres que perdiam a nacionalidade portuguesa, mediante o casamento com marido estrangeiro, vindo a nova lei a determinar a reaquisição praticamente automática, sendo fácil compreender a preocupação do legislador em conferir eficácia retroactiva deste procedimento a todos os processos pendentes pois que, não sendo assim, até aos processos

entrados até dia 5 de Julho de 2018, a requisição exigiria sempre a declaração nesse sentido.

Finalmente, a outra regra a que o legislador quis expressamente atribuir eficácia retroactiva prende-se com o fundamento de oposição relacionado com a condenação criminal, estatuiu-se que a prova da sua inexistência é feita via exibição dos certificados de registo criminal emitidos pelos serviços competentes portugueses e pelos serviços competentes do país de nascimento, do país da nacionalidade e dos países onde tenha tido residência após completar a idade da imputabilidade penal.

Ou seja, o legislador quis expressamente dispensar o interessado na obtenção da nacionalidade - mesmo em processos pendentes - de esforços inúteis tendentes a obter o registo criminal emitidos em países onde tenha residido, mas em idade de inimputabilidade penal.

Parece-nos assim, e sem prejuízo de melhor opinião, que a norma transitória inserida na Lei Orgânica 2/2018 visou expressamente acautelar a imediata produção de efeitos em alterações particulares da nova lei, produção que poderia ser duvidosa ou mesmo inexistente quanto aos processos já pendentes, por força de aplicação de outras regras do sistema jurídico.

Não visou - por omissão - impedir a aplicação da nova lei (nomeadamente quanto aos impedimentos da nacionalidade) aos processos ou às acções judiciais pendentes, ou seja, às relações por constituir. Nem seria curial fazê-lo, pela distinção que assim se criava entre pessoas nas mesmas condições, apenas com base na data em que fizeram a declaração (ou na data em que esta entrou na Conservatória dos Registos Centrais).

A omissão do legislador quanto aos demais aspectos inovadores da lei - nomeadamente quanto aos fundamentos da acção de oposição - apenas poderá significar que as questões surgidas de aplicação na lei no tempo continuam a ter de ser resolvidas pelas regras gerais do Código Civil.

5.4. Solução preconizada: a aplicação da lei nova à data da decisão por aplicação do critério do artigo 12.º, n.º 2, segunda parte, do Código Civil.

Como decorre do já exposto, entendemos que as modificações da lei nova aos impedimentos à aquisição da nacionalidade têm aplicação imediata, por força da regra do artigo 12.º, n.º 2 do Código Civil.

Vejamos melhor:

A nacionalidade é unanimemente definida pela generalidade dos autores *como a relação jurídica que se estabelece entre um cidadão e um Estado*.

Ora, os fundamentos da acção de oposição que a nova lei veio alterar - reduzindo a sua amplitude e mesmo extinguindo-os, no caso da aquisição pela via da adopção - estão *a montante da relação em causa*, ou melhor, são um *incidente* no processo da constituição da relação em causa, um obstáculo de facto cuja verificação exige apreciação do Tribunal (não uma condição formal ou pressuposto para a aquisição), podendo ou não obviar à sua criação.

Salvo melhor tese, estamos no campo de aplicação da regra do artigo 12.º, n.º 2, segunda parte do Código Civil, segundo a qual quando a lei nova *“dispuser directamente sobre o conteúdo de certas relações jurídicas, abstraindo dos factos que lhes deram origem, entender-se-à que a lei abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor”*.

Sendo ainda caso de aferir a *própria constituição da relação jurídica*, que irá dar origem a um direito fundamental (a cidadania), e cujas condições passam a ser mais favoráveis, não parece irrazoável defender que a esta aferição se aplique a lei em vigor à data da decisão, em nada implicado um efeito retroactivo, pelo simples motivo de que *não há ainda qualquer relação jurídica estabelecida que se vá alterar ou modificar retroactivamente*.

Há sim um pedido de aquisição da nacionalidade, uma relação ainda a constituir (ou *constitutiva*), submetida ao crivo judicial por acção do Ministério Público, e para cuja decisão não se divisam argumentos de ordem material suficientemente fortes (como sejam a segurança jurídica ou limitações de

direitos fundamentais) ou que impossibilitem a aplicação da actual vontade do legislador, ou seja, da lei nova.

Citando um parecer do Conselho Consultivo da PGR de 21.12.1977, publicado no DR de 30.03.1978, datado, mas elucidativo em matéria de aplicação das leis no tempo, cujas regras não sofreram alteração desde a entrada em vigor do Código Civil (01.06.1967):

“A regra básica é estabelecida no artigo 12.º, cujo número 1 reafirma o princípio da não retroactividade, acrescentando porém que mesmo na hipótese de a lei se atribuir eficácia retroactiva, se presume que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular.

No n.º 2 do referido artigo procura-se, numa fórmula altamente sintética, precisar o princípio da não retroactividade afirmado no n.º 1, fórmula para a qual não se encontra qualquer precedente legislativo, tendo antes como fonte inspiradora a doutrina de ENNECCERUS-NIPPERDAY, que distingue entre “regulamentações de factos” e “regulamentações de direitos”, devendo presumir-se, quanto a estas últimas leis que elas abrangem também as próprias situações jurídicas já existentes, podendo modificar-lhes o conteúdo, ou até suprimi-lo.

Nesse n.º 2 estabelece-se a seguinte disjuntiva: a lei nova, ou regula a validade de certos factos ou os seus efeitos (e nesse caso só se aplica a factos novos) ou define o conteúdo, o efeitos, de certa relação jurídica independentemente dos factos a que essa relação deram origem (hipótese em que é de aplicação imediata, quer dizer, aplica-se de futuro, às relações jurídicas constitutivas e subsistentes à data da sua entrada em vigor)”.

Já o STJ em acórdão de 13.09.2011 (processo 1029/10.6T2AVR) cujo tema era o da aplicação da lei no tempo, em sede de alterações ao regime da união de facto e dos direitos sucessórios do elemento sobrevivente do casal (portanto uma situação em que está em causa certo direito a constituir, que não existia ou estava sujeito a condições mais exigentes à data da sua formulação, mas

condições que lei nova vem aligeirar ou mesmo suprimir, um pouco à semelhança da presente temática), expendeu as seguintes considerações:

“Quando uma lei nova passa a disciplinar para o futuro, de forma diversa, o conteúdo de certa relação jurídica, abstraindo do respectivo facto gerador, deve entender-se, em conformidade com o estipulado pelo art. 12.º, n.º 2, do CC, que “...abrange as próprias relações já constituídas, que subsistam à data da sua entrada em vigor”.

Estas últimas normas, que regulam apenas o conteúdo das situações jurídicas já constituídas, abstraindo dos factos que as originaram, não são, verdadeiramente, retroactivas, porquanto não visam atingir os factos anteriores à sua entrada em vigor, verificando-se uma «retroconexão» ou uma «referência pressupponente», tratando-se antes de uma aplicação imediata, no futuro, às relações constituídas e subsistentes à data da sua entrada em vigor.

Ora, a lei nova abstrai dos factos constitutivos de uma situação jurídica contratual antecedente quando for dirigida à tutela dos interesses de uma generalidade de pessoas que se acham ou possam vir a encontrar ligadas por certa relação jurídica, de modo que se possa dizer que a lei nova atinge as pessoas, não enquanto contratantes, mas enquanto pessoas ligadas por certo vínculo contratual.

E toda a lei nova que seja de qualificar como respeitando ao estatuto das pessoas ou dos bens e à defesa dos direitos das pessoas restringe o domínio da autonomia contratual e será, em regra, de aplicação imediata.”

5.5. A aplicação da nova lei se vista como lei interpretativa - artigo 13.º, n.º 1 do Código Civil.

Os impedimentos ou fundamentos da acção de oposição que estão aqui em causa, bem como a possibilidade de oposição quando em caso de aquisição por adopção por nacional português, não eram matérias totalmente assentes na jurisprudência.

Pelo contrário, o conceito de ligação efectiva é ainda hoje um conceito indeterminado, pese embora as tentativas do legislador em objectivar critérios de definição.

O impedimento relativo à condenação penal esbarrava frequentemente com opiniões segundo as quais o que relevava era a moldura penal concreta aplicada, e que cumpriria mesmo efectuar um juízo de “*indesejabilidade*” relativamente ao estrangeiro interessado na aquisição da nacionalidade portuguesa, por força da impossibilidade de atribuição de efeitos automáticos à condenação penal, decorrente do artigo 30.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa.

E a possibilidade de oposição à aquisição da nacionalidade pela adopção parecia contrariar frontalmente a redacção directa e simples do artigo 5.º da lei: “*o adoptado por nacional português adquire a nacionalidade portuguesa*”.

Pois bem, *a nova lei toma posição expressa relativamente a todos estes temas*, de uma forma tão assertiva que poderá ser tida como lei interpretativa, caso em que tem aplicação imediata, por integração na lei antiga, ressalvando naturalmente os casos de decisão transitada em julgado – artigo 13.º, n.º 1 do Código Civil.

Retomando a decisão do STJ já citada vemos que a mesma percorreu precisamente esta argumentação para defender a aplicação da lei nova, e nos seguintes termos:

“Porém, a lei nova não pode ser qualificada como lei interpretativa, por determinação do legislador, porquanto este não a declarou, como tal, ao editá-la, mas, tão-só, como uma lei, autenticamente, interpretativa.

Estipula, então, o artigo 13º, nº 1, do CC, que “a lei interpretativa integra-se na lei interpretada...”, reportando-se esta integração ao início da vigência da lei antiga, sendo, pois, a lei, autenticamente, interpretativa, de carácter retroactivo, razão pela qual, em relação a estas leis interpretativas, não há que aplicar o princípio da não retroactividade, estabelecido pelo artigo 12º, do CC, antes se procedendo como se a lei

interpretada, na ocasião da ocorrência dos factos pretéritos, tivesse já a amplitude que lhe é fixada pela disposição interpretativa da lei nova.

Em suma, a retroactividade das leis interpretativas, propriamente ditas, justifica-se, essencialmente, por não implicar uma violação de quaisquer expectativas seguras e razoáveis dos interessados, que bem podiam contar com a solução fixada pela lei nova interpretativa, porquanto corresponde a um dos sentidos atribuídos pela doutrina e pela jurisprudência, relativamente à lei antiga.

Esta justificação procede, por inteiro, na situação vertente, uma vez que a lei nova interpretativa consagrou, admitindo agora, por comodidade de raciocínio, se não a corrente dominante, pelo menos, uma corrente forte de interpretação em relação ao direito anterior, no que respeita ao requisito da necessidade de alimentos, por parte do demandante, e a solução definida pela nova lei situa-se, precisamente, no âmbito da controvérsia, sendo uma solução a que o julgador ou o intérprete poderiam chegar e, aliás, chegavam, sem ultrapassar os limites, normalmente, impostos à interpretação e aplicação da lei.

Deste modo, defendendo-se, no que respeita aos requisitos substantivos de reconhecimento do direito, que a Lei nº 23/2010 é interpretativa, integrando-se na lei interpretada - a Lei 7/2001 -, e ficando ressalvados os efeitos já produzidos, por sentença transitada em julgado, deve entender-se que, nas acções ainda pendentes, o reconhecimento do direito será efectuado de acordo com as novas exigências legais.

Como assim, a nova redacção introduzida pela Lei nº 23/2010, de 30 de Agosto, face à sua natureza de lei interpretativa autêntica, aplica-se, retroactivamente, a todas as situações que, à data da sua entrada em vigor, não tenham ainda sido julgadas, por decisão transitada”.

Estas considerações parecem-nos transponíveis para o caso das alterações aos fundamentos de oposição à aquisição da nacionalidade, nomeadamente numa

matéria onde reinava a divisão, o legislador impõe um ponto de vista - imposição absolutamente evidente no que ao Ministério Público e ao fundamento da falta de ligação à comunidade nacional respeita, no caso de existirem filhos do matrimónio/ união de facto, com nacionalidade portuguesa, ou seja, ao artigo 9.º, n.º 2 da Lei em vigor.

5.6. A inutilidade da aplicação da lei antiga

Uma decisão tomada na presente data que, aplicando lei revogada ou antiga, considere procedente um fundamento de oposição entretanto eliminado (caso da condenação por crime punível com pena de prisão igual ou superior a três anos de prisão, no caso da pena concreta não alcançar tal medida, ou o caso da falta de ligação, mas existindo à data da acção filhos com nacionalidade portuguesa, no caso de aquisição pelo casamento ou união de facto) poderá representar um acto ou sentença inútil, portanto um acto vedado ao Tribunal (artigo 130.º do Código de Processo Civil).

Efectivamente, e nestes casos, nada impede o interessado de, no mesmo dia em que é conhecida a decisão de procedência da oposição, formular na Conservatória dos Registos Centrais um novo e igual pedido de aquisição da nacionalidade, este ao qual já não será oponível o impedimento em causa.

Ou seja, caso o interessado mantenha a sua pretensão, o valor substancial da decisão é rigorosamente nenhum⁴, inutilidade que é, a nosso ver, argumento de peso para a aplicação imediata da nova lei, pelo ganho que tal representa para os cidadãos e para os Tribunais.

⁴ Sem prejuízo de, em casos como estes, o interessado terá de pagar um novo processo de aquisição da nacionalidade, custos emolumentares que podem chegar aos 250 euros.

5.7. A aplicação do novo regime aos casos pendentes como prática respeitadora do princípio da igualdade

Por último, mas não menos importante, a nova redacção da Lei da Nacionalidade, por representa o actual pensamento do legislador sobre um direito fundamental (a cidadania – artigo 26.º, n.º 1 da Constituição), nomeadamente do órgão legislativo por excelência, a Assembleia da República, não pode deixar de merecer atenção imediata às relações jurídicas que visa regular, nomeadamente às requeridas e a aguardar decisão.

Em consequência, e sendo um regime claramente mais favorável, pelo menos no que respeita à aquisição da nacionalidade por efeito da vontade ou adopção, os interessados anseiam legitimamente que novo regime legal lhes seja aplicado, nos casos assim justificados, naturalmente desde que ainda não decididos definitivamente, assim se garantindo a igualdade de todos perante a lei, ou seja, de que os casos concretos, nas mesmas condições e na mesma altura decisória, são apreciados à luz dos mesmos pressupostos, no respeito do limite do caso julgado.

6. Consequências práticas

Concluindo que a nova lei é aplicável de imediato a todos os casos ainda pendentes, as consequências mais evidentes são:

(i) Considerar não inexistir falta de ligação efectiva à comunidade nacional, no caso de existirem filhos comuns do casal com nacionalidade portuguesa, sendo a fonte de aquisição o matrimónio/união de facto;

(ii) Considerar inexistir o fundamento de oposição da alínea b) do n.º 1 do artigo 9.º, caso a condenação penal de que foi alvo o interessado não tiver sido em medida concreta igual ou superior a 3 anos de prisão⁵;

⁵ Com a ressalva já referida, ou seja, seja a prisão aplicada efectiva ou não.

(iii) *Considerar que o instituto da oposição não tem aplicação aos casos de aquisição da nacionalidade por efeito da adopção.*

—

Em suma, considera-se que a avaliação dos fundamentos da oposição e mesmo a própria possibilidade de oposição (no caso da adopção) passou, desde o dia 6 de Julho de 2018, a dever ser feita e decidida à luz da nova redacção legal, não à luz de leis anteriores entretanto revogadas (e que são aliás várias pois a Lei da Nacionalidade, originariamente de 1981, sofreu alterações em 1994, 2006, 2013, 2015 e 2017).

Apenas os *casos julgados não podem ser afectados pela nova lei*, precisamente porque definitivamente decididos, aqui valendo a proibição da retroactividade e garantia do princípio da segurança jurídica, por força dos efeitos já produzidos, nos termos do artigo 12.º, n.º 1 e 13.º, n.º 1 do Código Civil.

Finalmente, atendendo ao número de acções pendentes e sua natureza não urgente, a aplicação da nova lei deverá ser feita de acordo com o momento processual em que se encontram, de acordo com os factos já conhecidos, nomeadamente pela via documental, e assim como pela posição entretanto assumida pelas partes, que permanece decisiva, por força da necessidade do pedido e da oposição, ou seja, do princípio do dispositivo.

7. Conclusões

- 1) A redacção da Lei da Nacionalidade resultante da Lei Orgânica 2/2018, de 5 de Julho, instituindo um regime mais favorável quanto aos fundamentos de oposição à aquisição da nacionalidade portuguesa por efeito da vontade ou da adopção, cujo objecto é uma relação jurídica *a constituir*, é aplicável aos processos e acções judiciais pendentes, por força do disposto no artigo 12.º, n.º 2, segunda parte do Código Civil;

- 2) A nova lei, tomando partido expresso relativamente a conceitos indeterminados a concretizar em juízo, cujo conteúdo delimita, assume características de lei interpretativa, de conteúdo mais favorável ao cidadão e, na ausência de indicação legal expressa em sentido diverso ou decisão já transitada em julgado, imediatamente aplicável por força do artigo 13.º, n.º 1 do Código Civil;
- 3) O entendimento da inaplicabilidade da lei nova poderá conduzir à tomada de decisões materialmente inúteis, na medida em que a procedência da oposição, por aplicação da lei antiga, em nada impedirá o mesmo interessado de adquirir a nacionalidade portuguesa, em idêntico pedido, à luz da lei em vigor;
- 4) A aplicação da nova lei a todos os casos ainda pendentes representa a solução respeitadora do princípio da igualdade dos cidadãos perante a Lei, ampliando as condições de acesso a um direito fundamental (artigo 26.º, n.º 1 da Constituição), não se divisando razões de ordem material que a tal desaconselhem, antes pelo contrário.
- 5) A aplicação da nova lei deverá ser feita na sequência da avaliação de cada caso concreto, à luz das novas condicionantes legais e dos factos conhecidos, e à medida que se forem justificando intervenções nas acções, podendo relevar seja em momento sentencial, seja em momento anterior. ■

Data  **enia**

REVISTA JURÍDICA DIGITAL
ISSN 2182-6242

Ano 6 • N.º 09 • novembro 2018

